



## **CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI É O PRESIDENTE DO TCE DE 2010**

O Conselheiro Fulvio Julião Biazzi foi eleito em 16/12 Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para o ano 2010. Ao seu lado na administração da Casa também foram escolhidos os Conselheiros Cláudio Ferraz de Alvarenga, como vice-Presidente, e Renato Martins Costa, Corregedor. Eles tomaram posse no dia 27 de janeiro.



## **INAUGURADA SALA DOS MUNICÍPIOS NA SEDE DO TRIBUNAL**



pág. 11

**Aprovada a Lei  
que criou o MP  
junto ao TCE**

pág. 9

**TCE-SP sediou  
Seminário  
referente à Lei de  
Qualidade Fiscal**

pág. 13



**“A** medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil (...) Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância ou prevaricação para as punir. Circunscrita a esses limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia ou impotente.

Convém levantar entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia como a mão forte da primeira

sobre a segunda, obstando a perpetuação das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças. ”

Rui Barbosa (exposição de Motivos do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890)



85  
Anos

## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

### COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PLENO – 2009

(Reúne-se às 4as feiras às 11h)

CONSELHEIRO PRESIDENTE  
CONSELHEIRO VICE-PRESIDENTE  
CONSELHEIRO CORREGEDOR

Edgard Camargo Rodrigues  
Fulvio Julião Biazzi  
Cláudio Ferraz de Alvarenga

CONSELHEIROS

Antonio Roque Citadini  
Eduardo Bittencourt Carvalho  
Renato Martins Costa  
Robson Riedel Marinho

### COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS

PRIMEIRA CÂMARA  
(Reúne-se às 3as feiras às 15h)

CONSELHEIROS  
Antonio Roque Citadini - Presidente  
Eduardo Bittencourt Carvalho  
Cláudio Ferraz de Alvarenga

SEGUNDA CÂMARA  
(Reúne-se às 3as feiras às 11h)

CONSELHEIROS  
Fulvio Julião Biazzi - Presidente  
Renato Martins Costa  
Robson Riedel Marinho

Secretário-Diretor Geral

Sérgio Ciquera Rossi

### PROCURADORIA DA FAZENDA ESTADUAL

Procurador-Chefe

Luiz Menezes Neto

Procuradores

Claudia Távora Machado Viviane Nicolau  
Evelyn Moraes de Oliveira Marcondes  
Jorge Eluf Neto  
Vitorino Francisco Antunes Neto



85  
Anos

## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

### COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PLENO – 2010

(Reúne-se às 4as feiras às 11h)

CONSELHEIRO PRESIDENTE  
CONSELHEIRO VICE-PRESIDENTE  
CONSELHEIRO CORREGEDOR

Fulvio Julião Biazzi  
Cláudio Ferraz de Alvarenga  
Renato Martins Costa

CONSELHEIROS

Antonio Roque Citadini  
Eduardo Bittencourt Carvalho  
Edgard Camargo Rodrigues  
Robson Riedel Marinho

### COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS

PRIMEIRA CÂMARA  
(Reúne-se às 3as feiras às 15h)

CONSELHEIROS  
Cláudio Ferraz de Alvarenga - Presidente  
Antonio Roque Citadini  
Eduardo Bittencourt Carvalho

SEGUNDA CÂMARA  
(Reúne-se às 3as feiras às 11h)

CONSELHEIROS  
Edgard Camargo Rodrigues - Presidente  
Renato Martins Costa  
Robson Riedel Marinho

Secretário-Diretor Geral

Sérgio Ciquera Rossi

### PROCURADORIA DA FAZENDA ESTADUAL

Procurador-Chefe

Luiz Menezes Neto

Procuradores

Claudia Távora Machado Viviane Nicolau  
Evelyn Moraes de Oliveira Marcondes  
Jorge Eluf Neto  
Vitorino Francisco Antunes Neto



85  
Anos

Esta é uma publicação da Revista do  
**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
Registro DPF 1.192 — pp. 209/73

A Correspondência deve ser dirigida à  
**REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
Av. Rangel Pestana, 315 - 10º andar - Edifício Sede - CEP 01017-906  
Fones: (0XX11) 3292-3667/3210/3275 - São Paulo - SP - Brasil  
INTERNET: [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br) E-MAIL: [revista@tce.sp.gov.br](mailto:revista@tce.sp.gov.br)

#### **NOTAS DA REDAÇÃO**

- As matérias assinadas são de responsabilidade de seus autores.
- Esta Revista é distribuída gratuitamente, não sendo comercializados anúncios e nem assinaturas.

Solicita-se permuta.  
On demande l'échange.  
Si prega l'intercambio.  
Exchange is solicited.  
Man bittet um Austausch.

#### **COMISSÃO DE COORDENAÇÃO DA REVISTA**

Coordenador: Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga  
Comissão: José Roberto Fernandes Leão - supervisor  
Adélia da Silva Milagres  
Herly Silva de Andrade Galli  
Neusa Caldas Castiglioni  
Colaboração: João Prado de Almeida Pacheco

#### **FOTOGRAFIAS**

Marco Antonio Pinto, Unidades Regionais, Gilcilene Silva e arquivo "Revista do TCESP".

#### **JORNALISTA RESPONSÁVEL**

Sólon Campos de Oliveira  
Registro MT nº 46, Matrícula nº 3.568 — Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo

#### **REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**

São Paulo, Tribunal de Contas do Estado. Antiga Jurisprudência e Instruções

#### **Variação de Título**

1957 a 1972: Jurisprudência e Instruções — 1973 a 1982: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: Jurisprudência e Instruções. A partir de 1986: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

CDU/336.126.551(81.61) (05)



85  
Anos

## SUMÁRIO



### NOTICIÁRIO

Aprovada a Lei que cria o Ministério Público junto ao TCE .....	9
TCE inaugurou sala dos Municípios .....	11
Criadas mais três Urs, em Adamantina, Catanduva e Mogi Guaçu.....	12
TCE-SP sediou o seminário referente à lei da qualidade fiscal.....	13
Presidente do TCESP participou da Sessão Solene de abertura do 54º Congresso Estadual de Municípios .....	15
TCE iniciou seu processo de gestão estratégica .....	16
Sistema Audesp: desenvolvimento e resultados visíveis. É a auditoria concomitante.....	18
Como convidado, o TC participou de três eventos para falar sobre sua ação fiscalizadora .....	19
TCESP orientou prefeitos do COMAM.....	21
Simpósio “Gestão Dos Contratos Públicos”.....	22
Ciclo de debates com agentes políticos e dirigentes municipais .....	23
Tribunal aceitou convite para dirimir dúvidas sobre rejeição de contas .....	26



### DOCTRINA

O CONTROLE DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – DEZ ANOS DE VIGÊNCIA A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO Flavio C. de Toledo Jr. e Sérgio Ciquera Rossi.....	29
ESBOÇO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS Jorge Eluf Neto .....	36
TRIBUNAIS DE CONTAS PODEM INSTITUIR REQUISITOS PARA PROCESSAR IMPUGNAÇÕES A EDITAIS DE LICITAÇÃO Ivan Barbosa Rigolin .....	39
A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O DEVER DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA Sérgio Cedano.....	42



85  
Anos



## VOTOS

Conselheiro Antonio Roque Citadini .....	59
Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho .....	63
Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues .....	81
Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga .....	89
Conselheiro Renato Martins Costa .....	106
Conselheiro Robson Marinho.....	117



## JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência Seleccionada – Municipal e Estadual .....	127
Exames Prévios de Edital Municipal .....	206
Exames Prévios de Edital Estadual .....	229

# Noticiário



## APROVADA A LEI QUE CRIOU O MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCE

Com a promulgação da Lei Complementar nº 1.110, no último dia 14 de maio, foi instituído o Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas. A Lei, publicada no Diário Oficial do Estado no dia 15 do referido mês, cria, na Corte de Contas, um quadro composto por 1 Procurador-Geral, 3 Subprocuradores-Gerais e 6 Procuradores nomeados pelo Governador do Estado, após aprovação em concurso público de provas e títulos, organizado pelo Tribunal.

O Projeto de Lei Complementar nº 07, de 2005, instituindo o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, foi encaminhado à Assembléia Legislativa e em 9 de maio de 2005, pelo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, quando na Presidência da Instituição.

Na exposição de motivos do projeto enviado ao Legislativo foi salientado que inúmeras questões pertinentes à configuração do Ministério Público Especial foram sendo paulatinamente dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 789-DF, Rel. Min. Celso de Melo, RTJ 176/540-565; ADI 160-TO, Min. Octávio Gallotti, RTJ 168/3-16; ADI 1858-GO, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 177/707-712; e ADI 2378-1-GO, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Na oportunidade, salientou-se que os membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ainda que dispoem de regime jurídico especial, com garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, integram a organização administrativa da Corte de Contas.

Na Sessão Plenária do dia 05/5 o Presidente Fulvio Julião Biazzi já anunciara que a Assembleia Legislativa, no dia anterior, havia aprovado a LC 1110 e que a mesma seguiria para promulgação do Exmo. Senhor Governador Alberto Goldman.

Na ocasião Sua Excelência, o Conselheiro Renato Martins Costa assim se manifestou: “Apenas, Senhor Presidente, para - tenho certeza, em nome de todo o Plenário - cumprir o indeclinável dever de cumprimentar Vossa Excelência pelas gestões que desenvolveu e que culminaram na aprovação do Projeto de criação do Ministério Público Especial perante esta Casa. Tramitação complexa, difícil, cada um dos eminentes Presidentes que antecederam Vossa Excelência tiveram o seu grau de participação e de importância no desenvolvimento deste processo que culminou, com as sábias e prudentes mãos de Vossa Excelência, a conduzir o barco a bom porto! Isto dá ao Tribunal de Contas a necessária simetria constitucional

e permitirá que nossos trabalhos possam continuar a se desenvolver, aqui da maneira mais adequada e dentro de todos os parâmetros que são necessários para o bom desempenho do controle externo.

Efusivamente cumprimento Vossa Excelência por esta vitória institucional, Senhor Presidente!”

Ao retomar a palavra o Presidente Fulvio Biazzi completou:

“Agradeço a manifestação do eminente Conselheiro Renato Martins Costa, mas divido esses cumprimentos com os demais Conselheiros, em especial os Presidentes que me antecederam e os que compõem hoje a Direção da Casa, Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga e Vossa Excelência também, Conselheiro Renato, que participaram juntamente comigo, das tratativas que levaram ao sucesso de ontem a noite. Quero aproveitar a oportunidade para agradecer aos Senhores Deputados da Assembleia Legislativa que votaram o projeto ontem, na pessoa do Presidente, nosso querido Deputado e amigo Barros Munhoz, a todos os líderes de bancadas e a todos os Deputados.”

### A SEGUIR A ÍNTEGRA DA LEI

**Lei Complementar**  
**LEI COMPLEMENTAR Nº 1.110,**  
**DE 14 DE MAIO DE 2010**

Institui o Ministério Público junto ao  
Tribunal de Contas do Estado

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei complementar:

Artigo 1º - Fica instituído, observados os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado, composto de 1 (um) Procurador-Geral, 3 (três) Subprocuradores-Gerais e 6 (seis) Procuradores, nomeados pelo Governador do Estado, na forma desta lei complementar.

Artigo 2º - Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado promover, nesse específico âmbito de jurisdição, a defesa da ordem jurídica, objetivando, como guarda da lei e fiscal de sua execução, assegurar a concreta observância, pela Administração Pública, dos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Artigo 3º - Para o cumprimento de sua finalidade institucional, caberá ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado:

I - ter vistas de todos os processos em que seja exercida jurisdição, antes de proferida a decisão, para requerer as medidas de interesse da justiça, da administração e do erário, e opinar a respeito da matéria;

II - estar presente a todas as sessões de julgamento, deduzindo, quando entender necessário, sustentação oral;

III - providenciar, quando for o caso, junto à Procuradoria Geral do Estado ou ao órgão de representação judicial dos Municípios, ou ainda junto a entidades jurisdicionadas ao Tribunal de Contas do Estado, a cobrança judicial e o arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, remetendo aos referidos órgãos e entidades a documentação e as instruções necessárias;

IV - interpor as ações e os recursos previstos em lei;

V - exercer outras atribuições previstas no Regimento Interno do Tribunal.

Artigo 4º - A carreira do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado é constituída pelos cargos iniciais de Procurador, privativos de brasileiros, bacharéis em Direito, com pelo menos 5 (cinco) anos de efetivo exercício em atividade profissional que exija aquela graduação, e pelos cargos finais de Subprocurador-Geral.

§ 1º - O ingresso na carreira depende de aprovação em concurso público de provas e títulos organizado pelo Tribunal de Contas do Estado, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 2º - A promoção ao cargo de Subprocurador-Geral dar-se-á, alternadamente, por antiguidade e por merecimento, neste último caso com base em lista tríplice elaborada pelo Tribunal de Contas do Estado, respeitado o interstício de 1 (um) ano.

Artigo 5º - O Procurador-Geral será nomeado para mandato de 2 (dois) anos, dentre os ocupantes do cargo de Subprocurador-Geral, permitida uma única recondução consecutiva.

§ 1º - Compete ao Procurador-Geral administrar as atividades funcionais do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado e exercer o respectivo poder disciplinar, na forma a ser disciplinada no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º - Nas hipóteses de vacância, ausência ou impedimento, o Procurador-Geral será temporariamente substituído por ocupante do cargo de Subprocurador-Geral ou de Procurador, nessa ordem, observada em qualquer caso a respectiva antiguidade.

§ 3º - No caso de abuso de poder, conduta incompatível ou grave omissão no cumprimento dos deveres do cargo, o Procurador-Geral poderá ser destituído por deliberação da maioria absoluta da Assembleia Legislativa.

§ 4º - A proposta de destituição do Procurador-Geral deverá decorrer de iniciativa da maioria absoluta dos

Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado ou dos próprios integrantes da carreira.

§ 5º - A proposta a que se refere o § 4º deste artigo será formulada por escrito e dependerá da aprovação de 2/3 (dois terços) dos Conselheiros, assegurada ampla defesa, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado para a destituição do Procurador-Geral de Justiça.

Artigo 6º - Aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado aplicam-se, na forma do artigo 130 da Constituição Federal e no que couber, as disposições da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado pertinentes a direitos, vedações, regime disciplinar e forma de investidura.

§ 1º - Fica fixada em 10% (dez por cento) a diferença de valores entre os subsídios do Procurador-Geral e os dos Subprocuradores-Gerais, e entre os destes e os dos Procuradores.

§ 2º - Para os fins do disposto neste artigo, competem ao Tribunal de Contas do Estado, na forma do Regimento Interno, as atribuições conferidas pela Lei Orgânica do Ministério Público a seus Órgãos de Administração Superior.

Artigo 7º - Ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado é assegurado apoio administrativo e de pessoal da Secretaria do Tribunal de Contas, conforme estabelecido no Regimento Interno.

Artigo 8º - Ficam criados na Parte Permanente do Quadro de Pessoal do Tribunal de Contas do Estado:

I - 1 (um) cargo de Procurador-Geral;

II - 3 (três) cargos de Subprocurador-Geral;

III - 9 (nove) cargos de Procurador, dos quais 3 (três) serão extintos na primeira vacância.

Artigo 9º - As despesas resultantes da aplicação desta lei complementar correrão à conta das dotações próprias consignadas no orçamento vigente, suplementadas se necessário.

Artigo 10 - Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.

#### DISPOSIÇÃO TRANSITÓRIA

Artigo único - O provimento dos cargos de Procurador-Geral e de Subprocurador-Geral ocorrerá 1 (um) ano após a nomeação e a posse dos aprovados no primeiro concurso de provas e títulos.

Parágrafo único - Durante o interregno do prazo de que trata o "caput", as funções de Procurador-Geral serão exercidas, interinamente, por Procurador designado pelo Tribunal de Contas do Estado.

Palácio dos Bandeirantes, 14 de maio de 2010

ALBERTO GOLDMAN

*Ricardo Dias Leme*

*Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania*

*Luiz Antônio Guimarães Marrey*

Secretário-Chefe da Casa Civil

Publicada no DOE de 15 de maio de 2010.

## TCE INAUGUROU SALA DOS MUNICÍPIOS



Para oferecer espaço e infra estrutura de apoio aos agentes municipais que procuram o Tribunal de Contas do Estado para tratar de assuntos de interesse de suas administrações, instalou-se na sede da Corte a “Sala dos Municípios” inaugurada em 19 de janeiro, pelo então Conselheiro Presidente Edgard Camargo Rodrigues.

Prestigiaram o ato o Presidente da UVESP (União dos Vereadores do Estado de São Paulo), Sebastião Misiara, o vice-Presidente da UVB (União dos Vereadores do Brasil), Luis Mário Machado e o Presidente da APM (Associação Paulista de Municípios) Marcos Monti, com as presenças, também, dos Conselheiros Fulvio Julião Biazzini, Renato Martins Costa e Cláudio Ferraz de Alvaranga, e dos substitutos de Conselheiro Marcos Renato Böttcher e Maria Regina Pasquale.

O Presidente do TCE destacou que “a solenidade é simples, porém o acontecimento é importante. É um carinho do Tribunal para com os prefeitos e vereadores, um gabinete de trabalho que a Corte de Contas coloca a serviço dos municípios, para assim estreitar ainda mais o relacionamento em benefício final do cidadão”.

Durante o evento foram distribuídas aos presentes revista comemorativa dos 85º anos da primeira sessão Plenária.



A sala está localizada no primeiro subsolo do anexo I, equipada com micro-computadores com acesso à Internet e TV.

Ao final, os Conselheiros presentes deram entrevista à Rede Vida de televisão que fez a cobertura do evento.



## CRIADAS MAIS TRÊS URS, EM ADAMANTINA, CATANDUVA E MOGI GUAÇU

Em discurso pronunciado na abertura do 53º Congresso Paulista dos Municípios, realizado em Serra Negra, em março, o Presidente Fulvio Julião Biazzini anunciou em primeira mão para o Interior a criação de mais três unidades regionais de fiscalização do TCE, em Adamantina, Catanduva e Mogi Guaçu.

Observou aos municipalistas, especialmente aos prefeitos presentes, as vantagens de se conviver com uma Unidade Regional do Tribunal de Contas nas proximidades.

“A atuação preventiva do Tribunal de Contas tem crescido muitos nos últimos anos, principalmente depois da Constituição de 1988. Desta maneira, ter o Tribunal de Contas perto, ter técnicos especialistas em contas públicas dispostos a ajudar à pouca distância, é de grande valia para os prefeitos. Para eles, fica mais fácil administrar; para nós, fica mais fácil fiscalizar, controlar. Quem ganha com isto, com o bom uso do dinheiro público é a sociedade.

### UR-18/Adamantina funciona desde 1º de julho

Das três URS criadas neste ano, a primeira a ser instalada foi a de Adamantina (UR\_18), situada na Alame-

da Padre Nóbrega, 531, CEP 178000-000, fones (18) 3521-1133, 3521-1648 e 3522-2930. O diretor regional é o funcionário Edson Hideo dos Santos, que atuava na UR-5/Presidente Prudente.

Os municípios jurisdicionados à nova UR são: Arco-Íris, Bastos, Dracena, Flora Rica, Flórida Paulista, Herculanópolis, Iacri, Inúbia Paulista, Irapuru, Junqueirópolis, Lucélia, Mariópolis, Osvaldo Cruz, Ouro Verde, Pacaembu, Parapuã, Pracinha, Queiroz, Rinópolis, Sagres, Salmourão e Tupã. Eles estão agora ainda mais próximos da sua sede regional, onde já entregam documentos e se orientam sobre procedimentos.

A nova composição das URS do TCE, cada uma com número semelhante de municípios jurisdicionados, é esta: UR-1/Araçatuba, UR-2/Bauru, UR-3/Campinas, UR-4/Marília, UR-5/Presidente Prudente, UR-6/Ribeirão Preto, UR-7/São José dos Campos, UR-8/São José do Rio Preto, UR-9/Sorocaba, UR-10/Araras, UR-11/Fernandópolis, UR-12/Registro, UR-13/Araraquara, UR-14/Guaratinguetá, UR-15/Andradina, UR-16/Itapeva, UR-17/Ituverava e UR-18/Adamantina.

As URS de Mogi Guaçu e Catanduva encontram-se em fase de instalação.



## TCE-SP SEDIU O SEMINÁRIO REFERENTE À LEI DA QUALIDADE FISCAL

O Tribunal de Contas paulista sediou, entre 22 e 24 de março, importante Seminário do Promoex - Programa de Modernização dos TCs que objetiva alcançar uma posição, especialmente no que se refere a sugestões, das Cortes de Contas do País sobre o projeto de Lei da Qualidade Fiscal que atualmente tramita no Senado Federal.

A abertura solene do evento foi feita pelo Presidente do TCE/SP Conselheiro Fulvio Julião Biazzini e contou com a participação dos Conselheiros Salomão Ribas Jr., do TCE/SC e Presidente da ATRICON, Severiano José Costandrade de Aguiar Presidente do TCE/TO e do Instituto Ruy Barbosa e Luis Sérgio Gadelha Vieira do TCME-CE e Coordenador do Promoex.



A palestra inaugural do evento foi proferida pelo economista e assessor parlamentar do Senado José Roberto Afonso, que fez parte da equipe que criou e elaborou a Lei de Responsabilidade Fiscal – segundo o qual está na hora do País realizar uma nova rodada de avanços fiscais, a exemplo do que fez há dez anos, com a implantação da LRF, e há 22 anos, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e com a Lei 4.320, instituída em meados de março de 1964.

Como um dos assessores do Senador Francisco Dornelles, Relator do projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, José Roberto Afonso apresentou um panorama do conteúdo do Substitutivo ao grande



*Salomão Ribas Jr.*

O Dr. Fulvio manifestou a satisfação do TCE/SP pela presença destes e de outros Conselheiros que prestigiarão o Seminário, dos técnicos dos Tribunais de todo o País e também do Ministério do Planejamento, enalteceu a importância do evento e a participação dos TCs nos avanços e modernização dos instrumentos de controle externo do País.

Os Drs. Salomão Ribas Jr., Severiano Aguiar e Luis Sérgio Gadelha também fizeram observações concludendo a necessidade e o empenho dos TCs na melhoria da qualidade do controle das contas públicas brasileiras. É intenção do Presidente da ATRICON apresentar síntese das conclusões a serem levadas ao Congresso Nacional em reunião da diretoria da ATRICON no Rio de Janeiro.



PLS 229/09 e pediu um relatório com o texto em vigência que pretendem atualizar, as sugestões das alterações e as razões das propostas.

Os técnicos dividiram o Seminário em três grupos temáticos:

- 1) Planejamento e Orçamentos;
- 2) Contabilidade, Transparência e Controle ;
- 3) Alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal – com a coordenação, no Grupo 1, de Paulo Machado (TCE/RS) e Elke de Moura (TCE/MG); no Grupo 2, de Maurício Queiroz (TCE/SP) e Sônia Endler (TCE/SC); e Grupo 3, de Jaylson Campelo (TCE/PI) e Luciene Carvalho (TCE/DF).



*José Roberto Afonso*



## PRESIDENTE DO TCE SP PARTICIPOU DA SESSÃO SOLENE DE ABERTURA DO 54º CONGRESSO ESTADUAL DE MUNICÍPIOS



O Presidente Fulvio Biazzini representou o TCE compondo a mesa solene de abertura do 54º Congresso Estadual de Municípios, promovido pela Associação Paulista de Municípios, no dia 22 de março.

O tradicional evento, ininterrupto há 54 anos, transcorreu até o dia 26 no Centro de Convenções Circuito das Águas, na cidade de Serra Negra e teve como tema principal “Município forte: bandeira paulista”.

Juntamente com o Presidente do TCE compuseram a mesa, além dos anfitriões Prefeito Antonio Luigi Ítalo Franchi e o Presidente da Câmara Municipal João Paulo Corsetti Ferraresso, o Presidente da APM Marcos Monti, o Ministro Alexandre Padilha da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República, representando o Presidente Lula, o Presidente da Assembleia Legislativa Dep. Barros Munhoz, representando o Gov. José Serra, Deputados Federais Aline Correa, Roberto

Santiago, Talmir Rodrigues, Deputados Estaduais Celso Giglio e Edmir Chedid, a Prefeita de Ribeirão Preto Darcy Vera, João Roberto Peixe representando o Ministro da Cultura, o Presidente da UVESP – União de Vereadores do Estado de São Paulo Sebastião Misiara, além de outras autoridades.

Na ocasião o Presidente Fulvio Biazzini reafirmou que o TCE é parceiro do dirigente municipal destacando o seu lado pedagógico na medida em que promove inúmeros encontros com os jurisdicionados para orientação sobre temas mais variados visando a boa administração, antes de sua atuação punitiva.

Noticiou, também, duas decisões importantes, tomadas recentemente, para maior proximidade com os agentes políticos: plantão permanente de um Diretor de Fiscalização da Capital, na recém inaugurada “Sala dos Municípios”, na sede, com a finalidade de esclarecer



dúvidas, a despeito do que já existe nas Unidades Regionais; a segunda comunicação foi a criação de mais três Unidades Regionais prosseguindo com o projeto de descentralização do TC para maior racionalidade de suas funções.

Após estudos, as cidades que sediarão as novas URs são Adamantina, Mogi-Guaçu e Catanduva, conforme Resolução 2/2010 de 17 de março corrente.



## TCE INICIOU SEU PROCESSO DE GESTÃO ESTRATÉGICA



### GET - Gestão Estratégica do TCESP



**Para alcançar melhores  
resultados sociais**

Na manhã do dia 22 de junho, no auditório da Escola de Contas, o Presidente Fulvio Biazzini fez a abertura solene do 1º Seminário de Gestão Estratégica do TCESP (GET). Esteve presente a Dra. Maria José Diniz Mourão, Assessora de Planejamento e Desenvolvimento Organizacional do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e Coordenadora do Grupo Temático do PROMOEX, que orientou Diretores e funcionários da Casa sobre os procedimentos cabíveis na atuação do TC.

Na ocasião, o Presidente enfatizou a expectativa de que a Gestão Estratégica do TC interfira sobre o controle da economia, na eficácia no que diz respeito aos resultados pretendidos, verifique, de maneira presente, se os compromissos assumidos pela Administração es-

tão sendo cumpridos, ressaltando que os produtos deste trabalho sejam agentes de mudança social.

Por fim pediu o engajamento de todos para o compartilhamento de conhecimentos, onde cada funcionário pode e deve contribuir, pois todo o processo depende fundamentalmente do fator humano.

Segue o inteiro teor do pronunciamento feito pelo Presidente Fulvio Julião Biazzini, na oportunidade

É com grande prazer que recepciono e cumprimento a todos para, juntos, refletirmos sobre o futuro que queremos para esta Casa. E a melhor forma de prever o futuro é criá-lo.

Hoje iniciamos uma fase de apropriação de metodologias, ferramentas e técnicas que nos auxiliarão a alcançar a visão de futuro almejada por nós, sempre consonantes aos princípios estabelecidos na Carta Magna, que focam na Economicidade e na Eficiência.

Creemos que este investimento irá organizar, num padrão mundialmente aceito, as iniciativas de modernização e de automação de processos já em curso nesta Casa.

A Gestão Estratégica não é meramente a elaboração de um plano que, uma vez pronto, irá enfeitar as prateleiras dos gestores, ou ainda, neste mundo virtual, apenas dar mais conteúdo à nossa página na Internet.

Queremos que os produtos do nosso trabalho (Decisões, Sentenças e Pareceres) sejam agentes de mudança social.

Para tanto, vejo que a Gestão Estratégica é um processo contínuo, que se fará por meio do compartilhamento de conhecimento; do fortalecimento do espírito de equipe entre os funcionários desta Casa; do real entendimento de nossos pontos fortes, de modo que possam ser efetivamente potencializados, e de nossos pontos fracos, para que sejam enfrentados e mitigados. Esse é o nosso direcionamento estratégico !

Neste processo, cada Departamento, cada Diretoria, cada Seção, cada servidor pode e deve contribuir de forma que todo seu potencial aflore e seja integralmente utilizado.

Esta jornada que ora iniciamos, rumo ao futuro que queremos construir, requer o engajamento de todos para que possamos imprimir o jeito paulista de fazer as coisas.

A realidade cada vez mais complexa – novas tecnologias, novos arranjos institucionais, maiores pressões da sociedade - que se organiza e exige transparência nas ações de governo e efetiva prestação de contas – requer um Tribunal que não dispense o controle da regularidade e da conformidade, mas que também seja exercido de maneira presente, aferindo se os compromissos assumidos pela Administração estão sendo cumpridos.

Entendo que, para a efetiva implantação e monitoramento da Gestão Estratégica, necessitaremos de métricas e indicadores de desempenho, cujos primeiros frutos queremos coletar por meio da metodologia articulada pela consultoria da FUNDAP que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo contratou.

Também teremos hoje a oportunidade de ouvir a Doutora Maria José Diniz Mourão que, há sete anos, atua como Assessora de Planejamento e Desenvolvimento Organizacional do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, e que coordena o Grupo Temático do PROMOEX, que certamente bem definirá os procedimentos cabíveis na nossa atuação.

Tudo isto importa, porque a nós, do TCE-SP, cabe a avaliação dos elementos de controle da economia e eficiência objetiva, principalmente a otimização na aplicação dos recursos governamentais por quem tem a responsabilidade e o dever de aplicá-los.

Nossa expectativa é a do valor pelo dinheiro, onde há que se considerar que as leis do mercado nem sempre se

aplicam às operações do Estado. O custo, a quantidade e a qualidade dos produtos e o serviço do Governo não são determinados pelo jogo da oferta e da procura nem pela procura dos benefícios ou a competitividade do setor privado.

Creio que sempre nos perguntaremos: queremos a eficácia, que diz respeito aos resultados pretendidos e aos reais obtidos na execução do projeto, programa ou atividade? Até que ponto os bens, serviços ou outros resultados produzidos alcançam os objetivos das políticas norteadoras, finalidades operacionais e outros efeitos pretendidos, com sucesso?

A sociedade precisa saber que a intenção primeira do trabalho que desenvolvemos envolve, entre outros fatores, verificar se:

- São aplicadas políticas idôneas para efetuar aquisições;
- Os recursos estão sendo adequadamente mantidos e protegidos;
- É evitada a duplicação de esforços do pessoal e se o resultado é de pouca ou nenhuma utilidade;
- A quantidade empregada de recursos permite a prestação dos serviços;
- A administração tem sistemas e controles seguros que garantam o atendimento aos princípios da administração (“limpe”- Art.37- CF);
- Esses sistemas e controles operam bem e fornecem gerenciamento com informações necessárias para acompanhar satisfatoriamente o desempenho;
- A otimização de recursos está sendo alcançada, segundo critérios pré-determinados pelo próprio poder, a partir de peças de planejamento consistentes.

Qualquer desvio de rumos sugere recomendação de melhorias e trabalho junto à Administração a fim de promover a otimização dos recursos e a busca pela excelência dos serviços prestados.

Assim será importante reforçar controles tais como os de: finalidade, mantendo a liberdade dos protagonistas proporem políticas públicas; evitar desvio de finalidade no uso de recursos públicos; buscar qualidade dos serviços prestados sem a perda de identidade; enfim, resultados.

E isto porque vivemos tempos de recursos escassos... até o ar está escasso...a água etc. Não é porque temos a maior reserva do mundo que não vamos gastar com parcimônia.

Muito bem, já me alonguei bastante mas não deixarei de registrar mais uma crença, a de que todo processo depende fundamentalmente do fator humano, portanto, de todos nós. Espero que todos contribuam com suas melhores idéias, pois a diversidade de pontos de vista enriquecerá sobremaneira a discussão. Todos devemos nós comprometer com o processo. Assim espero!



## SISTEMA AUDESP: DESENVOLVIMENTO E RESULTADOS VISÍVEIS. É A AUDITORIA CONCOMITANTE



O Projeto Audesp é vitorioso – declarou o Presidente do Comitê de Gestão de Informática e atual vice-Presidente do TCE, Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, em reunião de esclarecimentos sobre a fase atual do sistema eletrônico de auditoria da Casa e as suas novas perspectivas. Estiveram presentes também, no dia 19 de maio, no auditório da Escola de Contas, os Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues e Renato Martins Costa, bem como assessores dos Gabinetes e de Cartórios de todos os Conselheiros e funcionários da área de Fiscalização. Na apresentação de prestação de contas, os diretores do Projeto Audesp, Paulo Massaru e Maurício Castro explicaram detalhes de como está funcionando a auditoria automatizada (“com o auxílio da máquina”) e os benefícios que ela produz – entre eles o de liberar auditores para serviços mais complexos. Outro ganho significativo é a rapidez em análises dos dados e fornecimentos instantâneos de alertas aos administradores.

“Há dados que a auditoria levaria dois ou três meses para colher e



processar e que o sistema realiza em dois ou três minutos”, mostrou Paulo Massaru. A noção de proporcionalidade e materialidade que o sistema pode gerar também foi destacada. Um exemplo desta ferramenta é o trabalho efetuado com os gastos de combustível das Câmaras Municipais dos 644 municípios fiscalizados pelo TCE no ano de 2009. Comparando o valor total despendido com o número de habitantes da cidade, a desproporção de algumas em relação à média chama a atenção. “A auditoria in loco vai apurar as razões desta e de outras distorções apuradas pelo sistema”, afirmou o Secretário-Diretor Geral Sérgio Rossi. “Ou seja, a máquina vai dar ao auditor dados básicos para realizar uma auditoria de resultados com facilidade e rapidez. É isto que o Tribunal quer; é isto que a sociedade quer: resultados.” Para tanto, informou ele, os modelos de relatórios de auditoria de 2010 serão adaptados.

Maurício de Castro lembrou que uma das maiores dificuldades, talvez a maior, encontrada pelo Projeto Audesp é a baixa qualidade dos dados fornecidos pelos municípios – um problema que o Tribunal busca combater de todas as formas possíveis, com encontros de orientação, aumento de número de Unidades Regionais, cursos da Escola de Contas, dentre outros.

O Conselheiro Cláudio Alvarenga encerrou a reunião, “o que está sendo falado aqui hoje era impensável quando o Projeto Audesp começou a ser implantado. Estou feliz ao verificar como as coisas andam bem. Além de ver-

ificar o cumprimento das leis, verificar a legalidade dos atos, vamos verificar também se a despesa legal resolveu ao que se destinava”.



## O TCESP PARTICIPOU, COMO CONVIDADO, EM TRÊS EVENTOS, PARA FALAR SOBRE SUA AÇÃO FISCALIZADORA

O TCE foi convidado a três eventos para falar sobre os procedimentos adotados na fiscalização e sua área de atuação. O Presidente Fulvio Biazzi autorizou o com-

parecimento do Secretário-Diretor Geral Sérgio Rossi como palestrante.

CAMPINAS – DIA 13 DE ABRIL DE 2010



Da esquerda Dr. Roberto Oliveira da Silva, Dr. Alexander Mognon, Dra. Lucia Helena Vieira, Pres. da Apeprem, Dr. Sérgio Rossi, Drs. Alexandre Carsola e Oscar Maximiano da Silva, do TCESP e Dr. João Carlos Figueiredo ex-pres. da Apeprem

“O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e os Regimes Próprios de Previdência” foi o tema da palestra no 6º Congresso Estadual de Previdência, realizado nos dias 12, 13 e 14 de abril no Royal Palm Resort, em Campinas. O Congresso foi organizado pela APEPREM – Associação de Entidades de Previdência do Estado e dos Municípios e CAMPREV – Previdência de Campinas, com a participação da SPPREV – São Paulo Previdência com o objetivo de promover o aperfeiçoamento de gestores, técnicos e profissionais ligados à Previdência Municipal, bem como possibilitar o intercâmbio e troca de experiências.

Foram abordados os objetivos da fiscalização, verificação das despesas, a orientação para uma política

zelosa em relação aos gastos, a correta aplicação, dos recursos recebidos, atuária, enfim os cuidados necessários a uma boa gestão.

O evento foi transmitido pela TV APEPREM e além dos 300 participantes presentes no auditório a imagem foi recebida em 8 Estados.

O extenso programa também abordou temas com “A Importância do Planejamento”, “Previdência Complementar nos Regimes Próprios”, “Perícia Médica”, “Aposentadoria Especial”, “Obrigações Contábeis dos RPPS”, “Diversificação

de Investimentos” e “Certificado de Regularidade Previdenciária”.





Da esq. Roberto Lamari (ILP), Dep. Ricardo Montoro, Sebastião Misiara (UVESP), Dep. Aldo Demarchi, Sérgio Rossi e Itamar Borges (APM).

O Instituto do Legislativo Paulista – ILP, órgão da Assembléia Legislativa e a UVESP – União dos Vereadores do Estado de São Paulo promoveram o II Encontro Estadual de Agentes Públicos, nos dias 14 e 15 de abril, no auditório do prédio anexo do Palácio 9 de julho, sede do Legislativo Paulista, visando orientar e informar os administradores municipais para uma gestão eficiente.

A palestra do Diretor Geral do TCE versou sobre “Principais motivos de rejeição de contas”, ouvida pelos Prefeitos, vice-Prefeitos, Vereadores e Secretários Municipais presentes, além dos telespectadores da TV Assembleia, que transmitiu ao vivo todo o Encontro.

O evento foi aberto pelo Deputado Aldo Demarchi, 2º Secretário da Assembléia, com a presença do Deputado Ricardo Montoro, Roberto Eduardo Lamari, presidente do ILP, Sebastião Misiara, Presidente da UVESP e Itamar Borges, representante da APM – Associação Paulista de Municípios, além do Diretor Geral.

### Motivos de Rejeição

Em sua exposição o Dr. Sérgio Rossi elencou os principais motivos de pareceres desfavoráveis e rejeição de contas tais como a não observância constitucional da aplicação de percentuais no Ensino e na Saúde, elevado déficit orçamentário, precatórios, Fundeb, remuneração de agentes políticos, EC nº 58, além de temas diversos



como equívocos na elaboração de editais de licitação.

Ressaltou, também, que o TC realizará, neste ano, 32 Encontros em todas as regiões do Estado, como vem promovendo há muitos anos, para esclarecer dúvidas sobre a aplicação no Ensino, precatórios e Execução Orçamentária, além de outros, continuando com o lado pedagógico do TC para esclarecer antes de punir.

Inúmeras perguntas foram respondidas, tanto ao final da exposição, como também no salão externo.

A programação do II Encontro Estadual de Agentes Públicos foi composta por temas e palestras de alto ní-

vel como “Os Tributos no Brasil” (Ives Gandra Martins), “Plano Diretor: importância e como fazer” (Cândido Malta Campos Filho), “O papel do Vereador ante os desafios do meio ambiente” (Sérgio Cintra), “O Legislativo e suas novas funções” (Roberto Lamari), “Comunicações” (Sebastião Misiara), dentre outros.

#### DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – 14 de Abril

A Defensoria Pública realizou o “II Curso de Acolhimento dos Servidores da Defensoria Pública”, nos dias 12, 13 e 14 de abril, para receber os 235 novos integrantes da Instituição, visando cada vez mais melhorar a prestação de assistência jurídica integral e gratuita à população carente do Estado de São Paulo.

No dia 14, no Fórum da Barra Funda, nesta Capital, o tema da palestra do TCE foi “O Tribunal de Contas do

Estado e o controle de contas públicas”. Após a explanação foram respondidas perguntas formuladas pelos novos integrantes da Defensoria.

Na ocasião o Diretor geral foi recepcionado pela Dra. Cristina Guelfi Gonçalves, Defensora Pública-Geral do Estado e Dr. Renato Campos De Vitto, Coordenador Geral de Administração da Defensoria Pública.

A Defensora Pública-Geral agradeceu o apoio que o TC tem dado à novíssima e importante Instituição pois, como disse “os recursos são finitos e as necessidades são infinitas” e sugeriu parceria da Escola da Defensoria com a Escola de Contas Públicas do TCESP, no que foi prontamente atendida.



## TCESP ORIENTOU PREFEITOS DO COMAM



*Da esq. Dr. Sebastião Ananias, Sec. de Finanças e Representante do Prefeito Sidinei Rocha, de Franca, Dr. Sérgio Baptista, da APM, Dr. Marcos Monti, Pres. da APM, Dr. Sérgio Rossi, Pref. Hélio Kondo, de Cristais Paulista e Coordenador Geral do COMAM e Prof. Itamar Romualdo, de Ipuã e Vice Pres. do COMAM*

O TCE esteve presente na cidade de Franca, dia 26 de abril, no II Congresso de Municípios do COMAM – Consórcio de Municípios da Alta Mogiana para palestra sobre “Os principais temas causadores de rejeição de Contas de Municípios”.

O Secretário-Diretor Geral Sérgio Rossi esteve acompanhado pelos Diretores da Unidade Regional de Ribeirão Preto, Flávio Henrique Pastre e da Unidade Regional de Ituverava, João Gilberto Rey, Unidades que fiscalizam os 29 Municípios do Consórcio.

A equipe do TCE foi recepcionada pelo Prefeito de Ituverava, Mário Matsubara, Presidente do COMAM e seu coordenador Edson Ávallo.

Em sua palestra, o Diretor Geral pautou as principais irregularidades através de metucioso levantamento feito especialmente sobre os 29 Municípios: não aplicação do percentual no ensino, precatórios, Fundeb, execução orçamentária, não repassar aos institutos de previdência a parte patronal e mesmo a descontada de funcionários, EC 58, ocultação de passivo.

O ponto de destaque foi a orientação traçada no sentido de evitar a intermediação para prestação de serviços que podem, perfeitamente, serem realizados pelo poder público.

Na ocasião, Prefeitos presentes informaram sobre propostas que vêm recebendo para “venda” de sua dívida ativa, entre outras.

A esse respeito, o Diretor Geral fez questão de lembrar que a EC 62 prevê forma de recebimento da dívida ativa, como também aconselhou que os municípios utilizem todas as demais formas previstas na referida Emenda para quitação de seus precatórios judiciais.



## SIMPÓSIO “GESTÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS”

A Sociedade Brasileira de Administração Municipal – SBAM realizou o Simpósio “Gestão dos Contratos Públicos” em São Paulo, no dia 15 de junho.

O TC aceitou convite para proferir palestra alusiva no tema cabendo ao Secretário-Diretor Geral Sérgio Rossi dissertar sobre “Atuação do Tribunal de Contas no controle e fiscalização das licitações e contratos”, além de considerações referentes ao exercício da função pública e o Tribunal e responsabilidades contratuais dos agentes públicos nos processos de licitação e gestão contratual.



*Dr. Sérgio Rossi*



*Prof. Bandeira de Mello*

Participaram do Simpósio o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello e o Professor Ivan Barbosa Rigolin que abordaram os temas “A Importância da Gestão dos Contratos Administrativos” e “Contratos Administrativos”, respectivamente.

Dentre os participantes estiveram presentes representantes da Câmara Municipal de Atibaia, EMPLASA, Fundação Parque Zoológico de São Paulo, Procuradoria da República no Estado de São Paulo, Secretaria de Gestão Pública do Estado de São Paulo, PRODESP, Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Estado de São Paulo, assessores das Prefeituras de Botucatu,



Prof. Ivan Rigolin e Dr. Júlio Cesar Hial, Diretor Executivo da SBAM

Embu, Bauru, Cajati, Carapicuíba, Itatiba, Jaú, Mococa, Pindamonhangaba, Votorantim, além de funcionários da Câmara Municipal de Vitória/ES.



## CICLO DE DEBATES COM AGENTES POLÍTICOS E DIRIGENTES MUNICIPAIS 2010-08-16

Também neste ano o Tribunal de Contas do Estado está realizando 32 encontros, na capital e em todas as regiões do Estado, a despeito do que vem organizando há vários anos, com Agentes Políticos e Dirigentes Municipais.

Os temas abordados, obrigatoriamente, em todos os eventos são Despesas no Ensino – FUNDEB, Precatórios Judiciais e Execução Orçamentária, pelo

elevado índice de rejeição de contas e pareceres desfavoráveis. Outros assuntos de interesse dos jurisdicionados também serão abordados pelos técnicos, tanto da Sede como das respectivas Unidades Regionais.

Publicaremos, oportunamente, matéria completa sobre os encontros.

### CALENDÁRIO 2010

	SEDE OU UNIDADE REGIONAL	LOCAL			DATA E HORÁRIO
1º	UR-1 - Araçatuba	Penápolis			16/04/10 Sexta-feira 10Hs
2º	UR-7 - São Jose dos Campos	Paraibuna			16/04/10 Sexta-feira 10Hs
3º	UR-11 - Fernandópolis	Santa Albertina			23/04/10 Sexta-feira 10Hs
4º	UR-3 - Campinas	Itatiba			30/04/10 Sexta-feira 10Hs
5º	UR-9 - Sorocaba	São Roque			06/05/10 Quinta-feira 14Hs

	SEDE OU UNIDADE REGIONAL	LOCAL			DATA E HORÁRIO
6º	UR-5 - Presidente Prudente	Presidente Venceslau			14/05/10 Sexta-feira 10Hs
7º	DF'S 2, 5, 6, 8, 9 E 10	São Paulo			20/05/10 Quinta-feira 10Hs
8º	UR-4 - Marília	Chavantes			21/05/10 Sexta-feira 10Hs
9º	UR-13 - Araraquara	São Carlos			21/05/10 Sexta-feira 10Hs
10º	UR-2 - Bauru	Águas De Santa Bárbara			28/05/10 Sexta-feira 10Hs
11º	UR-10 - Araras	Rio Das Pedras			28/05/10 Sexta-feira 10Hs
12º	UR-6 - Ribeirão Preto	Luiz Antônio			17/06/10 Quinta-feira 14Hs
13º	UR-8 - São José Do Rio Preto	Severínia			18/06/10 Sexta-feira 10Hs
14º	UR-14 - Guaratinguetá	Pindamonhangaba			18/06/10 Sexta-feira 10Hs
15º	UR-15 - Andradina	Murutinga Do Sul			23/07/10 Sexta-feira 10Hs
16º	UR-16 - Itapeva	Itapeva			29/07/10 Quinta-feira 14Hs
17º	UR-17 - Ituverava	Orlândia			06/08/10 Sexta-feira 10Hs
18º	UR-1 - Araçatuba	Valparaíso			20/08/10 Sexta-feira 10Hs
19º	UR-11 - Fernandópolis	Macedônia			27/08/10 Sexta-feira 10Hs
20º	UR-7 - São José dos Campos	Mogi Das Cruzes			10/09/10 Sexta-feira 10Hs
21º	UR-9 - Sorocaba	Guareí			16/09/10 Quinta-feira 14Hs

	SEDE OU UNIDADE REGIONAL	LOCAL			DATA E HORÁRIO
22º	UR-4 - Marília	Paraguaçu Paulista			17/09/10 Sexta-feira 10Hs
23º	UR-12 - Registro	Registro			24/09/10 Sexta-feira 10Hs
24º	UR-3 - Campinas	Jaguariúna			01/10/10 Sexta-feira 10Hs
25º	UR-8 - São José do Rio Preto	Orindiuva			08/10/10 Sexta-feira 10Hs
26º	DF'S 1, 3, 4 E 7	Bertioga			15/10/10 Sexta-feira 10Hs
27º	UR-13 - Araraquara	Taquaritinga			21/10/10 Quinta-feira 14Hs
28º	UR-6 - Ribeirão Preto	Pitangueiras			22/10/10 Sexta-feira 10Hs
29º	UR-5 - Presidente Prudente	Adamantina			05/11/10 Sexta-feira 10Hs
30º	UR-10 - Araras	São Sebastião Da Grama			05/11/10 Sexta-feira 10Hs
31º	UR-14 - Guaratinguetá	Silveiras			12/11/10 Sexta-feira 10Hs
32º	UR-2 - Bauru	Pederneiras			19/11/10 Sexta-feira 10Hs



## TRIBUNAL ACEITA CONVITE PARA DIRIMIR DÚVIDAS SOBRE REJEIÇÃO DE CONTAS

Durante a extensa programação do XIII Congresso Paulista de Prefeitos, Vereadores, Secretários e Assesores Municipais, realizado pelo Instituto de Estudos e Pesquisa na Administração Pública - IEPAP, em São Paulo, dia 21 de maio, ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi solicitada preleção sobre “Principais Motivos de Rejeição de Contas”.

O Presidente Fulvio Biazzi convocou o Secretário-Diretor Geral Sérgio Rossi para a palestra. Outros te-

mas de relevância foram abordados durante o Congresso como “Redução de Despesas nos Municípios”, “O poder Municipal” e “Crimes Praticados em Licitações e Prestações de Contas”, este apresentado pelo Procurador do Ministério Público/SP Dr. Antonio Celso Pares Vita.



**Doutrina**



# O CONTROLE DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – DEZ ANOS DE VIGÊNCIA A EXPERIÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

FLAVIO C. DE TOLEDO JR. E SÉRGIO CIQUERA ROSSI

## 1. Apresentação

No intento de combater o déficit orçamentário e, dele consequente, a dívida governamental, a Lei Complementar nº 101, de 2000 veio apresentar conjunto de limites e condições para a gestão do dinheiro público; seu desrespeito acarreta, em muitos casos, sanções administrativas e penais, aqui suprida lacuna do direito financeiro pátrio, especialmente a da Lei nº 4.320, de 1964, cuja revogação parece hoje estar em vias de se consumar.

Evidente que sem o concurso fiscalizatório dos Tribunais de Contas, duvidosa seria a eficácia daquela disciplina fiscal, nisso considerando os arraigados vícios prevalecentes na Administração Fazendária, sobretudo os fictícios planos orçamentários; a criação de despesa sem suporte de caixa; o forte aumento de gasto em período eleitoral; a falta da repartição, por Poder, do limite da despesa de pessoal; a não-limitação da despesa em momento de queda da receita, entre tantos outros desacetos.

Assim, vital a participação do controle externo; a outra instância de controle, a interna, padece de severa dificuldade operacional; para ela inexistente regramento infraconstitucional dispendo sobre a escolha de seus membros, sua objetiva área de atuação, os produtos a serem alcançados e, principalmente, as garantias funcionais para os que militam nesse nível internalizado de controle.

Tal limitação se agiganta em municípios de pequeno porte; 95% do conglomerado nacional. Apontando irregularidades, o controlador interno fica em situação delicada junto ao denunciado, agente político que, no mais das vezes, é pessoa de forte influência na comunidade local. Omitindo-se na denúncia, poderá esse funcionário responder solidariamente pelo desvio fiscal (art. 74, § 1º da CF).

Contudo, há aqui de se lembrar que, ora em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei de Qualidade Fiscal prevê relevantes atribuições para o sistema de controle interno e, desde que aprovada tal intenção

legal, estará solvida boa parte das sobreditas dificuldades operativas.

De qualquer modo e tendo em mira suas atribuições constitucionais e a experiência técnica de seus recursos humanos, as Cortes de Contas afiguram-se como as melhores guardiãs da Lei de Responsabilidade Fiscal. Reforça isso o fato de a Lei de Crimes Fiscais determinar àquelas Casas o processamento e o julgamento de relevantes transgressões fiscais, a resultar pesada multa pessoal ao gestor: nada menos que 30% de seus vencimentos anuais (art. 5º).

Nessa lide, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP - *ao qual se jurisdicionam o Governo do Estado e 644 municípios* – não vem medindo esforços para a resolutividade do novo direito financeiro.

Com efeito, logo em junho de 2000, lançou-se aqui manual básico, explicando, de forma didática, todos os comandos da LRF. Esse trabalho foi largamente consultado em vários endereços eletrônicos, sendo depois reproduzido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, entidade que, à época, articulava, em nível nacional, a divulgação da então nova lei complementar.

Em seguida, promoveu o TCESP, nestes dez anos de LRF, mais de 500 encontros pedagógicos com agentes políticos e servidores das entidades jurisdicionadas.

Ainda, foi criado o Sistema de Auditoria Eletrônica do Estado de São Paulo, o AUDESP, que, todo mês, capta números orçamentários dos jurisdicionados e, se for o caso, alerta, de imediato, os gestores quanto a riscos fiscais como superação de 90% dos limites da despesa laboral e dívida consolidada; iminência de déficit orçamentário anual; queda da receita a demandar contingenciamento do gasto; projeção de déficit previdenciário; falta de dinheiro para despesas assumidas nos oito derradeiros meses do mandato.

Nos trabalhos de campo, realizados, todo ano, em cada um dos 644 municípios paulistas, a Auditoria confirma, *“in loco”*, aqueles números eletronicamente remetidos.

Desse esforço fiscalizatório, tem-se que, no intervalo de sete anos, entre 2001 e 2008, o resultado orçamentário dos municípios paulistas transformou-se de um déficit global, em 2001, de R\$ 298,608 milhões (1,51% da receita) para um superávit global, em 2008, de R\$ 2.780,116 milhões (5,15% da receita).

E, convém dizer que, em muitos casos individuais, o déficit orçamentário está sendo bancado pela sobra líquida de caixa do ano anterior, ou seja, mediante superávit financeiro absolutamente descompromissado.

Nesse rumo e naquele mesmo lapso 2001-2008, a municipal dívida fundada e flutuante caiu de 16,28% para 9,83% da receita corrente líquida.

Se, em 2001, 27 municípios do Estado superavam o limite da despesa laboral, em 2008, apenas dois deles incorriam nesse desvio fiscal.

No âmbito do Governo do Estado de São Paulo, o superávit primário de 2008 (R\$ 5,534 bilhões) foi 244,37% maior que o havido no ano de 2000 (R\$ 1,607 bilhões).

Ainda na Administração Estadual, a despesa de pessoal registrou declínio de 58,09% (2000) para 47,32% da receita corrente líquida (2008).

Feitas essas considerações, o presente artigo passa a comentar a atuação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em três aspectos basilares de responsabilidade fiscal: o estímulo ao bom planejamento orçamentário; o enfrentamento do déficit orçamentário e da consequente redução da dívida de curto e longo prazos; a adequada apuração da despesa de pessoal.

## 2. O Estímulo ao Bom Planejamento Orçamentário

Não planejar significa gastar mal o dinheiro público; em prioridades imediatistas, de conveniência, que à frente vão surgindo.

Quantos empréstimos, onerosos, precisaram ser feitos por falta de planificação de caixa? Quantas obras foram iniciadas e, depois, paralisadas por ausência de recursos financeiros? Quanto déficit se fez por superestimativa da receita orçamentária? Quantos projetos se frustraram por não-articulação programática com outros empreendimentos governamentais? Quantos servidores foram admitidos em setores que nada tinham a ver com as reais prioridades da Administração?

Afora essas questões que justificam, à farta, a necessidade do planejamento orçamentário, nunca é demais recordar que a Lei de Responsabilidade Fiscal se assenta em duas pilstras básicas: a transparência fiscal e o planejamento no uso do dinheiro público (art. 1º, § 1º).

Antes de editado aquele direito, o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA) eram autênticas peças de ficção; reproduziam modelos franqueados por instituições públicas ou empresas de assessoria. Quer tivesse mil

ou um milhão de habitantes, os Municípios, sobretudo esses, contavam com programas e metas absurdamente semelhantes. Enfim, o planejamento se apresentava para atender, somente na forma, aos dispositivos constitucionais.

Respaldado em pressuposto elementar da Lei de Responsabilidade Fiscal, tem feito o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo as seguintes recomendações ao Estado e aos municípios:

- os programas governamentais devem ser melhor previstos na lei orçamentária, evitando-se a constatada abertura de elevado valor de créditos suplementares, a evidenciar mau planejamento e afronta a escopo basilar de responsabilidade fiscal.
- a lei de diretrizes orçamentárias deve prescrever critérios para limitação de empenho e subvenção de entidades do terceiro setor (art. 4º da LRF).
- na lei de diretrizes orçamentárias, o anexo de prioridades deve estabelecer, por programa de governo, as metas de admissão de pessoal, cumprindo a especificidade dita no art. 169, § 1º, II da Constituição.
- originadas em audiências públicas sobre o projeto de lei orçamentária (art. 48, LRF), as respectivas dotações devem estar claramente identificadas no orçamento anual, sob forma de específicas *Atividades e Projetos*.
- a lei orçamentária anual deve prever metas físicas para todos os programas de governo.
- a lei orçamentária anual deve limitar a autorização prévia de créditos suplementares à inflação esperada para o ano seguinte; aqui, é de se notar que elevados percentuais desvirtuam a vontade legislativa, posto que a abertura do crédito dá-se por ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo; ao demais, essas taxas alentadas abrem porta para o déficit orçamentário.
- a lei orçamentária anual precisa detalhar o gasto até o nível do elemento, conferindo maior transparência ao processo orçamentário (art. 15 da Lei nº 4.320, de 1964)..
- a lei orçamentária anual deve abranger todas as entidades públicas do Município (*Administração direta, autarquias, fundações, estatais dependentes*), atendendo ao constitucional princípio da unidade do orçamento (art. 165, § 5º, I da CF).

De mais a mais, na análise de avenças contratuais de maior vulto, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nas hipóteses cabíveis, vê irregular a ausência das cautelas requeridas no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, quais sejam: a) *a estimativa trienal de impacto financeiro-orçamentário*; b) *a declaração do ordenador de despesa quanto a adequação com os três planos orçamentários: PPA, LDO e LOA*.

Nesse contexto, faz assegurar o órgão do controle externo que, nos futuros ajustes, o ente estatal mostre, de forma inequívoca, que os projetos de expansão governamental estejam previstos nos três instrumentos orçamentários, sendo isso eficiente antídoto contra o planejamento fictício, sem compromisso com a realidade, feito apenas para atender à lei.

Com efeito, a falta dos sobreditos procedimentos do art. 16 faz com que a despesa seja tida não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público (art. 15 da LRF), havendo, em face disso, tipificação penal (art. 359-D da Lei de Crimes Fiscais: “Ordenação de despesa não autorizada por lei – reclusão de 1 a 4 anos”).

Diferente do que preconiza respeitável linha de entendimento, defendemos nós que “*não é qualquer aumento de gasto público que precisa submeter-se ao ritual administrativo do art. 16 da LRF. Livres dessas cautelas estão as despesas corriqueiras, habituais, relacionadas, apenas e tão somente, à operação e manutenção dos serviços preexistentes e que nada tenham a ver com criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental*”. (in: “Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada Artigo por Artigo”; 3ª. edição; Ed. NDJ; São Paulo).

Em tal controvérsia e no dizer do Prof. Carlos Pinto Coelho Motta, “*uma conclusão interpretativa de grande consistência – confirmada finalmente pelo Tribunal de Contas da União – atribui apenas às despesas relacionadas com projetos o cumprimento dos requisitos dos art. 16 e 17. Despesas pertinentes a atividades estariam deles dispensadas. E, de fato, o TCU, pondo fim ao debate, definiu taxativamente que: ‘as despesas rotineiras da Administração Pública, já previstas no orçamento, destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, prescindem da estimativa do impacto orçamentário-financeiro de que trata o art. 16, I da Lei de Responsabilidade Fiscal’ (in artigo “Dez Anos da Lei de Responsabilidade Fiscal: repercussões nas licitações e contratos públicos”); Fórum de Contratação e Gestão Pública; Editora Fórum; janeiro de 2010).*

Outra polêmica na dicção do art. 16 alcança os que entendem que erguer um prédio público, por um exemplo uma escola, é ação que dispensa os procedimentos em questão, desde que o gasto esteja previsto, de forma sustentada, na lei orçamentária. Dito de outra maneira, não haveria aqui aumento do dispêndio governamental.

Equivocada tal interpretação; as futuras despesas solicitarão, sim, majoração no nível atual do orçamento. É dessa forma, pois o exemplificado prédio escolar demandará, por óbvio, futuros custos de operação e manutenção (*professores, pessoal de apoio pedagógico, servidores administrativos, materiais, serviços de reparos e vigilância, entre tantos outros*).

Na criação, expansão ou aperfeiçoamento há casos de fronteira, que ensejam esforço de interpretação. Por exemplo, pavimentar rua de terra tipifica uma nova ação de governo; eis aqui um *projeto*; já o recapeamento de rua já antes asfaltada é simples e habitual manutenção de um próprio antes instalado; não há aqui criação de nova despesa pública; eis aqui uma *atividade*.

### **3. O Enfrentamento do Déficit Orçamentário e da conseqüente Dívida de Curto Prazo**

Há de ressaltar que mesmo antes da LRF e depois que, em 1994, a moeda nacional se estabilizou, o Tribunal Paulista de Contas passou a combater, sistematicamente, o déficit orçamentário dos municípios jurisdicionados, emitindo-lhes, conforme o caso, parecer desfavorável por afronta à planificação financeira dos art. 47 a 50 da Lei nº 4.320, de 1964.

Assim, no caso paulista, os Municípios, à época da edição da LRF, já antes refreavam seus déficits orçamentários, dispondo, por isso, de menor estoque de dívida líquida de curto prazo (déficit financeiro).

De todo modo, há de ser enfatizar que ante a dificuldade de obter empréstimos de longo prazo, boa parte dos Municípios - *paulistas ou de todo o Brasil* - ainda recorrem a artificiosa manobra para financiar seu déficit: a superestimativa da receita, quer na elaboração anual do orçamento, quer na abertura, ao longo da execução, de créditos adicionais.

Apesar desse artifício estar hoje dificultado pelo obrigatório instituto da limitação de empenho (art. 9º da LRF), malgrado isso, ainda subsiste tal mazela na administração fazendária.

Em resumo, ainda se faz despesa sem amparo financeiro, gerando os déficits de execução orçamentária e, a partir deles, os Restos a Pagar sem cobertura de caixa.

Na medida em que a Administração, nos anos subseqüentes, reitera o déficit orçamentário, em tal contexto de reincidência os descobertos Restos a Pagar vão-se engrandecendo na dívida de curto prazo ou, em linguagem da contabilidade pública, aumentam o déficit financeiro.

Assim, a maior objeção fiscal do Município não é a dívida consolidada, de longo prazo, mas, sim, o endividamento de curto prazo, para o qual, paradoxalmente, não se opõe qualquer limite fiscal.

Vem daí que os resultados primário e nominal não são tão importantes na avaliação fiscal de grande parte dos Municípios, financiados que são, em boa parte, por fornecedores que não recebem, pontualmente, seus créditos (Restos a Pagar descobertos), não sendo daí lastreados pelo objeto central daqueles dois resultados fiscais: os empréstimos e financiamentos concedidos por bancos e outras instituições financeiras.

Em verdade, aqueles produtos fiscais são muito relevantes para o ente que mais capta recursos da sociedade: a União, nisso também considerado que todos os Estados-membros e grandes Municípios tiveram suas dívidas refinanciadas por aquele nível de governo; isso em período imediatamente anterior à promulgação do código de responsabilidade fiscal.

Assim, para o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em cada ano civil, o resultado entre receitas arrecadadas e despesas empenhadas é o mais importante na avaliação financeira das esferas locais de governo. Põe-se aqui o resultado bruto da execução orçamentária.

De mais a mais, por meio desse resultado orçamentário se analisa o nível de variação da dívida que mais pesa nas finanças municipais: a de curto prazo.

Em outros termos, a sobra financeira gerada pelo superávit orçamentário reduz a dívida líquida de curto prazo. Em sentido contrário, o déficit orçamentário aumenta, mais ainda, essa pendência de curta exigibilidade.

Tendo em mira que o objetivo nuclear de responsabilidade fiscal induz superávits orçamentários para a redução da dívida pública, escorado nesse pressuposto, o TCESP recusa déficits orçamentários, mesmo os de baixa monta; isso, desde que carregue o Município considerável estoque de dívida líquida de curta exigibilidade (déficit financeiro).

Reforça esse juízo desfavorável o fato de o Prefeito, ao longo do exercício, ter sido alertado sobre o déficit que se avizinhava e, nem assim, adotar políticas de limitação da despesa não-obrigatória (art. 9º da LRF).

Com efeito, a partir da análise dos mensais relatórios fiscais, a Corte Paulista de Contas, mediante o já antes comentado Sistema AUDESP, alerta, automaticamente, os gestores quando a arrecadação não vem se comportando tal qual esperado, situação a já demandar a limitação de dotação e de movimentação financeira (art. 59, § 1º, I da LRF).

Todavia, um déficit orçamentário pode ser absolutamente lícito, desde que amparado no superávit financeiro do exercício anterior. É bem a isso o que se refere o art. 43, § 1º, I, da Lei n.º 4.320, de 1964.

Afinal, diferente dos que se perfilam na iniciativa privada, não cabe à Administração acumular capitais financeiros, ou seja, ante uma sobra monetária absolutamente descompromissada, deve o gestor provocar um déficit orçamentário para utilizar aquele excedente de caixa. É dessa forma posto que, no exercício corrente, tal sobra financeira não mais se recepciona como receita orçamentária.

Em assim sendo, resta claro que fundamental é a correta apuração do resultado de execução orçamentária. Em tal lide, a Auditoria do TCESP, não raro, vem

procedendo a retificações nos balanços orçamentário e financeiro, baseadas nos seguintes pressupostos:

- a. Haja vista o art. 71, I e II da Constituição, o TCESP aprecia, uma a uma, as entidades públicas do Município, fazendo juízo individual sobre Prefeituras, autarquias, fundações e empresas estatais. Nesse passo, os balanços orçamentário e financeiro da Administração direta devem conter, apenas e tão somente, os números da Prefeitura e Câmara.
- b. A despeito do art. 38 da Lei n.º 4.320, o cancelamento de Restos a Pagar não deve gerar, em contrapartida, uma receita orçamentária fictícia, escritural, de “papel”; tal fato deve ser escriturado independentemente da execução orçamentária (*vide Manual da Receita da Secretaria do Tesouro Nacional*).
- c. Mesmo que líquida e certa, não pode ser orçamentariamente contabilizada a receita que ainda não virou dinheiro no caixa do Município. Por isso, laboram em erro certas Portarias STN ao contrariar o regime de caixa da receita (art. 35, I da Lei n.º 4.320, de 1964).
- d. Em face da Portaria Interministerial n.º 163, de 2001, meros repasses a autarquias, fundações e empresas dependentes não mais oneram a despesa orçamentária da Prefeitura. De outro lado, essa ajuda financeira representa efetiva saída de dinheiro; uma redução da receita arrecadada pela Prefeitura. Diante disso, essas transferências devem somar-se, em ajuste aditivo, à despesa orçamentária da Administração direta do Município.
- e. Tendo em vista o regime de competência da despesa e a norma do prévio empenho, não se pode empenhar despesas de pessoal de dezembro no início do ano seguinte (art. 35, II c.c. art. 60 da Lei n.º 4.320, de 1964).

### 3.1 A dívida de curto prazo do último ano de mandato – a dicção do polêmico art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal

Em linhas anteriores, já se viu que a predominante dívida do Município é a de curto prazo, composta, no mais das vezes, por Restos a Pagar sem cobertura monetária.

De seu turno, o art. 42 da Lei n.º 101/00 impede que despesas dos últimos oito meses do mandato sejam transmitidas, sem lastro de caixa, para o futuro gestor político.

Tormentosa tem sido a leitura de tal dispositivo; defendem alguns que cada Poder estatal deve, ao final da gestão, suprir financeiramente todo o estoque de Restos a Pagar, novo ou antigo, nisso recomendando descabidos cancelamentos de empenhos já liquidados, bem assim de Restos a Pagar também processados, prática

essa que distorce balanços contábeis e contraria direito líquido e certo do credor.

Outra proposta inconveniente é a de transferir Restos a Pagar para o passivo de longo prazo: o permanente. O equívoco é porque tais débitos são de curtíssima exigibilidade; nada têm de longo prazo, além de já não mais dependerem de autorização legislativa para pagamento, ao contrário do que é indispensável para os débitos do passivo permanente (*art. 105, § 3º e 4º da Lei nº. 4.320, de 1964*).

Diferente, entende o TCESP que o art. 42 da LRF é regra que alcança, exclusivamente, os dois últimos quadrimestres de cada mandato. De outro modo, não há meios de o administrador público atender a despesas desse lapso temporal e mais o estoque de Restos a Pagar incorrido antes da vigência da LRF; do contrário, as gestões haveriam de produzir superávits orçamentários em nível equivalente à herança negativa que proveio da sobredita época anterior, progresso esse que, objetivamente, não se impõe em norma geral de direito financeiro.

Naturalmente, os tais antigos débitos já devem ter sido todos pagos, mas, até mesmo por isso, os mais recentes Restos a Pagar podem ainda não contar com disponibilidade monetária.

Nesse passo, o controle do art. 42 é assim realizado no TCESP:

***Para o primeiro período (posição em 30 de abril do último ano de mandato)***

Empenhos a Pagar e Restos a Pagar (*liquidados*)

(-) Disponibilidades de Caixa (Caixa e Bancos)

(+) Reservas financeiras do regime próprio de previdência e valores atrelados a retenções extra-orçamentárias.

(=) ***Dívida Líquida de Curto Prazo em 30 de abril***

***Para o segundo período (posição em 31 de dezembro do último ano do mandato)***

Restos a Pagar (*liquidados*)

(-) Disponibilidades de Caixa

(+) Reservas financeiras do regime próprio de previdência e valores atrelados a retenções extra-orçamentárias

(=) ***Dívida Líquida de Curto Prazo em 31 de dezembro***

Desde que a dívida líquida de 31.12 seja maior que a de 30.4, claro está que, nos tais oito meses, houve compromisso de despesa sem cobertura de caixa. Eis o não-atendimento ao art. 42 da LRF, que, por si só, enseja parecer desfavorável às contas do Chefe do Poder Executivo. Bem por isso, em anos eleitorais, cresce muito a recusa de contas de Prefeitos, sem embargo de remessa dos autos ao Ministério Público, por tipificação do art. 359-C do Código Penal.

Ao revés e em situação de queda da tal dívida, resta patente que, naqueles oito meses, as despesas assumidas contaram todas com disponibilidade de caixa. Eis o cumprimento do art. 42 da LRF.

Feitas essas considerações e ao contrário da dicção esposada por alguns estudiosos da matéria, entendemos nós que o sobredito cálculo alcança a despesa empenhada e liquidada naqueles dois quadrimestres e, não, o gasto que será executado apenas nos anos seguintes. De fato, um dos principais consultores na discussão legislativa do projeto de LRF, o hoje Auditor do TCU, Prof. Wéder de Oliveira, assim sustenta: “*se estivermos falando de obra plurianual, ou seja, que deva ser objeto de alocação de recursos em mais de um orçamento anual, o Prefeito não estará obrigado a prover recursos financeiros para pagar a parcela da obra que será executada com dotação do orçamento seguinte*” (in: “O artigo 42, a assunção de obrigações no final de mandato e a inscrição em Restos a Pagar”. Brasília, 2000, disponível no site [www.federativo.bndes.gov.br](http://www.federativo.bndes.gov.br)).

Confirma essa nossa tese o Projeto de Lei de Qualidade Fiscal:

**Art. 74.** *Para efeito do disposto no art. 42 da Lei Complementar no101, de 2000, considera-se contraída a obrigação no momento da formalização do contrato administrativo ou instrumento congêneres.*

**Parágrafo único.** *No caso de despesas relativas à prestação de serviços já existentes e destinados à manutenção da administração pública, consideram-se compromissadas apenas as prestações cujos pagamentos devam ser realizados no exercício financeiro, observado o cronograma pactuado.*

**4. O enfrentamento da dívida de longo curso – precatórios judiciais e parcelamento da dívida previdenciária.**

Em linhas anteriores, já se falou que o entrave fiscal do Município ainda reside na dívida de curto prazo, ou seja, o chamado déficit de caixa (financeiro), para o qual o novo ordenamento fiscal não impõe limites; só o faz para o endividamento de longo prazo (120% da receita corrente líquida).

De outra parte e malgrado sua menor participação, há, sim, dívida de longo curso (consolidada) no passivo de grande parte das Comunas, integrada, de forma majoritária, por dívida confessada junto ao INSS e fundos que localmente operam regimes de previdência e, também, por precatórios vencidos e não-pagos ou em fase de quitação parcelada.

Quanto às pendências judiciais e obviamente antes da Emenda Constitucional nº 62, de 2009, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, após vários avisos aos jurisdicionados, passou a recusar contas que, em cada ano civil, não pagam 100% do valor do último mapa orçamentário do Tribunal de Justiça (precatórios novos) e mais 10% do saldo constituído em anos anteriores.

Atendidas as sobreditas parcelas, o Município estará satisfazendo à norma constitucional (*art. 100, § 1º*) e a basilar escopo de responsabilidade fiscal: a redução progressiva da dívida governamental.

Nessa trilha, falha relevante para o TCESP é a de não contabilizar precatórios antigos; vencidos e não pagos. Eis aqui um dos chamados “*esqueletos fiscais*”, ou seja, a ocultação de passivo que distorce resultados patrimoniais e o basilar princípio da evidenciação contábil (*art. 83 da Lei nº. 4.320, de 1964*).

No caso, não é demais lembrar que, segundo normas internacionais de auditoria, a falta de fidedignidade dos balanços, é desacerto que, por si só, enseja o parecer desfavorável.

Também aqui se recomenda que deve a Contabilidade abrir subconta específica no escopo de os precatórios não se agregarem, de forma indistinta, em itens genéricos e de baixa transparência dos balanços, como, por exemplo, “*Restos a Pagar*” ou “*Obrigações de Longo Prazo*”.

Quanto ao outro passivo que muito pesa na dívida consolidada municipal, não poderíamos deixar de comentar o endividamento previdenciário.

Quer destinada ao órgão municipal que administra o regime próprio de previdência, quer dirigida ao Instituto Nacional de Previdência Social – INSS, a falta de repasse das quotas patronais e funcionais aumenta, consideravelmente, a dívida municipal; compromete futuros orçamentos e a agenda de programas governamentais, sem embargo de resultar várias e muitas sanções aos Municípios e, no caso do não-recolhimento da parcela dos segurados, tipifica crime de apropriação indébita (*Lei nº. 9.983, de 2000*).

Por tais motivos, eis aqui mais um motivo para o parecer desfavorável do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: o não-recolhimento previdenciário ao INSS ou aos regimes próprios de previdência.

### **5. O adequado cálculo da despesa de pessoal**

Inova a Lei de Responsabilidade Fiscal ao prescrever que o limite e o controle do gasto laboral dêem-se no círculo restrito de cada Poder estatal; que os Tribunais de Contas alertem o Chefe de Poder quando tal despesa supera 90% do limite; que haja um freio prudencial, cautelar, para o dispêndio com recursos humanos e também que, no cálculo de tal dispêndio, haja agre-

gação dos contratos de terceirização que substituam mão de obra.

O teto percentual do Executivo também comporta as entidades da Administração indireta. Dito de outra maneira, não há limites específicos para autarquias, fundações ou estatais dependentes. Assim, pode uma autarquia estar gastando, com pessoal, 98% de sua receita, desde que, na consolidação de todo o Poder Executivo, o percentual situe-se abaixo dos 54% (Município) ou 49% (Estado), incidentes ambos sobre a receita corrente líquida.

Verificado excessos por parte daquelas entidades descentralizadas, sugere o Tribunal Paulista de Contas que, na lei de diretrizes orçamentárias, a esfera de governo oponha limites específicos ao dispêndio laboral de autarquias, fundações e estatais dependentes.

Ainda, para o TCESP, despesa de pessoal não deve nunca ser vista em números absolutos, nominais, monetários, mas, sim, como uma relação percentual havida em 12 meses, figurando, no numerador, o montante do gasto laboral; no denominador, a receita corrente líquida (DP/RCL).

Nesse cenário, não há de se falar em despesa de pessoal de um mês, de três ou seis meses, mas, tão só, de doze meses. E nem poderia ser de outra forma, vez que a base de comparação – *a receita corrente líquida* – é também um consolidado de doze meses.

Em tal linha de entendimento, a vedação para aumentar despesa de pessoal nos últimos 180 dias do mandato, essa regra fiscal é aqui vista em nível percentual. Por isso, no exame do art. 21, parágrafo único da LRF, aumentar gasto de pessoal é o mesmo que incrementar seu percentual frente à taxa verificada no mês-base da comparação: junho do último ano da gestão. Assim, se houver, naquele período de vedação, aumento na base do cálculo – *a receita corrente líquida* – poderá haver proporcional engrandecimento da despesa laboral, sem que nisso haja transgressão à regra fiscal.

Não obstante essa tese e à vista das oscilações autônomas na folha de pagamento e na receita, por medida de cautela, recomenda o TCESP que, naqueles últimos 180 dias, um inevitável aumento da despesa laboral seja compensado, de pronto, com cortes em outras rubricas de pessoal (*ex.: contratação temporária de motoristas de ambulância compensada pelo corte, parcial ou total, de horas extras, de gratificações, entre outras possibilidades*).

De sua parte, o art. 18 da LRF bem detalha despesas tidas de pessoal. São os vencimentos, os proventos da inatividade (*aposentadorias e pensões*), os subsídios dos que exercem mandatos eletivos, as vantagens funcionais, as horas extras, bem como os encargos sociais (*INSS, FGTS, PASEP e os recolhimentos patronais ao regime próprio de previdência*).

Nessa trilha, sobredita norma detalha, à exaustão, as espécies remuneratórias; contudo, menção não fez às categorias indenizatórias. Nessa condição, o auxílio-moradia, o vale-refeição, as diárias, a cesta básica, o vale-transporte, tudo isso não se agrega à remuneração, escapando, portanto, dos limites fiscais da despesa de pessoal. De fato, sobre tais vantagens não incide o Imposto de Renda.

De outra parte, o PASEP é aqui visto como encargo social, apesar de onerar a receita e, não, a folha de pagamento. É assim, pois malgrado as alterações da vigente Constituição, o PASEP continua beneficiando o servidor público: *o que ganha menos de dois salários mínimos e o involuntariamente demitido (art. 239 da CF)*. Assim, a finalidade do recurso evidencia sua natureza: o de uma obrigação patronal voltada, em boa parte, à previdência social (*outro quinhão do PASEP financia o seguro-desemprego*). Além do mais, o Tribunal Superior do Trabalho acolhe a exegese de que o PIS/PASEP é uma obrigação patronal de natureza trabalhista.

No cálculo do dispêndio com o fator trabalho, a LRF enfatiza o regime de competência da despesa (*art. 18, § 2º*). Em suma, o gasto passa a ser apurado, contabilizado, quando efetivamente liquidado (mês trabalhado), independentemente da data em que se consumará o pagamento. Ante tal quadro, não se justifica empenhar (*e, contabilizar*) a folha salarial no ano vindouro, só porque nesse haveria o efetivo desembolso de caixa. Tal manobra visa melhorar, artificialmente, o resultado da execução orçamentária e, em ano eleitoral, esquivar-se dos rigores do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para retificar tal impropriedade, nosso relatório de auditoria prevê o ajuste no campo da despesa, anotando-se,

contudo, que, ano seguinte, o tal gasto seria subtraído do Balanço Orçamentário, porquanto uma mesma despesa não pode nunca onerar dois exercícios financeiros.

Antes já se disse: inova a LRF ao embutir, na despesa de pessoal, os contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores governamentais (*art. 18, § 1º*). Nessa aferição, há de se ver: as contratações que visam produto determinado, certo, acabado, sem que para isso haja qualquer relação funcional, de subordinação, com a Administração, não se enquadram tais avenças nessa inovação da disciplina financeira, ou seja, continuam não sendo despesa de pessoal. Está-se aqui falando da terceirização de todo o serviço; não apenas da mão de obra, situação na qual o Poder Público delega ao particular encargo inequivocamente definido, sendo o empregado uma questão afeta, única e tão somente, à esfera jurídica do particular, não interferindo, diretamente, no mundo administrativo.

Enfim, por tudo o que se disse neste artigo, haveremos de festejar a Lei de Responsabilidade Fiscal no seu 10º ano de vida.

---

*FLAVIO C. DE TOLEDO JR. é Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e Sérgio Ciquera Rossi é Secretário Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.*



# ESBOÇO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

JORGE ELUF NETO

## *Introdução*

1. A política do dirigismo ou de intervencionismo do Estado, em contraposição ao Estado liberal, sofreu uma guinada na década de 1990, em decorrência de seu natural esgotamento, sobretudo em relação à capacidade de investimento do setor público. Tais circunstâncias levaram o Governo Federal da época a implantar o Programa Nacional de Desestatização, tendo como uma de suas metas a de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas, de forma a permitir que a administração se dedique principalmente ao atendimento das necessidades fundamentais da população.

## *Agências Reguladoras - Descentralização – Autarquias sob Regime Especial*

2. Autarquia é palavra de origem grega que significa, em tradução livre, “serviço que se basta (a si mesmo)”, ou “administração de si mesmo”.

3. As agências reguladoras, criadas por lei, constituem autarquias sob regime especial, tendo por objeto exercer funções reguladoras e fiscalizadoras de atividades delegadas a entes privados, por meio de concessão, permissão ou autorização, ou em relação a serviços públicos de natureza estratégica e monopolista do Estado.

4. Para tanto, são dotadas de atributos especiais, necessários para que o órgão regulador possa atuar eficazmente no exercício das funções reguladora e fiscalizadora do Estado e que, no dizer do Prof. Eurico de Andrade Azevedo (*in* “Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo” n° 49/50 – janº/dez. 1998) caracterizam-se por dispor de:

4.1. autonomia técnica, administrativa e financeira, que assegure a atuação, tanto quanto possível, imune às injunções político-partidárias, às ingerências burocráticas e à restrição de verbas orçamentárias;

4.2. capacidade de expedir normas operacionais e de serviço, como forma de regulamentar a atividade econômica fiscalizada, adaptando-se ao ritmo de desenvol-

vimento tecnológico e ao crescente atendimento das demandas dos consumidores;

4.3. competência para aplicação de sanções no exercício do poder regulatório e de fiscalização;

4.4. necessidade de associar a participação dos usuários no controle e fiscalização do serviço, assegurando-lhes o acesso e o direito de petição ao órgão controlador.

## *Missão das Agências Reguladoras*

5. As agências reguladoras têm, dentre suas finalidades, a missão prioritária de proteger os interesses dos consumidores dos serviços públicos privatizados e, de outro lado, a de conferir às concessionárias e permissionárias a segurança jurídica necessária quanto à regulação do mercado, viabilizando os investimentos exigidos em cada setor.

6. Para garantir a sua atuação eficiente, as agências têm de ser institucionalmente fortes, imparciais no cumprimento de sua missão e tecnicamente capacitadas, além de protegidas da ingerência político-partidária.

7. A eficiência das agências também está relacionada à clara definição de suas atribuições e ao respeito exercido em relação a elas pelos ministérios e secretarias de Estado a que se acham vinculadas. As agências não são instâncias de governo, mas **órgãos de Estado**, posto que constituem instrumentos para a consecução de políticas governamentais dos agentes políticos legitimamente eleitos em relação aos setores submetidos à regulação e à fiscalização das autarquias de regime especial.

8. Não raro, todavia, o Poder Executivo busca interferir nas atividades das agências reguladoras, extrapolando o seu poder de tutela e de supervisão da autarquia, para intervir no mérito de seus atos e decisões, o que deve ser evitado, pois isso que constitui fator de insegurança jurídica para os administrados, ao inserir elementos contaminados de viés político nas indicações de seus dirigentes e em deliberações que se supõem eminentemente técnicas.

### ***Principais Atribuições das Agências Reguladoras***

9. As agências reguladoras têm atividade preponderantemente dirigida à regulação dos serviços concedidos ou permitidos, configurada em seu poder normativo, que consiste na competência para expedir normas pertinentes à prestação do serviço e em relação à matéria afeta ao seu campo de atuação.

10. Quanto ao alcance do poder normativo, deve ser exercido com respeito ao princípio da legalidade, ou seja, restringindo-se à edição de normas reguladoras em conformidade com a lei.

11. Resultante desse preceito, inexistente a possibilidade de criação de direitos e de obrigações não previstos em lei, sendo absolutamente ilegítimas e ineficazes as normas reguladoras que eventualmente contrariem princípios gerais de direito ou o direito positivo.

12. Às agências reguladoras, via de regra e conforme a natureza de sua atuação no setor sob sua competência, são reconhecidos poderes para expedir atos de outorga e de extinção dos direitos de exploração dos serviços concedidos por delegação do Poder Público.

13. Para além da autonomia administrativa e financeira, às agências deve ser assegurada a independência necessária no desempenho de suas funções, preservando-as da ingerência externa inadequada.

14. Na busca da desejada eficiência técnica e do respeito à neutralidade política, as agências devem pautar-se pelo cumprimento de políticas públicas governamentais previamente fixadas para o setor de sua atuação.

15. São, também, atribuições das agências reguladoras, além do poder normativo, a universalização do serviço regulado, o fomento da competição, o controle e monitoramento de tarifas e de preços, a fiscalização da prestação do serviço e a composição de conflitos entre as prestadoras do serviço e entre estas e os usuários.

### ***Supervisão de sua atuação pelo Ministério ou Secretaria de Estado e fiscalização de suas atividades pelo Tribunal de Contas***

16. O controle externo das atividades das agências reguladoras é exercido pelo Tribunal de Contas competente, que sobre elas exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, no pertinente à legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

17. Malgrado a autonomia de que são dotadas as agências reguladoras, no âmbito de sua competência regulatória, além de relativa independência em face do Poder Legislativo, caracterizada esta pelo exercício do poder normativo; em relação ao Poder Executivo, configurada pela existência de mandatos fixos de seus dirigentes

e da inexistência, em princípio, de recurso hierárquico administrativo de suas normas e decisões e, ainda, do próprio Poder Judiciário, por aquilo que Edmir Netto de Araújo (in *“Curso de Direito Administrativo” – Saraiva – 2ª edição – 2006 - p. 172*) denominou *“função quase jurisdicional”* exercida na solução de controvérsias entre elas e os delegados de serviço público ou entre estes, como instância administrativa definitiva, não está isento, todavia, o reexame de seus atos pelo Poder Judiciário, em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF).

18. Do mesmo modo, as agências não se podem subtrair às regras de controle finalístico ou de resultados (tutela administrativa e/ou intervenção), das entidades descentralizadas, submetidas que são à atividade supervisora do Ministério ou da Secretaria de Estado a que se acham vinculadas.

### ***Proposição Legislativa em Tramitação***

19. No intuito de corrigir as distorções presentes na atuação das agências reguladoras e assegurar-lhes efetivamente os atributos da autonomia e independência em relação ao Poder Executivo a que se vinculam, busca-se atualmente a aprovação de proposição legislativa no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 3.337/2004, que, se transformado em lei, constituirá o autêntico Estatuto das Agências Reguladoras, incorporando importantes avanços no tratamento dessas entidades, inclusive com a criação de mecanismos de eficiência em sua atuação, como o contrato de gestão, bem assim a introdução de instrumentos a serem aprovados pelas próprias agências, consistentes em planos estratégicos de trabalho e de gestão e desempenho, submetidos à fiscalização do Poder Legislativo competente.

20. O projeto de lei, para além de estabelecer o estatuto único das agências reguladoras, com a fixação de normas gerais, introduz a possibilidade de descentralização das agências federais, mediante convênios de cooperação com os órgãos de regulação estaduais, do DF e municipais, viabilizando-se o processo de interação com os órgãos de defesa da concorrência, com vistas à promoção da livre concorrência e à implementação da legislação.

21. No pertinente ao processo decisório das agências, as reuniões deliberativas dos órgãos colegiados serão públicas e gravadas em meio eletrônico, disponível na sede da agência e no seu sítio da internet, salvo nas hipóteses de sigilo legal.

22. Prevê-se, ainda, como mecanismo de participação da sociedade, a necessidade de consulta pública nos casos de pedidos de revisão de tarifas e de propostas de edição de atos normativos de interesse geral, com a possibilidade de realização de audiência pública.

23. Será criada, como instrumento de controle por parte da cidadania, a figura do Ouvidor, com atuação junto ao Conselho Diretor, sem subordinação hierárquica, sendo o seu titular escolhido pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal.

24. Questão polêmica do PL diz respeito à exclusão do poder de outorga das agências reguladoras, o qual seria devolvido ao Poder Executivo, reduzindo-se, assim, a competência normativa do órgão regulador nesse tema, sobre restringir sua independência em relação ao agente político investido do poder governamental.

### **Propostas de Criação de Agências Reguladoras Nacionais com atuação em áreas estratégicas do Estado**

25. Como vimos neste condensado artigo, malgrado sua destinação precípua voltada para as atividades reguladora e fiscalizadora de serviços submetidos ao regime de concessão e de permissão, inexistente óbice legal à atuação das agências em outras áreas estratégicas do Estado, em que se apresente a necessidade de autonomia administrativa e financeira e de independência técnica, atributos inerentes às autarquias sob regime especial, como são as agências reguladoras.

26. Assim é que – *de lege ferenda* – em setores de enorme importância da atividade estatal como, v.g. no combate à corrupção na administração pública e na proteção do meio ambiente, afigura-se oportuna e conveniente a criação de agências nacionais, em substituição aos órgãos preexistentes, os quais, por sua subordinação hierárquica aos agentes políticos do Poder Executivo, não se têm caracterizado pela eficiência e pela produção de resultados concretos.

### **Conclusão**

27. Como visto, em sucinta conclusão, para a consecução de seus objetivos, as agências reguladoras devem ser dotadas de recursos materiais e humanos suficientes e compatíveis com a complexidade das tarefas que lhes sejam atribuídas. Devem, portanto, ter asseguradas as autonomias financeira e administrativa, ser dotadas de quadros de nível técnico permanentes, providos seus cargos e funções mediante concurso público, além da garantia de independência de seus dirigentes, escolhidos entre pessoas de notório conhecimento e capacitação técnica na área de sua atuação, aprovados pelo Congresso Nacional ou Assembleia Legislativa Estadual,

submetidos à regra da quarentena após seu desligamento, ou seja, da proibição de manter vínculo por determinado prazo com empresa ou entidade do setor sujeito à regulação e à fiscalização da agência, detentores de mandato fixo, revogável apenas em decorrência de decisão motivada da autoridade competente, com garantias de ampla defesa e do devido processo legal, além de não coincidentes seus termos inicial e final de investidura com os mandatos dos agentes eleitos para cargos do Poder Executivo.

28. Outro aspecto importante a ser considerado na composição dos órgãos diretivos das agências, como forma de assegurar a independência técnica de suas decisões - que se propõe "*de lege ferenda*" - consiste na participação em seus Conselhos e Diretorias, na proporção de 1/3 (um terço) dos membros integrantes, de representantes da sociedade civil escolhidos mediante processo seletivo público, indicados por entidades como a OAB, Confederações das Indústrias e do Comércio, Centrais de Trabalhadores, e outras dotadas de legitimidade e representatividade, sabatinados e aprovados pelo Senado Federal, observando-se, dentre outros requisitos, a pertinência temática nas designações dos representantes das entidades civis em relação ao objeto de atuação da agência reguladora.

29. Finalmente, deve ser assegurado o amplo acesso da cidadania às informações pertinentes aos processos em curso perante as agências reguladoras, ressalvado o sigilo legal, bem como a ampla publicidade que deve ser dada aos projetos de resoluções de natureza regulatória, como forma de garantia da supremacia do interesse público em face do patrimonialista, obviando-se, ademais, o risco de instrumentalização das agências pelos agentes políticos detentores de poder transitório para atendimento a interesses político-partidários.

---

*JORGE ELUF NETO, advogado e Procurador do Estado de São Paulo, é Conselheiro Seccional da OAB/SP, Presidente da Comissão do Advogado Público da OAB/SP e membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB.*



# TRIBUNAIS DE CONTAS PODEM INSTITUIR REQUISITOS PARA PROCESSAR IMPUGNAÇÕES A EDITAIS DE LICITAÇÃO

IVAN BARBOSA RIGOLIN

I – É preciso em primeiro lugar esclarecer que este pequeno artigo *não foi encomendado* por Tribunal de Contas algum, como pode parecer. Nem é certo, aliás, que o verão com bons olhos. Deve-se-o apenas a alguns momentos de perplexidade, talvez mesmo inconformismo, que assolaram o autor por ocasião de sustentações orais realizadas em 2.007 junto ao e. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em defesa de autoridades municipais.

Naquelas duas ocasiões, uma em sessão de Câmara e outra no Pleno – ambas tecnicamente bastante proveitosas a quem as assistiu -, ficou patente o tempo proporcionalmente *espantoso* que os Conselheiros dedicaram, como primeira fase dos trabalhos do dia, a relatar os processos e ler as decisões de *representações ao Tribunal* contendo acusações de irregularidades alegadamente presentes em editais de licitações estaduais e municipais, formuladas por interessados, pessoas físicas e jurídicas, oriundos tanto da Capital do Estado quanto dos Municípios do interior.

A superação desta fase chegou a consumir mais de hora inteira em uma das ocasiões, e pouco menos que isso na outra – e seja imaginado o tempo despendido pela equipe técnica no exame dos editais e em todo o processamento da representação até final decisão do Tribunal.

Se aquilo foram amostras do que ocorre usualmente nas sessões então o panorama parece assustador, até porque foram observadas representações relevantes e judiciosas, que por certo e sempre mereceriam toda atenção, dentre outras que pela sua aventureira frivolidade, pela sua irrelevância material e sua insignificância jurídica ou econômica – quando não pela sua óbvia má-fé - não mereceriam nem comentário nem um segundo de dedicação da autoridade. Essas últimas em boa técnica deveriam ensejar, isto sim, ao menos alguma advertência aos autores, algo como um apenamento, *mutatis mutandis*, por “litigância de má-fé”, figura tão comum no processo judicial.

Ora, é de imaginar que o tempo e o trabalho de todo um muito qualificado e dispendioso corpo técnico de um Tribunal de Contas da magnitude da do Estado de São Paulo, e por fim, no topo da estrutura, o tempo e o esforço dos seus Conselheiros haveriam de ser mais bem empregados na solução de questões próprias e inerentes às contas que

examinam, e dos problemas intrínsecos na sua relevantíssima atividade institucional, alguns dos quais dotados de ineditismo ou complexidade tal que a todo tempo desafiam as mais experimentadas autoridades julgadoras.

Questões como *de onde se origina o problema*, e se precisaria isso ser exatamente assim, ou seja se essa de examinar editais deveria ser função tão importante para os Tribunais de Contas, indagações dessa ordem por certo assomam à consciência dos aturcidos públicos que ao longo dos anos contemplam o desenvolver daqueles pesados trabalhos.

Aqueles todos editais, que o TCE examina e por vezes libera com modificações ou sem, foram porventura impugnados *nas próprias repartições públicas que os expediram*, como admite a lei de licitações? Conhecendo-se a realidade, duvida-se que sequer um deles o tenha sido.

E, se assim é, se o interessado nem sequer cogitou impugnar o edital no órgão público que o expediu, indaga-se: será que realmente existe o direito certo, em favor do representante, de ver sua representação *sempre* apreciada e processada pelo Tribunal de Contas, até decisão final desse sodalício, independentemente de atender pressupostos ou requisitos de admissibilidade?

Seria função institucional e compulsória do Tribunal de Contas, somente a teor do art. 113 da lei de licitações, crivar todo e qualquer edital de licitação sobre o qual alguém, por qualquer motivo, represente pedindo providências, e apenas porque representou?

Vale dizer: tão pouco esforço de alguém, ocasionalmente interessado por razões juridicamente ótimas ou péssimas em modificar as regras d’alguma licitação e sem outro atender a qualquer requisito senão o de representar, precisa ensejar sempre tanto trabalho técnico por parte de uma requintada e necessariamente caríssima instituição fiscal de contas públicas?

Vejamos.

II – A figura da *impugnação ao edital* de licitação está prevista na Lei nº 8.666/93, art. 41, que reza:

“(…) § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder

à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.”

São momentos assaz conhecidos da lei de licitações, porém todos os autores de representação aos TCs contra editais de licitação desde sempre contaram com o disposto no art. 113 da mesma lei – referido no próprio acima transcrito § 1º, do art. 41, e que reza:

“Art. 113 O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, **na forma da legislação pertinente**, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.” (destacamos).

Sempre insistimos em livros, aulas e artigos em que o interessado não dispõe apenas dos *bisonhos* prazos do art. 41 para impugnar editais de licitação, eis que outro artigo da lei de licitações, o art. 49, o qual traduz um secular princípio de direito que conta de diversas outras leis e até mesmo de uma súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1).

Com efeito, se o art. 49 da lei de licitações manda a Administração anular atos ilegais tão logo se convença da sua ilegalidade, então nenhum sentido fazem os prazos do art. 41 da lei de licitações, os quais dão a entender que se o interessado impugnar o edital, por ilegalidade, após o prazo legal, nesse caso a Administração estaria desobrigada de os anular – um raciocínio absurdo e inaceitável por todos os títulos. De nada

vale, portanto o art. 41 com seus prazos para impugnação, ante as regras soberanas e principiológicas do art. 49 da mesma lei.

Mas não é esse o ponto para que aqui se quer chamar a atenção, e sim o de que *não é necessariamente incondicionado o direito de o autor de representações contra editais licitatórios ver processadas e resolvidas suas representações pelos Tribunais de Contas.*

III – Com todo efeito, se alguém entrevir no isolado teor do § 1º, do art. 113 da Lei nº 8.666/93 o fundamento suficiente da obrigatoriedade, para os Tribunais de Contas, de apreciar qualquer edital contra o qual um interessado represente pedindo modificações ou a suspensão total do certame, deve atentar para a redação inteira do artigo, e aquela conclusão poderá ser outra.

O § 1º do art. 113 de fato confere ao interessado a faculdade de representar ao Tribunal independentemente de ter impugnado o edital, porém

“para os fins do disposto neste artigo.”

Ora, o artigo como sói acontecer se inicia pelo *caput*, e de *caput* se lê, conforme na transcrição acima se destacou em negrito e itálico,

**“na forma da legislação pertinente”**,

o que significa que o Tribunal exercerá o controle dos editais sobre que alguém representou com base no § 1º, na forma da legislação adequada que existir.

Precisaria ser lei formal a integrante daquela referida “legislação pertinente”? Não, naturalmente, porque a palavra vem carregada de sentido lato, amplo, extenso e abrangente, a compreender além de eventuais leis também atos normativos infralegais, regulamentares, regimentais, de organização e disciplinamento interno de cada Tribunal.

Uma disposição do regimento interno de cada TC, por exemplo, poderia dar conta de disciplinar as hipóteses de obrigatório processamento das representações, indicando os requisitos formais de sua admissibilidade – e não estaria o TC negando vigência à lei de licitações nem furtando ao interessado um direito legal, pois que esse direito se dá apenas, como se lê do *caput* do art. 113, “*na forma da legislação pertinente*”.

IV – Vale concluir, de tudo isso: não é desparado, nem absoluto, nem incondicionado o direito de algum interessado ver processada até final decisão tribunalícia uma representação que mova contra algum

<sup>1</sup> Vejam-se nesse sentido o art. 53 da lei do processo administrativo federal, a Lei nº 9.784, de 29.1.99; o art. 114, da Lei nº 8.112, de 11.12.90, a lei do regime único do servidores federais, e por fim a vetusta, mas sempre atual e imperativa, Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, todos esses diplomas no mesmo sentido de que deve a Administração anular seus atos ilegais, e que, observados direitos adquiridos, pode revogá-los se inconvenientes.

edital de licitação em curso, porém sujeito a requisitos de admissibilidade que podem – e *data venia* precisam – estar elencados e disciplinados em ato normativo interno de cada Tribunal de Contas.

A pena de não o estar é a de sujeitar os TCs ao trabalho quase insano de examinar todo e qualquer edital de licitação objeto de qualquer representação, por mais evidentemente temerária, em geral mandando suspender e adiar o certame (com por vezes grande prejuízo aos negócios do ente público respectivo), pedir esclarecimentos à origem, examinar todo o conjunto resultante e por fim decidir, amiúde mandando modificar o edital, e com isso reabrir os prazos de publicidade como exige a lei.

Nesse só passo podem ser consumidos alguns meses, a demandar por vezes os temidos *contratos emergenciais* que a origem entenda necessários em face da suspensão do certame que estava em curso – e novas dificuldades podem advir apenas em face disso.

Reconhece-se que, uma vez o Tribunal se entendendo obrigado a processar as representações, não poderia ser diferente desse descrito o panorama que daí segue. O que não convence é a alegação de que, apenas pela leitura seca do § 1º, do art. 113, da lei de licitações, o Tribunal se deve entender sempre obrigado a processar toda e qualquer representação, independentemente de ter sido ela precedida da satisfação de requisitos de admissibilidade. Absolutamente não.

Toda a organização interna dos Tribunais – todos eles – está dada não na lei, mas nos regimentos internos.

Ninguém se olvide de que inúmeras questões processuais e procedimentais no processo civil e criminal estão disciplinadas nos regimentos internos dos Tribunais de todo nível e natureza.

Consta, por exemplo, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, art. 465, inc. II, que o julgamento de agravos regimentais não comporta sustentação oral pelo advogado da causa. E onde o Código de Processo Civil contempla esse assunto? Em momento algum, porque o assunto não compete à lei formal mas à legislação infralegal interna e normativa de cada órgão julgador.

Consta do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 191, inc. III, que o ministro relator poderá determinar a apresentação do paciente nos julgamentos de *habeas corpus*, se entender conveniente. E o mesmo reza o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, no art. 201, inc. III. Onde a lei processual sequer de longe tangencia esse assunto?

Mas vamos além. No caso do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a sua Lei Orgânica, a Lei Complementar estadual nº 709, de 14.1.93, no art. 2º, que relaciona as inúmeras competências do Tribunal, informa:

“Art. 2º Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete: (...)

XXV – decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, **na forma estabelecida no Regimento Interno**” (destacamos).

Ora, se se puder caracterizar a representação contra edital de licitação como *consulta sobre dúvida na aplicação da lei de licitações*, então eis aí, dada pela própria lei orgânica do Tribunal, o condicionamento da operacionalidade da representação contra edital de licitação à *solução que o regimento interno* lhe der, com seus possíveis pressupostos ou requisitos de admissibilidade.

Esses requisitos da legislação infralegal estão, portanto, duplamente admitidos nas leis formais, a primeira sendo a lei de licitações, art. 113, *caput*, e a segunda a LC estadual nº 709/93, art. 2º, inc. XXV, a remeter ao regimento interno do Tribunal.

V – Em conclusão, reste claro que não se está propondo nem a invenção da roda nem a negativa de vigência ao direito dado ao interessado pelo § 1º do art. 113, da lei de licitações. O que aqui se propõe é tão-somente, *na forma autorizada tanto pela própria Lei nº 8.666/93, art. 113, caput, e pela LC estadual nº 709/93, art. 2º, inc. XXV*, disciplinar-se regimental ou internamente o exercício daquele direito, de modo a não permitir a conversão dos altos Tribunais de Contas nacionais em *órgãos de fiscalização de editais de licitação*, em direto detrimento de suas funções institucionais seguramente muitíssimo mais relevantes que essa.

Nesse exclusivo propósito uma única sugestão ou indicação se formula, para que não se acuse o autor de apenas apontar os problemas sem sequer apontar alguma possível medida em auxílio: sem embargo de outros possíveis requisitos admissionais quanto ao *conteúdo material da representação*, uma regra interna do Tribunal sempre poderia determinar que os autores das representações contra editais demonstrem ter previamente *impugnado o edital* junto ao ente público que o expediu.

Sim, porque não se vislumbra por que motivo impulsionar todo um gigantesco aparato técnico estadual se uma simples impugnação ao órgão local poderia ocasional e celeremente resolver toda a questão – como aliás é bastante frequente, já que as origens muito amiúde e com boa-vontade provêm total ou parcialmente impugnações que lhe são oferecidas, dando-se conta de que erraram na interpretação e na aplicação da lei de licitações, e assim modificam seus próprios editais sem qualquer conturbação ou sobressalto.

E, mesmo que os órgãos locais não defiram a impugnação, ou mesmo que tardem na resposta, esse só fato não impede o impugnante de participar do certame, conforme se lê do art. 41, § 3º, da lei de licitações – e em

qualquer destas duas hipóteses seria nitidamente mais legítima e razoável a representação ao Tribunal de Contas.

*IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo*



## A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O DEVER DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA

SÉRGIO CEDANO

**SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Estado e suas funções; 3 A função administrativa e seu regime jurídico; 4 A função administrativa e a dimensão vertical da dignidade da pessoa humana; 5 A proteção constitucional do direito de moradia; 6 A função administrativa de intervenção no domínio social (políticas públicas e atividade de fomento administrativo); 7 A gestão dos bens públicos e o direito de moradia; 8 O poder de polícia e o dever de respeito ao direito de moradia; 9 Conclusões finais; 10 Bibliografia.**

### 1. Introdução

O Estado é dotado de poder político para promover o atendimento das necessidades do cidadão, atendendo aos objetivos fixados pelo artigo 3º da Constituição Federal. A efetivação de tais objetivos deve nortear toda atividade estatal, em especial no exercício de suas funções mais relevantes: legislativa, executiva e judiciária.

A função administrativa é eminentemente teleológica, porquanto está adstrita a satisfazer interesses públicos primários e, para tanto, encontra-se lastreada em dois princípios basilares, quais sejam: supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos. Toda a atuação administrativa, para ser válida, deve obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja na sua acepção negativa, objetivando impedir a atuação arbitrária do Estado, seja na

perspectiva positiva, em que o Estado deverá ter como meta permanente à proteção da vida em todas as suas acepções.

A Constituição Federal, no inciso IX do art. 23, definiu como matéria de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Percebe-se, portanto, que a questão da moradia está inserida no contexto do dever-poder do Estado, eis que incluída no âmbito do piso vital mínimo ou do mínimo existencial para a efetividade do direito subjetivo a uma vida digna (art. 6º, CF).

O direito de moradia tem característica predominantemente de direito difuso, por ser de natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, no interesse geral de proteção ao mínimo existencial pelo Estado. A Ação Civil Pública constitui importante mecanismo de controle judicial da política pública de moradia, na medida em que atinge o interesse de titulares indeterminados que ficariam inviabilizados se fossem exercidos em tutela individual ou coletiva em litisconsórcio multitudinário.

Além do dever de promover diretamente o acesso ao direito de moradia, o Estado, no exercício da atividade administrativa, tem por missão constitucional promover o fomento dessa atividade, facilitando e estimulando

a participação da sociedade na implementação de políticas públicas voltadas ao acesso a um teto onde se abrigue com a família de modo permanente e em condições de habitabilidade.

O Texto Constitucional, ao estabelecer expressamente que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII) e, especialmente, quando reputou como princípio da ordem econômica a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), provocou o surgimento de uma nova estrutura interna do conceito de propriedade. A função social da propriedade não é exclusividade da propriedade privada, mas atinge, com muito mais razão, a propriedade pública, eis que orientada à satisfação de interesses públicos concretos, determinados.

Com efeito, há uma conscientização crescente e generalizada de que os indivíduos têm o dever de serem solidários, protegendo-se mutuamente. O conceito moderno de dignidade é informado pela solidariedade humana. A inclusão do princípio da função social modifica a estrutura do direito de posse, na medida em que o possuir deixa a condição de mero observador, como mero sujeito passivo universal, e passa a titularizar direitos subjetivos, em atenção à superior previsão constitucional do direito social de moradia e o conseqüente acesso aos bens vitais mínimos.

Do mesmo modo, o poder de polícia estatal, e os atributos que lhe são correlatos, deve observância ao postulado da dignidade da pessoa humana, em especial diante do cotejo entre o bem público abandonado e a posse séria decorrente do direito de moradia.

## 2. O Estado e suas funções.

O homem, como ser social, desde os primórdios e durante todo o período de sua existência, está sempre ligado a um tipo de sociedade. Não vive isolado, mas em grupos, em face de interesses materiais ou de objetivos espirituais.

O Estado, assim considerado a Nação politicamente organizada, é o conjunto orgânico formado pelo Território, Povo e Governo. O Território é a base física do Estado; o Povo o seu elemento humano e o Governo o seu órgão diretivo.

O governo é o poder ou a autoridade do Estado. Na definição de José Afonso da Silva<sup>1</sup>, governo é “o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político”.

Assim, o Governo é a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente<sup>2</sup>.

A peculiaridade do poder do Estado (poder político) é, segundo Carlos Ari Sundfeld<sup>3</sup>, de um lado, o fato de basear-se no uso da força física e, de outro, o reservar-se, com exclusividade, ao uso dela. Decorrem disso duas conseqüências muito importantes. A primeira: o poder do Estado se impõe aos demais existentes em seu interior, razão pela qual lhes é superior. Os poderes do patrão, do pai, do sindicato, da diretoria do clube são subordinados ao poder do Estado. A segunda: o Estado não reconhece poder externo superior ao seu.

O Estado é, pois, dotado de poder político para promover o atendimento das necessidades do cidadão, proporcionando-lhe condições de viver em harmonia, ter prosperidade e, enfim, atingir o bem-estar social.

Pela primeira vez na história constitucional do Brasil a Constituição Federal de 1988 abriu um artigo específico para as finalidades do Estado brasileiro, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos, dispondo no seu artigo 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A consecução de tais objetivos deve nortear toda atividade estatal, em especial no exercício de suas funções mais relevantes: legislativa, executiva e judiciária.

Para a proposta deste artigo, interessa mais de perto o exercício da função administrativa e a sua relação com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, em especial, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e os deveres de respeito e proteção.

## 3. A função administrativa e seu regime jurídico.

De início, cabe recordar que o conceito de função é típico do direito administrativo, mas dele não é exclusivo.

Em direito administrativo, “função” significa vínculo inseparável que une o poder outorgado ao agente e o dever que lhe é imposto, dirigido ao atingimento de determinado objetivo que sempre será de interesse público.

Assim, existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do in-

<sup>1</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.109.

<sup>2</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 59.

<sup>3</sup> Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 23.

teresse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como se desincumbir do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio*<sup>4</sup>.

Desta forma, a função administrativa pressupõe os seguintes elementos básicos: (a) agente público; (b) dever; (c) finalidade; (d) interesse público; (e) previsão em lei; (f) poderes para a realização de seu dever (g) interesse alheio ao sujeito que maneja o poder<sup>5</sup>.

Agente público deve ser entendido como sendo toda pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado investido no desempenho de atividade estatal.

Dever é a conduta prevista e imposta pelo ordenamento jurídico ao agente e de observância obrigatória, sob pena de sofrer sanções jurídicas.

A finalidade é o desígnio estabelecido em lei, ou seja, é o objetivo que deve ser necessariamente perseguido pelo agente público. É próprio do conceito de função o atingimento de finalidade pré-estabelecida.

O interesse público é o conteúdo da finalidade. O agente público deve atuar perseguindo sempre o interesse público primário, vale dizer, o interesse da sociedade e o não da própria Administração (interesse secundário). O ideal seria que tais interesses se confundissem em um só, mas não é o que se observa na realidade.

Assim, quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos primários, ou seja, interesses da coletividade como um todo e não da própria Administração Pública em si mesma considerada e, para tanto, encontra-se lastreada em regime jurídico próprio, enquanto conjunto sistematizado de princípios e regras que confere identidade ao exercício dessa função, diferenciando-a das demais atividades estatais (jurisdicional e legislativa típicas).

Com efeito, a Constituição Federal, no seu artigo 1º, expressamente, estabeleceu que o Brasil adotou como regime de governo a república, que tem por característica principal o fato de o governante não ser o titular do poder, mas o representante de quem, verdadeiramente, é o seu titular, vale dizer, da sociedade, como, aliás, dispõe o parágrafo único do artigo 1º do Texto Constitucional: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

O termo república provém da expressão “*res publica*” que significa a “coisa pública”, ou seja, coisa do povo e para o povo, exatamente para expressar a idéia de que o governante não é o dono dos bens, serviços e atividades que disponibiliza, mas age como administrador de interesses que não lhe são próprios, representando, como já mencionado, a vontade popular. É o fundamento da soberania nacional haurida na vontade popular.

O regime peculiar da Administração Pública está lastreado em dois princípios basilares, quais sejam: indisponibilidade dos interesses públicos e supremacia do interesse público sobre o privado.<sup>6</sup>

A indisponibilidade dos interesses públicos é própria do exercício da função administrativa, porquanto direcionada a representar interesses de terceiros que não se encontram na esfera de livre disposição de quem quer que seja. O poder público não tem sobre tais bens disponibilidade, pois não age na qualidade de dono, mas de curador dos interesses públicos.

Na outra pilastra de sustentação do regime jurídico administrativo encontra-se a supremacia do interesse público sobre o particular, que confere à Administração Pública instrumentos e prerrogativas para a consecução da finalidade pública. A supremacia decorre da posição de verticalidade que a Administração Pública se encontra em face do particular. A desigualdade do poder público justifica-se pelo interesse que persegue, ainda que, para tanto, tenha de impor restrições unilaterais aos administrados, pois o sacrifício individual cede passo ao benefício coletivo.

O exercício das prerrogativas do Estado só estará legitimado quando presente, de fato, o interesse público, não um suposto interesse público do Estado, ou de seu governante (difuso, indeterminado, totalmente divorciado da realidade), mas aquele representativo dos verdadeiros interesses da comunidade. O interesse público deve aparecer como algo certo, determinado, exercitável em curto espaço de tempo, perfeitamente passível de ser reconhecido no caso concreto, sob pena de assumir a forma de uma mera aparência.

Como adverte com muita propriedade Héctor Jorge Escola<sup>7</sup>

*la simple invocación del interes público, como lago vago e inasible, no sirve para nada: es como uma forma, dentro de la cual nada existe. Es una apariencia, cuando en verdad debe ser una realidad.*

<sup>4</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p.32.

<sup>5</sup> Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo*, p. 31.

<sup>6</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 34.

<sup>7</sup> Héctor Jorge Escola. *El Interes Público como fundamento Del derecho administrativo*, p. 245.

Como decorrência desse dever-poder do Estado, a inação reveste-se de ilegitimidade e configura-se como prática ilegal. De fato, o desvio de finalidade ou de poder também estará presente quando o administrador deixa de atender aos interesses públicos para os quais se encontra investido de modo vinculado.

Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo público de exigir do administrador omissa a conduta comissiva imposta pelos princípios e regras constitucionais, quer na via administrativa, o que pode fazê-lo pelo exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF), quer na via judicial, formulando na ação pedido de natureza condenatório de obrigação de fazer, seja de cunho individual, seja para tutela de valores difusos ou metaindividuais.

É preciso registrar, porém, que aquelas atribuições constitucionais de natureza administrativa ou material (art. 23 da CF), a exemplo do inciso IX, que impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de promover programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, quando não são atendidas pelo administrador público ganham o “status” de omissões específicas, porquanto estão ocorrendo mesmo diante de expressa imposição no sentido do *facere* administrativo, seja no prazo previamente determinado, seja pelo transcurso de prazo superior ao razoavelmente aceitável.

#### 4. A Função administrativa e a dimensão vertical da dignidade da pessoa humana.

Com o Estado Social, o interesse público a ser alcançado pelo administrador humaniza-se, na medida em que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social<sup>8</sup>.

Desse modo, verifica-se que a supremacia do interesse público sobre o privado não é absoluta e encontra-se orientado pelos fundamentos e objetivos estampados no Texto Constitucional, em especial pelo postulado normativo da dignidade da pessoa humana, que, apesar da sua natureza polissêmica, atua como conceito jurídico-normativo a ser observado por todos os órgãos estatais, seja na sua acepção negativa, objetivando impedir a atuação arbitrária do Estado, seja na perspectiva positiva, programática ou impositiva, em que o Estado deverá ter

como meta permanente a proteção da vida em todas as suas acepções. É a *eficácia vertical dos direitos fundamentais*, em que se observa o respeito aos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado (STF, RE 201819/RJ, j. 11/10/2005).

Também compartilha do mesmo entendimento Marçal Justen Filho<sup>9</sup>, quando leciona que mesmo a supremacia e indisponibilidade do interesse público são subordinados ao princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando que, na verdade, funcionam como o instrumental necessário para a sua concretização, em especial quando cotejado em detrimento de um interesse público indeterminado ou difuso.

*Mais precisamente supremacia e indisponibilidade do interesse público são as vias insubstituíveis para a realização da dignidade da pessoa humana, que consiste que o ser humano não é instrumento, qualquer das acepções que a palavra apresente. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização dos fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada.(...) O que não se admite é a diluição da dignidade de um único indivíduo em virtude da existência de um incerto e indefinido interesse público. (...) Os poderes atribuídos ao Estado, no âmbito da função administrativa, não são voltados a produzir um interesse público abstrato, difuso ou apenas cognoscível por parte do governante. A atividade administrativa do Estado se orienta a atender as necessidades individuais e coletivas pertinentes ao valor da dignidade da pessoa humana.*

A dignidade da pessoa humana, mais do que fundamento para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, funciona como metanorma ou estrutura para a aplicação de outras normas (princípios ou regras), servindo como modo de raciocínio e de argumentação. Na classificação de Canotilho, a dignidade da pessoa humana encontra-se inserida entre os princípios políticos constitucionalmente conforma-

<sup>8</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 217-218.

<sup>9</sup> Marçal Justen Filho, *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo*, RTDP-26, pp.125.

dores, porquanto voltado a explicitar uma valoração política fundamental do legislador constituinte.

Neste contexto, adverte Ingo Wolfgang Sarlet<sup>10</sup>, que não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividade estatais encontram-se vinculados ao postulado da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.

De fato, a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção<sup>11</sup>.

De fato, é necessário

*(...) que se facilite al hombre todo que éste necesita para vivir una vida verdaderamente humana, como son el alimento, la vestimenta, la vivienda, el derecho a la libre elección de esta y a fundar una familia, a la educación, al trabajo, a la buena fama, al respeto, a una adecuada información, a obrar de acuerdo con la norma reta de su conciencia, a la protección de la vida privada a la justa libertad también en materia religiosa<sup>12</sup>.*

Com efeito, a dignidade da pessoa humana acaba por justificar a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas fundamentais, como o direito de propriedade, que se torna abusivo sempre que o seu titular deixa de atender a sua função social e colide com o direito de moradia, a despeito de o exercício desse direito ser da responsabilidade do Estado, cujas funções precípuas são as de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e promover o bem de todos.

<sup>10</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, pp. 114-121.

<sup>11</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, p. 32.

<sup>12</sup> Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, p. 61.

<sup>13</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O Direito à Vida Digna*, p. 25.

<sup>14</sup> José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 314.

Na verdade, os princípios do artigo 1º inspiram todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduzem, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, como expressamente reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 85.237, relator o Ministro Celso de Mello (DJ de 29-4-05).

O Constituinte foi muito claro nesse propósito quando fixou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF) e, principalmente, ao deixar transparecer de forma clara e inequívoca a sua incidência em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*) e o meio ambiente ecologicamente equilibrado como fator essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*), seja quando, na esfera dos direitos sociais, definiu o mínimo existencial ou o piso vital como direito fundamental (art. 6º, CF).

Na verdade, o que a Constituição deseja preservar vai muito mais além do que o direito à vida, mas, sim, o direito de viver dignamente, desdobrando-se em todos aqueles direitos que tornam a vida processo de aperfeiçoamento contínuo e de garantia de estabilidade pessoal, compreendendo, além do direito de não ser atingido em sua integridade física e psíquica, o direito à saúde, à educação, ao meio ambiente equilibrado, aos bens comuns da humanidade, enfim, o direito de ser em dignidades e liberdades<sup>13</sup>.

## 5. A Proteção constitucional do direito de moradia.

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, um apartamento etc., para nele habitar. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria, mas a garantia a todos de um teto onde se abrigue com a família de modo permanente<sup>14</sup>, em condições de higiene e conforto capaz de preservar a intimidade pessoal, a essência e o valor social de certas instituições como a família e a saúde.

O reconhecimento do direito de moradia como um direito fundamental pelo art. 6º (EC 26, de 14 de fevereiro de 2000) foi fruto de uma longa conquista de organismos e tratados internacionais, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de

Discriminação Racial de 1965 (artigo V), a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976 (Seção III) e a Agenda Habitat de 1966.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV, item 1), pela primeira vez, consagrou, pela ordem jurídica internacional, o direito de moradia entre os denominados direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecendo:

*Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em casos de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.*

Assim, o direito de moradia cuida, entre nós, simultaneamente de direito fundamental (direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado) e direito humano (reconhecido e protegido na esfera dos direitos internacionais).

A proteção internacional do direito de moradia (direitos humanos) consolida o rol de direitos fundamentais do Estado brasileiro (art. 5º, § 2º, da CF), além de permitir o seu reconhecimento com força equivalente ao das emendas constitucionais, uma vez tenham sido aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (§ 3º).

A ausência, no texto constitucional, de uma definição mínima de um conteúdo para o direito à moradia impõe, como bem leciona Ingo Wolfgang Sarlet<sup>15</sup>, a necessidade de se utilizar as disposições contidas nos diversos tratados e outros documentos dos quais o Brasil seja signatário e que já estejam incorporados ao nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, o Comentário Geral n.º 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, assegura como conteúdo mínimo do direito de moradia as seguintes condições: (a) *segurança jurídica da posse*; (b) *disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e infra-estrutura (acesso à água potável, à energia, serviço de aquecimento e iluminação, instalações sanitárias, entre outros)*; (c) *gastos suportáveis (os Estados devem criar subsídios de moradia para os incapazes de obtê-la)*; (d) *habitabilidade (a moradia*

*adequada deve ser habitável, oferecendo aos seus habitantes o espaço adequado e protegendo-os do frio, da umidade, do calor, da chuva, do vento ou de outras ameaças à saúde, dos perigos estruturais e dos vetores de doença*; (e) *acessibilidade (os grupos em condições de desvantagem devem ter acesso pleno e sustentável aos recursos adequados para conseguir uma moradia)*; (f) *localização (a moradia adequada deve encontrar-se em um lugar que permita o acesso às opções de emprego, ao transporte, aos serviços de saúde, às escolas, às creches e a outros serviços públicos essenciais)*,

Percebe-se, portanto, que a proteção do direito de moradia compreende um complexo de direitos de cunho positivo e negativo, e, como tal, encontra-se presente em todas as atividades estatais, desde a intervenção estatal no domínio social (políticas públicas e atividade de fomento administrativo), passando pela gestão de bens públicos, dos serviços públicos e no próprio exercício do poder de polícia administrativo e o dever de respeitar e não afetar o direito de moradia com agressões injustas.

No âmbito dos direitos fundamentais (rol de direitos assegurados pela ordem constitucional vigente), a Constituição Federal de 1988 trouxe um elenco de normas constitucionais relevantes para a compreensão da verdadeira dimensão da proteção constitucional do direito de moradia, destacando-se:

- a. art. 1º, III - fundamento do Estado Democrático de Direito - dignidade da pessoa humana;
- b. art. 3º, III - objetivos da República Federativa do Brasil - erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais;
- c. art. 5º, X e XI - direitos fundamentais - direitos de inviolabilidade da intimidade e do domicílio;
- d. art. 5º, XXII e XXIII - direito fundamental - direito de propriedade e garantia da função social da propriedade;
- e. art. 5º, XXVI - atividade estatal de fomento - impenhorabilidade da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, dispendo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento
- f. art. 6º, *caput* - direito de moradia como garantia ao mínimo existencial;
- g. art. 23, IX e X - competências administrativas - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico e combater as causas da pobreza e os fato-

<sup>15</sup> *Algumas Anotações a Respeito do Conteúdo e Possível Eficácia do Direito à Moradia na Constituição de 1988. RTDP 42/55, p. 64.*

res de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos

- h. art. 170, III - princípio da Ordem Econômica - função social da propriedade;
- i. art. 182 - política urbana - função social da propriedade urbana; o dever do Poder Público Municipal de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; sanções ao proprietário desidioso e usucapião *pro moradia*;
- j. arts. 185, 186 e 191 - política rural - função social da propriedade rural; sanções ao proprietário desidioso e proteção à pequena e média propriedade rural;
- k. art. 188, *caput* e § 1º - função social do bem público- destinação da área pública compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.
- l. art. 203 - assistência social - proteção à família, à infância e à velhice; amparo às crianças e adolescentes carentes;
- m. art. 225 - meio ambiente - proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- n. art. 227 - direito de proteção à família - é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão;
- o. art. 230 - direito de proteção ao idoso - a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Percebe-se, portanto, que a Constituição de 1988 adotou as seguintes técnicas de positivação do chamado direito prestacional de moradia:

(1) positivação sob a forma de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado de conteúdo eminentemente social (arts. 1º, III; 6º; 23, IX; 170, III);

(2) positivação dos direitos sociais na qualidade de normas de organização atributivas de competência para a emanção de medidas relevantes no plano social (arts. 6º; 23, IX; 188, §1º);

(3) positivação dos direitos sociais pela consagração de garantias institucionais, obrigando o legislador a pro-

teger a essência de certas instituições (família, criança e idoso) e a adotar medidas estritamente conexonadas com o valor social eminente dessas instituições (arts. 203; 225; 227; 230).

#### 6. A função administrativa de intervenção no domínio social e a garantia do mínimo existencial (Políticas Públicas e atividade de fomento administrativo).

A doutrina, de um modo geral, define a evolução dos direitos fundamentais em três gerações básicas, a saber: direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis e políticos) compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçando o princípio da liberdade; direitos fundamentais de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuando o princípio da igualdade; e os direitos fundamentais de terceira geração materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagrando o princípio da solidariedade.

A ordem social adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar (1919), o que continuou nas constituições posteriores.

A Constituição de 1988 inovou o cenário jurídico ao trazer um capítulo próprio sobre os direitos sociais. Isto porque as constituições anteriores não disciplinavam a ordem social como capítulo autônomo, mas como um mero objetivo a ser alcançado pela Ordem Econômica e atrelada ao respeito das normas trabalhistas.

O artigo 6º mostra muito bem o conteúdo mínimo essencial à sadia qualidade de vida, quando diz que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (redação dada pela emenda constitucional nº 26, de 2000).

Os direitos sociais, seguindo as lições de J. J. Gomes Canotilho<sup>16</sup>, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a proporcionar as condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real.

<sup>16</sup> José Joaquim Gomes Canotilho. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, p. 35-69.

É preciso lembrar que a Ordem Econômica não constitui, ou não deveria constituir, um entrave às garantias fundamentais da pessoa humana; muito ao contrário, os direitos econômicos constituem pressupostos de existência dos direitos sociais, já que orientados pelas mesmas diretrizes constitucionais destinadas a assegurar a todos existência digna e redução das desigualdades sociais (art. 170, *caput* e VII).

Desse modo, é inquestionável que a Constituição de 1988 adotou a técnica de positivização jurídico-constitucional dos direitos sociais sob a forma de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado e de conteúdo eminentemente social, obrigando, assim, o legislador, o juiz e o administrador a proteger o núcleo essencial e vital da pessoa humana.

Não desconhecemos, contudo, as dificuldades apontadas pelos mais variados setores da sociedade em matéria de implementação de direitos sociais. O Professor Canotilho<sup>17</sup> destaca, em especial, os seguintes problemas:

(1) a otimização das prestações jurídicas pressupõe sempre uma reserva econômica do possível, condicionando a implementação de uma política social aos programas de governo;

(2) assiste-se a uma inversão do objeto do direito subjetivo: classicamente, os direitos subjetivos estão voltados ao direito de defesa e a uma pretensão de omissão dos poderes públicos perante a esfera jurídica privada; os direitos a prestações postulam uma proibição de omissão, impondo-se ao Estado uma intervenção ativa de fornecimento de prestações;

(3) enquanto a densidade, nas normas consagradoras de direitos de defesa permite, a justificabilidade destes direitos-jurídico-individualmente acionados, os preceitos consagradores dos direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais vagas e indeterminadas, dependentes da interposição do legislador e demais órgãos concretizadores;

(4) a idéia de correlatividade deixa em aberto alguns problemas. Uma coisa é afirmar que o cidadão tem direito a uma prestação, outra coisa é determinar quais os modos ou formas de proteção desse direito. Diferentemente do que acontece na dimensão negativa de imposição ao Estado; na segunda dimensão, positiva, existe um relativo espaço de discricionariedade do poder público quanto à escolha dos meios para tornar efetivo o

direito na sua dimensão mínima. Ressalta, porém, que essa discricionariedade não é absoluta, porquanto o constituinte adotou a técnica da positivização dos chamados direitos a prestações.

A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do postulado vem associado aos direitos fundamentais e tem como núcleo material elementar o mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade<sup>18</sup>.

De fato, a dignidade da pessoa é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos<sup>19</sup>.

Para promover o atendimento das necessidades do cidadão, proporcionando-lhe condições de viver em harmonia, ter prosperidade e, enfim, atingir o bem-estar social, o Estado deve promover políticas públicas de inclusão social.

Política pública é definida pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>20</sup> “como um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”. O Professor Celso Antônio, portanto, reconhece o tema das políticas públicas sobre o enfoque da atividade administrativa.

Do mesmo modo, Maria Paula Dallari Bucci<sup>21</sup> formula um conceito sobre política pública, dispondo que “são normas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

O controle judicial das políticas públicas ainda é objeto de controvérsia na jurisprudência.

Recentes decisões ainda são reticentes em admitir o controle judicial dos atos de governo, sob pena de vio-

<sup>17</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 52.

<sup>18</sup> Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 334-336.

<sup>19</sup> Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais - Teoria Geral*, p. 46.

<sup>20</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 802.

<sup>21</sup> Maria Paula Dallari Bucci, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, p. 239.

lação ao princípio da separação dos poderes e afronta à margem da discricionariedade que norteia a atividade do administrador público<sup>22</sup>.

É inaceitável, contudo, a posição do Poder Judiciário de não intervir no controle das políticas públicas, sob os fundamentos da discricionariedade administrativa e da independência entre os poderes, em afronta ao Estado Democrático de Direito. Cuida-se de afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional diante da lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF).

O mesmo se diga para refutar o argumento da discricionariedade como causa ensejadora da insindicabilidade da política pública. Quanto ao aspecto do controle da legalidade do ato discricionário, pouca ou nenhuma divergência existe na doutrina e na jurisprudência. No mérito, porém, a questão é mais acirrada.

Especificamente sobre o tema do controle judicial das políticas públicas, o Professor Celso Antônio doutrina que *“se é possível controlar cada ato estatal, deve ser também possível controlar o todo e a movimentação rumo ao todo”*. Assim, sendo ainda mais preciso, o Professor conclui *“como agredir um princípio é mais grave que transgredir uma norma, empreender uma política - que é o plexo de atos - que seja em si mesma injurídica é mais grave que praticar um simples ato contraposto ao Direito. Logo, se é possível atacar o menos grave, certamente será possível atacar o mais grave”*<sup>23</sup>.

A discricionariedade e a interdependência entre os poderes não podem constituir obstáculos ao controle judicial das políticas públicas, em especial da moradia, sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário diante da lesão ou ameaça de lesão a direitos constitucionalmente assegurados.

A responsabilidade do Estado pode advir do mau gerenciamento das políticas públicas (moradia, educação, segurança pública), dado que, cuidando-se de dever-poder do Estado, está claro que a incúria administrativa ensejará a sindicabilidade judicial<sup>24</sup>.

*A margem de discricionariedade da Administração no cumprimento da ordem constitucional social é bastante limitada, o que ocasiona a possibilidade de maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente, cabendo ressaltar a atuação do Ministério Público na cor-*

*reção dos atos omissivos, ou seja para a implantação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.*

De qualquer modo, as divergências apontadas pela doutrina pela jurisprudência não são capazes de afastar o entendimento consagrado de que, relativamente ao direito à vida, o cidadão tem o direito subjetivo de invocar prestações mínimas perante o Estado.

Compartilha do mesmo entendimento Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>25</sup>:

*(...) uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna. O art. 6º da Constituição fixa um piso vital mínimo de direitos que devem ser assegurados pelo Estado (que o faz mediante a cobrança de tributos), para o desfrute da sadia qualidade de vida.*

A Constituição Federal, no inciso IX do art. 23, definiu como matéria de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Percebe-se, portanto, que a questão da moradia já era reconhecida como uma expressão dos direitos sociais, antes mesmo da reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000.

A moradia, como direito social, passa a se revestir de aplicabilidade imediata, como determinada o § 1º do art. 5º da Constituição Federal, porquanto inserida na base do mínimo existencial à vida digna ou dentro das “necessidades vitais básicas”.

O direito de moradia tem característica predominantemente de direito difuso, por ser de natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, no interesse geral de proteção ao mínimo existencial pelo Estado.

<sup>22</sup> Nesse sentido: Resp. 208.893-PR. Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 19/12/2003.

<sup>23</sup> Idem, Curso de Direito Administrativo, p. 802.

<sup>24</sup> Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, A atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal. *Jornal da Ajufesp - Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul*, set. 1998, p. 11.

<sup>25</sup> Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental*, p. 64-65.

A Ação Civil Pública constitui importante mecanismo de controle judicial do direito à moradia, na medida em que a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana atinge o interesse de titulares indeterminados que ficariam inviabilizados se fossem exercidos em tutela individual ou coletiva em litisconsórcio multitudinário.

Assim é que a doutrina vai demarcando novas áreas para a judicialização de conflitos metaindividuais, pois o objeto da Ação Civil Pública é o mais amplo possível, graças à inserção da cláusula “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*” (inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85, pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor). Inexiste, pois, taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais pelo Ministério Público ou por quaisquer outros legitimados.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela do mínimo existencial (art. 6º, da CF) reforça a garantia da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, pois, ainda a entender-se programática, essa norma não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado<sup>26</sup>.

É preciso lembrar que o Estado atravessa, ao longo deste século, três fases bem distintas. A primeira delas, identificada como pré-modernidade ou Estado Liberal, exhibe um Estado de funções bem reduzidas, confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. É a fase em que foram reconhecidos direitos como liberdade de contrato, propriedade privada e livre iniciativa.

Na segunda fase, referida como modernidade ou Estado Social, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista. Novos conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como a consolidação dos chamados direitos sociais.

A quadra final do século XX corresponde à terceira fase, a pós-modernidade, em que o discurso passa ser a desregulamentação, a privatização e das organizações não-governamentais. No plano dos direitos sociais, ganham corpo os conceitos de direitos difusos: proteção do meio ambiente, ao consumidor e os bens e valores históricos e paisagísticos<sup>27</sup>.

Como adverte com muita precisão Héctor Jorge Escola<sup>28</sup>, que, após traçar um interessante panorama sobre a evolução das atividades estatais desde a fase inicial de concepção nitidamente abstencionista, demonstra que

*Sin embargo, com el correr del tiempo y como resultado de la complejidad siempre creciente de las relaciones sociales y económicas, se pudo advertir que la posición abstencionista, que había generado un derecho administrativo también limitado, servía para asegurar el efectivo goce de las libertades y derechos individuales, sino que, por el contrario, posibilitaba que, en la realidad, esas libertades y derechos fueran muchas veces desconocidos, vulnerados o restringidos impunemente.*

*Nacen las primeras formas del intervencionismo estatal, y la administración pública irrumpe en terrenos que antes le habían estado claramente vedados, tomando a su cargo no sólo realizar obras, servicios y actividades, sino también regular, dirigir, limitar, fomentar, prohibir, y actuar sobre los particulares de una forma cada vez más directa, aunque siempre dentro del marco de la Constitución y de las leyes.*

*El Estado, que en el pasado se concentraba en garantizar al hombre su derecho de existir, mediante las libertades civiles y políticas, y su derecho a poseer, mediante la formulación de su derecho a la propiedad, debe ahora garantizarle la afirmación de su personalidad, mediante el reconocimiento y goce de su derecho a ser feliz, su derecho a ser, en su condición plena de hombre, con todo lo que ello significa (Caio Tácito).*

(...)

*Ya todos sabemos y admitimos que cada uno de nosotros, por sí mismo, no puede proveer a su sustento de una manera adecuada, ni atender a su educación y cultura, ni salvaguardar su salud, etc., por lo que se hace imprescindible la intervenci-*

<sup>26</sup> Nesse sentido Rext 247.900 do STF, decisão do Min. Rel. Marco Aurélio e ADPF 45, de 29 de abril de 2004 (Rel. Min. Celso de Mello).

<sup>27</sup> Luis Roberto Barroso. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Revista Trimestral de Direito Público nº 18.

<sup>28</sup> Héctor Jorge Escola. El Interes Público como fundamento Del derecho administrativo, p. 22 e 23.

*ón estatal para realizar obras y prestar servicios , y dirigir, regular, controlar, fomentar y actuar de modo que cada individuo pueda alcanzar aquello que le es menester para lograr ese bienestar, y, como transunto, el de la comunidad en que vive.*

Nesse contexto, além da tutela do direito de moradia como uma garantia difusa, a Constituição Federal, no inciso IX do art. 23, é mais ampla e estabelece o dever de promover os programas de construção de moradias e da melhoria das condições habitacionais e de saneamento. O Estado, no exercício da atividade administrativa, tem por missão constitucional promover o fomento dessas atividades, facilitando e estimulando a participação da sociedade na implementação de políticas públicas voltadas ao acesso a um teto onde se abrigue com a família de modo permanente e em condições de habitabilidade.

Com efeito, a atividade administrativa de fomento é definida pelo Professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha<sup>29</sup> como

*(...) a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, ou, mais concretamente, a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares, sem empregar a coação.*

A própria Constituição Federal, no seu art. 5º, XXVI, confere importante instrumento de fomento e proteção da moradia ao assegurar a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, impondo ao legislador ordinário o dever de dispor sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

O Professor Sílvio ressalta, ainda, que a atividade de fomento deve sempre buscar a incentivar ou preservar uma atividade privada que satisfaça necessariamente um interesse geral. A atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral, não é lícita.

Alguns exemplos de atividade de fomento ao direito de moradia podem ser citados: (a) participação do terceiro setor na atividade (Lei 9.790/99, que institui a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) por meio de pessoas jurídicas, sem fins lucrativos, instituídas com objetivos sociais e voltadas à promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; (b) cooperativismo do setor imobiliário, por meio da formação de cooperativas populares de habitação e a formação de programas habitacionais pelo sistema de mutirão e autoconstrução; (c) participação estatal na pesquisa de materiais e outros recursos empregados na construção de moradias, visando garantir a qualidade e o barateamento da construção e o acesso pelas pessoas de baixa renda aos materiais empregados na construção de moradias populares; (d) taxa de juros para os financiamentos concedidos aos adquirentes da casa própria celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (Lei 8.692/1993).

## 7. A gestão dos bens públicos e o direito de moradia.

O Texto Constitucional, ao estabelecer expressamente que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII) e, especialmente, quando reputou como princípio da ordem econômica a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), provocou o surgimento de uma nova estrutura interna do conceito de propriedade<sup>30</sup>.

Os preceitos constitucionais mencionados têm aplicabilidade imediata e interferem na própria estrutura e no conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público. Como muito bem leciona o Professor Carlos Ari Sunfeld<sup>31</sup>, a função social da propriedade “traz ao Direito Privado algo até então exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade”.

Daí a advertência, que se impõe considerar, de que se formou, no âmbito de nosso sistema jurídico, um novo paradigma a ser observado pelos aplicadores do Direito, pois, como bem assinalado pela Professora Maria Celina B. Moraes<sup>32</sup>

*(...) no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignida-*

<sup>29</sup> Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro Setor*, p. 24.

<sup>30</sup> José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 281-283.

<sup>31</sup> Carlos Ari Sunfeld, *Função social da propriedade*, in *Temas de Direito Urbanístico 1*, coordenação de Adílson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo, p. 21.

<sup>32</sup> Maria Celina B. Moraes, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista Estado, Direito e Sociedade*.

*de da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana- isto é, os valores existenciais- no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento dever ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.*

O Professor Sílvio Luis Ferreira da Rocha, em trabalho específico sobre o tema<sup>33</sup>, percebeu muito bem essa aproximação entre os regimes jurídicos e manifesta posição favorável de que os bens públicos também estão submetidos ao cumprimento de uma função social, pois servem de instrumentos para o atendimento dos fins públicos, e não a fins particulares. O Professor Sílvio afirma categoricamente que

*A finalidade cogente informadora do domínio público não resulta na imunização dos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade, previsto no texto constitucional. Acreditamos que a função social da propriedade é princípio constitucional que incide sobre toda e qualquer relação jurídica de domínio, pública ou privado (...).*

Com efeito, a Constituição Federal conferiu especial proteção à posse decorrente da moradia sempre que analisada em detrimento daquele proprietário que não atende a sua função social. O art. 5º, XXIII, ao condicionar o direito de propriedade ao atendimento de uma função social, quer torná-la útil não só para o seu proprietário ou possuidor, mas também para aqueles que vivem na República Federativa do Brasil marcada por objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e

solidária e com propósito de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

É marcado por esses propósitos que surge o Estatuto da Cidade, que consolidou quatro marcos jurídicos importantes no contexto do ordenamento brasileiro: a noção da função social da propriedade, a gestão democrática da cidade, os instrumentos jurídicos-urbanísticos para a gestão do solo urbano e, finalmente, o direito de permanência dos ocupantes de terras para fins de moradia em assentamentos informais. Todos esses pontos têm relação direta ou indireta com o direito à moradia.

Os principais instrumentos constitucionais para promover a proteção da moradia são: a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família (art. 5º, XXVI); o dever do Poder Público Municipal de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182); a usucapião especial urbana do imóvel utilizado para a moradia (art. 183); a impenhorabilidade da pequena e média propriedade rural (art. 185); usucapião especial rural (art. 191).

No mesmo contexto, adverte Ana Rita Vieira de Albuquerque<sup>34</sup> que

*(...) torna-se evidente que o instituto da posse não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequando às suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanação da personalidade humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do Estado Democrático e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.*

O Professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em sua tese de livre-docência na PUC/SP<sup>35</sup>, apresenta seguinte indagação aos seus leitores: “*pode o princípio da função social justificar a permanência dos ocupantes em área pública, mesmo que eles não tenham o direito ao denominado direito real de moradia?*”.

No caso, é evidente a relação de tensão entre o domínio estatal e o direito de moradia dos administrados. Na verdade, a colisão ocorre entre deveres igualmente estatais, quais sejam, de um lado o Estado tem o dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade da gestão dos bens públicos para a satisfação dos inte-

<sup>33</sup> *Função social da propriedade pública*, p. 124.

<sup>34</sup> *Ana Rita Vieira de Albuquerque, Da função social da posse*, p. 16.

<sup>35</sup> *Sílvio Luís Ferreira da Rocha, Função Social da Propriedade Pública*, p. 132.

resses sociais; de outro lado, ao próprio Estado compete promover o direito de moradia. Ao que parece, deve prevalecer o direito de moradia já concretizado em face de uma garantia de interesse público ainda não implementado ou concretizado, mas apenas difuso, indeterminado ou meramente potencial e sem prazo definido.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Melo parece compartilhar desse entendimento, quando considera defesa hábil e suficiente, de direito, a invocação da função social para a garantia, em juízo, dos economicamente desamparados em situação de ocupação de áreas abandonadas<sup>36</sup>.

A jurisprudência também responde afirmativamente a essa indagação, a exemplo do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>37</sup>, que deixou consignado, no caso dos autos, que a área mesmo sendo pública não estava atingindo a sua finalidade social há muitos anos e que a mera intenção de implantar programas habitacionais no local não era suficiente para afastar uma família que, diante do déficit habitacional e das parcas condições econômicas, não teria onde morar se não fosse a casa que construíram no terreno objeto da ação.

*Certo é que o Poder Público não precisa deter fisicamente a posse ou habitar e praticar atos de vigilância permanentemente, mas há de dar uma destinação ao bem, até mesmo na forma de um projeto concreto, do contrário, não há falar, na prática de esbulho por quem enfrenta verdadeiro estado de necessidade, ausente o direito à moradia, assegurado pela própria Carta Magna no seu art. 6º, no capítulo “Dos Direitos Sociais”, a ser providenciado pelo Poder Público.*

*Se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º XXII, garante o direito de propriedade, no mesmo artigo 5º, no inciso XXIII, dispõe que esta deve atender sua função social. Mais. Está previsto no art. 1º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E em seu art. 6º, garante como direito social a moradia e a assistência aos desamparados.*

*E, in casu, o réu provou ser possuidor e sua posse está atendendo à função social como acima explicitado. E o autor não provou a posse anterior, além disso, está a desatender a função social da posse.*

Desse modo, percebe-se que a propriedade alijada de sua função social, posto que subtilizada ou abandonada, falece de fundamento constitucional de merecimento de tutela e, na escala de preponderância entre as garantias constitucionais, deve ceder frente à função social da posse decorrente do direito de moradia, como garantia ao mínimo existencial, desde que demonstrada a fixação séria no imóvel por longo período de tempo, ainda que em detrimento do bem público, mas em estado de abandono ou subutilização.

## 8. O poder de polícia e a proteção constitucional do direito de moradia.

O Professor Clovis Beznos define o poder polícia como sendo uma atividade administrativa, exercida sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, afim de adequá-los aos demais valores albergados no sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer<sup>38</sup>.

É preciso considerar que o Poder de Polícia, enquanto limite ou condicionamento ao direito de propriedade, não se confunde com a sua função social. Os limites e os condicionamentos da atividade de polícia recaem sobre o proprietário; a função social, por outro lado, diz respeito à própria estrutura do direito de propriedade.

Para dar cumprimento à tarefa de garantir a harmônica convivência entre as pessoas, o poder de polícia é dotado de atributos que lhe são próprios, quais sejam: a discricionariedade, a executoriedade e a coercibilidade.

Mas, ao lado das prerrogativas, existem as restrições a que está sujeita a Administração, limitando a atividade administrativa à consecução da finalidade pública e à observância dos princípios da Administração. É o caráter condicionante do dever sobre o poder.

A jurisprudência, sem ignorar as prerrogativas do Poder de Polícia, dentre as quais avulta a executorie-

<sup>36</sup> Celso Antônio Bandeira de Melo, *Eficácia das Normas Constitucionais sobre justiça social*, RDP-57-58, p. 250.

<sup>37</sup> Décima Sétima Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 70016241440, da Comarca de Esteio.

<sup>38</sup> Clóvis Beznos, *Poder de Polícia*, p. 76

dade, não tolera, nem chancela arbitrários ataques ao direito de propriedade, em especial quando cotejado com a proteção constitucional do direito de moradia, impondo ao poder público o dever de assegurar a manutenção dos ocupantes no bem público até que sejam adotadas as providências necessárias para a alocação dos moradores em outra propriedade. O exercício do poder de polícia sempre deve ser desempenhado em conformidade com os limites legais e com absoluto respeito aos direitos fundamentais, de sorte a evidenciar o interesse público direto e imediato que o legitima.

## 9. Conclusões finais.

1. a função administrativa é eminentemente teleológica, porquanto está adstrita a satisfazer os reais interesses da comunidade e, para tanto, encontra-se lastreada em dois princípios basilares, quais sejam: supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos;

2. a supremacia do interesse público sobre o privado não se reveste de natureza absoluta, mas constitui o instrumental necessário à satisfação do interesse público primário, ou seja, a satisfação de um interesse público real, efetivo, e não apenas fluído ou indeterminado, que se confunde com o interesse do governante ou da própria Administração Pública;

3. a Constituição Federal de 1988 abriu um artigo específico para as finalidades do Estado brasileiro, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos (art. 3º), em especial no exercício da função administrativa;

4. o administrado tem o direito subjetivo público de exigir do administrador omissis a conduta comissiva imposta pelos princípios e regras constitucionais, a exemplo do inciso IX do artigo 23, que incumbe ao Estado promover programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

5. a dignidade da pessoa humana funciona como metanorma ou estrutura para a aplicação de outras normas (princípios ou regras), servindo como modo de raciocínio e de argumentação;

6. o direito de moradia recebe proteção ampla pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, desde a proteção máxima da moradia, atrelada ao próprio direito de propriedade, até a dimensão mínima do direito constitucional de preservação da intimidade pessoal e da tutela às pessoas desamparadas e em situação de risco (idosos, menores em estado de abandono);

a tutela do direito de moradia apresenta-se como uma garantia difusa, que deve ser assegurada por meio

de políticas públicas e programas estatais de facilitação e estímulo à implementação de políticas voltadas ao acesso a um teto onde se abrigue com a família e em condições de habitabilidade;

é possível que haja colisão entre o domínio estatal (bem público abandonado) e o direito de moradia dos administrados, que, na verdade, representam deveres igualmente estatais, prevalecendo o direito de moradia já concretizado em face de uma garantia de interesse público ainda não implementada ou concretizada, mas apenas difusa ou indeterminada;

o atributo da auto-executoriedade do poder de polícia sempre deve ser desempenhado em conformidade com os limites legais e com absoluto respeito aos direitos fundamentais.

## 10. Bibliografia:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARRETO, Derly. *Controle Jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, vol. 8, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BEZOS, Clovis. *Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

\_\_\_\_\_. *Poder de Polícia*. São Paulo.

BIELSA, Rafael. *Ciencia de la administracion*. Buenos Aires: Rosario Universidad Nacional del Litoral, 1937.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas - Reflexões sobre o conceito jurídico* (Organizadora). São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed, Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre os Direitos Fundamentais, Tomemos a sério os direitos fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

- ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interes Público como fundamento del derecho administrativo*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1989.
- FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Função Social da Propriedade Pública*, Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ação Civil Pública - Ação Popular - A defesa dos interesses difusos e coletivos - Posição do Ministério Público*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 16, Boletim de Direito Administrativo, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- FREITAS Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Direito à vida digna* (Coordenadora). Editora Fórum. Belo Horizonte, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. RT, São Paulo: 2001.
- ZANCANER ZOCKUN, Carolina. *Temas de Direito Administrativo. Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

---

*SÉRGIO CEDANO é Juiz de Direito, Ex- Procurador do Estado, Especialista e mestrando em Direito Administrativo pela PUC/SP).*



**Votos**





## CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI



### TC-34.895/026/09 E TC-35.380/026/09

Ementa: Representações contra possíveis irregularidades no Edital de Concorrência Pública nº 001/2009, promovida pela Prefeitura Municipal de Campos do Jordão, que tem por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços de conservação e manutenção de próprio municipal e vias urbanas no Município, mediante a coleta, transporte e destinação final dos resíduos sólidos domiciliares e hospitalares.

Presidente: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Relator: Conselheiro Antonio Roque Citadini. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 9 de dezembro de 2009.

### RELATÓRIO

Relato, em sede de exame prévio de edital, Representações formuladas pelas empresas Cheiro Verde Serviço Ambiental Ltda EPP e Eppo Saneamento Ambiental e Obras Ltda, contra o Edital de Concorrência Pública nº 001/2009, que tem por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços de conservação e manutenção de próprio municipal e vias urbanas no Município, mediante a coleta, transporte e destinação final dos resíduos sólidos domiciliares e hospitalares.

A empresa Cheiro Verde Serviço Ambiental Ltda EPP alega que o edital apresenta ilegalidade, pois aglutina indevidamente em uma única contratação as atividades de coleta, tratamento e destinação final dos resíduos dos serviços de saúde (RSS), com os demais serviços de limpeza pública.

A Representação foi a mim distribuída por prevenção, diante da conexão da matéria com aquela tratada nos processos TC-24.746/026/08 e TC-37.679/026/08.

A empresa Eppo Saneamento Ambiental e Obras Ltda questiona a inclusão no objeto do edital de serviços de coleta e transporte provenientes de estabelecimentos de saúde; de coleta e transporte de pequenos animais;

de transporte, tratamento e disposição final de resíduos provenientes de estabelecimentos de saúde em central de tratamento licenciada pelos órgãos ambientais e; de transporte, tratamento e disposição final dos animais mortos em central de tratamento licenciada pelos órgãos ambientais.

Ressalta que não obstante incluir objeto estranho ao de limpeza urbana, ainda exige a apresentação de atestados de capacidade técnico-profissional e operacional demonstrando experiência em atividade específica, descumprindo as Súmulas 23 e 24 deste Tribunal, vez que os serviços não são de relevância para a licitação.

O certame encontra-se suspenso por decisão referendada pelo Tribunal Pleno, na sessão de 21/10/09.

A Prefeitura apresentou suas justificativas, alegando em síntese: que é descabida a alegação de aglutinação de serviços, pois os valores relacionados aos serviços de coleta e transporte de resíduos provenientes de estabelecimentos de saúde não são representativos e que para contratação deles seria necessário procedimento na modalidade de Carta Convite, que seria muito restritivo em face da publicidade e ampla participação, desestimulando a participação de eventuais interessados.

Os órgãos técnicos (Chefia da ATJ e SDG) manifestaram-se, inicialmente, pela procedência das Representações, propondo a anulação do certame.

Determinei nova manifestação dos órgãos técnicos para abordarem a previsão contida no edital de participação de empresas em consórcio.

Chefia da ATJ não alterou sua posição e não trouxe a informação desejada, ou seja, se a possibilidade da participação de empresas em consórcio não afastaria a irregularidade referente à aglutinação indevida do objeto.

SDG, por seu i.Titular, em parecer bem elaborado, faz ponderações sobre a matéria demonstrando que a simples possibilidade de consórcio não autoriza a aglutinação dos serviços, podendo, no caso, limitar a competitividade, quando seu objetivo é sempre o de ampliá-la. Isto porque, numa licitação única, que englobe os dois serviços, as empresas que só prestam um dos serviços de

coleta, ficam obrigadas a se associar em consórcio, sob pena de não poderem participar da licitação, o que se mostra, na prática, restritividade à competição.

É o relatório.

## VOTO

Em diversas oportunidades este Tribunal já firmou entendimento de que é indevida a aglutinação, numa mesma licitação, de serviços de coleta de resíduos sólidos domiciliares com resíduos de Saúde<sup>(1)</sup>, tendo sido sempre determinado o processamento: de licitações distintas; ou em lote separado no mesmo certame, com menor preço por lote; ou, ainda, admitindo-se a formação de consórcios.

No presente caso, a licitação é única, sem formação de lotes, e com previsão de consórcio, o que atende à jurisprudência dominante, tendo, porém, as Representantes se insurgido contra exigências de qualificação técnica, além de também abordarem a aglutinação dos serviços.

Analisando os citados processos, já julgados, observei conterem alguns deles estudos que chegaram a ser desenvolvidos os quais revelam, em resumo, que os serviços devem ser separados porque existe legislação específica para cada área, exigindo procedimento e manejos diferenciados que refletem, por consequência, nos equipamentos e no pessoal envolvido nas operações de coleta, transporte e destinação final dos resíduos.

Apontam ainda, tais estudos, que existe um número razoável de empresas que atuam exclusivamente numa das áreas, devido a essa mencionada diferenciação.

Já a SDG apresenta nova posição propondo que para tais serviços as licitações sejam distintas, ou, se num único certame, com lotes separados e com julgamento por menor preço por lote, com ou sem a possibilidade de consórcio.

Trouxe, ainda, a SDG posição doutrinária sobre o instituto do Consórcio; porém, não vejo necessidade de maiores reflexões, uma vez que considero possível sua utilização para os casos de coleta de lixo, ficando, como faculta a lei, como opção da Administração, diante do seu poder discricionário.

Entretanto, a simples previsão de formação de consórcios não desobriga o cumprimento do artigo 23, § 1º, da Lei 8666/93. Como já afirmei por ocasião do voto proferido no TC – 35.579/026/08, “tem-se como regra o fracionamento” e “para a Administração não segui-la há de ter justificativa técnica satisfatória”, o que no caso não foi apresentada, tendo a Prefeitura se limitado a de-

fender que os valores relacionados aos serviços de coleta e transporte de resíduos provenientes de estabelecimentos de saúde não são representativos e que desestimularia a participação de eventuais interessados.

A meu ver, a posição hoje dominante em nossos julgados de que havendo consórcio não será necessária a cisão dos objetos, somente poderá ser aceita se houver a apresentação de justificativas convincentes, comprovando que a divisão dos serviços é inviável técnica e economicamente.

Outro aspecto que me leva a essa conclusão, como pude constatar nos editais da espécie, é o fato de que os serviços de coleta de resíduos de saúde, a exemplo do edital em exame, via de regra compõem pequena parte do orçamento estimado da licitação, o que sem dúvida pode permitir a participação de um maior número de empresas que atuam somente nesse ramo de atividade.

Têm-se notícias, ainda, de que as experiências com licitações distintas para os serviços de coleta domiciliar e de saúde demonstram um resultado muito bom no que tange à competitividade do certame.

É certo que todo o contexto que envolve uma licitação objetiva selecionar a proposta mais vantajosa, garantindo a observância do princípio constitucional da isonomia.

Dessa forma, entendo que os argumentos defendidos na proposta da SDG podem ser aceitos, especialmente porque, a meu ver, não trará prejuízo algum e dará ao mesmo tempo uma maior competitividade ao certame, pois permitirá a participação tanto das empresas que se reunirem em consórcio, quanto daquelas empresas que optarem por participar individualmente, por escolha ou por não conseguirem associar-se para a disputa.

Pertinente, me parece, a pequena alteração proposta por SDG, qual seja, a de que mesmo com a permissão de consórcio, deverá o edital conter a divisão do objeto.

Diante do exposto, o meu voto é pela procedência das Representações, determinando que a Prefeitura de Campos do Jordão processe nova licitação separando os serviços mencionados, ou caso opte por realizar uma única licitação, proceda a separação por lotes adotando o critério de julgamento de menor preço por lote, ficando, ainda, a seu juízo, a admissão da participação de empresas reunidas em consórcio.

Após as providências a cargo da E. Presidência encaminhe-se os processos ao Arquivo, com prévio trânsito pela Diretoria competente para as devidas anotações e eventual subsídio à futura contratação.

É o meu voto.

<sup>1</sup> TC's-24.679/026/09, 2.376/002/08, 5.589/026/09, 1.435/006/09, 978/006/09, 28.579/026/09, 23.318/026/09, 545/010/09 e 30.434/026/09.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Antonio Roque Citadini, Relator, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzzi, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Renato Martins Costa e Robson Marinho, o E. Plenário, diante do exposto no voto do Relator, decidiu julgar procedentes as Representações, determinando à Prefeitura de Campos do Jordão que processe nova licitação separando os serviços mencionados, ou, caso opte por realizar uma única licitação, proceda a separação por lotes adotando o critério de julgamento de menor preço por lote, ficando, ainda, a seu juízo, a admissão da participação de empresas reunidas em consórcio.

Determinou, por fim, após as providências a cargo da E. Presidência, o encaminhamento dos processos ao Arquivo, com prévio trânsito pela Diretoria competente para as devidas anotações e eventual subsídio à futura contratação.

---

### TC-33345/026/08

Ementa: Ação de Revisão de Julgado promovido pela Cia. De Desenvolvimento de São Vicente contra v. Acórdão que negou provimento ao Recurso Ordinário interposto em face da Decisão Singular que julgou irregulares as contas anuais daquela Cia. relativas ao exercício de 2003.

Presidente: Conselheiro Fulvio Julião Biazzzi. Relator: Conselheiro Antonio Roque Citadini. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 24 de março de 2010.

### RELATÓRIO

Em exame Ação de Revisão de Julgado, por meio da qual a Companhia de Desenvolvimento de São Vicente, por seu presidente, Senhor Marcio Perretti Papa, pretende, com fulcro nos artigos 72 e seguintes, da Lei Complementar nº 709/93, desconstituir V. Acórdão que negou provimento ao Recurso Ordinário<sup>(2)</sup> interposto em face da r. Decisão singular<sup>(3)</sup> que julgou irregulares as contas anuais relativas ao exercício de 2003, nos termos do artigo 33, inciso III, letras “b”, da Lei Complementar 709/93, excetuando-se os atos pendentes de julgamento por este Tribunal.

Alegou a Autora, em síntese, que: os documentos novos juntados atestam o pagamento efetuado perante a Secretaria da Receita Federal e Procuradoria Geral da

Fazenda Nacional, elidindo, assim, a irregularidade do não recolhimento das contribuições, referente à parte do empregador, fator que decretou a irregularidade das contas; que a Autora aderiu ao Parcelamento excepcional previsto na Medida Provisória 303/06, em relação aos débitos previdenciários existentes, sendo realizado então dois parcelamentos, nos moldes estabelecidos pela MP, em 130 (cento e trinta) parcelas dos débitos inadimplidos até 28 de fevereiro de 2003 e inseridos, fazendo transcrever os artigos 1º e 4º; que outro parcelamento em 120 (cento e vinte) prestações mensais e sucessivas com referência aos débitos de 1º de março de 2003 à 31 de dezembro de 2005, assim, significa dizer que o exercício de 2003 encontra-se parcelado com base no artigo 8º da MP 303/05 do período de 1º de março à 31 de dezembro, e com base no artigo 4º c.c. artigo 1º, da MP 303/05, relativo ao período de 1º de janeiro à 28 de fevereiro; que conforme extrato emitido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e da Secretaria da Receita Federal (SRF) demonstram que a empresa encontra regular quanto aos pagamentos oriundos do parcelamento excepcional; que já quitou a quantia de R\$ 1.226.897,32 (hum milhão duzentos e vinte e seis mil oitocentos e noventa e sete reais e trinta e dois centavos) no que tange ao parcelamento de 130 (cento e trinta) meses; que quanto ao parcelamento de 120 (cento e vinte) dias foram pagos R\$ 425.825,46 (quatrocentos e vinte e cinco mil, oitocentos e vinte e cinco reais e quarenta e seis centavos) a título de parcelamento de COFINS, e a quantia de R\$ 85.962,35 (oitenta e cinco mil novecentos e sessenta e dois reais e trinta e cinco centavos) a título de parcelamento de PIS/PASEP; que considerar apenas e tão somente a inadimplência quanto às obrigações previdenciárias e não considerar os pagamentos realizados no parcelamento, com claro intuito de sanar todas as pendências tributárias da empresa, seria descaracterizar todo o trabalho realizado para regularização, citando ensinamentos do saudoso Celso Antonio Bandeira de Mello; e, por fim, requereu seja conhecida a presente ação e provida, para ser julgadas regulares as contas do exercício de 2003, por ser medida da mais lúdima e escoreita Justiça.

Assessoria Técnica se manifestou pelo conhecimento da ação e no mérito por sua improcedência, enquanto Chefia Assessoria Técnica e SDG se manifestaram pelo não conhecimento, e, via de conseqüência, julgando-se a autora carecedora do direito invocado.

É o relatório.

---

<sup>2</sup> Relator, Substituto de Conselheiro Pedro Arnaldo Fornacialli – Sessão 27.05.08 – Publicação DOE 21.06.08.

<sup>3</sup> Processo Apenso TC-3404/026/03 – Relator Edgard Camargo Rodrigues – Publicação DOE 02.11.07.

## VOTO

A ação foi proposta em face da superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida<sup>4</sup> ou a decisão exarada, juntando documentos, que a seu ver, poderiam modificar a decisão proferida.

Preliminarmente, não é possível considerar como novos os documentos trazidos, isto porque não possuem eficácia sobre a prova produzida ou sobre a decisão exarada, porquanto a comprovação do parcelamento da dívida com o INSS foi consolidada somente no exercício de 2006 e as contas, em questão, se referem ao exercício de 2003.

É necessário estar reunidas as 03 (três) condições para que se configure a incidência deste permissivo legal, contido no mencionado dispositivo legal, que são:- a obtenção de documento já existente à época da decisão a ser revisada; ignorância do autor a seu respeito ou impossibilidade do seu uso até o momento processual adequado; e, que o documento deva ser bastante, suficiente e relevante para alterar o resultado, mesmo que parcial, de forma favorável ao autor.

Portanto, como é cediço, a Ação de Revisão, por força de seu próprio objeto – desconstituição de decisão transitada em julgado – possui regras próprias, expressamente estabelecidas em lei, de modo a não admitir re-discussão de questões analisadas no processo originário, preservando, assim, a imutabilidade da coisa julgada.

Consigno, inclusive, que prevalece na espécie da matéria em exame o entendimento majoritário do E. Tri-

bunal Pleno, exarada no Processo TC-32603/026/03, de que a celebração do acordo de parcelamento dos encargos sociais, dará suporte às contas em que foi firmado e, mesmo assim, se houver prova documental de seu cumprimento.

Desta discussão emergiu a conclusão majoritária de que “não se reconhecerá tal providência como fator de saneamento das contas julgadas irregulares por existência de débito para com a previdência, salvo se o acordo de parcelamento tiver ocorrido no curso do próprio exercício a que se referirem às mencionadas contas”.

Assim, os documentos juntados dão mero atendimento às determinações desta Colenda Corte de Contas limitando-se ao saneamento de situação irregular, não possuindo eficácia sobre a prova produzida, além de ter sido a providência tomada aproximadamente três anos após a decisão que busca revisar.

Ante ao exposto, embora tempestiva e proposta por parte legítima, não conheço da presente Ação de Revisão de Julgado, julgando a Autora dela carecedora, porque ausentes os requisitos cabíveis para a espécie.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Antonio Roque Citadini, Relator, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Renato Martins Costa e Robson Marinho, o E. Plenário, em preliminar, ante o exposto no voto do Relator, porque ausentes os requisitos cabíveis à espécie, não conheceu da presente Ação de Revisão, julgando a Autora dela carecedora.



<sup>4</sup> Artigo 73, inciso IV, da Lei Complementar n° 709/93.



## CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO



### TC-5841/026/10 E TC-5842/026/10

Ementa: Representações contra o edital da concorrência nº 02/2009, promovida pela Prefeitura Municipal de Rio Claro, cujo objeto é a contratação de empresa para a prestação de serviços de transporte rastreado de alunos do ensino fundamental e médio, residentes nas zonas rural e urbana do município; e, também, para o transporte rastreado de atividades extraclasse não previstas no calendário escolar.

Presidente: Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Relator: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 10 de março de 2010.

### RELATÓRIO

Trata-se de representações formuladas pelas empresas Ellen Transporte e Turismo Ltda. E Autoplan Locação de Veículos Ltda. contra o Edital da Concorrência nº 02/2009, promovida pela Prefeitura Municipal de Rio Claro, cujo objeto é a contratação de empresa para a prestação de serviços de transporte rastreado de alunos do ensino fundamental e médio, residentes nas zonas rural e urbana do Município; e, também, para o transporte rastreado de atividades extraclasse não previstas no calendário escolar.

Em breve resumo, as representantes suscitaram as seguintes questões:

1) Na alínea “b”, do item “7.1.2”, ficou estabelecida, como condição para qualificação técnica operacional, a comprovação da execução anterior de 59.000 (cinquenta e nove mil) viagens com passageiros a bordo (ida e volta) e a operação de 740 (setecentos e quarenta) ônibus/mês. Tal exigência representa a comprovação da anterior realização, em 01 (um) mês, de quantitativo correspondente a 50% dos serviços a serem realizados em 12 (doze) meses. Consoante o Anexo I, fica claro que para a operação dos serviços serão realizadas 254 (duzentos e cinquenta e quatro) viagens/dia, somadas

todas as viagens dos Grupos A, B e C, de maneira que, multiplicado este número pelos estimados 22 (vinte e dois) dias úteis do mês, ou mesmo os 30 (trinta) dias, chega-se ao número de 7.620 (sete mil, seiscentos e vinte) viagens/mês. Assim, a capacidade técnica deverá ser demonstrada por quantitativos correspondentes a quase oito vezes o que é licitado. Relevante consignar que para a operação dos serviços serão necessários não mais do que 100 (cem) veículos;

2) Os itens “7.1.5” e “7.1.6” estabelecem requisitos obrigatórios dos atestados de qualificação técnica com exigências editalícias que são extremamente detalhistas, dificultando sobremaneira a apresentação de atestados que atendam todos os aspectos previstos no edital, configurando ofensa ao § 5º, do artigo 30, da Lei nº 8.666/93;

3) O ente licitante não tem prestado as informações solicitadas por licitantes nos termos do artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93;

4) Embora a licitação esteja sendo realizada no início do exercício de 2010, na verdade a contratação se dará para o exercício de 2011, pois para o presente exercício a Municipalidade já firmou contrato em prorrogação com a empresa vencedora do certame anterior. Até mesmo por tal razão é que não há base para a cláusula editalícia que prevê o prazo de 15 (quinze) dias entre assinatura do contrato e a emissão da ordem de serviço;

5) O edital não é claro quanto ao local, data e horário para a apresentação dos envelopes, contrariamente ao que dispõe o artigo 40, da Lei nº 8.666/93;

6) Especificações:

6.1) O item “4.3.1” exige que a frota de ônibus seja originalmente construída para o transporte escolar; entretanto, tal exigência é descabida na medida em que todos os ônibus que circulam no território nacional devem estar adequados à legislação de trânsito; 6.2) No Anexo II, ao ser tratado das especificações do veículo e rastreamento, quer a Administração que todos os ônibus sejam padronizados de acordo com o FNDE, no entanto, deixou-se que observar que o Governo Federal, por meio do FNDE e em parceria com o INMETRO, oferece um veículo com especificações exclusivas próprias para o transporte de estudantes e adequado às condições de

trafegabilidade das vias (estradas e rios) da zona rural brasileira; 6.3) A pretensão de padronizar a frota com veículos feitos especialmente para trafegar na zona rural foge de qualquer critério técnico ou razoavelmente aceitável, sendo que o Anexo I registra que a maioria dos alunos se encontram na zona urbana; 6.4) Não são razoáveis as exigências de que: - 100% dos veículos, obrigatoriamente, sejam acessíveis aos passageiros portadores de deficiência física e que utilizem cadeiras de rodas, com plataforma elevatória, mesmo por que não se tem conhecimento de quantos são os alunos em tal situação (item “4.3”); - a idade máxima inicial dos veículos seja de 02 (dois) anos (item “4.5”); 6.5) Contrária frontalmente a Lei a exigência do Anexo III, em que são determinados os requisitos mínimos das instalações da futura contratada, em indevida ingerência em sua administração (serviços de manutenção elétrica, mecânica, funilaria e pintura, entre outros requisitos);

7) É ilegal a realização de despesas que já comprometeram os exercícios de 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015, sem que ainda existam os orçamentos daqueles exercícios.

Nestes termos, requereram as representantes fosse determinada a suspensão liminar do procedimento licitatório, cuja sessão de recebimento dos envelopes encontrava-se programada para a data de 29 de janeiro próximo passado, e, ao final, o acolhimento das impugnações com a determinação de revisão do instrumento convocatório.

Por meio da decisão publicada no D.O.E. de 29 de janeiro de 2010, foi determinada a suspensão do andamento do certame, bem como fixado o prazo máximo de 05 (cinco) dias à Prefeitura Municipal de Rio Claro para a apresentação de suas alegações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório.

A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte em sessão de 03 de fevereiro de 2010, quando foi recebida como EXAME PRÉVIO DE EDITAL, sendo referendada a medida cautelar de paralisação do certame, seguindo-se daí os oficiamentos de praxe.

As justificativas da Prefeitura Municipal de Rio Claro vieram pelo protocolado TC-006996/026/10, juntado aos autos, onde foi alegado, em resumo, o seguinte:

1) O edital é claro quanto ao local, data e horário para a apresentação dos envelopes, e a síntese mencionada no item “1.5” é indubitavelmente parte integrante do edital (páginas 01 e 02), de maneira que pela análise sistemática do edital é possível determinar quanto ao local, data e horário, em estrita consonância com o artigo 40, da Lei nº 8.666/93.

2) Prazo da contratação:

2.1) O edital prevê que o início dar-se-á com a emissão da ordem de serviços, e neste sentido, para o exercí-

cio de 2010 será emitida uma ordem de serviços parcial que engloba novas turmas escolares não contempladas na contratação até então vigente, e para o exercício seguinte, a contratação englobará todo o sistema de transporte; 2.2) Consoante disciplina o artigo 7º, § 2º, III, da Lei nº 8.666/93, não há vedação expressa à continuidade dos procedimentos licitatórios ou execução de seus contratos nos exercícios seguintes, pois seu dispositivo refere-se apenas ao início dos mesmos; 2.3) Podem ser aproveitados todos os atos da licitação e contratos realizados no exercício anterior, instando consignar que a despesa em análise é decorrente de serviços contínuos, encontrando-se prevista no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, e sendo assim, será contemplada nas respectivas Leis Orçamentárias; 2.4) A execução dos serviços será iniciada parcialmente em 2010, sendo totalmente possível a continuidade do contrato nos exercícios seguintes.

3) Especificações:

3.1) Objetiva esta licitação a prestação de serviços de transporte escolar, preceito insculpido nos artigos 6º e 208, VII, da Constituição Federal, sendo cediço que todos os veículos de transporte escolar e respectivos condutores devem atender requisitos do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97); 3.2) O certame foi baseado nos preceitos do Código Brasileiro de Trânsito e nas especificações adotadas pelo FNDE, que é uma autarquia do Ministério da Educação cuja missão é prover recursos e executar ações para o desenvolvimento da educação; 3.3) O Governo Federal instituiu o Programa Caminho da Escola, com o objetivo de renovar a frota de veículos escolares, garantindo segurança e qualidade, visando também a padronização dos veículos de transporte escolar, a redução dos preços dos veículos e o aumento da transparência nessas aquisições; 3.4) O Governo Federal, por meio do FNDE e em parceria com o INMETRO, oferece um veículo com especificações exclusivas, próprias para o transporte de estudantes, e adequado às condições de trafegabilidade das vias, sendo que estas especificações são as do Anexo II-A do edital; 3.5) A Municipalidade de Rio Claro, dentro de sua gerência administrativa, mediante análise de suas necessidades diárias na utilização dos veículos de transporte escolar, entendeu ser conveniente a contratação de serviços que proporcionassem o mínimo de conforto e segurança aos alunos da rede municipal de ensino, principalmente das regiões mais distantes e de difícil acesso, sendo anotado, portanto, na descrição do objeto, características relevantes para o pleno atendimento do interesse público; 3.6) As especificações exigidas são procedentes de autarquia federal que visa a qualidade do ensino, e as especificações descritas são necessidades que atendem o transporte escolar tanto no âmbi-

to urbano quanto no rural. Os carros padrão do FNDE atendem às necessidades na pior condição do pavimento (rural), e, também, evidentemente, na melhor condição (urbana). Há de se considerar que assim como existem trechos com bom pavimento, podem existir trechos mal calçados e até sem calçamento no transporte escolar de qualquer cidade; 3.7) O almejado pela Municipalidade pode ser atendido sem maiores dificuldades por empresas atuantes no ramo.

**4) Frota 100% acessível a passageiros portadores de deficiência que utilizem cadeiras de rodas, com plataforma elevatória:**

4.1) É assegurado atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente em rede de ensino público, conforme artigos 205 e 208, III e VII, da Constituição Federal, competindo ao Poder Público a criação de programas de prevenção e atendimento especializado, bem como fornecer meios necessários para a inclusão no sistema educacional, garantindo-lhes não só a matrícula como também o acesso para frequentar as aulas; 4.2) Há de considerar a questão da acessibilidade total, e neste sentido, foi publicado o Decreto nº 5.296, em dezembro de 2004, o qual regulamentou a Lei nº 10.048, de 08/11/2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo, bem como a Lei nº 10.098, de 19/12/2000, que estabelece normas gerais e critérios para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, destacando-se os artigos 31 e 38, do Decreto nº 5.296/04; 4.3) Complementando, temos a Resolução nº 06, de 16/09/2008, do CONMETRO, que dispõe sobre a vinculação da Norma ABNT NBR 15570:2008 – Especificações Técnicas para Fabricação de Veículos com Características Urbanas para Transporte Coletivo de Passageiros – ao Decreto nº 5.296/2004; 4.4) Oportuno considerarmos que atualmente a prática é de se adaptar ônibus antigos de transporte público, e sem acessibilidade, ao transporte escolar; e embora a questão é tolerada pela legislação até o ano de 2014, há de se considerar que a adaptação precária que atualmente é realizada não traz aos alunos o mesmo conforto e a segurança dos carros novos no padrão FNDE.

**5) Idade máxima de 02 (dois) anos:**

5.1) Não há qualquer evidência de que a prestação de serviços na forma exigida tenha sido feita na ausência de motivação ou com violação à moralidade administrativa, nem tampouco seja ruínosa ao patrimônio público; 5.2) O juízo de conveniência e oportunidade pertence exclusivamente ao administrador, de forma que ao agente fiscalizador cabe apenas verificar se foram respeitados os limites fixados pelos princípios constitucionais que disciplinam a questão.

**6) Instalações de garagem:**

6.1) Não há qualquer infração à norma licitatória ou até mesmo indução de que está sendo exigido que os serviços de manutenção sejam realizados pela própria empresa contratada; 6.2) Exigiu-se o mínimo relativo às instalações da futura contratada, elemento este essencial para o cumprimento do objeto da licitação; 6.3) Solicitou-se somente a instalação de garagem (própria ou não) condizente com o número de veículos a serem utilizados na prestação de serviços, exigência esta totalmente compatível com a natureza dos serviços licitados; 6.4) Trata-se de exigência corriqueira em certames desta natureza.

**7) Requisito de qualificação técnica:**

7.1) O edital exige a apresentação de atestados que possuam compatibilidade em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação, conforme artigo 30, II, da Lei nº 8.666/93; 7.2) Reportando-nos ao que preceitua o item “2.3”, do edital, o prazo de contratação é expressamente de 05 (cinco) anos, e assim, considerando que para fins de capacidade técnica operacional deverá ser levada em consideração a comprovação de aptidão compatível com o prazo da licitação, temos: - 64 veículos operando por 05 anos, 09 meses por ano, correspondem a 64 veículos x 45 meses, perfazendo um total de 2.880 veículos. A quantidade a atestar, de 740 ônibus, é apenas 26% do exigido para a contratação; - para as viagens contratadas em 05 anos, tem-se 254 viagens/dia multiplicadas por 200 dias letivos e por 05 anos, o que totaliza 254.000 viagens. A quantidade a atestar é de 59.000 viagens, ou seja, 23% do total; 7.3) Insta rememorar a especificidade e a importância do objeto, sendo de precípua importância a aferição da real capacidade operacional dos proponentes interessados.

**8) Dados do atestado de capacidade técnica operacional:**

8.1) A exigência de que os atestados forneçam informações expressas quanto às características do serviço prestado, à quantidade e tipos de veículos utilizados mensalmente, ao número mensal de viagens de ida e volta, bem como às datas de início e de término da prestação de tal serviço, não é fator restritivo, e sim, condição “sine qua non” para verificação efetiva da capacidade técnica operacional, em todos os seus aspectos, seja quanto à característica, quantidades e prazos; 8.2) No que se refere ao suposto detalhismo, é de se notar que mediante o direito de petição e certidão, garantido pela Constituição Federal no inciso XXXIV, do artigo 5º, não se vislumbra qualquer óbice que as interessadas obtenham informações a respeito de seus interesses pessoais, na melhor forma que aprouver; 8.3) No que concerne à autoridade responsável pela expedição dos atestados, é cediço e notório que o rol do item “7.1.5” é meramente exemplificativo, sendo certo que, quando da

análise da documentação serão admitidos os documentos que sejam emitidos pelas autoridades competentes, até mesmo porque, no âmbito do Direito Administrativo, vigora o princípio da legitimidade dos atos administrativos, enquadrando-se os atestados nesta categoria.

A SDG manifestou-se pela procedência das representações, destacando, em breve síntese, o seguinte:

1) Quanto aos requisitos de qualificação técnica, devem ser revisados tanto o item “7.1” como todos os seus subitens, a fim de adequá-los à Súmula nº 24 deste Tribunal – os quantitativos do Anexo I correspondem a 254 viagens/dia, 7.620 viagens/mês e a 91.440 viagens/ano, e o número de linhas é 64 - e a eliminar minúcias não previstas na Lei de Regência e que podem causar embaraços às eventuais empresas interessadas. Inaceitável a argumentação que procura demonstrar o cabimento da exigência, vez que os cálculos chegam ao espantoso número de 2.880 veículos para o período de 5 anos de contratação, como se a cada mês a empresa vencedora tivesse de trocar a frota dos 64 veículos necessários aos serviços.

2) Em relação ao prazo do item “2.4” (15 dias entre a assinatura do contrato e a emissão da ordem de serviço), seria ele plausível não fosse o conteúdo da publicação de fls. 11, referente à publicação do contrato que está atualmente em vigência, até 31/12/2010, para prestação dos mesmos serviços. Esta situação acarreta dúvidas aos licitantes sobre o exato momento da convocação para a assinatura do contrato, inclusive, levando-os a concluir que, se vencedores da licitação, passarão a executar o serviço somente em 2011, o que poderá motivar uma conduta temerária das licitantes na formulação de suas propostas comerciais, assim como afastá-las do certame.

3) Sob este mesmo aspecto, o item “21.1” fixa o prazo máximo de 30 (trinta) dias para a convocação do vencedor à celebração do contrato, entretanto, como já destacado, a prorrogação do contrato ora vigente, até 31/12/2010, acarreta, por óbvio, insegurança às eventuais empresas interessadas. Um procedimento licitatório bem elaborado leva, no máximo, 3 a 4 meses para ser concluído, e assim, causa estranheza a conduta da Prefeitura Municipal de Rio Claro na instauração de certame 01 (um) ano antes do término do contrato vigente, e cujo edital apresenta inúmeras exigências ilegais e restritivas. Quanto às alegações de que para o exercício de 2010 será expedida uma ordem de serviço parcial que engloba novas turmas não contempladas na contratação vigente, tais informações deveriam ser minuciosamente previstas no ato convocatório, a fim de não acarretar dúvidas ou conduta temerária na formulação de propostas, o que pode afastar licitantes da disputa.

4) Inaceitável o teor do item “1.5” do edital, em face do que determina o artigo 40, “caput”, da Lei nº 8.666/93.

5) Inadequada a disposição do item “4.3.1”, porquanto os Anexos II, II.a e II.b trazem especificações técnicas estabelecidas pelo FNDE para o ônibus escolar rural que faz parte do Programa Caminho da Escola, do qual os Municípios somente podem participar de três formas: com recursos próprios e adesão ao Pregão instaurado pelo FNDE; via convênio firmado com o FNDE; e por meio de financiamento junto ao BNDES. Assim, o edital exige, para todas as linhas descritas no Anexo I, na maioria urbanas, a totalidade das especificações dadas pelo FNDE para ônibus escolar rural, o que traz ônus excessivo e despropositado às eventuais interessadas e, por consequência, comprometem a competitividade do certame. Os argumentos acrescidos não justificam a desmedida exigência de que todos os ônibus sejam construídos de acordo com as especificações técnicas estabelecidas pelo FNDE para o ônibus escolar rural.

6) Também se revela restritiva a exigência do item “4.3”, de que 100% da frota esteja acessível aos passageiros portadores de deficiência física (com plataforma elevatória) que utilizem cadeira de rodas. Não há nem mesmo um “censo escolar” neste sentido, que pudesse legitimar a estipulação de exigência tão rigorosa. As justificativas oferecidas confirmam o excesso de rigor na exigência, contudo, nada impede a previsão no edital de que a empresa vencedora, durante a vigência do contrato, proceda à adequação de sua frota às normas constantes na legislação de acessibilidade vigente.

7) Também despropositado o excesso de detalhes exigidos no Anexo III – Requisitos Mínimos das Instalações, notadamente porque acabará beneficiando a empresa que já presta esses serviços há alguns anos no Município, a qual, curiosamente, foi a única proponente no certame anterior (julgado irregular pela E. Segunda Câmara, em sessão de 26/05/09, no processo TC-000904/010/06 – pende de apreciação o r. ordinário);

8) Quanto à idade máxima da frota (dois anos – item “4.5”), exigência semelhante foi reprovada nos autos do processo TC-029477/026/09 (E. Tribunal Pleno, em sessão de 07/10/2009).

É o relatório.

## VOTO

Acolho o parecer da SDG, com exceção unicamente da impugnação à idade máxima dos veículos, de maneira a serem parcialmente procedentes as representações.

É que quanto ao item “4.5” do edital, pelo qual a idade máxima inicial ficou estabelecida em 02 (dois) anos, não ficou patente algum efetivo vício no juízo de conveniência e oportunidade do administrador, na medida em que a questão da idade máxima dos veículos tem relação com dois aspectos: - o direcionamento do requisito tão

somente à licitante vencedora do certame; - e a fixação de prazo razoável e suficiente para que a futura contratada possa disponibilizar tais insumos para empregá-los na execução.

No caso em apreciação, as cláusulas editalícias para a habilitação das licitantes não estão a prever exigência pertinente à comprovação de frota com tal idade mínima, seja nos itens “7.1” ao “10.6” ou no “15.1”, o que evidencia ser aquela idade máxima um requisito direcionado para a licitante vencedora, após a adjudicação do objeto. Quanto ao prazo disponibilizado pela Administração, temos a alínea “a”, do item “2.5”, cujo dispositivo prevê “*um prazo mínimo de 15 (quinze) dias entre a assinatura do contrato e a emissão da ordem de serviço*”, o qual foi até mesmo considerado plausível pela SDG às fls. 137/138 do TC-005841/026/10.

Diante deste contexto, a Prefeitura de Rio Claro poderá prosseguir o certame com o requisito da idade mínima de 02 (dois) anos para a frota, sem prejuízo da apreciação desta questão no caso concreto, pelo rito ordinário.

As demais questões são todas procedentes.

Primeiramente, há irregularidades evidentes nas definições e especificações do objeto que se encontram estabelecidas no edital.

Quanto às especificações exigidas para os veículos de transporte escolar, pode-se verificar que, através dos Anexos II e II.a, a Prefeitura Municipal de Rio Claro está a exigir das licitantes que apresentem propostas baseadas na aquisição e disponibilização de veículos com as exatas especificações daqueles previstos para o “Programa Caminho da Escola”, do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Em suma, os serviços do futuro contrato deverão ser realizados por veículos com as exatas especificações daqueles disponibilizados para aquisição no âmbito do “Programa Caminho da Escola”, pela adesão ao Registro de Preços do FNDE.

Vale ressaltar, a teor da Resolução do Conselho Deliberativo do FNDE de nº 07/2008, bem como de todos os demais dados levados a público a respeito do tema, trata-se de programa de governo instituído pelo Ministério da Educação, através do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, por meio do qual, em suma, fica disponibilizada linha de financiamento oriunda do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para que Municípios, Estados ou o Distrito Federal se habilitem junto ao “Programa Caminho da Escola” para o fim de adquirirem ônibus zero quilômetro, assim como embarcações novas, a serem destinados especificamente ao transporte diário de alunos residentes na zona rural.

Ressalte-se ainda que esta habilitação no Programa exige a adesão do ente ao Registro de Preços do FNDE, que é previamente ajustado pelo Fundo através de Pregões que vêm sendo realizados anualmente, sendo que quantidade e as espécies de veículos a serem adquiridos vincula-se ao número de alunos da zona rural apurado segundo o Censo Escolar do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), consoante as regras daquele Programa.

Voltando-nos para o caso em apreciação, não há como se verificar, de plano, um mínimo de razoabilidade na exigência de que os futuros serviços de transporte escolar a serem contratados tenham de ser executados com veículos que atendam às exatas especificações daquelas definidas pelo FNDE no âmbito do “Programa Caminho da Escola”.

Além de não ser o presente objeto destinado à aquisição de veículos do Programa Caminho da Escola do FNDE para o transporte de alunos da zona rural, tampouco se tratar de adesão ao Registro de Preços do FNDE para a obtenção dos mencionados recursos federais, foi apurado pela SDG que a maioria das linhas estabelecidas no Anexo I são linhas de transporte de alunos da zona urbana. Ademais, o próprio Anexo I contempla 11 (onze) linhas a serem realizadas com veículos “Kombi” ou por outro modelo de “Van”, os quais não são ônibus escolar rural.

Em suma, há um total desencontro entre as especificações de veículos disposta nos Anexos II e II.a e o objeto que está sendo licitado, cujo escopo é a contratação de empresa para a prestação de serviços de transporte rastreado de alunos do ensino fundamental e médio, residentes nas zonas rural e urbana do Município; e, também, para o transporte rastreado de atividades extracurriculares não previstas no calendário escolar.

Conclusivamente, pode-se afirmar com segurança que a Municipalidade lançou procedimento licitatório para a prestação de serviços de transporte de alunos sem um projeto básico integral e especificamente elaborado para o objeto que pretende contratar, em clara afronta à condição estabelecida no artigo 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93.

Aliás, naquele dispositivo legal foi evidenciada pelo legislador a importância da caracterização do objeto a ser licitado, com a elaboração de um projeto básico adequado, sendo que a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Consoante Súmula TCU nº 177, de 09/11/1982.

Ademais, não há como desconsiderar que tal nível de desencontro entre projeto básico e o escopo e natureza do objeto será certamente evidenciada em momento futuro da execução dos serviços, com acréscimos de quantitativos licitados ou de novos serviços com preços não parametrizados com o mercado.

Como bem observa Jessé Torres Pereira Junior, “o que se pretende, com o requisito do projeto básico, é transmitir aos interessados em participar da competição licitatória o conhecimento sobre o objeto em disputa que seja suficiente para a formulação de propostas pertinentes (...) tudo quando repercuta sobre a formulação técnica das propostas e a cotação de preços de obras ou serviços deve constar do respectivo projeto básico, posto que poderá afetar a futura execução do contrato, em prejuízo do interesse público”<sup>2</sup>.

Necessária, pois, uma ampla revisão das especificações básicas de veículos, nos Anexos II e II.a, a fim de que existam requisitos inequivocamente alinhados com o escopo e a natureza do objeto licitado.

Prosseguindo nas especificações, a Administração também dispôs no item “4.3”, do edital, que o proponente deverá apresentar, obrigatoriamente, 100% (cem por cento) da frota acessível aos passageiros portadores de deficiência física que utilizem cadeiras de rodas, com plataforma elevatória. E o subitem “4.3.1” complementa tal requisito estabelecendo que “a frota será composta

por ônibus originalmente construídos para transporte escolar, nos termos do Anexo II”.

Nas justificativas apresentadas, o ente licitante alega que tal requisito se ampara na Lei Federal nº 10.048/00 e no Decreto Federal nº 5.296/04.

Em verdade, desta legislação específica direcionada à questão da acessibilidade em veículos de transporte público, pode-se destacar que, em virtude do que está regulado na Lei Federal nº 10.048/00, constou da regulamentação do Decreto nº 5.296/04 todo o cronograma de adaptação da frota do transporte coletivo rodoviário, a fim de atingir a acessibilidade determinada pelo legislador federal.

Assim é que, na apreciação do caso dos autos, devem ser extraídos dois pressupostos básicos dos artigos 38 e 39<sup>3</sup>, do Decreto Federal nº 5.296/04, o qual regulamentou as Leis Federais nºs 10.048/00<sup>4</sup> e 10.098/00<sup>5</sup>: - primeiramente, a frota de veículos de transporte coletivo rodoviário e a infra-estrutura dos serviços deste transporte deverão estar totalmente acessíveis até dezembro de 2014, sendo que, até então, a substituição se dará de forma gradativa; - de outro lado, seriam elaboradas, pelas instituições e entidades que compõem o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, as normas técnicas para adaptação dos veículos e dos equipamentos de transporte coletivo rodoviário em circulação, de forma a torná-los acessíveis.

<sup>2</sup> in “Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”; 8ª Edição; Editora Renovar; pg. 136.

<sup>3</sup> Da Acessibilidade no Transporte Coletivo Rodoviário:

“Art. 38. No prazo de até vinte e quatro meses a contar da data de edição das normas técnicas referidas no § 1º, todos os modelos e marcas de veículos de transporte coletivo rodoviário para utilização no País serão fabricados acessíveis e estarão disponíveis para integrar a frota operante, de forma a garantir o seu uso por pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 1º As normas técnicas para fabricação dos veículos e dos equipamentos de transporte coletivo rodoviário, de forma a torná-los acessíveis, serão elaboradas pelas instituições e entidades que compõem o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e estarão disponíveis no prazo de até doze meses a contar da data da publicação deste Decreto.

§ 2º A substituição da frota operante atual por veículos acessíveis, a ser feita pelas empresas concessionárias e permissionárias de transporte coletivo rodoviário, dar-se-á de forma gradativa, conforme o prazo previsto nos contratos de concessão e permissão deste serviço.

§ 3º A frota de veículos de transporte coletivo rodoviário e a infra-estrutura dos serviços deste transporte deverão estar totalmente acessíveis no prazo máximo de cento e vinte meses a contar da data de publicação deste Decreto.

§ 4º Os serviços de transporte coletivo rodoviário urbano devem priorizar o embarque e desembarque dos usuários em nível em, pelo menos, um dos acessos do veículo.

Art. 39 - No prazo de até vinte e quatro meses a contar da data de implementação dos programas de avaliação de conformidade descritos no § 3º, as empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transporte coletivo rodoviário deverão garantir a acessibilidade da frota de veículos em circulação, inclusive de seus equipamentos.

§ 1º As normas técnicas para adaptação dos veículos e dos equipamentos de transporte coletivo rodoviário em circulação, de forma a torná-los acessíveis, serão elaboradas pelas instituições e entidades que compõem o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e estarão disponíveis no prazo de até doze meses a contar da data da publicação deste Decreto.

§ 2º Caberá ao Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, quando da elaboração das normas técnicas para a adaptação dos veículos, especificar dentre esses veículos que estão em operação quais serão adaptados, em função das restrições previstas no art. 98 da Lei nº 9.503, de 1997.

§ 3º - As adaptações dos veículos em operação nos serviços de transporte coletivo rodoviário, bem como os procedimentos e equipamentos a serem utilizados nestas adaptações, estarão sujeitas a programas de avaliação de conformidade desenvolvidos e implementados pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, a partir de orientações normativas elaboradas no âmbito da ABNT”.

<sup>4</sup> Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

<sup>5</sup> Dá prioridade de atendimento às pessoas que específica, e dá outras providências.

Ainda que esta legislação específica se direcione expressamente ao transporte coletivo rodoviário, não há como desconsiderar que os seus parâmetros indicam a maneira como estão a atuar as empresas do segmento de mercado ligado ao objeto do presente certame.

De fato, é requisitada de plano uma frota 100% acessível apenas e tão somente pela via da aquisição de veículos originalmente fabricados para o transporte escolar consoante as especificações do FNDE que se acham no Anexo II. Isto significa que não existirá a possibilidade de adaptação segundo as normas técnicas atualmente em vigor, o que representará uma expressiva antecipação das metas da legislação específica, a qual, por consequência lógica, restringirá sobremaneira a possibilidade de participação no certame, reservando o procedimento licitatório tão somente a pouquíssimas empresas, em detrimento dos princípios da competitividade, da isonomia e da vantajosidade.

E o que agrava o presente caso, repito, é que a cláusula do item “4.3.1” do edital e as alegações apresentadas pela Prefeitura Municipal de Rio Claro não deixam a menor dúvida de que a pretensão do ente licitante é atingir os 100% da acessibilidade através de uma alternativa somente, que é a aquisição de veículos com as exatas especificações do FNDE para o programa “Caminho da Escola”.

É este o contexto decorrente da absoluta vedação à adequação da frota de acordo com normas regulamentadoras da Lei Federal que trata da acessibilidade nos veículos de transporte coletivo, as quais, no presente momento, ainda estão a admitir a adaptação da frota existente de acordo com as normas técnicas decorrentes desta mesma legislação específica<sup>6</sup>.

Note-se que, também aqui, resta uma absoluta indefinição de como se dará a solução de acessibilidade para as 11 (onze) linhas que serão servidas por veículos “Kombi” ou outros modelos de “VAN” com capacidade para no mínimo 08 (oito) passageiros.

Diante desta complexa situação que envolve esta questão, deverá ser implementada profunda e substancial reforma nas cláusulas editalícias de acessibilidade no transporte escolar, as quais deverão guardar plena harmonia com os parâmetros estabelecidos nas normas constantes da legislação federal específica de acessibilidade que está em vigor.

Do mesmo modo, no Anexo III, onde estão fixados os requisitos mínimos de instalações, há revisão necessária.

Muito embora seja legítima a exigência dirigida pela Administração à futura contratada no sentido de que sejam implantadas instalações para o suporte dos serviços a serem prestados no Município, a fixação dos requisitos básicos destas instalações deve ser realizada de forma genérica e não individualizada, de maneira a não criar regras de edital que venham a induzir locais certos e determinados que somente uma ou algumas poucas empresas possam disponibilizar.

É exatamente esta situação que ocorre com as atuais regras impostas no Anexo III para as instalações, onde são exigidos: - “terreno com área total de no mínimo 44 m<sup>2</sup> por carro, pavimentado”; - “área de estacionamento para ônibus não inferior a 37 m<sup>2</sup> por carro, pavimentado”; - “área mínima coberta de 9 m<sup>2</sup> por carro destinada aos setores de manutenção elétrica, mecânica, almoxarifado, borracharia, funilaria e pintura, esta equipada com sistema de exaustores”; - “área mínima coberta de 4 m<sup>2</sup> por carro destinado ao setor de lubrificação, troca de óleo e depósito”; - “uma rampa de manutenção ou elevadores hidráulicos para cada 20 carros”; - “no mínimo duas bombas de abastecimento de diesel”; - “local apropriado para lavagem de veículos”; - “prédio administrativo com área não inferior a 150,00 m<sup>2</sup>”.

Aliás, com relação aos 150,00 m<sup>2</sup> para um prédio administrativo, bem como no tocante à exigência de que sejam mantidos setores de manutenção elétrica, mecânica, almoxarifado, borracharia, funilaria, pintura, lubrificação, troca de óleo e depósito, além de bombas de abastecimento de diesel e local para lavagem dos veículos, há claro desvio de finalidade do administrador no exercício do seu poder discricionário, por se tratar de exigências que constituem evidente ingerência da Administração na gestão da futura contratada, e que se colocam como fatores de geração de novas fontes de custos que produzirão substancial impacto nos valores das despesas a serem geradas com a execução do contrato a ser celebrado. Ademais, tais cláusulas editalícias tendem a inviabilizar uma real disputa pelo menor preço, por eliminar a possibilidade de utilização de variadas formas de gestão que podem igualmente atingir os fins pretendidos pela Administração.

Desta forma, impõe-se uma ampla revisão do Anexo III.

Voltando-nos para o aspecto ligado às dúvidas suscitadas quanto ao início da prestação dos serviços ora licitados, temos, inicialmente, que o contrato atualmente em vigor no Município, celebrado com a Rápido São

<sup>6</sup> Como *exemplos ilustrativos*, podem ser citadas as normas técnicas aprovadas pelas Portarias INMETRO/MDIC n° 260, de 12/07/2007, n° 64, de 16/03/2009, n° 358, de 03/12/2008, e n° 47, de 24/02/2010. (Fonte: [www.inmetro.gov.br](http://www.inmetro.gov.br)).

Paulo Transportes e Serviços Ltda., foi prorrogado até a data de 31 de dezembro do corrente ano, conforme se pode extrair da publicação do Diário Oficial do Estado juntada às fls. 11 do TC-005841/026/10

No tocante a este fato, veio aos autos a Prefeitura Municipal de Rio Claro para alegar que no transcorrer de 2010 será realizada execução parcial dos serviços, a partir de novas linhas que serão adicionadas ao sistema, sendo que a execução integral ocorrerá a partir do ano de 2011.

Ainda que possam ser acolhidas as alegações a respeito da previsão existente no PPA, na LDO e na Lei Orçamentária, não há como se admitir que esta evolução que ocorrerá no cronograma físico e financeiro dos serviços não esteja detalhadamente exposta no ato convocatório.

É evidente que esta grave omissão é suficiente para induzir as licitantes ao erro, justamente porque diz respeito a informações de extrema relevância à formulação das propostas, pois qualquer licitante que não tenha conhecimento de tal fato mensurará custos lineares e formulará proposta baseada em premissas que não são verdadeiras, desconsiderando a execução parcial em 2010 e a execução integral a partir de 2011, o que constitui grave afronta à isonomia.

O mandamento constitucional do inciso XXI, do artigo 37, no sentido de que as contratações públicas devem ser precedidas de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, impõe à Administração que proporcione as condições necessárias ao acesso incondicional a todas as informações sobre o objeto que está sendo licitado, o que não está a ocorrer no presente ato convocatório, onde não há uma informação alguma a respeito do que está alegado na peça de justificativas.

Conclusivamente, portanto, deverá ser inserido no projeto básico dos serviços qual será a execução contratual no ano letivo de 2010 e nos demais abrangidos pela contratação, devendo ser discriminado, com exatidão, qual será a proporção da execução no exercício de 2010 e nos subsequentes, tanto sob o aspecto financeiro, quanto no que toca à correta e plena descrição das respectivas linhas a serem operadas pela futura contratada em cada exercício.

Passemos aos requisitos de qualificação técnica operacional, onde também há irregularidades que devem ser eliminadas do edital.

A primeira delas se acha nos quantitativos mínimos do item “7.1.2”, alínea “b”, onde é requisitada a comprovação de experiência anterior na operação de 59.000 (cinquenta e nove mil) “viagens com passageiros a bordo”, bem como de 740 (setecentos e quarenta) “ônibus x mês”.

No que toca ao número de ônibus, pode-se extrair do Anexo I que estão previstas 64 (sessenta e quatro) linhas

a serem operadas, ficando claro que haverá demanda pela disponibilização de uma quantidade de veículos substancialmente inferior aos 740 (setecentos e quarenta) que devem ser comprovados, de sorte a estar patente a absoluta ausência de razoabilidade em tal imposição, tanto sob o enfoque do princípio da indispensabilidade consagrado no inciso XIII, do artigo 37, da Carta Magna, quanto em relação à pertinência e compatibilidade instituída pelo inciso II, do artigo 30, da Lei Geral de Licitações.

Aliás, não há como acolher a linha de raciocínio exposta pela Administração, pois o número de ônibus empregado não se multiplicará com o passar do tempo, tal como quer fazer crer a peça de defesa quando multiplica a quantidade de veículos em operação pelo número de meses previstos para a contratação. Ao contrário do alegado, o número de viagens e, conseqüentemente, a quantidade de veículos empregados, são fatores que se manterão constantes ao longo de toda a execução contratual.

A mesma irregularidade também se encontra na exigência da demonstração de experiência anterior na operação de no mínimo 59.000 (cinquenta e nove mil) viagens. É que, considerando que o objeto licitado contempla a prestação de serviços de natureza continuada, cuja natureza o faz ser abrangido por um conjunto de atividades que se repetem rotineiramente ao longo do tempo, bem como tendo em conta o sistema de prazos instituído pelo legislador federal no “caput” e no inciso II, do artigo 57, da Lei Geral de Licitações, não se pode admitir a pretensão da Prefeitura Municipal de Rio Claro de fixar tal requisito de habilitação tendo como parâmetro os 05 (cinco) anos de contratação previstos pelo item “2.3” do edital, por representar clara afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Carta Maior.

Neste sentido, está absolutamente correto o pronunciamento da SDG, de que os quantitativos do Anexo I correspondem a 254 (duzentos e cinquenta e quatro) viagens/dia, 7.620 (sete mil, seiscentos e vinte) viagens/mês e a 91.440 (noventa e uma mil, quatrocentos e quarenta) viagens/ano.

E nestes termos deverá ser providenciada a retificação do item “7.1.2”, alínea “b”, com estrita observância da jurisprudência consolidada na Súmula nº 24 desta Corte, tanto sob o aspecto da operação de “ônibus x mês”, como em relação às “viagens com passageiros a bordo”.

Ainda no tocante a tais pressupostos de qualificação técnica operacional, está claro que as formalidades impostas pelos itens “7.1.5” e “7.1.6”, aos atestados de aptidão das licitantes, são excessivas e representam injustificada barreira à livre participação de empresas do segmento específico de mercado.

Ora, é evidente que um determinado atestado de qualificação técnica autêntico e idôneo, e cujas informações sejam fidedignas, não necessariamente terá sido emitido com as detalhadas formalidades previstas nos itens “7.1.5” e “7.1.6” deste edital, o que, por certo, constituirá fator de inabilitações ou mesmo da ausência de participação por empresas aptas a prestar os serviços colocados em disputa, em ofensa à necessária indispensabilidade consagrada no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal.

E não há razão alguma à Administração quando afirma que as empresas podem recorrer ao que dispõe o inciso XXXIV, do artigo 5º, da Carta de 1988.

Portanto, há de ser revisadas as cláusulas dos itens “7.1.5” e “7.1.6”, a fim de que tais requisitos de admissibilidade não mais afrontem a isonomia e a competitividade.

Prosseguindo, não há razão que possa justificar a ausência de objetividade e clareza do edital em relação às informações sobre a data, o horário e o local para a apresentação dos envelopes.

Em que pese as explicações do ente licitante sobre como chegar a tais informações, o fato é que há evidente ofensa ao requisito do artigo 40, “caput”, da Lei Geral de Licitações, de sorte que deverão ser inseridas no item “1.5”, do edital, todas as informações pertinentes à data, horário e local para a apresentação e recebimento dos envelopes, de forma clara e objetiva.

Por fim, quanto ao eventual descumprimento do que prevê o § 2º, do artigo 41, da Lei nº 8.666/93, embora não seja questão que traga reflexos no exame prévio de edital, como bem ressaltou a SDG, há de se anotar que a Prefeitura Municipal de Rio Claro não apresentou qualquer alegação específica a respeito deste tema.

Ante o exposto, voto pela procedência da representação apresentada pela Autoplan Locação de Veículos Ltda., e pela procedência parcial da representação apresentada pela Ellen Transportes e Turismo Ltda., devendo a Prefeitura Municipal de Rio Claro promover ampla revisão do edital, no tocante às cláusulas dos Anexos I, II, II.a e III, bem como dos itens “1.5”, “4.3”, “7.1.2”, alínea “b”, “7.1.5” e “7.1.6”, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto ora proferido, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas, cessando, deste modo, os efeitos da medida liminar referendada pelo E. Plenário da Casa em sessão de 03 de fevereiro de 2010.

Por fim, concluídas as providências e anotações de estilo, inclusive inserção na jurisprudência, os autos deverão seguir para a Unidade Regional de Araras, para servir de subsídio à instrução de eventual ajuste que venha a ser formalizado.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Relator, Antonio Roque Citadini, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Renato Martins Costa e Robson Marinho, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator, decidiu julgar procedente a representação apresentada por Autoplan Locação de Veículos Ltda., e parcialmente procedente a representação apresentada por Ellen Transportes e Turismo Ltda., determinando à Prefeitura Municipal de Rio Claro que promova ampla revisão do edital da Concorrência nº 02/2009, no tocante às cláusulas dos Anexos I, II, II.a e III, bem como dos itens “1.5”, “4.3”, “7.1.2”, alínea “b”, “7.1.5” e “7.1.6”, em consonância com os aspectos desenvolvidos no corpo do voto do Relator, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas, cessando, deste modo, os efeitos da medida liminar referendada pelo E. Plenário em sessão de 03/02/2010.

Determinou, por fim, concluídas as providências e anotações de estilo, inclusive inserção na jurisprudência, o encaminhamento dos autos à Unidade Regional competente, para servir de subsídio à instrução de eventual ajuste que vier a ser formalizado.

---

## TC-42492/026/09

Ementa: Representação contra o edital de concorrência nº 005/2009, do tipo técnica e preço, promovido pela Prefeitura Municipal de Osasco, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços técnicos especializados de gerenciamento e assessoria na execução dos planos de regularização fundiária, implantação dos planos de trabalho social, acompanhamento, elaboração de projetos e fiscalização de obras no âmbito dos programas e empreendimentos da Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano.

Presidente: Conselheiro Fulvio Julião Biazi. Relator: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Secretário Substituto: Sérgio de Castro Junior.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 3 de fevereiro de 2010.

## RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada por GRÉCIA CAVALCANTE MARTINS, Munícipe de São Paulo, contra o Edital de Concorrência nº 005/2009, do tipo técnica e preço, promovido pela PREFEITURA MUNICIPAL DE OSASCO, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços técnicos especializados de gerenciamento e assessoria na execução dos planos de regu-

larização fundiária, implantação dos planos de trabalho social, acompanhamento, elaboração de projetos e fiscalização de obras no âmbito dos programas e empreendimentos da Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano.

A representante insurgiu-se contra o ato convocatório, aduzindo, em resumo, os seguintes tópicos:

**Dos critérios subjetivos na avaliação dos quesitos “Conhecimento do Problema” e “Plano de Trabalho e Metodologia”:**

O Edital ao tratar da proposta técnica, nos subitens “14.2”, “14.4” e “14.5”, estabeleceu quatro temas a serem abordados pelos licitantes: a) Conhecimento do Problema; b) Plano de Trabalho e Metodologia; c) Qualificação da Equipe e d) Sistema de Gestão. Todavia, ao traçar os critérios de pontuação da proposta técnica, nota-se a completa ausência de critérios objetivos nos subitens “16.2.1” e “16.2.1.1”, em relação ao tema Conhecimento do Problema e Plano de Trabalho e Metodologia.

As propostas serão avaliadas através dos seguintes critérios: a) Inaceitável – nota zero; b) Insuficiente – nota 1; c) Regular – nota 2; d) Bom – nota 3; e) Excelente – nota 4.

Assim, os critérios adotados representam a primazia da subjetividade, porquanto dependem do conceito pessoal próprio de cada integrante da comissão de licitação. Tal situação compromete não só a objetividade do julgamento, mas, a escolha da melhor proposta.

**Do critério subjetivo na atribuição de pontuação ao profissional da equipe técnica, detentor de maior tempo de experiência:**

Em relação ao tempo de experiência dos profissionais indicados para a equipe técnica, no subitem “16.2.1.2”, do Edital, para o cargo de “Coordenador Geral”, foram eleitos os seguintes critérios de atribuição de pontos: a) < 2 anos: nota zero; b) > ou = 2 anos: nota 1; c) > ou = 4 anos: nota 2; d) > ou = 5 anos: nota 3; e) > ou = 6 anos, com a melhor experiência para os serviços propostos: nota 4.

Assim, para receber a nota máxima, o profissional com 6 (seis) anos de experiência deve possuir “a melhor experiência para os serviços propostos”, o que revela subjetividade na avaliação pela comissão de licitação. Todavia, nota-se que o critério objetivo foi prestigiado quando da avaliação dos profissionais com tempo inferior de experiência.

O mesmo critério subjetivo foi repetido no subitem “16.2.1.3”, do Edital, correspondente aos indicados para os profissionais de “Coordenador Setorial” e “Responsável Técnico da área social”.

Transcrevem-se os critérios de atribuição de pontos: a) < 1 ano: nota zero; b) > ou = 1 ano: nota 1; c) > ou = 2 anos: nota 2; d) > ou = 3 anos: nota 3; e) > ou = 4

anos, com a melhor experiência para os serviços propostos: nota 4.

**Da preponderância absoluta da nota técnica na apuração da pontuação final:**

Em relação à pontuação final, a fórmula de apuração eleita no subitem “16.3.3”, do Edital, demonstra que, embora tenha sido eleita a licitação do tipo técnica e preço, na realidade é a nota da proposta técnica que decidirá o resultado, em nada influenciando a nota atribuída à proposta comercial, mesmo que seja a maior pontuação possível.

A fórmula é a seguinte:  $PF = (0,80 \times NT + 0,20 \times P)$ . Onde: PF – Pontuação Final das propostas; NT – Nota Técnica definida no subitem “16.2.2” e P = Pontuação do Preço definida no subitem “16.3”.

Assim, em se tratando de licitação do tipo melhor técnica e menor preço, evidente que ambas as propostas devem participar na mesma proporção na apuração da nota final, pois, a preponderância da nota técnica demonstra claramente que, no fundo, trata-se de licitação de melhor técnica disfarçada em técnica e preço.

Por outro lado, mesmo que venha a se cogitar se tratar de ato discricionário a atribuição dos pesos às respectivas propostas, este deve estar devidamente motivado. O Edital não contempla qualquer justificativa para tamanha discrepância na eleição dos critérios de apuração da nota final.

Nestes termos, requereu a representante fosse a matéria recebida como exame prévio de edital, com suspensão do procedimento licitatório, cuja sessão de recebimento dos envelopes encontrava-se programada para a data de 08 de dezembro de 2009, e, ao final, o acolhimento das impugnações com a determinação de retificação do instrumento convocatório.

Por meio da decisão publicada no D.O.E. de 08 de dezembro de 2009, foi determinada a suspensão do andamento do certame, bem como fixado o prazo máximo de 05 (cinco) dias à Prefeitura Municipal de Osasco para a apresentação de suas alegações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório.

A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte em sessão de 09 de dezembro de 2009, quando foi recebida como EXAME PRÉVIO DE EDITAL, sendo concedida a medida cautelar de paralisação do certame, seguindo-se daí os oficiamentos de praxe.

As justificativas da Prefeitura Municipal de Osasco vieram pelo protocolado TC-044808/026/09, juntado às fls. 64/189, onde foi alegado, em resumo, o seguinte:

1) Os critérios de pontuação técnica guardam total consonância com o objeto licitado, pois se tratam de serviços complexos envolvendo área social, fundiária e projetos. Conforme descrito no Termo de Referência, es-

tes serviços serão desenvolvidos em áreas irregularmente ocupadas, tais como favelas, loteamentos irregulares e clandestinos, o que requer da empresa a ser contratada demonstração de capacidade técnica e experiência sobre o assunto;

2) A Administração deve contratar com qualidade, com busca da melhor relação custo/benefício, em decorrência do princípio da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o privado;

3) As propostas técnica e de preço não devem participar com a mesma proporção na apuração da nota final, sendo pacífico o entendimento de que a qualidade da proposta técnica resulta na maior precisão dos orçamentos, qualidade, durabilidade e segurança dos serviços a serem prestados. As peculiaridades de cada caso devem ser analisadas, verificadas e compreendidas, antes de se determinar qual é a forma de avaliação de propostas técnicas;

4) O edital pode estabelecer ponderação para cada uma das notas, e foi isto que a Municipalidade determinou, entendendo que o mais relevante seria mesmo a técnica, diante da possibilidade de variação da qualidade da prestação refletir na satisfação das necessidades estatais, envolvendo uma inafastável ponderação entre a qualidade e o preço a ser desembolsado. Os pesos atribuídos à aptidão técnica e aos preços decorrem de ato discricionário;

5) Em relação à subjetividade dos critérios de pontuação técnica definidos no item “16.2.1.1”, cabe ao julgador capacitado e dotado de um referencial conhecido por todas as partes aferir se os conteúdos apresentados pelos proponentes guardam compatibilidade com sua expectativa, expressa no Termo de Referência;

6) A compatibilidade é um dos pilares do conteúdo das propostas e pode se dar em vários níveis, desde um nível mais superficial, apenas nas grandes áreas de conhecimento definidas no Termo de Referência, ou ir descendo a um nível de detalhe que extrapole aquilo que foi declarado no edital, mas, ainda mantendo a compatibilidade total com o objetivo final;

7) A profundidade do conteúdo apresentado, quanto maior, mais facilmente o julgador poderá saber se a proposta atende suas expectativas e necessidades;

8) A compatibilidade em relação ao serviço e a profundidade no domínio dos dados e técnicas precisam ser apresentadas da forma mais transparente possível, sob pena de, embora ser detentor do conhecimento apropriado, introduzir tanto ruído na sua comunicação a ponto de se tornar incompreensível a quem deve receber tais informações. Para isto, este grande conjunto de informações precisa ser transmitido de forma organizada, em linguagem clara, e devidamente ilustrada, sempre que necessário. Esta clareza constitui o terceiro aspecto

relevante a ser levado em conta pelo julgador para atribuir sua nota a cada tópico analisado;

9) O objeto de julgamento não é o que foi abordado pelo licitante em sua proposta, pois a questão focal é com relação ao como tais assuntos foram abordados, pois, caso contrário, o próprio critério de julgamento determina como inaceitável se determinado tópico deixar de ser apresentado por um licitante, recebendo assim nota zero;

10) Não há como retirar do julgador aquilo que é sua atribuição fundamental, não havendo como se fazer o julgamento que não seja de maneira a se conjugar o atendimento dado pelo licitante nos aspectos de clareza, profundidade e compatibilidade em cada tópico do edital e em sua nota respectiva, variando de 0 a 4. Não existe outra forma de combinar estes aspectos que não seja de conferir nota máxima (4-excelente) quando todos os aspectos forem plenamente atendidos, a nota 3 (bom) quando um dos aspectos não for plenamente atendido, a nota 2 (regular) quando dois dos aspectos não forem plenamente atendidos, e nota 1 (insuficiente) quando nenhum aspecto for plenamente atendido. A nota zero caberá quando determinado tópico não constar da proposta.

A SDG manifestou-se pela procedência parcial, afastando a questão da ponderação de pesos entre a pontuação da proposta técnica e a proposta comercial, bem como a da pontuação da experiência da equipe técnica, muito embora tenha destacado ser necessária, sob tal aspecto, a eliminação da expressão “*com melhor experiência para os serviços propostos*”, a qual revela subjetividade suficiente para comprometer a igualdade na avaliação dos profissionais com 04 (quatro) anos ou mais de atuação. Quanto aos critérios de avaliação das propostas técnicas, cuja questão é procedente no entendimento da SDG, foi destacado que são subjetivos os conceitos “inaceitável”, “insuficiente”, “regular”, “bom” e “excelente” (subitem “16.2.1.1”), que serão utilizados na avaliação dos quesitos “Conhecimento do Problema” e “Plano de Trabalho e Metodologia”, pois que dependem dos valores pessoais de cada integrante da Comissão de Licitação.

Por fim, a SDG ainda identificou cláusulas editalícias que estão a conflitar com a jurisprudência deste Tribunal: - item “14.5.1”: atestado de qualificação técnica operacional acompanhado da respectiva CAT; - “item “13.3.4”: impossibilita a contratação de autônomo, com vista à responsabilidade técnica pela execução dos serviços; - item “14.4.2”: solicita prova de vínculo empregatício da equipe técnica, e não apenas do profissional responsável.

É o relatório.

## VOTO

A representação procede parcialmente, tal como se manifestou a SDG, cujo parecer acolho integralmente.

De fato, a questão que revelou problemas de gravidade no certame diz respeito à subjetividade induzida por determinadas regras de avaliação das propostas técnicas.

No presente caso, muito embora satisfatórias as justificativas pertinentes ao critério de julgamento “técnica e preço” e aos quesitos eleitos nos itens “14.2.1”, “14.2.2”, “14.2.3”, “14.3.1”, “14.3.2” e “14.3.3”<sup>7</sup>, não há como prosseguir o certame com os critérios fixados para a atribuição das notas técnicas para aqueles mesmos quesitos já mencionados.

Note-se que a Administração estabeleceu tão somente expressões vagas no item “16.2.1.1”<sup>8</sup>, no sentido de que as notas variarão entre zero e quatro conforme for julgada a proposta “inaceitável”, “insuficiente”, “regular”, “bom” ou “excelente”, para cada quesito ligado ao “conhecimento do problema” e ao “plano de trabalho e metodologia”.

Ora, tais procedimentos de avaliação não se revestem da singeleza que se extrai das regras do edital e das alegações da Administração. Vejamos:

Inicialmente, não há dúvidas de que, quando a Prefeitura Municipal de Osasco requisita propostas técnicas baseada no “conhecimento do problema” e no “plano de trabalho e metodologia”, o ato de se atribuir as notas técnicas compreenderá a avaliação do nível de correlação entre o conteúdo da proposta da licitante e o que pretende a Administração atingir com o contrato a ser celebrado, ou seja, quanto maior a sintonia entre proposta e escopo do futuro ajuste, pressupõe-se a maior nota.

Também não há dúvidas de que os procedimentos da Comissão de Licitação devem sempre partir de uma re-

ferência inequívoca, de um termo referencial objetivo e detalhadamente estabelecido pela Administração, de forma prévia.

Pois bem, no caso em apreciação, a análise do Termo de Referência do Anexo I nos demonstra que o mesmo contém uma síntese do quadro geral a ser encontrado quanto ao uso e à ocupação do solo urbano no Município de Osasco, bem como em relação aos objetivos globais e escopos a serem atingidos com a contratação.

Entretanto, as regras para a avaliação das propostas técnicas, no que toca ao conhecimento do problema, ao plano de trabalho e à metodologia, são omissas sobre quais serão os parâmetros básicos a serem adotados pela Comissão de Licitação em seu julgamento, já que a mera fixação dos conceitos “inaceitável”, “insuficiente”, “regular”, “bom” ou “excelente” dá uma excessiva e inaceitável margem de discricionariedade à Comissão, induzindo, sem dúvida alguma, a adoção das convicções pessoais de cada integrante da Comissão, o que é flagrantemente ofensivo aos princípios norteadores do Direito Administrativo.

Em suma, a regra do item “16.2.1.1” não estabelece parâmetros referenciais objetivos e inequívocos à atividade da Comissão de Licitação, de maneira a configurar regra que atenta contra os princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da transparência, ensejando ampla e profunda reforma por parte do ente licitante.

Ainda sobre revisões necessárias no ato convocatório, são relevantes as questões suscitadas no parecer da SDG.

Em relação à comprovação da qualificação técnica profissional do item “13.3.4” e do vínculo dos profissionais relacionados no item “14.4.1”, na forma do item “14.4.2”, necessária se faz a retificação das mencionadas cláusulas editalícias para o fim de serem aceitos tam-

<sup>7</sup> “14.2 – CONHECIMENTO DO PROBLEMA

14.2.1 – Demonstração do conhecimento sobre a situação habitacional do Município de Osasco, dos programas e empreendimentos habitacionais e da situação fundiária existente nas diversas áreas de atuação da SEH DU.

14.2.2 – Descrição das áreas objeto de intervenção, considerando suas características e peculiaridades.

14.2.3 – Análise dos aspectos relevantes envolvidos nos serviços, apontando os principais problemas que serão enfrentados e a forma de superá-los.

14.3 – PLANO DE TRABALHO E METODOLOGIA

14.3.1 – Identificação das atividades previstas, abrangendo todo o escopo dos serviços e descrição da metodologia a ser empregada para sua execução.

14.3.2 – Descrição do Plano de Trabalho para execução das atividades.

14.3.3 – Estrutura Organizacional para realização dos serviços”.

<sup>8</sup> “16.2.1 – Os critérios de atribuição das notas serão os seguintes, para cada item a ser considerado:

16.2.1.1 – Para os subitens 14.2.1, 14.2.2, 14.2.3, 14.3.1, 14.3.2 e 14.3.3:

inaceitável nota 0

insuficiente nota 1

regular nota 2

bom nota 3

excelente nota 4”

bém os profissionais que mantenham vínculo contratual com as licitantes, nos termos da Súmula nº 25<sup>9</sup> deste Tribunal de Contas.

Como detectado pela SDG, os itens “13.3.4” e “14.4.2” restringem a comprovação do vínculo apenas às relações empregatícia e societária, o que se mostra incompatível com a jurisprudência pacífica a respeito do tema, ensejando correção.

Particularmente em relação ao item “14.4.2”, há evidente conflito entre a exigência de que os profissionais da “equipe chave” já pertençam ao quadro da empresa licitante na data da apresentação das propostas, e o § 6º, do artigo 30, da Lei nº 8.666/93, quando este determina que as exigências mínimas relativas a pessoal técnico especializado serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis.

Como bem anotado pela SDG, ao se reportar aos termos do que já fora decidido pelo E. Plenário no processo TC-019630/026/09<sup>10</sup>, o vínculo prévio entre profissionais e licitantes, na data da entrega dos envelopes, somente poderá ser requisitado em relação ao responsável técnico, vez que as exigências quanto aos profissionais componentes da equipe técnica deverão ser tratadas nos termos do artigo 30, § 6º, da Lei Geral de Licitações, e direcionadas tão somente à licitante que se sagrar vencedora do certame, como condição para contratar.

Frente a todo este contexto, e como única forma de resolução desta controvérsia entre avaliação de profissionais já pertencentes ao quadro das licitantes e o dispositivo da Lei de Regência, deverão ser amplamente revisados os itens “14.4.1” ao “14.4.4”, “16.2.1.2” e “16.2.1.3”, a fim de que a atribuição destas notas técnicas passe a recair apenas nos profissionais responsáveis técnicos das empresas licitantes, excluindo-se aqueles de que trata o § 6º, do artigo 30, da Lei de Regência<sup>11</sup>.

Sob outro aspecto, também deverá ser excluída, desta atribuição de notas, a expressão “*com a melhor experiência para os serviços propostos*”, tal como atualmente consta dos itens “16.2.1.2” e “16.2.1.3”, vez que se trata de critério notadamente impreciso e subjetivo, não podendo ser utilizado na disputa.

Já no que se refere ao item “14.5.1”, a admissão tão somente daqueles atestados de qualificação técnica operacional que estiverem acompanhados das respec-

tivas Certidões de Acervo Técnico configura exigência não aceita na jurisprudência desta Corte, em suma, por configurar uma inaceitável restrição, já que tal regra vai muito além do indispensável à demonstração do domínio adequado de técnicas por parte da empresa licitante.

Mencionada necessária reforma, pois, deverá abranger a eliminação da exigência de que os atestados em nome da licitante devam estar necessariamente acompanhados das respectivas Certidões de Acervo Técnico dos profissionais que se responsabilizaram pela execução pretérita.

Por fim, não merece prosperar a impugnação dirigida contra a proporção entre nota técnica e pontuação de preço na apuração da pontuação final das propostas.

No presente caso, temos objeto cujos escopos revelados no Termo de Referência estão a se mostrar compatíveis com o critério de julgamento da “técnica e preço”. De outro lado, pesos com a proporção de 0,80 ao componente técnica e de 0,20 ao componente preço são usualmente adotados e acatados pela jurisprudência para licitações do tipo “técnica e preço”, tal como exposto no parecer da SDG, cujos termos adoto como razão de decidir.

Ante o exposto, acolho o parecer da SDG e VOTO pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da representação, devendo a PREFEITURA MUNICIPAL DE OSASCO promover ampla revisão do edital, nos itens “13.3.4”, “14.4.1”, “14.4.2”, “14.4.3”, “14.4.4”, “14.5.1”, “16.2.1.1”, “16.2.1.2” e “16.2.1.3”, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto ora proferido, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas, cessando, deste modo, os efeitos da medida liminar referendada pelo E. Plenário da Casa em sessão de 09 de dezembro de 2009.

Por fim, concluídas as providências e anotações de estilo, inclusive, inserção na jurisprudência, os autos deverão seguir para a 3ª Diretoria de Fiscalização, para servir de subsídio à instrução de eventual ajuste que venha a ser formalizado.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Relator, Antonio Roque Citadini, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Renato Martins Costa e Robson Marinho, bem como pelo do Substitu-

<sup>9</sup> “Súmula nº 25 - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços”.

<sup>10</sup> Sessão de 01/07/2009 do E. Plenário. Relator: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho.

<sup>11</sup> “§ 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 as exigências de propriedade e de localização prévia” (grifo nosso).

to de Conselheiro Sérgio Ciquera Rossi, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator, decidiu julgar parcialmente procedente a representação, determinando à Prefeitura Municipal de Osasco que promova ampla revisão do edital da Concorrência n. 005/2009, nos itens “13.3.4”, “14.4.1”, “14.4.2”, “14.4.3”, “14.4.4”, “14.5.1”, “16.2.1.1”, “16.2.1.2” e “16.2.1.3”, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto do Relator, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas, cessando, deste modo, os efeitos da medida liminar referendada pelo E. Plenário da Casa em sessão de 09 de dezembro de 2009.

Determinou, por fim, concluídas as providências e anotações de estilo, inclusive inserção na jurisprudência, o encaminhamento dos autos à Diretoria de Fiscalização competente, para servir de subsídio à instrução de eventual ajuste que vier a ser formalizado.

---

### TC-1278/001/09 E TC-1279/001/09

Ementa: Representação contra editais de pregão presencial nºs 133 e 134/2009, promovido pela Prefeitura Municipal de Araçatuba, objetivando aquisição de materiais e equipamentos de informática (fibra óptica), por meio de registro de preços para eventual fornecimento à Secretaria Municipal de Educação (pregão nº133/2009 – TC-1278/001/09); contratação de empresa para a execução dos serviços de lançamento de cabo óptico para o fim de otimizar o procedimento, por meio de registro de preços para eventual fornecimento à Secretaria Municipal de Educação (pregão nº 134/2009 – TC-001279/001/09).

Presidente: Conselheiro Fulvio Julião Biazzini. Relator: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Secretário Substituto: Sérgio de Castro Junior.

Sessão do Tribunal Pleno realizada em 3 de fevereiro de 2010.

### RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada por MARCOS HENRIQUE SALATINO, RG 17.364.893, contra os Editais dos Pregões Presenciais de nºs 133 e 134/2009, promovidos pela PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA, objetivando: - aquisição de materiais e equipamentos de informática (fibra óptica), por meio de registro de preços para eventual fornecimento à Secretaria Municipal de Educação (Pregão nº133/2009 – TC-001278/001/09); - contratação de empresa para a execução dos serviços de lançamento de cabo óptico para o fim de otimizar o

procedimento, por meio de registro de preços para eventual fornecimento à Secretaria Municipal de Educação (Pregão nº 134/2009 – TC-001279/001/09).

Ao se insurgir contra o Pregão Presencial nº 133/2009 (TC-001278/001/09), o representante suscitou, em breve resumo, o seguinte:

1) Da leitura do Edital, verifica-se que não se trata de serviço eventual, mas, sim, de um serviço continuado que se estenderá por todos os prédios da rede pública de ensino e se esgotará tão logo seja emitida a ordem de serviço. Impondo-se, assim, a entrega de todo o material adquirido;

2) Frise-se que tal entendimento é corroborado pela publicação do Edital de Pregão nº 134/2009, onde se verifica a pretensão da Administração de contratar empresa especializada para o cabeamento dos equipamentos a serem adquiridos no certame objeto desta representação, ou seja, nº 133/2009;

3) Tanto é verdade que naquele certame, nº 134/2009, a futura contratada poderá realizar todo o serviço de uma única vez, bastando verificar o mapa apresentado, pois não existe determinação ou prefixação de etapas;

4) Verifica-se, no corpo do Edital, que está expressa a previsão de dotação orçamentária, desvirtuando a caracterização do instituto do registro de preços e denotando compromisso certo na contratação;

5) O Edital contém ilegalidade no critério de julgamento, pois exige que seja o de menor preço global, quando deveria ser o de menor preço por item, em face do objeto a ser adquirido.

Já ao se insurgir contra o Pregão Presencial nº 134/2009 (TC-001279/001/09), o representante suscitou, em breve resumo, o seguinte:

1) Utilizou-se das mesmas argumentações, expendidas no processado TC-001278/001/09, para descaracterizar a utilização do Sistema de Registro de Preços pela Administração de Araçatuba, no objeto licitado sob nº 134/2009;

2) Ponderou que, se é a intenção da Municipalidade integrar toda a Secretaria de Educação, não é razoável que tal serviço seja feito eventualmente, nem tampouco por etapas, já que, se isto ocorresse, o serviço não teria qualquer utilidade e não atingiria o fim maior, que é interligar toda a rede pública de educação por meio da internet;

3) Não consta do Edital o Projeto Básico para a execução dos serviços licitados, impedindo a perfeita elaboração das propostas por parte das proponentes;

4) A Administração de Araçatuba apresenta os quantitativos máximos, cuja aquisição se prevê no período de um ano, mas esquece de estabelecer os quantitativos para cada aquisição individualizada, não se podendo admitir formulação genérica para os lotes de serviços con-

tratados. Tal entendimento é encontrado no julgamento do TC-038240/026/08;

5) É incorreta a escolha da modalidade Pregão para a contratação do objeto licitado. Analisando o Edital, verifica-se que o lançamento de cabos deverá seguir a recomendação GED-270 da CPFL; logo, é flagrante que tal serviço não pode ser considerado comum, devendo seguir as normas técnicas do serviço de engenharia elétrica e das exigências do CREA. Tal entendimento é encontrado no julgamento do TC-000903/001/09.

Nestes termos, requereu o representante fosse determinada a suspensão liminar dos procedimentos licitatórios, cujas sessões públicas encontram-se programadas para a data de 04 de dezembro próximo passado, e, ao final, o acolhimento das impugnações com a determinação de anulação dos certames ou retificação dos instrumentos convocatórios.

A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte em sessão de 02 de dezembro de 2009, quando foi recebida como EXAME PRÉVIO DE EDITAL, sendo concedida a medida cautelar de paralisação dos certames, seguindo-se daí os oficiamentos de praxe.

Transcorrido o prazo, nenhuma justificativa foi encaminhada pela Prefeitura Municipal de Araçatuba.

Em sequência, a SDG manifestou-se pela procedência da representação contra o edital do Pregão nº 133/2009 (TC-001278/001/09) e pela procedência parcial da representação contra o edital do Pregão nº 134/2009 (TC-001279/001/09), tendo sido exposto, em resumo, o seguinte:

#### 1) Pregão nº 134/2009:

1.1) Em que pese a natureza eminentemente técnica, o objeto licitado (lançamento de cabo óptico), da forma como consta do ato convocatório, envolve serviços de engenharia que, ao que tudo parece, abrange atividades que apontam na direção de que se trata de obra complexa, abarcando grau de especificação considerável; 1.2) E tanto é assim que a peça editalícia traz previsões de que: - deverão ser mantidas na obra cópia dos Projetos, Memorial Descritivo, Cronograma Físico-Financeiro e via da ART; - todo entulho será removido pela empresa detentora da ata, cabendo a esta também a retirada do canteiro de obras, o que dá indicativo de possíveis intervenções carecedoras de planejamento e estudos técnicos especializados de engenharia; 1.3) O objeto almejado não se parece tratar de serviços comuns de engenharia; 1.4) Quanto à possível ausência de projeto básico, se considerado que o procedimento envolve serviços complexos de engenharia, há de constar do edital, e no que diz respeito às quantidades máximas para cada aquisição individual, não se faz necessária a sua divulgação, já que se encontra no edital a estimativa do total dos serviços licitados, o que é suficiente para a formulação das propostas.

#### 2) Pregão nº 133/2009:

2.1) Embora não haja óbice à adoção do registro de preços para a aquisição de materiais e equipamentos de informática, não há como analisar a matéria isoladamente, em face da relação direta entre os certames aqui tratados, pois os produtos visados pelo Pregão nº 133/2009 destinam-se ao cabeamento de fibra óptica entre as unidades escolares do Município de Araçatuba, objeto do Pregão nº 134/2009; 2.2) Fácil verificar que, por meio do Pregão nº 133/2009, a Prefeitura de Araçatuba busca a aquisição de bens de informática para a execução de objeto certo e individualizado, qual seja, a instalação de cabo óptico para uso da Secretaria da Educação, desarmonizando-se com o sistema de registro de preços, que permite à Administração contratar somente se precisar, o que não ocorre no presente caso; 2.3) O critério de julgamento das propostas, do menor preço por lote, não se revela apropriado, carecendo retificação; 2.4) Neste caso, restaram desconhecidos os fatores que fundamentaram a composição dos lotes, assim como os benefícios técnicos e/ou econômicos advindos do tipo de licitação eleito; 2.5) Ademais, da análise do edital, constata-se que, durante a vigência da Ata, as requisições da Prefeitura nem sempre alcançarão a totalidade dos lotes, podendo ocorrer pedido de um único item, o que torna, no mínimo, questionável o critério de julgamento em questão, uma vez que a proposta com valor global mais vantajoso pode perfeitamente conter preços unitários menos econômicos.

A Prefeitura Municipal de Araçatuba ingressou nos autos de forma extemporânea, através do protocolado TC-001352/001/09, juntado às fls. 70/75, para apresentar, em resumo, as seguintes justificativas:

#### 1) Pregão nº 133/2009:

1.1) Em hipótese alguma se pode considerar o objeto como serviço continuado, haja vista que nem mesmo se trata de serviços, mas, sim, de uma simples aquisição de material por meio do sistema de registro de preços, haja vista que inexistente disponibilidade financeira definida para os materiais, bem como há imprevisibilidade de consumo, podendo ser adquiridos no todo ou em parte; 1.2) A aquisição e utilização dos materiais licitados no Pregão nº 133/2009 está relacionada à execução dos serviços objeto do Pregão nº 134/2009, que, da mesma forma, poderá ou não ser executado no todo, sendo que as ordens de serviço serão emitidas de acordo com a aprovação e disponibilidade de recursos; 1.3) A indicação da dotação orçamentária não caracteriza a existência de recursos específicos e reservados, pois visou apenas atender às exigências do artigo 14, da Lei nº 8.666/93; 1.4) Na definição do critério de julgamento por lote, foi levado em consideração que todos os materiais de cada lote pertencem a uma mesma família de materiais, e, portan-

to, são comercializados por várias empresas, sendo que todas as empresas que trabalham com um membro da família dificilmente não trabalhará com outro membro; 1.5) Também foi considerado que a possibilidade de se terem várias fornecedoras levaria à perda da economia de escala, pois existem itens que em face da baixa quantidade requisitada poderiam até mesmo ser fracassados, e com isto causar uma série de prejuízos operacionais, além do que, haveria a possibilidade de um fornecedor atrasar somente um material e prejudicar o alcance do objetivo da licitação.

## 2) Pregão nº 134/2009:

2.1) A Administração delibera de forma discricionária seus projetos, e por se tratar de registro de preços, não há necessidade de apresentação de um projeto básico, tendo em vista que a Municipalidade adotara critérios para inicialização dos projetos; 2.2) O objeto é a execução de serviços de lançamento de cabos de fibra óptica, o que não demanda nenhuma especificidade, vez que é implícita às executoras dos serviços a observação de normas de segurança, qualidade e controle, como a NBR-5410, GED-270 da CPFL e demais normas regulamentadoras; 2.3) Em hipótese alguma se pode considerar o objeto como serviço continuado, pois a execução, caso seja emitida a ordem de serviço, atenderá à necessidade pública, satisfazendo-a por completo, restando tão somente a manutenção dos serviços, o que será feito pela própria Prefeitura Municipal de Araçatuba; 2.4) Inexiste disponibilidade financeira definida bem como há a imprevisibilidade da utilização do total dos mesmos, podendo ser executados no todo ou em parte, pois, conforme apresentado no projeto anexo ao edital, os serviços estão definidos em etapas, denominadas “link”, e assim, divididos em 06 (seis) “links” ou possíveis etapas, caracterizando, desta forma, a possibilidade de execução somente de uma parte dos serviços; 2.5) O simples fato de haver indicação no edital de que a licitante vencedora deverá atender a norma GED-270, da CPFL, não descaracteriza o objeto do serviço comum.

Os autos retornaram à SDG, que manteve seu pronunciamento anteriormente consignado, tendo sido agora exposto, no parecer de fls. 77/78, o seguinte:

1) Muito embora a representada argumente que o objeto do Pregão nº 134/2009 não demanda especificidade alguma, sendo, portanto, comum, o fato é que existem elementos e indicativos no edital de que há necessidade de execução de serviços de engenharia complexos, que requerem grau de especialização considerável;

2) E ainda que a instalação dos cabos ópticos seja feita em etapas, não há como deixar de considerá-lo como objeto certo e individualizado, o que permite a conclusão de que se trata, na verdade, de uma típica licitação tradicional, da qual advirá um contrato com objeto de-

terminado, e tanto é assim que o edital prescreve que “a obra deverá ser entregue em perfeito estado de limpeza e conservação, devendo apresentar funcionamento perfeito em todas as suas instalações, equipamentos e aparelhos”;

3) No que tange ao Pregão nº 133/2009, as razões de defesa são ineficazes para demonstrar a possibilidade da adoção do registro de preços, tampouco para justificar o julgamento das propostas através do menor preço por lote, pois nem sempre será requisitada a totalidade dos lotes, mas apenas alguns itens, conforme já ressaltado.

É o relatório.

## VOTO

O posicionamento da SDG em seus pareceres deve ser acolhido, considerando que, mesmo parcialmente procedentes as impugnações suscitadas, há questão que leva à anulação dos certames.

Inicialmente, porém, há de se ressaltar que se impõe a apreciação conjunta dos Pregões Presenciais de nºs 133/2009 e 134/2009, já que ambos se complementam, e tal quadro se torna patente por todas as evidências que emergem dos autos, as quais estão corroboradas pela própria afirmação da Prefeitura Municipal de Araçatuba, às fls. 72 do TC-001278/001/09 e às fls. 71 do TC-001279/001/09, no sentido de que “a aquisição e utilização dos materiais ora licitados está diretamente relacionada à execução dos serviços objeto do Pregão Presencial nº 134/2009”.

Pois bem, claro está que os materiais e equipamentos licitados no Pregão Presencial nº 133/2009 serão adquiridos e empregados nos serviços de engenharia licitados no Pregão Presencial nº 134/2009, e tal premissa se torna decisiva resolução deste caso, em que se destaca a adoção do sistema de registro de preços sem critério algum, em objetos para os quais se revela absolutamente imprópria a instituição de tal regime.

Na implantação da rede de cabos ópticos para a Secretaria Municipal de Educação, temos serviços e obras de engenharia que compõe um objeto certo e individualizado, cuja inequívoca natureza impõe a instrumentalização por um contrato de escopo, através de uma programação governamental adequada que gere um cronograma físico e financeiro detalhado e consistente, tanto para não inviabilizar a formulação de propostas pelas licitantes como para estabelecer um mínimo de observância aos princípios da transparência e da moralidade administrativa.

Ora, partindo-se do pressuposto de se tatá do projeto da implantação de rede de fibra óptica para uso da Secretaria Municipal de Educação, evidencia-se o fato de que os recursos para o pagamento das despesas onera-

rão o orçamento do ensino e serão utilizados para compor o índice básico de aplicação imposto pelo artigo 212, da Carta Magna, de maneira que se revelam inaceitáveis as argumentações do Executivo Municipal de Araçatuba no sentido de não haver nenhuma previsão a respeito do cronograma de desembolso das futuras despesas, e tampouco sobre a estimativa do ritmo de execução e da abrangência que deverá ser alcançada através desta rede.

Tais argumentos são no mínimo inaceitáveis porque não revelam fundamento algum à adoção do registro de preços, mas demonstram clara inexistência de planejamento governamental dos investimentos com os recursos orçamentários do setor educacional, o que determina a premente correção de conduta por parte da Administração.

Com relação às aquisições objetivadas através do Pregão nº 133/2009, considerando ser compras de bens para serem eles empregados diretamente nos serviços e obras de engenharia licitados no Pregão nº 134/2009, tal como já fora suficiente exposto ao início, também nelas se mostra inadmissível a adoção do registro de preços, pelas mesmas razões até aqui expostas, mormente por ser regime excepcional de despesa pública, e não ordinário, cabível tão somente quando presente objeto de características inequivocamente compatíveis ao sistema.

Vale recordar, a propósito, que a detalhada regra geral instituída pela Lei Federal nº 8.666/93, em seu artigo 15, é direcionada às compras, sendo que a jurisprudência de modo geral admite a utilização de tais regras a serviços em razão de específicas peculiaridades que a tornam vantajosa à continuidade de serviços públicos prestados pela Administração.

Neste sentido, como fora destacado pelo eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, em decisão proferida pelo E. Plenário nos processos TC-003064/026/08 e TC-003528/026/08: *“Atribui-se ao sistema do registro de preços características como a divisibilidade do objeto; a necessidade de contratação frequente; a conveniência de sua utilização nas hipóteses de entrega parcelada; a impossibilidade de se definir, previamente, o quantitativo a ser demandado; a não obrigatoriedade da contratação”*.

Vale ainda destacar: - o mestre Marçal Justen Filho, para o qual *“numa licitação de registro de preços, os interessados não formulam propostas unitárias de contratação, elaboradas em função de quantidades exatas. As propostas definem a qualidade do produto e o preço unitário, mas as quantidades a serem adquiridas e a ocasião em que ocorrerá a aquisição dependerão das conveniências da Administração. Uma vez decidida a*

*contratar, a Administração verificará se os preços registrados são compatíveis com os praticados no mercado”*<sup>12</sup>; - e o saudoso mestre Diógenes Gasparini, para o qual há aspectos que convergem no sentido de que *“...é o arquivo de preços de bens, selecionados mediante concorrência, utilizáveis pela Administração Pública em suas futuras contratações (...) Uma vez registrados os preços, estes valerão para todas as compras futuras que forem do interesse da entidade promotora do registro, restando seu fornecedor obrigado à provisão do bem quando e como solicitado”*<sup>13</sup>.

Em suma, não poderá ser adotado o sistema de registro de preços para os objetos dos Pregões de nºs 133 e 134/2009, e diante deste contexto, o único desfecho possível ao presente caso é a anulação dos Pregões em apreciação, por se revelar inviável qualquer revisão dos seus atos convocatórios, na medida em que toda a estrutura dos certames está construída dentro do sistema de registro de preços, o que os tornam integralmente comprometidos.

De qualquer forma, como novos procedimentos poderão ser lançados futuramente, impõe-se a apreciação das demais questões propostas nos presentes autos.

Quanto à adoção da modalidade Pregão para os objetos colocados em disputa, ao menos dentro da análise apriorística que é inerente ao rito sumário do Exame Prévio de Edital, as características de ambos os objetos não estão a se revelar claramente em desarmonia com o requisito insculpido no artigo 1º, da Lei nº 10.520/02. Vejamos:

No que tange à aquisição dos materiais e equipamentos listados no edital do Pregão de nº 133/2009, trata-se de produtos já disponíveis em empresas que atuam no segmento, e que seguem uma padronização imposta pelas normas técnicas a eles aplicáveis, podendo ser citadas, a título de ilustração, a “NBR 14771” da ABNT, que trata dos requisitos mínimos exigíveis para a fabricação dos cabos ópticos internos, e a “NBR 15479” também da ABNT, que trata da análise estatística do coeficiente de dispersão dos modos de polarização em fibras e cabos ópticos.

Já em relação aos serviços de engenharia visados no Pregão de nº 134/2009, ainda que requeiram atuação especializada e com relevante grau de complexidade, os elementos do edital estão a revelar a necessidade de que sejam fielmente observadas e executadas as normas técnicas aplicáveis.

Em outras palavras, também temos aqui um objeto que contempla serviços de engenharia que já são executados pelas empresas do segmento de mercado de maneira inequivocamente padronizada pelas normas técnicas impostas em virtude do próprio contexto em que

<sup>12</sup> in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”; 10ª Edição; Editora Dialética; pg. 150.

<sup>13</sup> in “Direito Administrativo”; 10ª Edição; Editora Saraiva; pg. 448/451.

se inserem as atividades de lançamento de cabo óptico, podendo ser citadas, também a título exemplificativo, as normas destacadas na instrução dos autos, como a “NBR 5410” da ABNT, que trata das instalações elétricas de baixa tensão, e a norma “GED 270” da empresa CPFL Paulista, que trata de procedimentos, critérios e metodologia para ocupação e compartilhamento de postes de rede elétrica para telecomunicações e demais ocupantes. Note-se que todos os elementos dos autos direcionam-se a demonstrar que, neste caso, as peculiaridades do objeto a ser contratado estão a se restringir à qualidade dos materiais e à quantidade a ser empregada.

Assim é que, em ambos os casos, temos presente a disponibilidade no mercado do específico segmento de empresas e com evidente padronização, de forma que os elementos que estão produzidos nestes autos estão a permitir visualização de padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado, e em assim sendo, mostra-se aceitável, nestes casos, a utilização da modalidade “Pregão”.

Passemos ao critério de julgamento eleito para o Pregão de nº 133/2009, do “menor preço por lote” para os 02 (dois) lotes de materiais e equipamentos colocados em disputa.

Das justificativas da Administração para amparar seu ato discricionário, foi sustentado que: - “...a aquisição e utilização dos materiais ora licitados está diretamente relacionada à execução dos serviços objeto do Pregão Presencial nº 134/2009...”; - “...foi levado em consideração que a possibilidade de se terem vários fornecedores levaria à perda da economia de escala, pois existem itens que em face da baixa quantidade requisitada poderiam até mesmo ser fracassados, e com isto causar uma série de prejuízos operacionais, além do que, haveria a possibilidade de um fornecedor atrasar somente um material e prejudicar o alcance do objetivo da licitação...”; - “...foi levado em consideração que todos os materiais de cada lote pertencem a uma mesma família de materiais, e, portanto, são comercializados por várias empresas, sendo que todas as empresas que trabalham com um membro da família dificilmente não trabalhará com outro membro...”.

Colhidas estas justificativas expostas pela Administração, e considerando que há um contexto no qual os materiais e equipamentos a serem adquiridos destinam-se à execução de serviços de engenharia que constituem objeto certo e definido, de maneira a estar descaracterizada qualquer possibilidade de adoção do sistema de registro de preços, consoante já aduzido no presente voto, pode-se verificar que não há evidente incorreção no juízo de conveniência e oportunidade do Administrador quando este opta pela aplicação do “menor preço por lote” na contratação do objeto previsto no Pregão de nº 133/2009.

De tal sorte, e desde que mantidas estas premissas levadas em consideração acima, pode a Administração prosseguir com a sua opção discricionária pela utilização do critério do “menor preço por lote”.

Já o critério de julgamento aplicado ao Pregão de nº 134/2009 deverá ser estabelecido no edital com transparência e objetividade, tal como deve ocorrer em todo e qualquer ato da Administração.

Ainda que não tenha sido objeto de impugnação nestes autos, é merecedora de crítica a cláusula inserida no item “6.11”, onde se estabelece o critério de julgamento do “menor preço por item” para os serviços de lançamento de cabo óptico vez que se acha fixado, no Caderno de Especificações do Anexo V, tão somente 01 (um) item, o qual corresponde ao próprio objeto licitado no Pregão de nº 134/2009.

Está evidente, pois, que a Administração não adotará o “menor preço por item”, visto que, em verdade, é o critério do “menor preço global” que será aplicado, e em assim sendo, impõe-se ao Administrador estabelecer regras editalícias que definam de forma transparente e objetiva os atos que serão praticados no procedimento licitatório, abstendo-se de produzir textos que podem eventualmente induzir a erro empresas que venham a se interessar pela contratação licitada.

Ante o exposto, e acolhendo o posicionamento da SDG em seus pareceres, VOTO por DETERMINAR A ANULAÇÃO dos procedimentos licitatórios instrumentalizados pelos Pregões Presenciais de nºs 133/2009 e 134/2009, promovidos pela PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA, bem como dos editais respectivos.

Por fim, concluídas as providências e anotações de estilo, inclusive, inserção na jurisprudência, os autos deverão seguir para a Unidade Regional de Andradina, a fim de ser apurado o cumprimento da determinação ora proferida.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Relator, Antonio Roque Citadini, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Renato Martins Costa e Robson Marinho, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator, determinou à Prefeitura Municipal de Araçatuba a anulação dos procedimentos licitatórios instrumentalizados pelos Pregões Presenciais de nºs. 133 e 134/2009, bem como dos editais respectivos.

Determinou, por fim, concluídas as providências e anotações de estilo, inclusive inserção na jurisprudência, o encaminhamento dos autos à Diretoria de Fiscalização competente, a fim de ser apurado o cumprimento da determinação proferida no voto do Relator.

Impedido o Substituto de Conselheiro Sérgio Ciqueira Rossi.





## CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES



### TC-5008/026/10 E TC-5016/026/10

Ementa: Representações apontando possíveis irregularidades no edital de concorrência nº 20/2009, da Prefeitura de Piracicaba, para contratação de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, objetivando a execução de serviços de limpeza urbana e rural, com execução de obras em aterros sanitários, no Município de Piracicaba.

Presidente: Conselheiro Fulvio Julião Biazzzi. Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 14 de abril de 2010.

### RELATÓRIO

Pedido de Reconsideração interposto pela Prefeitura de Piracicaba em face de decisão do E. Tribunal Pleno, que, em sessão de 24 de fevereiro último, acolhendo voto proferido pelo Substituto de Conselheiro Sérgio Ciquera Rossi, julgou procedentes representações formuladas por ABETRE – Associação Brasileira de Empresas de Tratamento de Resíduos e Retralo Ambiental Ltda e determinou a anulação da concorrência pública nº 20/2009 - instaurada para contratação de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, objetivando a execução de serviços de limpeza urbana e rural, com execução de obras em aterros sanitários, no Município de Piracicaba –, advertindo acerca da necessidade de revisão e aprimoramento da equação de sustentabilidade do projeto de parceria, na relação do aporte de investimentos privados e a contrapartida do Poder Público, com o fito da prevalência do instituído no inciso VII do art. 4º da Lei nº 11.079/04, assim como dos demais dispositivos censurados na decisão, caso seja promovida a instauração de novo processo seletivo.

Pautaram-na, além de defeitos que não foram suprimidos na decisão tomada por este E. Colegiado nos autos dos TC-045318-026-08, TC-003233-026-09, TC-003490-026-09, TC-004007-026-09 e TC-005749-026-09

– versando sobre representações em face do edital anterior da Prefeitura de Piracicaba com vistas à contratação de parceria público-privada para consecução do referido objeto, julgados conjuntamente, em sessão de 04/03/09, acolhendo voto proferido pelo E. Conselheiro(-Presidente) Fulvio Julião Biazzzi, julgando-as parcialmente procedentes e determinando fosse o edital anulado -, apurados no tipo de licitação eleito, conjugando “técnica e preço”, na aglutinação de serviços distintos sob o mesmo certame, na vedação à participação de empresas reunidas em consórcio e na definição de apenas 03 (três) dias para visita técnica -, bem como nas pertinentes censuras à imposição de apresentação de atestados de qualificação técnico-operacional acompanhados do CAT (*Certidão de Acervo Técnico*) e nas exigências superlativas de garantia para participação e de capital social mínimo, avaliação que deu por desfavorável ao Poder Público a equação combinando o aporte de investimentos previstos pelo parceiro privado (R\$ 55.962.290,00 *no período, assim divididos: R\$ 12.221.760,00 para implantação do novo aterro sanitário das Palmeiras; R\$ 4.530.950,00 para remediação do aterro Pau Queimado; R\$ 9.719.330,00 para infraestrutura do novo aterro sanitário; e R\$ 29.490.250,00 para investimentos em equipamentos operacionais*) e o valor estimativo global do contrato de parceria (R\$ 428.244.000,00, *no prazo previsto de 15 (quinze) anos (prorrogáveis) da concessão*), cuja contraprestação mensal alcançaria a importância estimada de R\$ 2.379.128,33, ancorada em análogas circunstâncias presentes no projeto de parceria público-privada da Prefeitura de Jacareí (TC-045319-026-08 e TC-003962-026-09), relatado pelo E. Conselheiro(-Presidente) Fulvio Julião Biazzzi (em sessão de 18/02/09), que culminou na determinação de anulação do edital do certame.

A Prefeitura recorrente dá conta de estudo de viabilidade econômica supostamente encomendado à FIPE (*Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas*), de julho/2009, advertindo acerca do “custo de oportunidade”, haja vista a escassez de recursos orçamentários para fazer frente à ampla gama de atividades desenvolvidas pela *Administração*.

Defende que “o exame da sustentabilidade financeira e dos consequentes benefícios socioeconômicos dos projetos de parceria não pode se restringir somente à análise de valores absolutos, visto que, a realidade de cada Municipalidade é condicionada pela dimensão de sua população, da própria economia local e, sobretudo da ampla miríade de funções que o Poder Público Municipal tem para cumprir”.

Referido estudo traz em seu bojo cotejo dos investimentos previstos no projeto de parceria em face da totalidade das despesas de capital por exercício apurada no balanço da Municipalidade, divisando “grande similitude do comprometimento dos investimentos municipais” em Osasco e, também, em São Carlos, Municípios que tiveram concessões administrativas da espécie convalidadas por decisões tomadas no âmbito deste Tribunal (1).

Conclui que “a contraprestação é justa e a concessão atrativa ao setor privado”; quanto aos demais pontos que fustigam o edital, descarta o seu comprometimento a ponto de fomento de sua nulidade, requerendo sejam eventualmente determinadas recomendações para que se promovam as devidas alterações, comprometendo-se a dar delas curso ao pronto acatamento.

Expediente TC-013318-026-10 (protocolizado em 31/03/10) trata da “complementação do pedido de reconsideração” e se presta à defesa enfática da licitação tipo “técnica e preço” para a seleção do parceiro a ser contratado por meio do certame.

Dando razão à recorrente, Assessoria Técnica-Chefia avalia que “o custo de oportunidade se mostra plenamente vantajoso para a Administração Municipal”; não divisando “motivação para se decretar a nulidade do procedimento intentado”, manifesta-se pelo provimento do apelo, sem embargo da adoção das retificações que, por determinação desta jurisdição, se fizerem necessárias ao edital do certame.

Para a Secretaria-Diretoria Geral, em parecer subscrito pelo Diretor Substituto, “as razões recursais são

inefcazes para modificar a decisão exarada”, revelando, conforme ressaltou na fase anterior, ainda não estar convicta “da suficiência do valor a ser investido pelo setor privado para garantir a sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas do projeto de parceria visado pela Prefeitura de Piracicaba, nos termos do que prescreve o inciso VII do artigo 4º da Lei Federal nº 11.079/04; quanto às demais apontamentos, tendo em conta que “a recorrente se propõe a promover as alterações determinadas por este E. Tribunal, reconhecendo, portanto, o acerto da decisão expressa pelo V. Acórdão”, dispensa maiores considerações e se manifesta pelo não provimento do pedido de reconsideração em exame.

Este o relatório.

## VOTO PRELIMINAR

Pedido de Reconsideração, adequado, formulado por parte legítima e tempestivamente, preenchendo os pressupostos de admissibilidade, merece seja conhecido.

## MÉRITO

Enfrentamento do pedido de reconsideração interposto demanda, sobretudo, a reavaliação da questão relacionada com o grau de suficiência do aporte de recursos do setor privado previsto no projeto de parceria público-privada para a concessão administrativa intentado pela Prefeitura de Piracicaba.

Certo é que parte dos recursos auferidos (47,30 %, R\$ 26.472.040,00) iria para remediação (recuperação ambiental e encerramento) do aterro sanitário existente (do Pau Queimado) e implantação e infraestrutura do novo aterro sanitário (das Palmeiras), parte (52,70 %, R\$ 29.490.250,00) para investimentos em equipamentos operacionais, totalizando R\$ 55.962.290,00, segundo Anexo VA - Estudo de Viabilidade Econômica (2).

<sup>1</sup> TC-007585-026-07, TC-007832-026-07, TC-008007-026-07 e TC-009064-026-07, abrangendo representações em face de edital de concessão administrativa análoga no Município de Osasco – Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, Relator; E. Tribunal Pleno, sessão de 13/07/07. TC-006015-026-09 e TC-006103-026-09, abrangendo representações em face de edital de concessão administrativa no Município de São Carlos – Conselheiro Robson Marinho, Relator; E. Tribunal Pleno, sessão de 17/06/09.

<sup>2</sup> (MINUTA DE CONTRATO – CLÁUSULA 6ª- DO OBJETO) - “O objeto do presente contrato consiste na prestação, pela Concessionária, dos seguintes serviços na área da concessão: **a**) coleta manual e contenerizada, transporte e destinação final de resíduos domiciliares; **b**) coleta, transporte, tratamento e destinação dos resíduos sépticos; **c**) varrição manual de vias e logradouros públicos; **d**) varrição mecanizada de meio fio; **e**) limpeza, lavagem e desinfecção de vias após as feiras livres, de varejões e de terminais; **f**) execução das obras de recuperação e encerramento do aterro sanitário “Pau Queimado”; **g**) monitoramento do aterro sanitário “Pau Queimado”; **h**) implantação do aterro sanitário “Palmeiras”; **i**) operação e manutenção do aterro sanitário “Palmeiras”; **j**) instalação de Unidade de tratamento de resíduos sépticos na área do aterro sanitário “Palmeiras”; **k**) instalação de Unidade de Triagem de Resíduos de Construção Civil na área do aterro sanitário “Palmeiras”; **l**) construção de unidades administrativas e operacionais, na área do aterro sanitário “Palmeiras”; **m**) instalação e operação da Unidade de Triagem e Reciclagem de Resíduos de Construção Civil na área do aterro sanitário “Palmeiras”; **n**) instalação e operação de Unidades de Compostagem na área do aterro sanitário “Palmeiras”; **o**) desenvolvimento e implantação do Programa de Educação Ambiental

Também se sabe que o valor estimativo global do contrato de parceria alcança R\$ 428.244.000,00 no prazo previsto de 15 (quinze) anos da concessão, e que a contraprestação mensal seria de aproximadamente R\$ 2.379.128,33 (*estimativa*).

Ainda que a conjugação destes fatores forneça subsídios azados no campo da ciência da Economia e no das Finanças, vê-se que as diretrizes contidas no artigo 4º da Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, vão muito além <sup>(3)</sup>.

Quero com isto dizer que este Tribunal ainda não tem domínio de fórmula matemática indelével capaz de traduzir orientação sistêmica acerca da vantajosidade de projetos de parcerias para a Administração.

E não tem porque, conforme enraizado na própria Lei, as circunstâncias locais são múltiplas, heterogêneas e díspares, prevalecendo o conceito de “*custo de oportunidade*” – *montante que um recurso pode render no melhor de seus usos alternativos*.

Ao menos por ora, ou até que haja avanços significativos no padrão de avaliação do quesito, fica-se à margem da interpretação segura, escoimada de subjetividade, sobre a suficiência de recursos a serem destinados por parceiro privado em projetos da espécie.

Lembro ainda que nesta sede de exame, por força do rito sumário aplicado às demandas processuais nele inseridas, talvez a matéria não se conforme às soluções pragmáticas ambicionadas.

O confinamento deste Tribunal em relação à complexidade e abrangência do tema impede que se impute privação de direito, sem lastro em causa certa ou apuração de flagrante descompasso, o que não me parece o caso.

Em verdade, paralelos com ocorrências da envergadura em outros Municípios ainda são de modesta valia, não se prestando ao ideal para formação de convicção.

De outra sorte, chamam a atenção informações coletadas no Anexo VA – Estudo de Viabilidade Econômica

– do edital, nele consignado *taxa interna de retorno (TIR) da concessão administrativa* de 10,86 %, *margem de lucro da concessionária* de 9,60 % e *retorno do investimento inicial nas obras* no ano 12.

Portanto, aqui além da Administração ter inventariado suas necessidades de investimentos no setor, estimados em aproximadamente R\$ 56 milhões, conferiu aos interessados o mapeamento detalhado da oportunidade de negócio a partir de taxas e retornos previamente declarados – *comumente encontrados em geral* -, que aparentemente se exibem consistentes, ao menos nesta abordagem de cunho elementar - se verossímeis as múltiplas tabelas e numerosas composições do referido Estudo.

Nesta linha circunscrita de atuação, a cautela recomenda que se retire acentuação na tomada de medidas - *sempre graves do ponto de vista do agendamento público da empreitada e, no caso, em função de conduta em área técnica por enquanto remota e por ora de domínio escasso* -, na hipótese em que não haja identificação de desvio latente.

Se aceitas essas premissas, na ausência de indício concreto de defeito objetivamente constituído na equação entre investimentos e remuneração, é dever reconhecer que eventual obstrução ao regulamento do certame para este tópico seria neste momento arbitrária.

Por isso é que dou razão à recorrente quando se insurge contra postura de mediação, a costurar críticas voltadas à emenda na regulação dos investimentos tidos por apropriados pela Administração com o fito de dar curso à empreitada.

Contudo, vencida esta etapa, urge estabelecer que os demais aspectos que inquinam o edital remanescem, dando inquestionável azo à propositura de alterações em dispositivos insertos no instrumento convocatório. Aqui se inclui a verberação deste Tribunal ao tipo eleito de julgamento, que conjuga técnica e contraprestação previsto no inciso II do artigo 12 da Lei nº 11.079/04 <sup>(4)</sup>.

<sup>3</sup> Lei Federal nº 11.079/04

Art. 4º - Na Contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução de parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

<sup>4</sup> Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também o seguinte:

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

*Menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;*

*melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea “a” com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.*

Na esteira de entendimento prevalecente nesta Corte, serviços de tal natureza não comportam disputa entre técnicas (a exemplo dos TC-000612-013-08, TC-002144-026-08, TC-044527-026-08 e TC-044324-026-08, entre outros).

Não logra a Municipalidade, neste capítulo, convencer quanto à decantada objetividade necessária à avaliação das propostas, nem quanto à sua imprescindibilidade para o sucesso do certame. A decisão deste Colegiado há de ser prestigiada também neste ponto.

Refiro-me ainda à aglutinação de serviços distintos sob o mesmo certame, incluindo *“tratamento e destinação final dos resíduos sépticos da saúde, que possuem tratamento diferenciado, nos termos da Lei n° 11.445/07, Resolução RDC n° 306/2004 da ANVISA e Resolução CONAMA n° 358/2005”*, que recomenda seja dele segregado, vedação injustificada à participação de empresas reunidas em consórcio, prazo para visita técnica diminuto, carecendo do franqueamento aos interessados por período mais elástico, imposição de apresentação de atestados de qualificação técnico-operacional acompanhados do CAT (*Certidão de Acervo Técnico*), bem como às exigências superlativas de garantia para participação e de capital social mínimo.

Com tudo isso, fundado nas bases que alicerçam o descortino do caso concreto, voto pela procedência parcial do pedido de reconsideração postulado tão-somente para que sejam mantidas as condições da relação dos investimentos previstos em face da concessão administrativa intentada, sem embargo de se determinar à Prefeitura de Piracicaba as alterações e adequações que se fazem necessárias no edital da concorrência n° 20/2009, da forma acima exposta, reabrindo prazo aos interessados para formulação de propostas.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Renato Martins Costa e Robson Marinho, preliminarmente o E. Plenário conheceu do Pedido de Reconsideração e, quanto ao mérito, ante o exposto no voto do Relator, fundado nas bases que alicerçam o descortino do caso concreto, e em

conformidade com as respectivas notas taquigráficas, deu-lhe provimento parcial, para tão-somente determinar que sejam mantidas as condições da relação dos investimentos previstos em face da concessão administrativa intentada, sem embargo de determinar à Prefeitura Municipal de Piracicaba que proceda às alterações e adequações que se fazem necessárias no edital

da Concorrência n. 20/2009, da forma exposta no voto do Relator, reabrindo prazo aos interessados para formulação de propostas.

## TC-3325/003/07

Ementa: Recurso Ordinário interposto pela Fundação de Desenvolvimento da UNICAMP - FUNCAMP contra a sentença publicada no D.O.E. de 12/3/09, que julgou regulares as admissões, recomendando providências necessárias visando a criação de próprio quadro de pessoal, fixando os cargos destinados à atividade-meio (administrativa), indicando as normas internas que o fundamentou.

Presidente e Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão da Segunda Câmara, realizada em 25 de maio de 2010.

## RELATÓRIO

Recurso Ordinário interposto pela Fundação de Desenvolvimento da UNICAMP – FUNCAMP em face de respeitável sentença publicada, em 12/03/09. Pretende o subscritor que a e. 2ª Câmara reforme referida decisão monocrática, exclusivamente na parte relativa à *recomendação*.

Importa de início o registro de que em juízo de primeiro grau decretou-se a regularidade das admissões relacionadas às fls.03/10<sup>5</sup>, com decorrente autorização de registro dos correspondentes atos de admissão nos assentamentos da Secretaria deste Tribunal. Em concomitância, o órgão deliberativo recomendou à Origem a adoção de *“...providências necessárias visando a criação de seu próprio quadro de pessoal, fixando os cargos destinados à atividade-meio (administrativa), indicando, ainda, as normas internas que o fundamentou.”*

A FUNCAMP, em arrazoado de fls. 102/122, informa haver sido instituída em 31/05/1977, pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP (autarquia estadual de regime especial), com o fim de auxiliá-la a atingir seus objetivos institucionais.

Dá destaque ao fato de que sua criação ocorreu por meio de escritura pública, sob o regime jurídico de direito privado, com declaração de utilidade pública e sem fins lucrativos. Pondera que não integra a Administração Pública, possui autogestão financeira e recebe verbas decorrentes da celebração de convênios, pela UNICAMP, com instituições públicas e privadas.

<sup>5</sup> Médico Anestesiologista (fl.3), Médico Cirurgião (fl.4), Médico Clínica Médica (fl.5), Médico Tocoginecologista (fl.6), Médico Infectologista (fl.7), Médico Ortopedista (fls.8), Médico Pediatra (fl.9 e Médico Radiologista (fl.10)

Adiante, afirma que não pretende esquivar-se da prestação de contas a esta Corte, mas que “merece um tratamento de acordo com sua natureza”. Assegura que o próprio Tribunal, nos autos do TC-036.911/026/04, considerou as fundações de direito privado desobrigadas da criação de quadro de cargos. Requer, ao final, o cancelamento da recomendação.

PFE, às fls.254, por entender “ausente o binômio interesse-utilidade”, opina pelo não conhecimento do apelo. Acaso ultrapassada a prejudicial, é pelo desprovemento do apelo. “Vale dizer, em nenhum momento a r. sentença aludiu necessidade de lei criadora de quadro de pessoal, como apreze ter entendido a recorrente, de modo que, ao partir de equivocada premissa acabou por concluir de forma equivocada também.”

Em Memoriais de fls.255/256 a Recorrente reitera a natureza de direito privado bem como a prestação de serviços de apoio aos objetivos institucionais da UNICAMP, consistentes, precipuamente, na administração de recursos financeiros, de pessoal e das aquisições e contratações em favor de convênios firmados pela Universidade com instituições públicas e privadas.

Acresce que o “E. Supremo Tribunal Federal também já pacificou o entendimento nesse sentido, de que somente se subsumem ao regime jurídico de direito público as entidades mantidas com recursos orçamentários do Poder Público.”

Assessoria Técnica e Chefia manifestam-se pelo conhecimento e não provimento do recurso, enquanto SDG, às fls.267/268, opina pelo não conhecimento da peça e invoca decisão exarada em caso análogo<sup>6</sup>.

Encontrando-se na pauta de 16.03.10, retiraram-se os autos para o fim do disposto no artigo 99, inciso I, do Regimento Interno.

PFE mantém entendimento anterior.

SDG recorda julgado em que se decidiu pertencer a FUNCAMP à administração indireta. Encontra razão na recomendação formulada à Recorrente. “Trata-se de documento elaborado internamente por meio de Resolução e aprovado pelo Conselho de Curadores ou órgão similar, destinado a conferir melhor controle sobre as contratações para atividade-meio e permitir a aferição da compatibilidade das admissões com as necessidades da fundação.”

Recorda, por fim, que recomendação semelhante fora examinada nos autos do TC 3332/003/07, que tratou de admissões da FUNCAMP, no exercício de 2006. Informa mais, que Recurso Ordinário interposto não foi conhecido.

É o relatório.

## VOTO PRELIMINAR

Recurso interposto por parte legítima, dentro do prazo<sup>7</sup> previsto no artigo 57, da Lei Complementar n°709/93 e, no que respeita à forma, a petição de ingresso apresenta-se em bons termos.

No entanto, para superação da etapa de conhecimento preliminar da demanda importa, ainda, a caracterização do *interesse em recorrer*, requisito intrínseco à admissibilidade da peça.

E o mencionado pressuposto encontra-se consubstanciado na exigência de que o recurso seja útil e necessário ao recorrente. Da doutrina<sup>8</sup> extraí-se lição no sentido de que “da mesma forma com que se exige o interesse processual para que a ação seja julgada pelo mérito, há necessidade de estar presente o interesse recursal para que o recurso possa ser examinado em seus fundamentos. Assim, poder-se-ia dizer que incide no procedimento recursal o binômio necessidade + utilidade como integrantes do interesse de recorrer.”

No que toca à matéria de fundo, sabe-se que as admissões de pessoal foram julgadas regulares, com decorrente autorização para registro dos respectivos atos nos livros da Secretaria do Tribunal, a teor do artigo 2º, inciso V, da Lei Complementar n° 709/93.

Em paralelo, o julgador recomendou<sup>9</sup> adoção de certas providências, entre elas, “a criação de seu próprio quadro de pessoal, fixando os cargos destinados à atividade-meio (administrativa), indicando, ainda, as normas internas que o fundamentou.”

Corrente formada neste Tribunal entende faltar interesse de agir em recursos que visam, tão somente, a afastar recomendações para a regularização de eventuais desacertos da Administração, pois desprovidas de caráter punitivo ou condenatório.

Entretanto, a análise do tema não pode se esgotar na dicotomia recomendação/imposição. A resposta só se

<sup>6</sup> TC-003332/003/07 -Decisão da E. Segunda Câmara, em sessão de 20/10/09, publicada no DOE de 10/11/09. Voto condutor exarado pelo E. Conselheiro Fulvio Julião Biazzi

“Ocorre que, não é possível recorrer da decisão que não tenha causado prejuízo à parte, ou seja, os recursos ordinários interpostos somente são admissíveis contra as decisões que acarretem sucumbência ou condenação, o que não se verifica no caso em apreço.”

<sup>7</sup> Sentença publicada no DOE de 12/03/09 e recurso protocolado em 27/03/09.

<sup>8</sup> NELSON NERY JUNIOR – Princípios Fundamentais – TEORIA GERAL DOS RECURSOS – 4ª edição (p. 261) – Editora Revista dos Tribunais.

<sup>9</sup> -“...recomendo à FUNCAMP tome as providências necessárias visando a criação de seu próprio quadro de pessoal, fixando os cargos destinados à atividade-meio (administrativa), indicando, ainda, as normas internas que o fundamentou.”

aclarará com a devida apreciação das conseqüências de cada uma das interpretações, e, no tocante ao ponto, há observar se ressalvas e/ou recomendações, consignadas nos respectivos julgados da Corte, têm natureza de compromisso e vinculação dos gestores responsáveis, ou de quem lhes haja sucedido, sob pena de cominação das sanções previstas na lei Complementar nº 709/93 (artigo 104, inciso III).

Ora, o requisito de admissibilidade do interesse recursal está presente na exigência de que o recurso seja útil e necessário ao recorrente, e, aqui, afigura-se evidente que a recomendação lançada por esta Corte pode acarretar repercussão tanto na atividade, como na esfera patrimonial da Recorrente, implicando, pois, gravame. Neste sentido, consulte-se o decidido nos autos do TC 7051-026-05 (Relator Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa).

Diante do exposto e porque presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso Ordinário.

## MÉRITO

Trata-se de atos de admissão realizados pela FUNCAMP, no exercício de 2006, para atender às necessidades de convênio firmado entre a UNICAMP e a Prefeitura Municipal de Hortolândia, objetivando administração do Hospital Municipal e Maternidade Mário Covas.

As admissões advieram do processo seletivo nº 04/05, para médicos de diversas especialidades.

Declara a FUNCAMP não possuir “quadro de pessoal”, em que pese detivesse, em 2006, segundo declarara, 3.752 funcionários efetivos e 01 funcionário temporário.

Consta revestir a FUNCAMP natureza de fundação privada de apoio à entidade estatal (UNICAMP), sem fins lucrativos, sob controle do Ministério Público.

Como fundação de apoio, destina-se à realização dos projetos, bem como à exploração de potencialidades de negócios paralelos à atividade educacional principal. “Nesse caso, as fundações de apoio tornam-se parceiras das entidades educacionais, não lhes prestando qual-

quer serviço diretamente. Juntas, a fundação e a entidade superior de ensino formam uma associação para o desenvolvimento de projetos contratados por terceiros, gerando recursos úteis para sobrevivência desta última.” (cf. fl.40 apud Sundfeld, Carlos Ari e Scarpinella, Vera)

Segundo defende a Recorrente, a FUNCAMP não integra a Administração Pública Indireta, tampouco é mantida pelo Poder Público, a teor do disposto nos incisos XIX e XVII, do artigo 37 e inciso II, do art.71, da CF. É fundação de direito privado, sem fins lucrativos. Logo, não haveria falar em criação de quadro de pessoal.

Contrariamente ao apontado pela Recorrente, decidiu esta Corte, nos autos do TC 176/003/05<sup>10</sup>, que a FUNCAMP, na qualidade de fundação de apoio, integra a administração indireta.

Mister observar que este Tribunal tem demonstrado sensibilidade com contratações de pessoal destinadas aos hospitais universitários. Contudo, bem de ver estar atento ao fato de que negociações voltadas a atividades-meio de fundações, não raro, amparam situações particularizadas, e permanentes, muitas vezes, com infringência à regra cogente do concurso público.

Para enfrentamento da questão, necessário, pois, partirmos de alguns conceitos.

O primeiro deles, refere-se às chamadas “entidades de cooperação”, denominadas no “Manual de Procedimentos de Auditoria Aplicáveis às Fundações de Apoio e Fundações Conveniadas”, editado por esta Corte, “entidades conveniadas”. São elas pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, voltadas à satisfação de atividades de relevância pública ou de interesse social, por meio de convênios específicos, mediante aporte de recursos públicos, submetidas a controle administrativo interno. Não pertencem à Administração direta e indireta.

Compõem elas o chamado “terceiro setor”, porque organizações nem estatais nem mercantis. Como ensina Paulo Modesto: “Vale dizer, que, sendo privadas, não perseguem lucro e, sendo constituídas para um fim social, não são estatais.”<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Trecho da decisão do Eminentíssimo Relator, Conselheiro Fulvio Julião Biazzi, publicada em 26.08.08: Nessa conformidade, ainda que se tenha atribuído à FUNCAMP personalidade jurídica de direito privado no momento de sua instituição, entendo que a mesma integra a Administração Pública Indireta, motivo pelo qual não se aplica a referida disposição, no tocante ao Quadro de Pessoal. Aliás, não foi outro o entendimento adotado pelo e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga no julgamento do TC-3501/003/06 que cuidou das admissões do exercício de 2005 ao enfrentar essa mesma questão. Quanto ao Regulamento Próprio de Pessoal que disciplinaria a contratação de pessoal, inexistente à época da auditoria, e, aos critérios que, por conseqüência, foram adotados para proceder às admissões (análise curricular e entrevista), entendo que se apresentem irregulares. Considero descabida a argumentação aventada pela origem de que sua natureza privada, que a desobriga de “formalizar concursos públicos para admissão de pessoal” (fls. 167), a exclua, igualmente, da observância de outros princípios norteadores da Administração Pública Indireta.

<sup>11</sup> Paulo Modesto. “Convênio entre Entidades Públicas Executados por fundação de Apoio. Serviço de Saúde. Conceito de Serviço Público e Serviço de Relevância Pública na Constituição de 1988. Forma da Prestação de Contas das entidades de Cooperação após a Emenda Constitucional nº 19/98.” In Revista Diálogo Jurídico nº 11-fev.de 2002, Salvador, Bahia p.12

A chamada “fundação de apoio”, ora pode revestir-se de natureza estatal, daí denominar-se “fundação estatal” integrante da Administração Indireta, ora não, denominando-se simplesmente “fundação de cooperação” ou conveniada.

Há também as fundações públicas, as pura e simplesmente autarquias, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>12</sup>, e do Ministro Moreira Alves:

“*Nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia(...)*” (STF, RE 101126/RJ. Relator Ministro Moreira Alves).

Em que pese registrada, sob a égide do regime privado, será, pois, fundação pública aquela criada e mantida pelo Estado, a teor da interpretação literal dos artigos 150 § 2º, 165, §5º, III, 169, § 1º, todos da Constituição Federal.

“*A Fundação de Apoio será entidade da administração indireta se instituída e mantida pelo Poder Público; será fundação de direito privado particular ou não-estatal, entidade de colaboração, se for constituída por particulares e subvencionada pelo Poder Público ou por particulares. O Estado, neste último caso, não lhe deve dotações orçamentárias, mas recursos de fomento (subvenção social) ou valores correspondentes ao pagamento pela prestação de serviços.*”<sup>13</sup> (g.n.)

O “Manual de Procedimentos de Auditoria Aplicáveis às Fundações de Apoio e Fundações Conveniadas”, elaborado por esta Corte, é claro ao distinguir fundação de apoio da fundação dita “conveniada”. Por fundação de apoio denominou a pessoa jurídica de caráter eminentemente privado, mas que tem como objetivo final auxiliar, no desempenho de atividades inerentes ao Estado por meio do gerenciamento de recursos públicos. Desenvolvem atividade-meio. Já por conveniada: aquela de natureza eminentemente privada, fundada por particulares, sem interferência do Poder Público, ou deslocação de patrimônio público.

E, especialmente, no tocante ao quesito “Pessoal” (item 10 do Manual), orienta:

<sup>12</sup> Curso de Direito Administrativo, 20ª ed., p.170

<sup>13</sup> Convênio entre Entidades Públicas Executados por fundação de Apoio. Serviço de Saúde. Conceito de Serviço Público e Serviço de Relevância Pública na Constituição de 1988. Forma da Prestação de Contas das entidades de Cooperação após a Emenda Constitucional nº 19/98.” In Revista Diálogo Jurídico nº 11-fev.de 2002, Salvador, Bahia p.12

<sup>14</sup> DO PATRIMÔNIO E DOS RECURSOS

Art. 4º - Constitui patrimônio da FUNCAMP:

I – a dotação inicial atribuída pela instituidora;

*As admissões de Pessoal para as funções administrativas e burocráticas que se integram à atividade-meio da Fundação devem se submetidas a regular concurso público.*

*O mesmo rigor não se aplica às contratações de profissional especializado para qualquer área de atividade-fim, mas devem estar pautadas em regulamentos próprios de Pessoal que suportem tais admissões.”* (cf. fl.48)

Estabelecidas estas premissas, voltemos atenção à FUNCAMP.

Instituída em 1977, pelo Reitor da UNICAMP, Prof. Dr. Zeferino Vaz, ou seja, pelo Poder Público (autarquia), destinados recursos públicos para compor seu patrimônio inicial, a teor do disposto no artigo 4º, I de seu Estatuto<sup>14</sup>, dependente de repasses público para consecução de seus objetivos, e situada dentro do *campus* de uma autarquia, resta claro tratar-se de entidade instituída e mantida pelo Poder Público, logo, ainda que se atribua condição de entidade não estatal, insere-se a FUNCAMP na esfera da Administração indireta do Estado, sujeitando-se, pois, às normas e limites aplicáveis à Administração.

Logo, não só cabe a ela realizar concurso público para admissão de seu pessoal administrativo (art.18,XI), como para fazê-lo, terá que prever quantos e quais cargos necessita, daí o imperativo de criação de quadro de pessoal.

Quero assinalar que a questão “*quadro de pessoal*” já foi objeto de exame e recomendações nos autos dos TC’s 2642/026/01 (exercício de 2001), e 3712/026/03 (exercício de 2003).

Também este Relator, no processo TC 9315/026/97, quando do exame das contas anuais do exercício de 1996, já consignara: “*a FUNCAMP ‘é uma entidade que sobrevive, gravita em torno e depende do Poder Público.*”

A fundação de direito privado, dita conveniada, ao ser instituída pelo particular, com a dotação de determinada universalidade de bens, dele se desliga ganhando vida própria.

Não é o que se dá com a FUNCAMP. A Fundação de apoio estatal é ditada pelo interesse público. “*É o interesse público que determina sua criação; sendo variável*

*o interesse público, o destino da fundação também pode ser mudado pelo ente que a instituiu, quer para alterar sua lei de criação, quer para revogá-la. Entender-se de outra forma – ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro – significaria desconhecer ou desrespeitar o princípio da indisponibilidade do interesse público ao qual se vincula a Administração. Se instituísse uma entidade tendo em vista a consecução de determinado interesse coletivo, ela estaria dele dispondo na medida em que deixaria a fundação livre dos laços que a prendem à Administração Pública, necessários para determinar o cumprimento da vontade estatal*<sup>15</sup>

Como foi reiteradamente salientado pelos Relatórios de Auditoria, relacionados às respectivas contas anuais: a FUNCAMP foi instituída pela UNICAMP, mediante aporte de recursos públicos, depende, para sua subsistência de sua instituidora (praticamente a totalidade das suas receitas próprias advêm da UNICAMP); é dirigida por docentes da UNICAMP; e recebe subvenções da UNICAMP.

Porque, regra geral, “apóia” e “se apóia” na UNICAMP, para administração dos recursos financeiros oriundos dos convênios e contratos firmados pela universidade, funciona, a bem da verdade, como verdadeiro Departamento Financeiro da Universidade.

Como evidenciado, pela Auditoria, nos autos do TC 3712-026-03, a FUNCAMP vale-se dos servidores da UNICAMP para implementação de suas atividades-meio, através de contratos e convênios, remunerando-os a título de “serviços prestados”. Constatou-se que tal prática redundava na escolha pessoal de servidores, sem parâmetros definidos, inclusive no tocante à respectiva remuneração. Constatou-se mais, a ausência de controle eficaz deste pessoal, de modo a permitir o cruzamento de informações entre as duas entidades, bem como a aferição exata e eficaz de custos, com eventual infringência ao artigo 37, incisos XVI e XVII da CF (**cumulação de cargos públicos**), e ao Estatuto do Servidor da Universidade Estadual de Campinas (**arts. 55, 164 e 241**).

As atividades da FUNCAMP imiscuem-se com as da UNICAMP, de sorte difícil identificar onde uma e outra atuam.

Assim a criação de quadro de pessoal é de rigor, aliás, vem ao encontro do próprio Estatuto da FUNCAMP art.2º, § 5º<sup>16</sup>, que a obriga a observar o princípio da eficiência e ao controle de gestão, como, aliás, determinou, para os itens federais, a Lei Federal nº 8.958/94.<sup>17</sup>

E, por fim, somem-se às considerações legais, outras de ordem prática. Dispõe o artigo 18, inciso XI do mencionado Estatuto, competir ao Diretor Executivo admitir pessoal administrativo “necessário aos trabalhos da FUNCAMP”. Como precisar as contratações “necessárias” sem um quadro de pessoal previamente definido?

Em razão das peculiaridades assinaladas, esta Corte consolidou entendimento no “Manual de Procedimentos de Auditoria Aplicáveis às Fundações de Apoio e Fundações Conveniadas”, onde estabeleceu, na parte de interesse, “as admissões de pessoal para as fundações administrativas e burocráticas que se integram a atividade-meio da Fundação devem ser submetidas a **regular concurso público**, excetuando-se aquelas destinadas à atividade-fim, em que pesem também estas devam estar pautadas em regulamentos próprios de pessoal que suportem tais admissões.”.

Ora, a teor do disposto no Manual de Orientações a Fundações, como realizar concurso público para preenchimento de cargos do quadro de pessoal sem correspondente quadro de pessoal?

Estas as razões pelas quais nego provimento ao recurso.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues, Presidente e Relator, Renato Martins Costa e Robson Marinho, a E. Câmara, em preliminar, diante do exposto no voto do Relator e na conformidade com as correspondentes notas taquigráficas, conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento.



<sup>15</sup> *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. P.407 e ss.

<sup>16</sup> § 5º - A FUNCAMP, no desenvolvimento de suas atividades estatutárias, observará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

<sup>17</sup> Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta Lei serão obrigadas a:

I - observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;

II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

III - submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

IV - submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta Lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente. (g.n.)



## CONSELHEIRO CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA



### TC- 38240/026/08

Ementa: Representação contra edital de pregão presencial, tipo menor preço mensal por lote, promovido pelo Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza – CEETEPS visando ao “registro de preços para a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial (desarmada) com efetiva cobertura dos postos designados nas diversas unidades do CEETEPS”.

Presidente: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Relator: Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 3 de dezembro de 2008.

### 1. RELATÓRIO

1.1 GRANSERV SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA. requer, com fundamento no artigo 113, § 1º, da Lei n. 8.666/93, o exame prévio do edital do pregão presencial n. 144/08, tipo menor preço mensal por lote, expedido pelo CENTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA PAULA SOUZA – CEETEPS.

#### <sup>1</sup> 6.1.2 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

d) 02 (dois) atestados emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidade e prazos com o objeto da licitação, contendo necessariamente, as especificações dos serviços executados e o prazo de execução. A compatibilidade a comprovar em quantidade restringir-se-á a até 50% (cinquenta por cento) da quantidade do objeto deste edital.

<sup>2</sup> 5.1 – A proposta de preço deverá conter os seguintes elementos:

(...)

f) prazo de execução do objeto da licitação, 12 (doze) meses;

<sup>3</sup> 9.1 – O prazo de validade do registro de preços será de 12 (doze) meses, contado a partir da data da assinatura da respectiva Ata, passível de prorrogação por mais 12 (doze) meses, nos termos do artigo 13, do Decreto n. 51.809, de 16 de maio de 2007.

<sup>4</sup> CLÁUSULA 4ª - PRAZO

§ 1º - O presente contrato terá vigência de 12 (doze) meses consecutivos e ininterruptos, contados da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos, a critério do CONTRATANTE, observando-se que, entre a vigência inicial e eventuais prorrogações, o prazo não poderá ultrapassar o limite de 60 (sessenta) meses permitido por Lei.

<sup>5</sup> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

(...)

III - validade do registro não superior a um ano.

<sup>6</sup> Artigo 13 - O prazo máximo de validade do registro de preços será de 12 (doze) meses, contados a partir da data da publicação da respectiva Ata, podendo ser prorrogado por uma única vez por igual período.

c) A ausência de planilha de quantitativos e custos unitários, requerida pelos artigos 7º, § 2º, II<sup>7</sup>, e 40, § 2º, II<sup>8</sup>, da Lei n. 8.666/93, a prejudicar a verificação da exequibilidade das propostas e da demonstração de capacidade técnica (50% a 60% dos serviços licitados). Aliás, o orçamento se torna mais indispensável porque, em se tratando de registro de preços, **“a Administração deveria ter feito ampla pesquisa de preços, nos termos do art. 15, § 1º, da Lei 8.666/93, o que se desconhece e não consta do edital”**.

d) A adoção de pregão. Os serviços não são comuns, tanto que o edital exige uma série de especificações, constantes de minucioso memorial descritivo que é, em verdade, um verdadeiro projeto básico.

e) O emprego do sistema de registro de preços para contratação de serviços continuados contraria o princípio da economicidade, pois sua limitação temporal (um ano) reduz a amortização dos investimentos e eleva o custo da Administração. A escolha da modalidade licitatória deve levar em conta a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa.

1.3 A suspensão do andamento do certame foi determinada pela E. SUBSTITUTA DE CONSELHEIRO MARIA REGINA PASQUALE, nos termos de despacho publicado no DOE de 17-10-08, já ratificado por este Plenário em sessão de 22-10-08.

1.4 Instada, a Administração apresenta defesa.

A documentação apresentada mostra que a licitação levou em conta o fato de estar prevista, *“no Plano de Expansão, a criação de novas unidades que também necessitarão dos serviços terceirizados de vigilância e segurança patrimonial”*; também contemplou o intuito de agilizar as futuras contratações e de atender eventuais rescisões dos contratos ora em vigor.

Informa que o aviso do edital foi regularmente divulgado em 26-09-08. Mas, diante da procedência parcial da impugnação formulada, em 01-10-08, pelo SESVESP (Sindicato das Empresas de Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado) à ausência de exigência de atestados

de capacitação técnica, houve republicação do aviso do edital em 07-10-08, mantida a data da sessão pública.

Nova impugnação, desta feita interposta por GOCIL Seguradora Inteligente, em 15-10-08, criticando a ausência de *“planilha detalhada de referencial de orçamento”*, foi indeferida.

Em 16-10-08 este Tribunal determinou a suspensão do regular andamento do certame, devidamente acatada.

Quanto ao mérito das impugnações em exame, aduz (a) que o prazo de 8 dias entre a divulgação do edital retificado (07-10-08) e a data da abertura das propostas (20-10-08) foi observado; (b) que a possibilidade de o registro ser processado pela modalidade pregão tem amparo do artigo 11, da Lei n. 10.520/02, Decreto n. 47.945/03 e n. 51.809/07; (c) que a vigência do prazo contratual está em consonância com o artigo 57, II, da Lei n. 8.666/93.

1.5 A ilustre Chefia da Assessoria Técnica recorda o conceito conferido pela doutrina ao sistema de registro de preços<sup>9</sup>, bem como as peculiaridades que recomendam sua utilização: a natureza eventual das compras e serviços; a necessidade de contratação frequente, porém sem caráter de continuidade, podendo servir para o atendimento a mais de um órgão da mesma esfera de governo; sua conveniência, nas hipóteses de entregas parceladas; a impossibilidade de se definir, previamente, o quantitativo a ser demandado pela administração; a não obrigatoriedade de contratação por parte do órgão licitante.

Essas características não estão presentes na hipótese em exame, mormente porque se trata de prestação de serviço de natureza contínua, cuja interrupção causaria problemas à rede de ensino. Ademais, é possível desde logo definir as quantidades mínimas necessárias, pois estão dimensionados o contingente de unidades abrangidas, o período de execução e as características mínimas dos serviços.

A situação é a mesma constatada em precedente examinado por este Plenário (TC-3064/026/08, sessão de 04-06-08):

<sup>7</sup> Art. 7º - As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

<sup>8</sup> Art. 40 (...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

<sup>9</sup> “Conceitualmente, registro de preços é um sistema que visa uma racionalização nos processos de contratação de compras públicas e de prestação de serviços, maximizando o princípio da economicidade já que permite à Administração Pública celebrar contrato administrativo na exata medida e no momento de sua necessidade”. (Sistema de Registro de Preços – O efeito “carona” – Marcos Juruena Villela Souto).

“... não se discute que o edital fixa a validade da ata de registro de preços pelo prazo de 12 meses. Mas também indica, de forma inequívoca, pretensão de contratar serviços de forma continuada, ao prever, na fase de execução contratual (item 21.3), prorrogações no limite do artigo 57, II, da Lei n. 8.666/93”. (Destaque de ATJ).

No caso em pauta também há previsão de prorrogação, nos termos do citado artigo 57, II (cláusula quarta, parágrafo 1º, da minuta do contrato), “*revelando a natureza continuada dos serviços licitados e, consequentemente, o descabimento do instituto eleito*”.

Bem por isso, dispensando comentários pontuais acerca das impugnações, propõe a anulação do certame.

1.6 Para a DD. PFE, a despeito de a Lei n. 10.520/02 e os decretos estaduais n. 47.945/03 e n. 51.809/07 admitirem a utilização de registro de preços para serviços, são “*omissões quanto à possibilidade ou não da aplicação aos serviços contínuos*”.

Também a seu ver, o registro de preços não se aplica à prestação de serviços contínuos, haja vista que o “*art. 3º, do Decreto n. 47.945 reporta-se a contratações frequentes, isto é, repetidas, de execução periódica, que não o mesmo que serviço contínuo. Serviço contínuo, na definição de Marçal Justen Filho, seria definido sob a ótica da administração, em razão da ‘permanência da necessidade’ para a administração, que não admite interrupção, podendo sofrer alterações no curso de local, quantidade, o que poderia comprometer a economicidade se utilizado o registro de preços*”.

A despeito de entender que esta questão prejudica a análise das demais impugnações, pensa que merecem ser examinadas.

Indiscutivelmente, a alteração do item 6.1.2 “d” do edital, que passou a exigir comprovação de capacidade técnica, repercute na formulação de propostas, implicando republicação do edital, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei n. 8.666/93.

E, apesar de não ter sido objeto de impugnação, referido item também merece reparo no que diz respeito à exigência de dois (2) atestados, já que em desacordo com o artigo 30, § 4º, da Lei n. 8.666/93 e jurisprudência desta Corte.

Rejeita, no entanto, a censura à falta de divulgação do orçamento em planilha de custos unitários, ao argu-

mento de que constam do edital informações acerca de valores fixados pela Secretaria de Gestão, detalhados de acordo com o número de horas trabalhadas e número de postos, bem como os quantitativos máximos, constantes do Anexo B.

Conclui, em manifestação acolhida por sua ilustre Chefia, pela procedência parcial da representação.

1.7 Para a digna SDG não cabe censura à realização de pregão para contratação de serviços de vigilância e segurança patrimonial, já que se encontram “*dentro da conceituação legal de serviços comuns*”. É, por sinal, o que indica contratação anterior realizada pela mesma Autarquia, também precedida de pregão presencial, julgada regular pela E. Segunda Câmara, em sessão de 15-07-08, Relator E. Conselheiro FULVIO JULIÃO BIAZZI (TC-14525/ 026/08) e o ajuste firmado por outro órgão estadual, julgado regular pela Primeira Câmara, em sessão de 02-09-08, sob minha relatoria (TC-12094/026/08).

Acrescenta que o sistema de registro de preços tem sido admitido também para a “*prestação de eventuais e pequenos serviços*”, que não lhe parece ser a hipótese concreta, notadamente em face do valor total estimado para os 15 (quinze) lotes licitados, de R\$ 57.136.060,00.

Sem embargo do motivo pelo qual a Autarquia pretende adotar o sistema (a criação de novas unidades), associa-se aos preopinantes para repelir a adoção do sistema de registro de preços para a prestação dos serviços continuados pretendidos pela administração.

Nada obstante, recorda voto de minha relatoria, nos autos TC-29406/026/08 (Plenário, em sessão de 17-09-08<sup>10</sup>), que, segundo afirma, teria proclamado correto atribuir à ata de registro de preços com validade por dois anos.

Depois, associa-se ao posicionamento da DD. PFE, destacando que a divulgação do orçamento na modalidade pregão é dispensável (TC-2735/026/07, sob minha relatoria, Pleno 28-02-07). Na hipótese, os anexos do edital informam: “*locais para execução dos serviços, números de horas diurnas e noturnas, dias da semana, quantidade de postos de serviços e memorial descritivo*”, dados “*suficientes à formulação das propostas, valendo destacar, ainda, que o orçamento da licitação em questão se encontra às fls. 159/ 168*”.

Daí porque também propugna pela procedência parcial da representação.

<sup>10</sup> “*Rejeito, em preliminar, a arguição da Assessoria Técnica de que não se admitiria a modalidade de pregão para a contratação de serviços pelo sistema de registro de preços. Observo que se trata de prestação de “serviços comuns”, cujo critério de julgamento é o menor preço, contando com previsão legal no artigo 11, da Lei n. 10.520/02. Também é pacífica a jurisprudência admitindo o registro em ata de valores atinentes à prestação de serviços.*”

*No mais, não se desconhece acerca da possibilidade de prorrogação do prazo de validade da ata de registro de preços, consoante previsão expressa constante de decretos federal e estadual; quer-se crer, portanto, também haver autorização legal expressa a amparar o item editalício, cuja análise fica adstrita à fase do exame ordinário da matéria”.*

## VOTO

2.1 Trata-se de licitação, na modalidade pregão, visando ao registro de preços de serviços de vigilância/segurança patrimonial para unidades escolares.

A opção da Administração pelo sistema do registro de preços está fundamentada na “*previsão de criação de novas unidades escolares*”, na possibilidade de se “*agilizar futuras contratações*”, e no atendimento de “*eventuais rescisões dos contratos em vigor*”.

Estabeleceu-se a validade da ata pelo prazo de 12 meses, admitida a prorrogação por igual período, com fundamento no artigo 2º, IV, do Decreto estadual n. 51.809/07, que alterou o artigo 13 do Decreto n. 47.945/03.

Previu-se o prazo de execução contratual por 12 meses, admitida a prorrogação até o limite de 60 meses, nos termos do artigo 57, II, da Lei n. 8.666/93.

2.2 Cumpre examinar as questões expressamente suscitadas pela Representante.

(A) Rejeito a arguição de que não se pode admitir pregão para a contratação de serviços de vigilância/segurança patrimonial, ao argumento de que não são comuns, diante das especificações “*minudentes*” do edital.

Trata-se de “*serviço comum*”, no que tange aos padrões de desempenho e qualidade reclamados, perfeitamente definidos pelo mercado e bem conhecidos pela Administração e pelas empresas dedicadas à atividade em perspectiva de contratação. As especificações do edital-referentes à indicação das obrigações recíprocas, número de postos, dias trabalhados, locais da prestação dos serviços e demais elementos necessários à correta formulação de propostas não descaracterizam o atributo de “*comum*”.

Ademais, a seleção da melhor oferta, considerando a adoção da unidade de medida “*posto/dia*”, é corriqueiramente feita pelo critério do menor preço, também atendido os ditames legais.

(B) Sobre a utilização do registro de preços para a contratação de serviços de natureza continuada, recor-

do que o artigo 15, II, da Lei n. 8.666/93 expressamente admitiu o sistema para “*compras*”.

Interpretação extensiva e sistemática acabou por reconhecê-lo, também, para eventual contratação de “*serviços*”. O artigo 11, da Lei n. 10.520/02, ao instituir a modalidade de pregão, expressamente admitiu a contratação de “*serviços comuns*” quando efetuado pelo Sistema de Registro de Preços. Considerando tal autorização legal expressa é que tenho afastado reclamações de que não se poderia adotar o pregão para o registro de preços de “*serviços comuns*”<sup>11</sup>.

(C) Há, porém, impedimento para registrar em ata o preço do “*posto/dia*” do serviço continuado para eventual e futura contratação, como corretamente apontam ilustre Chefia da Assessoria Técnica, DD. PFE e digna SDG.

Segundo a doutrina<sup>12</sup>, o registro de preços visa à seleção de melhor oferta para o fornecimento de bem ou serviço, cujo preço unitário fica registrado em ata, por determinado período, à disposição da Administração, para futura e eventual contratação, de acordo com sua necessidade.

Pretendeu-se dotar a Administração de um instrumento de controle e eficiência no gerenciamento das contratações, eliminando-se a necessidade de reiterados certames licitatórios, ao longo de certo prazo, para bens ou serviços cuja necessidade se revele frequente, sem que se possa, no entanto, definir, previamente, o quantitativo por ser demandado.

Atribui-se ao Sistema do Registro de Preços características como a divisibilidade do objeto; a necessidade de contratação frequente; a conveniência de sua utilização nas hipóteses de entrega parcelada; a impossibilidade de se definir, previamente, o quantitativo a ser demandado; a não obrigatoriedade da contratação. Sua utilização, no que diz respeito a serviços comuns é viável, desde que, a toda evidência, os fins almejados pela administração revelem-se com ele compatíveis.

Recordo, a título de exemplo, que esta Corte já admitiu o registro de preços para os serviços de “*tapa-*

<sup>11</sup> Nos autos TC-029406/026/08, trazido à colação pela digna SDG, deixei simplesmente registrado não se desconhecer a existência de decretos no âmbito federal e estadual admitindo a prorrogação da validade da ata de registro de preços, cuja análise, por não ser objeto de impugnação, entendi devesse ficar adstrita à fase do exame ordinário da matéria.

<sup>12</sup> JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES conceitua sistema de registro de preços como “*um procedimento especial de licitação, que se efetiva por meio de uma concorrência sui generis, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para futura contratação pela Administração*”.

Segundo lição de HELY LOPES MEIRELLES, “*Registro de preços é o sistema de compras pelo qual os interessados em fornecer materiais, equipamentos ou gêneros ao Poder Público concordam em manter os valores registrados no órgão competente, corrigidos ou não, por um determinado período e a fornecer as quantidades solicitadas pela Administração no prazo previamente estabelecido*”.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, no registro de preços “*a licitação destina-se a selecionar fornecedor e proposta para contratações não específicas, seriadas, que poderão ser realizadas durante certo período, por repetidas vezes. A proposta selecionada fica à disposição da Administração que, se e quando desejar adquirir, se valerá dos preços registrados, tantas vezes quantas o desejar (dentro dos limites estabelecidos no ato convocatório)*”.

buraco”<sup>13</sup>, eis que, nesta hipótese, o objetivo da Administração refere-se a futuras e eventuais contratações, cuja demanda revele-se frequente, sem, no entanto, possibilidade de eleição de quantitativo com precisão. Contrata-se se e quando necessário, pelo preço já registrado em ata.

Diversamente, na hipótese dos autos, a Administração indicou haver necessidade de contratação de serviços de vigilância/segurança patrimonial para suas unidades escolares, já tendo certeza, de antemão, da exata medida de tempo e quantidade do interesse público que pretende ver atendido. Diz respeito à necessidade pública permanente e de caráter continuado, que não pode sofrer solução de continuidade.

Tanto é assim que tratou de fixar, na minuta do contrato, a possibilidade de a vigência do prazo contratual ser prorrogada até o limite de 60 meses, nos termos do artigo 57, II, da Lei n. 8.666/93. Esta é uma exceção à regra de contratação adstrita à vigência dos créditos orçamentários, justamente por se presumir que, diante da impossibilidade, ou acentuada inconveniência da paralisação de determinado serviço de interesse público, já conte a Administração com verba suficiente para sua manutenção.

Não vingam as razões apresentadas pela Administração para, na hipótese, se valer do sistema de registro de preços. A implantação de unidades escolares futuras não acontece de repente; resulta de planejamento cuidadoso, desenvolvido durante tempo suficiente para licitação eventualmente necessária para contratação dos serviços de vigilância e segurança patrimonial; isso sem contar que, nesses casos, o acréscimo de serviços normalmente pode ser resolvido com a adequada utilização de aditivo. É instituto previsto na legislação de regência e de manejo consolidado pela jurisprudência e doutrina, como igualmente ocorre com as questões relacionadas à rescisão contratual, para as quais a Administração conta com previsão legal expressa na lei de regência.

Portanto, a despeito de se admitir a realização de pregão para o registro de preços de determinados serviços comuns, não é possível, na espécie, sua utilização.

A razão está na incompatibilidade do sistema pelas suas próprias características, com o interesse público almejado, ou seja, necessidade de contratação de serviços que devem ser prestados de forma continuada. Como bem lembrou a Chefia da Assessoria Técnica, este entendimento prevaleceu no julgamento proferido nos autos TC-3064/026/08 (Plenário, em sessão de 04-06-08).

(D) Quanto à incongruência entre os prazos estimados no edital e na minuta do contrato, verifica-se que o item 9.1<sup>14</sup> do edital diz respeito à validade da ata de registro de preços, período dentro do qual haverá de produzir efeitos. Não se confunde, pois, com os prazos do item 5.1 “f”<sup>15</sup> do edital e da cláusula 4<sup>a</sup>, § 1<sup>o</sup> da minuta de contrato<sup>16</sup>, que se referem à execução contratual, período pactuado para que se efetive a prestação dos serviços.

A impugnação recai sobre a previsão de prorrogação do prazo de validade da ata por mais 12 meses, com fundamento em Decreto<sup>17</sup>, em afronta à lei geral de licitações e contratos (Lei n. 8.666/93). Quanto ao ponto, razão assiste à Representante, já que o artigo 15, § 3<sup>o</sup>, III, da Lei n. 8.666/93, diz expressamente que “**o sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, ... observadas as seguintes condições: ... III - validade do registro não superior a um ano**”.

No mais, o prazo previsto no edital para a execução contratual, de 12 meses, admitida a prorrogação até 60 meses, indica que a real necessidade da Administração é a prestação de serviços contínuos, incompatível, a toda evidência, com as características do sistema de registro de preços.

(E) Sobre a ausência de planilha de quantitativos e custos unitários, renovo o entendimento desta Corte: ainda que se possa revelar dispensável, de acordo com a natureza do objeto licitado ou mesmo da modalidade de licitação adotada, a Administração não está isenta de sempre divulgar, no edital, o valor total estimado.

Recorro aos argumentos constantes do TC-010889/026/08, sob minha relatoria, acolhido pelo Plenário, em sessão de 28-05-08:

*“Repiso, nesta oportunidade, argumento já acolhido por este E. Plenário<sup>18</sup>, em sessão de 30-04-08, de*

<sup>13</sup> TC-003437/003/04, TC-003500/003/04 e TC-003501/003/04 licitação e contratos julgados regulares pela E. Primeira Câmara, em sessão de 29-11-05. Relator E. CONSELHEIRO ROBSON MARINHO; TC-001364/026/07, TC-031495/026/07 e TC-014161/026/07 – licitação e contratos julgados regulares pela E. Primeira Câmara, em sessão de 16-09-08, Relator E. CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES.

<sup>14</sup> 9.1 – O prazo de validade do registro de preços será de 12 (doze) meses, contado a partir da data da assinatura da respectiva Ata, passível de prorrogação por mais 12 (doze) meses, nos termos do artigo 13, do Decreto n<sup>o</sup> 51.809, de 16 de maio de 2007.

<sup>15</sup> 5.1 – A proposta de preço deverá conter os seguintes elementos:

(...)

f) prazo de execução do objeto da licitação, 12 (doze) meses;

<sup>16</sup> O texto da cláusula 4<sup>a</sup>, § 1<sup>o</sup>, está transcrito na nota de rodapé n. 4.

<sup>17</sup> V. a nota de rodapé n. 11.

<sup>18</sup> “Quanto ao valor estimado da contratação, penso que não há como submetê-lo a um “jogo de adivinhação”. Deveras. É elemento que se materializa naturalmente na fase interna da licitação, resultado da apuração do real interesse público e dos correspondentes custos para sua plena satisfação, apurados junto ao mercado. Fruto, pois, do próprio mecanismo desenvolvido para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não há porque, sobre ele, sonegar-se informação de qualquer espécie, ainda mais sob o argumento de que serviria de obstáculo ao acirramento da disputa que se pretende ver. Mesma sorte há de ter as planilhas de custos unitários, quando couber, eis que classificadas como anexos necessários ao edital pelo artigo 40, § 2<sup>o</sup>, II, da Lei n. 8.666/93.” - TC-009850/026/08.

*que o processo licitatório não deve se equiparar a um “jogo de adivinhação”, partindo-se do pressuposto de que eventual omissão de informação quanto aos custos envolvidos haveria de propiciar maior vantagem para a Administração. Ao contrário, estou convicto de que a correta delimitação do objeto licitado, acompanhado de segura pesquisa dos preços correspondente àqueles praticados no mercado, propiciam ferramenta indispensável para uma competição séria e isonômica, resultando na seleção idônea de melhor proposta a satisfazer o interesse público almejado. Tal transparência, por sinal, não tem se mostrado fator de impedimento à competitividade entre os licitantes que não se acanham em exercer o direito de renovação de suas propostas na fase de lances.*

*Não se discute que em licitação do tipo menor preço global, não se há desclassificar proposta com base em valores unitários que o compuseram<sup>19</sup>, mas é certo que seu conhecimento exerce papel fundamental, vez que elemento norteador da segura aceitação do valor global proposto, bem como da avaliação da exequibilidade da proposta. Guarda também importância por conta de eventuais alterações que o contrato venha a sofrer ao longo da execução contratual. Mas não se desconhece que, dependendo da natureza do objeto licitado, e de sua pouca complexidade, nem sempre é possível ou viável o estabelecimento de valores unitários”.*

Na hipótese, pesquisa de preços e respectiva planilha de custos de fato constam do processo licitatório, tal como observou SDG. E, a despeito de informações acerca de valores unitários poderem ser verificados junto ao sítio do Caderno de Terceirização, elaborado pelo Governo do Estado ([www.cadterc.sp.gov.br](http://www.cadterc.sp.gov.br)), deve-se aproveitar esta oportunidade para inserir no edital, pelos motivos acima expostos, o valor total estimado da contratação.

(F) No mais, a Administração demonstrou que entre a data da divulgação do edital retificado e a efetiva realização da sessão pública contaram-se 8 (oito) dias úteis, tal como reclamado pela lei de regência. Acresça que, na espécie, por força das determinações constantes neste voto, eventual prejuízo para a formulação das propostas não mais subsistirá.

2.3 Ainda que não tenha sido objeto de impugnação, mas considerando as correções que deverão ser feitas,

recomendo à Administração que, ao ensejo delas e pela relevância do tema, reavalie duas previsões constantes do edital.

(A)A primeira diz respeito à previsão da figura do “carona” (item 10.1<sup>20</sup>).

Não se desconhece, no sistema de registro de preços, a possibilidade de haver a conjugação de interesses de determinados órgãos participantes, sob a coordenação de um gerenciador, sendo-lhes facultada a utilização de uma mesma ata de registro de preços para eventuais e futuras contratações. Na prática, atendido o dever de prévio planejamento, a Administração cuida de pesquisar, anteriormente à realização da licitação, as necessidades de cada órgão, para que, estimada determinada quantidade, seja realizado certame para o registro de preço em ata, da qual podem, futuramente, se aproveitar os entes envolvidos na licitação.

Atualmente, por força não de lei, mas de disposição contida em Decreto, há quem admita a utilização da ata de registro de preços por quaisquer outros órgãos não participantes do processo licitatório, bastando, para tanto, consulta ao órgão gerenciador e consentimento do fornecedor, bem por isso denominados “caronas”.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO,

*“a prática conhecida como ‘carona’ consiste na utilização por um órgão administrativo do sistema de registro de preço alheio. Como se sabe, o registro de preços é implantado mediante uma licitação, promovida no âmbito de um ou mais órgãos administrativos. Essa licitação é modelada de acordo com as necessidades dos órgãos que participam do sistema. A “carona” ocorre quando um outro órgão, não participante originariamente do registro de preços, realiza contratações com base no dito registro. Essa contratação adicional não é computada para efeito de exaurimento dos quantitativos máximos previstos originalmente por ocasião da licitação. O único limite a ser respeitado seria a observância, por órgão não participante originariamente do sistema, do limite de 100% dos quantitativos registrados”<sup>21</sup>.*

Advogam os defensores da figura do “carona” que a possibilidade de adesão tardia a uma ata de registro de preços, já válida e existente, confere às contratações públicas maiores celeridade e eficiência, evitando-se a realização desnecessária de diversos certames licitatórios para o mesmo propósito.

<sup>19</sup> A exemplo do decidido nos autos do TC-00995/008/07, de minha relatoria, em sessão deste Plenário de 04-07-07.

<sup>20</sup> 10.1 – A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão Gerenciador, nos termos do artigo 15-A do Decreto Estadual 51.809, de 16 de maio de 2007.

<sup>21</sup> [www.baceventos.com.br/PDFS/mjf\\_carona.pdf](http://www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf)

Esquecem-se, no entanto, de que todo e qualquer meio que vise a assegurar a desejada eficiência na atividade da Administração deve obediência ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, pilares do Estado de Direito.

A figura do “carona”, nos termos ora instituído por decreto, burla a regra de extração constitucional (artigo 37, XXI), segundo a qual “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados, mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Na boa companhia de doutrinadores, também penso que afronta os princípios da legalidade<sup>22</sup>, isonomia<sup>23</sup>, economicidade<sup>24</sup>, vinculação ao instrumento convocatório<sup>25</sup> e competitividade<sup>26</sup>.

Não foi sem razão que o E. Tribunal de Contas da União, no acórdão n. 1487/2007, em sessão de 01-08-07, ao analisar representação contra edital de registro de preços promovido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, acolhendo considerações expostas no voto do Ministro Relator Valmir Campelo<sup>27</sup>, resolveu determinar que:

*“adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n. 3.931/2001, de forma a esta-*

*belecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão”.*

Na visão de MARÇAL JUSTEN FILHO, o “TCU não proibiu formalmente a prática da ‘carona’ - até seria duvidosa a sua competência para adotar uma vedação com efeitos gerais e abstratos, vinculante para toda a Administração Pública. Mas daí não se segue que a prática da “carona” seja uma escolha que se configure como válida e legítima para os órgãos administrativos. O TCU incorporou razões jurídicas que devem ser tomadas em conta quando se pretender adotar a prática da ‘carona’. O Acórdão 1487/2007 demonstra que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática da “carona” produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor

<sup>22</sup> Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, a prática da “carona” é inválida porque frustra o princípio da obrigatoriedade da licitação, configurando dispensa de licitação sem previsão legislativa. Não cabe invocar a existência de uma licitação anterior, eis que tal licitação tinha finalidade e limite definidos no edital. (“TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços”, texto disponível na internet: <http://www.justenfilho.com.br/midia/15.pdf>)

<sup>23</sup> A licitação, nos termos do artigo 3º, da Lei n. 8.666/93, destina-se a garantir a observância do princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Não havendo limite, a não ser o prazo da validade da ata de registro de preços, para contratações, assegura-se reserva de mercado a determinado fornecedor em detrimento de outras sociedades empresariais que teriam interesse em contratar com a Administração. (destaque nosso)

<sup>24</sup> De acordo com Paulo Sérgio Monteiro, a figura do “carona” produz a elevação dos quantitativos originalmente previstos sem a redução do preço unitário pago pela Administração, revelando-se tal prática danosa aos cofres públicos, atingindo as raízes da improbidade administrativa (O Carona no Sistema de Registro de Preços. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, nº 167. Curitiba: Zênite jan. 2008).

<sup>25</sup> Não se mantém, nas contratações formalizadas pelos “caronas”, as condições estipuladas no edital com relação ao quantitativo inicialmente estimado, que poderá ser alterado ad infinitum, condições de execução ou local de entrega etc

<sup>26</sup> Segundo Ramon Alves de Mello, “a figura do carona afeta ainda o princípio da competitividade, quando obsta a livre concorrência prevista no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal, já que privilegia determinado fornecedor, desiguando-os dos demais, pura e simplesmente por ter sido contemplado em uma Ata de Registro de Preços, em uma licitação realizada por certo órgão da Administração Pública. Passando desta forma praticamente dominar parcela de mercado local, regional ou até mesmo nacional, em prejuízo de sociedades empresárias melhor localizadas que poderiam vir a ofertar preços até mesmo inferiores a outros órgãos tendo em vistas as condições locais, de entrega, de pagamento, e outras”.

<sup>27</sup> “Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº. 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à Ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados. No caso em concreto sob exame, a 4ª Secex faz um exercício de raciocínio em que demonstra a possibilidade real de a empresa vencedora do citado Pregão 16/2005 ter firmado contratos com os 62 órgãos que aderiram à ata, na ordem de aproximadamente 2 bilhões de reais, sendo que, inicialmente, sagrou-se vencedora de um único certame licitatório para prestação de serviços no valor de R\$ 32,0 milhões. Está claro que essa situação é incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas.

[...]

Vê-se, portanto, que a questão reclama providência corretiva por parte do órgão central do sistema de serviços gerais do Governo Federal, no caso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, razão pela qual, acompanhando os pareceres emitidos nos autos, firmo a conclusão de que o Tribunal deva emitir as determinações preconizadas pela 4ª Secex, no intuito de aperfeiçoar a sistemática de registro de preços, que vem se mostrando eficaz método de aquisição de produtos e serviços, de modo a prevenir aberrações tais como a narrada neste processo”.

*privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram”.*

Ademais, a “carona” é campo fértil para o administrador ímprobo que, na perspectiva de adquirir bens ou serviços, poderá negociar com contemplados(s) em ata(s) realizar licitação ou optar por celebrar o contrato com aquele que lhe ofereça vantagem ilícita, em grave afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

(B) Igualmente deve ser reavaliado o subitem 6.1.2, “d”<sup>28</sup>, que reclama a apresentação de dois atestados para comprovação da aptidão técnico-operacional.

A jurisprudência desta Corte é, em princípio, contrária à determinação do número de atestados que demonstrem essa habilitação. Entre outros motivos, porque um só atestado pode, em determinadas circunstâncias, se mostrar suficiente para comprová-la e porque não encontrei justificativa hábil para recusar habilitação a quem exiba três atestados.

Nesse contexto, cabe à Administração, se não se dispuser a bem justificar outra solução, avaliar a adequação de acrescer ao vocábulo “atestado”, no singular, a letra “s”, entre parênteses, cujo uso denota a flexibilidade em princípio recomendável no assunto.

2.4 Diante do exposto, por entender que as dificuldades de ordem legal e operacional impedem a adoção do sistema de registro de preços quando se tratar de hipótese de prestação de serviços de natureza continuada, determino seja anulado o certame.

Advirto que, ao instaurar outro processo seletivo, a Administração deverá observar, para a confecção do novo instrumento convocatório, as considerações e determinações expedidas nesta decisão.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Cláudio Ferraz de Alvarenga, Relator, Antonio Roque Citadini, Edgard Camargo Rodrigues, Fulvio Julião Biazzi, Renato Martins Costa e Robson Marinho, o E. Plenário, diante do exposto no voto do Relator, por entender que as dificuldades de ordem legal e operacional impedem e adoção do sistema de registro de preços

quando se tratar de hipótese de prestação de serviços de natureza continuada, determinou ao Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza – CEETEPS a anulação do certame referente ao Pregão Presencial nº 144/08, com a advertência que, ao instaurar outro processo seletivo, a Administração deverá observar, para a confecção do novo instrumento convocatório, as considerações e determinações expedidas na presente decisão.

---

## TCS 10651/026/10, 10820/026/10 E 11447/026/10

Ementa: Representações contra edital do pregão eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda – Coordenadoria Geral da Administração - CGA que objetivou a contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial.

Presidente: Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Relator: Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 12 de maio de 2010.

### 1. RELATÓRIO

1.1 MULTISERVICE NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA., SEAC – SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO e OBJETIVA SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA - ME interpõem, com fundamento no artigo 113, § 1º, da Lei n. 8.666/93, representações visando ao exame prévio do edital do pregão eletrônico NCC n. 12/2010, formulado pela COORDENADORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO – CGA, da SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA, que objetiva a contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial.

1.2 Queixa-se a MULTISERVICE NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA.:

a) da possibilidade de participação de sociedades cooperativas<sup>29</sup>, em descompasso com a legislação incidente<sup>30</sup>;

---

<sup>28</sup> V. nota de rodapé n. 1.

<sup>29</sup> ITEM II - DA PARTICIPAÇÃO

6. Para o exercício do direito de preferência de que trata o subitem 6, bem como para a fruição do benefício da habilitação com irregularidade fiscal previsto na alínea “F”, do subitem 9, ambos do item V deste edital, a condição de microempresa, de empresa de pequeno porte, ou de cooperativa que preencha as condições estabelecidas no artigo 34, da Lei federal n. 11.488, de 15/06/2007, deverá constar do registro da licitante junto ao CAUFESP.

<sup>30</sup> A disposição legal trazida à colação pelo indigitado item regulamenta, em verdade, o “Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura – REIDI”, matéria eminentemente tributária, distinta, pois, do objeto da presente licitação.

A remissão à Lei Complementar n. 123/06 feita pelo artigo 34 da Lei n. 11.488/07 “ocorre para equacionar as cooperativas num parâmetro tributário às micro e pequenas empresas”, mesmo porque aquela veda, em seu artigo 3º, § 4º, VI, a concessão de tratamento jurídico diferenciado às cooperativas, excetuando as de consumo.

Também o artigo 52 da Lei Complementar n. 123/06 “afasta terminantemente as Cooperativas de uma comparação com as microempresas e empresas de pequeno porte, pois numa Cooperativa não há que falar-se em empregados, pois todos são igualmente cooperados”.

Ademais, a participação de cooperativas fere o princípio da igualdade, uma vez que não possuem encargos trabalhistas e previdenciários.

b) de omissão quanto aos “*critérios de indenização das licitantes no caso de sobrevir ato anulatório ou revocatório da licitação*”.

1.3 Já o SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO - SEAC insurge-se contra:

c) a ilegal permissão de participação de cooperativas de trabalho em licitações desta ordem, “*cujo objeto a ser contratado exige subordinação direta entre o obreiro e o contratado, bem como a natureza da atividade a ser exercida ostenta a ausência de autonomia das tarefas*”;

d) a “*absurda*” permissão do direito de preferência às sociedades cooperativas de trabalho, equiparando-as às microempresas e empresas de pequeno porte, desconsiderando a vedação clara e expressa do artigo 3º, § 4º, VI, da Lei Complementar n. 123/02<sup>31</sup>;

1.4 A OBJETIVA SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA - ME critica:

e) a exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, considerando a natureza comum do objeto licitado<sup>32</sup>.

1.5 Determinei a paralisação do andamento do certame, nos termos do despacho proferido em 19-03-10, já ratificado pelo E. Plenário, em sessão de 24-03-10.

1.6 A Administração esclarece, em razões de defesa, que a minuta do edital foi regularmente aprovada pela sua Consultoria Jurídica; por ocasião da realização do pregão eletrônico n.84/09, já fora interposto recurso administrativo pela MULTISERVICE NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA. e pelo SEAC – SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO, questionando a participação de sociedades cooperativas; acionada, a Consultoria Jurídica reafirmara argumentos favoráveis à sua participação; posteriormente, por meio de “*complementação de recurso*”, a SEAC informou da “*existência de formação de grupo empresarial dentre as participantes da licitação, ensejando a anulação do certame*”; a Consultoria Jurídica, consultada novamente, a despeito de reiterar posicionamento pela possibilidade de participação de sociedades cooperativas no certame, opinou, naquele caso concreto, pela anulação do certame, medida esta que veio a ser

efetivamente tomada pela autoridade competente; divulgado novo edital (pregão eletrônico n. 12/10), e mantidas as mesmas regras, contra elas se insurgiu, uma vez mais, a MULTISERVICE cujo pleito, no entanto, foi negado; o SEAC também impugnou o edital, trazendo, inclusive, ao conhecimento da Administração a existência de Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a Secretaria de Estado da Educação e as Procuradorias Regionais do Trabalho da 2ª e 15ª Regiões; solicitada nova oitiva da Consultoria Jurídica, esta se manteve firme pela manutenção da possibilidade de participação de cooperativas de trabalho no certame.

1.7 Instadas a se manifestar, a ilustrada Chefia de Assessoria Técnico-Jurídica e a DD. Procuradoria da Fazenda do Estado concluíram pela improcedência das representações.

1.8 Foi neste mesmo sentido o posicionamento da digna Secretaria-Diretoria Geral.

Anotou, no entanto, que, a despeito de não ter sido objeto de impugnação, a exigência de qualificação econômico-financeira correspondente ao valor total estimado da contratação (15 meses) está em desacordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, a exemplo do decidido nos autos dos TCs-42255/026/09 e 42477/026/09, de minha relatoria:

*Ainda sobre o mesmo item 1.3, “c” do edital, deve a Administração aproveitar a oportunidade para, atendendo ao alerta da ilustre Chefia da Assessoria Técnica e da digna SDG, deixar de exigir comprovação de capital social correspondente ao prazo total da contratação (30 meses), consoante indica jurisprudência pacífica desta Corte.*

*É que, à luz da regra do artigo 57, da Lei n. 8.666/93, a duração dos contratos está adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Ora. Se o valor total estimado do contrato reflete no valor da caução de participação<sup>33</sup> e naqueles referentes à qualificação econômico-financeira, as exigências para fins de habilitação, tratando-se de prestação de serviços de natureza continuada, devem observar o princípio da anualidade. Significa dizer que o valor do capital social deve corresponder à vigência dos créditos*

<sup>31</sup> Art. 3º:

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo.;

<sup>32</sup> 1.3 – Qualificação econômico-financeira

a) (...)

a.1) (...)

b) comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, considerando neste os valores referenciais do CADTERC.

<sup>33</sup> (nas modalidades tradicionais de licitação).

orçamentários, ou seja, 12 meses, independente do mês em que se celebre o ajuste, e não ao total de 30 meses estimado.

## 2. VOTO

2.1 A Administração, visando à contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial, fez constar expressamente do ato convocatório a possibilidade de participação de sociedades cooperativas, que contariam, ademais, com os mesmos benefícios concedidos pela Lei Complementar n. 123/06 às microempresas e empresas de pequeno porte (ME/EPP).

2.2 A questão da participação das sociedades cooperativas em licitações foi objeto de análise e deliberação por este Tribunal, ocasião em que se decidiu — na esteira de jurisprudência predominante nos Tribunais do País — pela sua impossibilidade nas hipóteses em que restar configurada a existência de trabalho subordinado, porque estranho à própria natureza da associação cooperativa a ensejar, por parte do administrador, prudência e cautela como condição para a efetivação do princípio da razoabilidade, evitando, assim, contratações que, nestes termos, possam resultar em futuras condenações trabalhistas.

Noto que, na espécie, também se trata de prestação de serviços de natureza continuada, em que há predominância de mão de obra e, indiscutivelmente, relação de subordinação.

Reitero, pois, nesta oportunidade, os exatos termos constantes da decisão do TC-05241/026/10, de minha relatoria, acolhida pelo Plenário em sessão de 05-05-10:

*Acerca da participação de sociedades cooperativas em certames licitatórios, importante recordar que,*

*a despeito de não ser novo, o tema continua suscitando debates.*

*A Constituição Federal traçou diretrizes para que houvesse incentivo ao cooperativismo<sup>34</sup>, bem como determinou fosse dado tratamento tributário adequado ao ato cooperativo<sup>35</sup>.*

*No âmbito infraconstitucional, o novo Código Civil<sup>36</sup> cuidou de indicar quase todas as características da sociedade cooperativa constantes da Lei n. 5.764/71<sup>37</sup>, que “define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas”.*

*Elas são sociedades não empresárias (Código Civil, artigo 982, parágrafo único), dotadas de capacidade jurídica, tendo por objeto o exercício de uma atividade econômica<sup>38</sup> de proveito comum, sem objetivo de lucro, bem como para fornecer bens e serviços a não-associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e esteja em conformidade com a Lei<sup>39</sup>, cuja receita auferida, nesta hipótese, é considerada como renda tributável<sup>40</sup>.*

*As sociedades cooperativas contam com finalidades diversas: (a) na de produção, os associados produzem bens ou serviços para o uso mútuo ou visando ao mercado; (b) na de consumo, os consumidores de qualquer gênero agrupam-se para obter melhores preços, condições e qualidade de bens e serviços, comprando por atacado ou diretamente do produtor, para uso próprio ou revenda; (c) na de trabalho, visam à melhoria de salários e condições de trabalho pessoal de seus associados, sem a intervenção de um patrão ou empresário; é aqui que se encaixam as cooperativas de mão de obra e de serviços<sup>41</sup>.*

<sup>34</sup> Artigos 174, § 2º, 187, VI e 192, VIII.

<sup>35</sup> Artigo 146, III, “c”.

<sup>36</sup> Artigos 1093 a 1096 da Lei n. 10.406/02.

<sup>37</sup> Alterada pela Lei n. 6.981/82 e pela MP n. 2.168-40/01.

<sup>38</sup> Art. 5º As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão “cooperativa” em sua denominação.

<sup>39</sup> Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam em conformidade com a presente lei.

<sup>40</sup> Art. 111. Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta Lei.

<sup>41</sup> Segundo lição de DINORÁ ADELAIDE MUSSETTI GROTTI (Contratos de Gestão e Outros Tipos de Acordos Celebrados pela Administração - II Seminário de Direito Administrativo – TC MSP “Licitação e Contrato - Direito Aplicado” – 2004), as cooperativas “de mão-de-obra, quando legítimas, têm por escopo conseguir trabalho para seus cooperados e, em condições mais vantajosas do que normalmente os mesmos conseguiriam se contratassem por conta própria, com as empresas tomadoras de serviços”, só podendo prestar serviços de forma autônoma e eventual, bem como apenas ‘realizar serviços especializados referentes à atividade-meio da empresa tomadora’, jamais os relacionados com ‘a atividade-fim, ou seja, da atividade essencial da empresa’. A não observância desses quesitos, implica na transformação da cooperativa em mera intermediária de mão-de-obra, pois, por não gerar relações de emprego, nem consigo mesma, nem com o tomador de serviços, pode ser utilizada para burlar a legislação trabalhista, na medida em que for usada para descaracterizar tais relações.

(...)

As de serviços são as cooperativas de trabalho propriamente ditas. Nelas não há o trabalho subordinado, uma vez que todos os associados dirigem o empreendimento, podendo ter por objeto a prestação de serviços para os próprios associados ou para terceiros. ‘Os cooperados detêm a posse dos instrumentos da produção e a total disponibilidade do produto do seu trabalho. São espécies dessas cooperativas, dentre outras, a agrícola, a de pesca, a de habitação’”

No que toca à sua participação em certames licitatórios, há corrente que defende tratar-se de um verdadeiro afronte ao princípio da isonomia<sup>42</sup>, ao argumento de que - isentas de ônus decorrentes da relação empregado e empregador e não incidente tributos sobre atividades econômicas com cooperados - teriam condições de oferecer propostas muito mais baixas do que qualquer outro licitante. Outros enxergam na regra da “equalização das propostas”<sup>43</sup> expediente bastante para garantir a isonomia desejada pela lei de regência. Para uma terceira corrente, os privilégios e as diferenciações conferidas pela própria lei às sociedades cooperativas não podem servir de mote à vedação de sua livre participação em certames licitatórios, hipótese em que, aí sim, se estaria afrontando o princípio da isonomia.

Continuo a pensar, tal como já defendera em ocasião pretérita<sup>44</sup>, que, em tese, via de regra, não deve haver óbice à participação de sociedades cooperativas autênticas em certames licitatórios. Tal convicção renova-se, nesta oportunidade, porque permanecem as premissas sobre as quais se assentou. Na boa companhia de HELY LOPES MEIRELLES<sup>45</sup>, DIÓGENES GASPARINI<sup>46</sup>, MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>47</sup> e IVAN

BARBOSA RIGOLIN<sup>48</sup>, também entendo que as sociedades cooperativas, sujeitos de direitos e obrigações, que receberam expresso tratamento constitucional, não devem ser indiscriminada e desmotivadamente alijadas de processos licitatórios. Isto evidentemente se — constituídas em conformidade com a lei e atendidos seus objetivos sociais — observarem, tal qual os demais licitantes, todos os requisitos do edital e regras da Lei n. 8.666/93<sup>49</sup>.

Mas reconheço que sua participação requer cuidadosa análise casuística.

Segundo a doutrina, a promulgação da Lei n. 8.949/94 — que introduziu o parágrafo único ao artigo 442 da CLT<sup>50</sup> — acabou por estimular o trabalho cooperativo sem vínculo empregatício ensejando, inclusive, a multiplicação de “cooperativas de fachada”, fraudulentas, que se prestam a atuar como intermediadoras de mão de obra barata, em flagrante violação a direitos trabalhistas.

Vai daí que, a despeito de o artigo 71, caput e § 1º, da Lei n. 8.666/93<sup>51</sup> conter regra legal expressa acerca da inexistência de responsabilização solidária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, firmou-se jurisprudência no âmbito da JUSTIÇA DO

<sup>42</sup> Lei n. 8.666/93:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

<sup>43</sup> Somam-se às propostas apresentadas pelas cooperativas os valores dos tributos e encargos trabalhistas; na hipótese, v. nota de rodapé n. 8.

<sup>44</sup> TCS-22531/026/03, 23034/026/03 e 21190/026/03.

<sup>45</sup> “Tais circunstâncias, contudo, não impedem as cooperativas de participar das licitações promovidas pelo Poder Público. O princípio da igualdade, que rege as licitações, não diz respeito à condição jurídica dos licitantes, mas sim às obrigações estabelecidas para sua participação no certame”. *Licitação e Contrato Administrativo*, 14ª edição, pág. 37.

<sup>46</sup> “(...) se a cooperativa, como outra entidade qualquer, atender as exigências não há razão alguma para impedir sua participação na licitação e, uma vez vencedora, não há, menos ainda, motivo algum para que o respectivo contrato não seja com ela celebrado”. *Direito Administrativo*.

<sup>47</sup> “(...) é possível e viável a participação de cooperativas em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi constituída. Se, porém, a execução do objeto contratual escapar à dimensão do ‘objeto social’ da cooperativa ou caracterizar atividade especulativa, haverá atuação irregular da cooperativa. Será hipótese de sua inabilitação”. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª edição, pág. 398.

<sup>48</sup> “As cooperativas, portanto, dentro do âmbito dos serviços que oferecem, participam de licitações no Brasil como se fossem qualquer outra espécie de pessoa jurídica, sem nenhum impedimento, nem o mínimo embaraço ou restrição”. *Manual Prático das Licitações*, 6ª edição, Pág. 277.

<sup>49</sup> Diz Marçal Justen Filho que, “eventualmente, será impossível apurar a existência de irregularidades apenas em virtude do exame dos atos constitutivos da cooperativa. É imperioso que estas questões sejam objeto de investigação também no âmbito da qualificação técnica, proposta de metodologia de execução e proposta. O ato constitutivo deve exigir que os licitantes explicitem como pretendem executar as respectivas propostas. Quando se tratar de cooperativas, deverá examinar-se a configuração de atividade peculiar. Se cooperativa pretende atuar através de empregados, é claro que o tratamento jurídico a ser dado à questão não merecerá qualquer distinção: cooperativa que explora serviço de assalariado para executar certo objeto tem de merecer na licitação tratamento idêntico ao de qualquer empresário”. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª edição, pág. 398.

<sup>50</sup> Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre eles e os tomadores de serviços daquela.

<sup>51</sup> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

TRABALHO cristalizada no enunciado n. 331<sup>52</sup>, segundo a qual:

*O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.*

*Do termo de conciliação judicial que reforçou termo de ajuste de conduta entre o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e a União, vedando a contratação de cooperativas de mão de obra, consta rol de atividades - dentre as quais serviços de portaria - que, por sua própria natureza, configuram a existência de trabalho subordinado, não sendo passíveis, pois, de execução por meio de sociedades cooperativas:*

*Cláusula Primeira - A UNIÃO abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de **cooperativas de mão-de-obra**, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, **quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação**, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:*

- a) - Serviços de limpeza;*
- b) - Serviços de conservação;*
- c) - **Serviços** de segurança, de vigilância e de portaria;*
- d) - Serviços de recepção;*
- e) - Serviços de copeiragem;*
- f) - Serviços de reprografia;*
- g) - Serviços de telefonia;*
- h) - Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações;*
- i) - Serviços de secretariado e secretariado executivo;*
- j) - Serviços de auxiliar de escritório;*
- k) - Serviços de auxiliar administrativo;*
- l) - Serviços de office boy (contínuo);*
- m) - Serviços de digitação;*
- n) - Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas;*

*o) - Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante;*

*p) - Serviços de ascensorista;*

*q) - Serviços de enfermagem; e*

*r) - Serviços de agentes comunitários de saúde.*

*Parágrafo Primeiro - O disposto nesta Cláusula não autoriza outras formas de terceirização sem previsão legal.*

*Parágrafo Segundo - As partes podem, a qualquer momento, mediante comunicação e acordos prévios, ampliar o rol de serviços elencados no caput.*

*Cláusula Segunda - Considera-se cooperativa de mão-de-obra, aquela associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva), pelos seus associados.*

*Cláusula Terceira - A UNIÃO obriga-se a estabelecer regras claras nos editais de licitação, a fim de esclarecer a natureza dos serviços licitados, determinando, por conseguinte, se os mesmos podem ser prestados por empresas prestadoras de serviços (trabalhadores subordinados), cooperativas de trabalho, trabalhadores autônomos, avulsos ou eventuais.*

*Parágrafo Primeiro - **É lícita a contratação de genuínas sociedades cooperativas desde que os serviços licitados não estejam incluídos no rol inserido nas alíneas 'a' a 'r' da Cláusula Primeira e sejam prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados, seja em relação às cooperativas, seja em relação ao tomador dos serviços, devendo ser juntada, na fase de habilitação, listagem contendo o nome de todos os associados. Esclarecem as partes que somente os serviços podem ser terceirizados, restando absolutamente vedado o fornecimento (intermediação de mão-de-obra) de trabalhadores a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza.***

*Parágrafo Segundo - **Os editais de licitação que se destinem a contratar os serviços disciplinados pela Cláusula Primeira deverão fazer expressa menção ao presente termo de conciliação e sua homologação, se possível transcre-***

<sup>52</sup> TST Enunciado n. 331 - Revisão da Súmula n. 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

vendendo-os na íntegra ou fazendo parte integrante desses editais, como anexo.

*Parágrafo Terceiro - Para a prestação de serviços em sua forma subordinada, a licitante vencedora do certame deverá comprovar a condição de empregadora dos prestadores de serviços para as quais se objetiva a contratação, constituindo-se esse requisito, condição obrigatória à assinatura do respectivo contrato.*

No âmbito do E. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, o E. Plenário, em sessão de 23-11-03, acórdão 1815/2003, acolheu o voto do E. MINISTRO RELATOR BENJAMIM ZYMLER segundo quem já se defendeu a ilicitude de editais que proibem a participação de cooperativas pelo fato de não haver tal vedação na própria Lei n. 8.666/93. Mas admite não mais poder ignorar a jurisprudência trabalhista que, não raras vezes, tem atribuído à Administração a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas por parte do empregador. Neste sentido, ao invocar o **dever de cautela** do administrador, reconhece que:

*(...) se a lei não impõe expressamente restrições à contratação de cooperativas, é **dever do administrador agir com cautela**, de forma a evitar que o processo de terceirização redunde em ofensa aos direitos básicos do trabalhador, bem assim em possíveis condenações judiciais.*

*Torna-se imprescindível, nesse contexto, que a **contratação de cooperativas seja precedida de especial cautela**. É que esse tipo de sociedade, por sua própria natureza, não paga obrigações trabalhistas, uma vez que, na forma do parágrafo único do art. 442 da legislação consolidada, não existe vínculo de emprego entre a sociedade e os cooperados, e nem entre estes e os tomadores de serviço.*

*É justamente a ausência de obrigações trabalhistas (além de outras possíveis vantagens tributárias) que tem conduzido à contratação, por parte da Administração Pública, de sociedades cooperativas, cujas propostas de preço podem ser substancialmente menores que as das empresas em geral, que não podem furtar-se ao pagamento das obrigações trabalhistas.*

*Em princípio, a irrestrita liberdade para a contratação de sociedades cooperativas é de interesse da Administração, que deve buscar sempre a proposta mais vantajosa.*

*Todavia, não há negar que **esses tipos de contrato embutem considerável risco para o contratante, que pode vir a ser chamado a honrar as obrigações não pagas pela cooperativa, caso***

***esta venha a ser considerada fraudulenta pela Justiça do Trabalho**. Isso porque, em não sendo a contratada uma empresa, no aspecto formal, mas apenas uma associação voluntária de pessoas com vista a somar esforços para desenvolver uma atividade em regime de mútua cooperação, afastado está o pagamento de obrigações trabalhistas, como 13º salário, férias, aviso prévio, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), multa sobre os valores depositados (no caso de dispensa sem justa causa), adicional de horas extraordinárias, salário-maternidade, dentre outros, além de gozar de regime tributário diferenciado.*

*Infelizmente, sob o manto do cooperativismo, muitas vezes escondem-se verdadeiras empresas que buscam eximir-se do cumprimento das normas e organização e proteção ao trabalho, em total afronta não só às leis trabalhistas como também ao texto constitucional.*

*A licitação visa assegurar não somente a melhor proposta para a Administração, mas também a assegurar o princípio constitucional da isonomia. Isonomia essa que restará plenamente violada se forem cotejadas propostas ofertadas por entidades díspares: de um lado, empresa que cumpre com suas obrigações trabalhistas e tributárias; de outro, a falsa cooperativa, constituída em dissonância com as normas de proteção ao trabalho, que possuem assento constitucional, e, muitas vezes, tendo como cliente principal a Administração, em desvirtuamento do espírito do verdadeiro cooperativismo.*

*Assim, é **curial que o administrador se cerque de cautelas, nos limites legais, para a elaboração do edital de licitação, de modo a evitar a contratação de entidade que venha a revelar-se, posteriormente, fraudulenta**.*

*Este entendimento foi mantido em sede de Pedido de Reexame, sessão Plenária de 17-05-06, Acórdão 724/2006, de relatoria do E. MINISTRO UBIRATAN AGUIAR:*

*7. Diversamente do sustentado na peça recursal, a decisão impugnada não veda ou impede a participação de cooperativas em certames licitatórios conduzidos pela Administração Pública Federal; prevê tão-somente a adoção de medidas, dirigidas ao Administrador Público, que, em seu conjunto, em consonância com os princípios da supremacia do interesse público e da legalidade, podem contribuir para redução ou até mesmo elisão da ocorrência de prejuízos que vêm sendo*

impingidos ao Erário em razão de condenações impostas pela Justiça Trabalhista a entidades e órgãos da Administração Pública Federal que mantêm contratos com “cooperativas de trabalho”, em decorrência do reconhecimento, pela justiça laboral, da existência de vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços [...].

8. Na verdade, pode-se perceber que a decisão impugnada vai ao encontro do interesse das verdadeiras cooperativas, as quais, consoante afirmado, não estão alijadas de participar de procedimentos licitatórios no âmbito da Administração Pública Federal. Para essas entidades, conforme indicado na instrução precedente, o direito de participar de licitações públicas encontra-se resguardado, visto que eventuais decisões administrativas de afastar cooperativas de certames licitatórios nas situações alcançadas pela deliberação impugnada devem ser, obrigatoriamente, motivadas e estão sujeitas a discussão nas vias administrativas, judiciais e perante esta própria Corte de Contas [...].

9. No que diz respeito à possibilidade de o cooperado ser empregado da própria cooperativa que pretende contratar com a Administração Pública Federal, conforme defendem as Recorrentes, merece destaque o seguinte trecho do Voto do Ministro Benjamin Zymler, condutor do decurso recorrido, o qual não deixa dúvidas quanto à impossibilidade da coexistência de trabalho subordinado e cooperativismo, interpretação que se coaduna com a jurisprudência da Justiça Trabalhista, não constituindo tal interpretação afronta aos princípios da competitividade e da universalidade aventados no Recurso, mas a exteriorização da síntese da idéia do que seja verdadeiramente cooperativismo: **“Não pode este Tribunal olvidar a sólida jurisprudência das cortes trabalhistas, quanto à impossibilidade de coexistirem trabalho subordinado e cooperativismo numa mesma relação jurídica. Não se trata, portanto, de responsabilidade da União (ou de suas entidades) pela falta de fiscalização da entidade contratada quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, como entendi em assentadas anteriores. Esse seria o caso da responsabilidade subsidiária quanto às obrigações de empresas contratadas. Quando se trata de cooperativa, não há o que fiscalizar, o que exigir da contratada em termos de cumprimento**

**to de encargos trabalhistas, pois, por definição, repito, não existe relação de emprego, mas apenas um contrato de natureza civil. Logo, não seria possível, na fase da execução do contrato, exigir a comprovação do pagamento de 13º salário, férias, licenças previstas na legislação, dentre outros. Pois são encargos a serem suportados por empregadores. Cooperativa que assume tais encargos não é cooperativa, mas empresa, e deve, portanto, submeter-se ao regime tributário das empresas”.** (destacado) (...)

11. Quanto à aventada possibilidade de serem criados requisitos de habilitação exclusivos para cooperativas com o objetivo de aferir a legitimidade dessas sociedades, entendo restar demonstrado no Voto do Ministro-Relator da deliberação impugnada que tais requisitos não encontram amparo legal, eis que extrapolam as exigências previstas na Lei n. 8.666/1993, devendo-se deixar assente que, diferentemente do entendimento das Recorrentes, as medidas indicadas no subitem 9.3.1 do Acórdão impugnado não ferem a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, visto que não criam objetivamente critérios de habilitação não previstos na aludida norma.

Neste sentido, ainda há a decisão da E. CORTE ESPECIAL do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AgRg na SS n. 1.516/RS – E. MINISTRO EDSON VIDIGAL, (DJ de 10-04-2006) - que atribuiu à Administração a condição de responsável solidária pelo pagamento de salários atrasados e tributos não recolhidos<sup>53</sup>:

1. Na contratação de empresa comercial fornecedora de mão-de-obra pode a administração precaver-se do risco de pagar duas vezes por um mesmo serviço, exigindo, a cada liberação do pagamento pelos serviços contratados, a apresentação do comprovante de quitação da empresa para com as obrigações trabalhistas e previdenciárias de seus empregados, precaução impossível de ser tomada em se tratando de cooperativa, pois, nesse caso, não há reconhecimento prévio de vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa que a obrigue ao pagamento de tais verbas. Ameaça de lesão à economia pública decorrente da possibilidade de, em contratando mão-de-obra cooperativada, vir a administração a ser condenada, em ação trabalhista, a pagar duas vezes por um mesmo serviço prestado, por não haver meios de acautelá-la preventivamente.

<sup>53</sup> Agravo Regimental – Suspensão Liminar em Mandado de Segurança – Deferimento – Cooperativa de Mão-de-obra – Licitação – Termo de Acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União – Grave lesão à ordem e à economia públicas configuradas.

2. Não é via excepcional da suspensão da liminar em mandado de segurança o meio processual adequado ao exame da constitucionalidade de termo de compromisso firmado pela União, nem tampouco da legalidade de vedação contida em edital de licitação, o que poderá ser aferido nas vias ordinárias próprias.

3. Subsiste o risco de lesão à ordem pública administrativa porque os serviços objeto do contrato requerem subordinação e pessoalidade, atributos que os autônomos cooperados não detêm.

4. Agravo Regimental não provido.

Na esteira deste entendimento, o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA também acolheu voto de 23-02-10, de relatoria da E. MINISTRA ELIANA CALMON (REsp 1.141.763-RS), para, depois de invocar outros precedentes no mesmo sentido, admitir legalidade de previsão editalícia que veda a participação de cooperativas em certames promovidos pela Administração Pública que impliquem em existência de subordinação:

*Trata-se de mandado de segurança impetrado por cooperativa objetivando o reconhecimento da ilegalidade de cláusula de edital proibitiva de participação das cooperativas em licitação promovida pela recorrente, a CEF, para contratação de empresa de prestação de serviços gerais. Segundo a então autora, tal restrição era ilegal e abusiva por romper com a autonomia do cooperativismo e com a livre concorrência. Mas a Min. Relatora entendeu assistir razão à recorrente, destacando ser notório que tanto a legislação previdenciária quanto a trabalhista são implacáveis com os tomadores de serviços, atribuindo-lhes o caráter de responsáveis solidários pelo pagamento de salários e de tributos não recolhidos pela empresa prestadora dos serviços. A exigência do edital é razoável, pois preserva o interesse público tanto sob o aspecto primário quanto secundário. Também há acordos celebrados perante a Justiça do Trabalho pelos quais tanto a CEF quanto a União **comprometeram-se a não contratar cooperativas para a prestação de serviços que impliquem existência de subordinação, como é o caso dos serviços gerais objeto da licitação**, sob pena de multa diária. Há também orientação firmada pelo TCU, com caráter vinculante para a Administração Pública, **vedando a participação de cooperativas***

*em licitações que tenham por objeto a prestação de serviços em que se fazem presentes os elementos da relação de emprego. Concluiu a Min. Relatora que não há qualquer ilegalidade na vedação a que as cooperativas participem de licitação cujo objeto é a prestação de serviços gerais, visto que evidente a razoabilidade da medida como forma de garantir à Administração selecionar a melhor proposta sob todos os aspectos, notadamente o da prevenção à futura responsabilização pelo pagamento de débitos trabalhistas e fiscais. Diante disso, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento. Precedentes citados: AgRg no REsp 947.300-RS, DJe 16/12/2008, e AgRg na SS 1.516-RS, DJ 10/4/2006. **REsp 1.141.763-RS**, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 23/2/2010. (grifos nossos)*

No âmbito do Estado de São Paulo, não desconheço que a participação de sociedades cooperativas em certames licitatórios tem previsão na Lei estadual n. 12.226/06<sup>54</sup>.

Mas tal norma geral não aproveita aos casos em que haja simples intermediação de mão de obra, onde inexistente solidariedade entre seus associados.

Na espécie, a licitação visa justamente à “prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios”. É hipótese em que se acentua a pessoalidade da prestação de serviços. Nela é insignificante até mesmo a utilização de determinados insumos nitidamente secundários, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na prestação de serviços de limpeza, que envolve a utilização de máquinas, equipamentos e produtos fornecidos pelo contratado. Ademais, a própria natureza dos serviços de portaria acentua seu caráter de prestação continuada, e submetida à rotineira subordinação do contratante. São circunstâncias que podem concorrer para, eventualmente, ser reconhecida como mera ocorrência de intermediação de mão de obra, com subordinação e relação de trabalho habitual.

Sendo assim, é hipótese que enseja, desde logo, o dever de o administrador agir com a devida **prudência e cautela**, como condição para a efetivação dos princípios da razoabilidade e da economicidade, evitando contratações que, nestes termos, resultem em possíveis condenações judiciais.

Essa prudência é exigida até mesmo de administradores de empresas privadas<sup>55</sup> e, com razão maior, é

<sup>54</sup> Artigo 5º - Nas licitações promovidas pelo poder público do Estado de São Paulo, para prestação de serviços, obras, compras, publicidade, alienações e locações, participarão as cooperativas legalmente constituídas.

<sup>55</sup> Lei das Sociedades por Ações, artigo 153: O administrador deve exercer, empregar no exercício de suas funções, cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

*devida pelos administradores das sociedades controladas pelo Poder Público porque, nestas, a conduta é de extração constitucional (artigo 37, caput) e a legislação complementar<sup>56</sup> deles exige ação “em que se previnem riscos”.*

*Configurado, pois, dever de observância aos princípios da economicidade, da eficiência e da razoabilidade, deve o edital ser emendado de modo que se conforme à lei e à jurisprudência incidentes.*

2.3 Na mesma decisão condenou-se, consoante abaixo transcrito, a previsão segundo a qual as sociedades cooperativas podem desfrutar — com fundamento no artigo 34 da Lei federal n. 11.488/07 — do exercício do direito de preferência outorgado às ME/EPPs pela Lei Complementar n. 123/06:

Ora, o próprio artigo 3º, § 4º, alínea VI<sup>57</sup>, da Lei Complementar dispõe, expressa e taxativamente, que não há incluir no regime diferenciado e favorecido, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo, o que não é o caso dos autos.

Discorrendo sobre o tema, bem anotou MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>58</sup> que, afora a questão de que a disciplina de natureza tributária prevista na lei complementar não poder ser alterada por meio de lei ordinária, a tutela em favor das ME/EPP, de fato, não pode ser estendida às sociedades cooperativas:

*“Cooperativa é uma figura dotada de identidade própria, sujeita a regime jurídico diferenciado. Merece tutela e proteção constitucional. No entanto, as cooperativas não fazem jus a tratamento equivalente reservado a ME e EPP.*

*Se assim não fosse, seria inconstitucional a vedação do art. 3º, parágrafo 4º, inc. VI, contemplada na própria LC n. 123/. Se a forma de cooperativa não afetasse intrinsecamente o tratamento a ser adotado pela entidade e se bastasse considerar*

*a receita bruta auferida, ter-se-ia de convir com que a referida disposição infringiria o princípio da isonomia. A cooperativa teria o direito de ser tratada tributariamente de modo equivalente ao reservado às ME e EPP. Mas assim não o é no âmbito tributário. E assim também não o é no âmbito das contratações administrativas.*

*A extensão pretendida no art. 34 infringe o princípio da isonomia, ao pretender impor tratamento equivalente entre entidades dotadas de diferenças insuperáveis. Mais ainda, verifica-se a infração à isonomia em face dos demais sujeitos interessados em disputar contratações administrativas, eis que produziria a ampliação de benefícios licitatórios para entidades que não apresentam as características de ME e EPP (...)*

*A aplicação do disposto no art. 34 da Lei n. 11.488 conduzirá à competição das cooperativas com as ME e EPP. Não se pode afastar a possibilidade de que isso conduza a frustração da própria finalidade buscada pela LC 123. Então, ao invés de produzir-se o acesso de ME e EPP aos mercados públicos, o resultado seria a absorção dessas contratações por parte das cooperativas. Esse “argumento já seria suficiente para acarretar a não-aplicação do regime preferencial em favor das cooperativas”.*

Observe, por sinal, também ser esta a interpretação conferida pela própria INSTRUÇÃO NORMATIVA n. 103/07, na qual a Administração buscou refúgio legal para estabelecer regras editalícias de participação das ME/EPPs, notadamente a declaração de enquadramento perante as Juntas Comerciais<sup>59</sup>.

2.4 No mais, na esteira da conclusão a que chegaram os órgãos técnicos desta Corte e a DD. PFE, também entendendo que a alegada ausência de critérios de indenização das licitantes, nas hipóteses de anulação ou revogação

<sup>56</sup> Lei de Responsabilidade Fiscal, artigo 1º, § 1º: A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

<sup>57</sup> § 4º - Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: (...)

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo.

<sup>58</sup> O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. 2ª ed., Dialética, pág. 42.

<sup>59</sup> Art. 2º Serão consideradas enquadradas na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte nos termos da Lei Complementar n. 123, de 2006, o empresário e a sociedade empresária regularmente enquadrados no regime jurídico anterior, salvo as que estiverem incursas em alguma das situações impeditivas para enquadramento previstas nos incisos do § 4º do art. 3º da mencionada Lei Complementar, que deverão promover o seu desenquadramento.

Parágrafo único. As sociedades anônimas e cooperativas, salvo as de consumo, enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte no regime jurídico anterior, terão o seu desenquadramento promovido pela Junta Comercial nos termos do art. 5º desta Instrução Normativa.

do certame, é aspecto por ser analisado em sede de rito ordinário, haja vista que, relacionada à fase de execução contratual, não tem o condão de prejudicar a correta formulação de propostas ou mesmo impedir a ampla participação de eventuais interessados ao certame.

2.5 Neste mesmo sentido deve ser resolvida a questão relativa à exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, já que, mesmo tratando-se de serviços comuns, não há ilegalidade manifesta, porque obedecidos os limites impostos pela lei de regência.

Considerando, no entanto, as alterações que deverão de ser feitas no ato convocatório, importante que a Administração atente para o quanto anotado pela digna SDG, no que diz respeito à exigência de demonstração de qualificação econômico-financeiro correspondente ao valor total estimado da contratação.

2.6 Feitas estas considerações, circunscrito estritamente às questões suscitadas, julgo parcialmente procedentes as representações interpostas pelas empresas MULTISERVICE NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA. e SEAC – SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO, e improcedente aquela intentada pela OBJETIVA SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA – ME para, nos termos do artigo 113, § 2º, da Lei n. 8.666/93, ordenar à Administração que, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas necessárias para dar cumprimento à Lei em busca da satisfação do interesse público almejado, devendo observar as determinações constantes do corpo deste voto, tratando de promover, ainda, cuidadosa e ampla revisão de todos os itens do ato convocatório,

inclusive no que concerne às exigências econômico-financeiras.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei n. 8.666/93.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Cláudio Ferraz de Alvarenga, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues e Renato Martins Costa, bem como pelo do Substituto de Conselheiro Pedro Arnaldo Fornacialli, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator, circunscrito estritamente às questões suscitadas, decidiu julgar parcialmente procedentes as Representações interpostas pelas empresas Multiservice Nacional de Serviços Ltda. e SEAC – Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo, e improcedente aquela intentada por Objetiva Serviços Terceirizados Ltda. – ME para, nos termos do artigo 113, § 2º, da Lei n. 8666/93, determinar à Secretaria de Estado da Fazenda – Coordenadoria Geral da Administração – CGA que, pretendendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas necessárias para dar cumprimento à Lei em busca da satisfação do interesse público almejado, devendo observar as determinações constantes do corpo do voto do Relator, tratando de promover, ainda, cuidadosa e ampla revisão de todos os itens do ato convocatório do Pregão Eletrônico NCC n. 12/2010, inclusive no que concerne às exigências econômico-financeiras.

Determinou à Administração, ainda, que, após as correções, atente para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei n. 8666/93.





## CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA



### TCS-31891/026/09 E 32127/026/09

Ementa: Representações relativas ao edital do concurso de projetos n.º 002/09, competição instaurada pela Prefeitura de Santo André com o propósito de selecionar OSCIP que se interesse em desenvolver, por meio de termo de parceria, ações complementares aos programas e serviços de suporte à Vigilância Sanitária e Epidemiológica, bem como ao Suporte Administrativo e de Manutenção Preventiva e Corretiva de Equipamentos e Unidades de Saúde.

Presidente: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Relator: Conselheiro Renato Martins Costa. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 11 de novembro de 2009.

### RELATÓRIO

Em conjunto, representações formuladas em face dos termos do edital do concurso de projetos n.º 002/09, competição instaurada pela Prefeitura de Santo André com o propósito de selecionar OSCIP que se interesse em desenvolver, por meio de termo de parceria, ações complementares aos programas e serviços de suporte à Vigilância Sanitária e Epidemiológica, bem como ao Suporte Administrativo e de Manutenção Preventiva e Corretiva de Equipamentos e Unidades de Saúde.

Os representantes Jairo Bafile, José Montoro Filho e Tiago Nogueira, vereadores da Câmara Municipal de Santo André, apontam violação do princípio constitucional da igualdade de condições no certame e se voltam contra os seguintes aspectos do edital: a) exigência de certificado de registro emitido pela Prefeitura de Santo André, documento decorrente de decreto que instituiu o cadastro municipal de OSCIPS (item 4.1.4), revelando óbice indevido à participação de outros concorrentes; b) subjetividade da fórmula adotada para julgamento das propostas (itens 6, 7, 8 e 9), em desobediência ao disposto no artigo 44 da Lei n.º 8666/93; c) omissão indevida quanto à forma de pagamento da despesa (item 9.2); d) impertinência da previsão de pagamento da primeira parcela da obrigação após 05 (cinco) dias da assinatura

do Termo de Parceria, momento em que não seria possível aferir a eficiência da entidade, tampouco se houve devida contraprestação; e) inconstitucionalidade do objeto, na medida em que os serviços públicos de saúde devem ser prestados diretamente pelo Estado, sendo ilegal a “entrega da saúde à OSCIP”, como exemplificada pelos itens 3.1.1, 3.2.1, 3.1.4 e 3.2.4 do anexo I; f) infringência do artigo 37 da Constituição Federal, porquanto a contratação deixará de realizar concurso público para contratação de temporários, os quais, consideram, serão servidores públicos indiretos, com responsabilidade subsidiária da Administração (item 3.1.4); g) indefinição quanto à quantidade de profissionais em cada área de atuação, deixando essa providência ao critério da Entidade, dentro da tabela apresentada pelo Poder Público (itens 3.1.4 e 3.2.4); e h) necessidade de se incluir, como condição de qualificação econômico-financeira, a apresentação de certidão negativa de ações trabalhistas.

De sua vez, a representante Atenas – Agência de Desenvolvimento de Negócios combateu os seguintes pontos: a) necessidade de se comprovar a regularidade fiscal mediante a apresentação de certidão negativa da Justiça do Trabalho (item 4.2.6); e b) obrigatoriedade de se fornecer certidões negativas de concordatas, falências, recuperações judiciais, execuções cíveis e protestos, além da declaração de isenção de imposto de renda ou cópia do recibo de entrega (itens 4.4.2, 4.4.3, 4.4.4 e 4.4.5).

Nas sessões de 16 e 23 de setembro passado este Tribunal referendou medidas liminares concedidas para o efeito de determinar o processamento das matérias no rito do Exame Prévio de Edital, fixando prazo para apresentação de justificativas e documentos e determinando a suspensão do procedimento até deliberação final desta Corte.

Após dilação de prazo requerida e concedida, a Prefeitura de Santo André apresentou justificativas e documentos, argumentando basicamente que, por se tratar de seleção de entidade do Terceiro Setor, de caráter público, o concurso de projetos não pode ser confundido com um simples processo licitatório regido pela Lei Federal n.º 8666/93.

Acrescenta que foi editada norma própria para regular as OSCIPs, consoante suas particularidades, tornando-se inaplicáveis as disposições gerais da Lei de Licitações.

Quanto aos questionamentos, rebateu pontualmente todas as críticas, inclusive defendendo a pertinência das regras do edital (critérios de qualificação; julgamento dos projetos; formas de pagamento; atividade possível de ser transferida mediante termo de parceria), porquanto concebidas nos termos da Lei n.º 9790/99, Decreto n.º 3100/99 e, especialmente, da Lei Municipal n.º 9135/09 e Decreto n.º 15.908/09.

Assessoria Técnica subscreveu a impertinência de se exigir certificado de registro emitido pela Prefeitura de Santo André e as certidões da Justiça do Trabalho, de execuções cíveis e de protesto; incompatibilidade do Termo de Parceria em substituição à contratação de pessoal sem concurso público; e a ausência de informações acerca do número suficiente de empregados necessários, concluindo pela procedência parcial das representações, posição acompanhada por Chefia de ATJ.

SDG suscitou questão de ordem para reiterar seu entendimento no sentido de que não há submissão do concurso de projetos à Lei n.º 8666/93, porquanto o inciso I, do artigo 9º do referido diploma veda a participação do “autor do projeto” na execução dos serviços, dispositivo que reputa aplicável ao caso.

Em decorrência, defendeu que não seria possível examinar vícios deste edital em sede de exame prévio, ressaltando, porém, que tal assertiva não foi acolhida pelo E. Plenário deste Tribunal, nos autos do TC-008023/026/09.

Com esse raciocínio, defendeu que as impugnações fundadas nas regras da Lei de Licitações não merecem prosperar e informou que este Tribunal já respondeu consulta no sentido de ser possível a celebração de Termo de Parceria na área da saúde (TC-002149/006/02), ressaltando sempre a necessidade de o objeto ter caráter complementar, pois do contrário poderia gerar dúvida quanto ao cabimento do procedimento licitatório.

Sublinhou que o ajuste celebrado será objeto de análise nesta Casa, ocasião em que deverá ser apreciada a maior parte das impugnações e propôs correções do edital no que tange à falta de amparo legal para se exigir a prova de cadastramento perante o Município de Santo André; necessidade de eliminação de critérios subjetivos de julgamento; correção da previsão de desembolso de pagamento; e necessidade de maior detalhamento do número de empregados necessários.

É o relatório.

## VOTO

Em juízo preliminar, verifiquei que o tema tem recebido toda atenção deste Tribunal, havendo alguns prece-

ditos que acolheram representações semelhantes manejadas contra editais de concurso de projetos de outros Municípios (cf. TC-008903/026/07, TC-005270/026/08 e TC-008023/026/09, este último decidido em sessão plenária de 17 de junho passado, sob relatoria do eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini).

Atualmente, as notícias trazidas a este Tribunal revelam aumento considerável da incidência de parcerias celebradas pela Administração com entidades do chamado Terceiro Setor, seja com as Organizações Sociais (OS), seja com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Muito embora isso já não seja nenhuma novidade, assim como o recrudescimento da atividade fiscalizatória desta Corte tem demonstrado, parece-me que essa nova realidade não deixará de retornar à nossa pauta de trabalhos de Exames Prévios de Edital, merecendo por isso estudo ininterrupto para o contínuo aprimoramento do produto da atividade deste Tribunal, como sempre tem acontecido.

Devo alertar, ainda, dos limites de apreciação da matéria no rito sumaríssimo e os reflexos proporcionados pelas respectivas decisões em relação ao exame ordinário dos instrumentos posteriormente remetidos ao crivo deste Tribunal.

Superadas essas ressalvas, que faço para induzir reflexão a respeito do tema, reconheço que as razões deduzidas pela Prefeitura de Santo André são sólidas e estão fundamentadas em disposições normativas aplicáveis ao caso concreto, ainda que não se mostrem suficientes para impedir a apreciação da matéria por parte deste Tribunal, não com base no regimento estatuído pela lei geral de licitação, senão a partir dos princípios constitucionais informadores da Administração Pública (artigo 37, *caput*, do Texto Constitucional) e da própria legislação municipal, neste caso existente.

De início, anoto que a proposição do *caput*, do artigo 116 da Lei n.º 8666/93 manda aplicar a disciplina geral do procedimento licitatório e contratação, incluindo a competência fiscalizatória dos Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno (§ 2º do artigo 113), “no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

De outra parte, rememoro que o poder geral de cautela do Controle Externo já foi expressamente admitido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, posicionamento segundo o qual a competência constitucional de fiscalizar o contrato abrange o poder de apreciar editais de licitação no intuito de evitar lesão ao erário.

<sup>1</sup> Nesse sentido o decidido pelo Egrégio Plenário, na ação de mandado de segurança n.º 24.510-7-DF, relatora a eminente Ministra Ellen Gracie: “O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei n. 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões” (acórdão de 19-11-03).

Na situação dos autos, embora não se trate de licitação e contrato no sentido estrito dos termos, acredito que, *mutatis mutandis*, se cabe ao Tribunal fiscalizar o termo de parceria – e disso já não resta a menor dúvida por força do disposto no § 3º, do artigo 11 e artigo 12, ambos da Lei n.º 9790/99 – também lhe toca dirimir eventuais irregularidades acometidas ao ato público de chamamento das potenciais interessadas, considerando a seleção de projetos como verdadeira espécie de competição pública, desde que os parâmetros de julgamento se circunscrevam à disciplina legal própria, de acordo com cada caso concreto.

Assim como a licitação é ferramenta de garantia e realização do valor jurídico da *igualdade*, o concurso de projetos instaurado pela Prefeitura de Santo André também decorre do mesmo postulado da isonomia, valor igualmente positivado no artigo 11 da Lei Municipal n.º 9135, de 03 de julho de 2009, segundo o qual “*A escolha da OSCIP dar-se-á mediante concurso de projetos, a ser realizado nos termos do Decreto Federal nº 3100, de 30 de junho de 1999, pelo órgão interessado da Administração Direta e Indireta, aplicando-se subsidiariamente as normas da Lei Federal nº 8666/93, de 21 de junho de 1993, nos casos omissos*”.

Dentro dessa realidade normativa, inegavelmente estamos diante de procedimento licitatório no sentido amplo, genericamente considerado.

Dito isso e com relação à irrisignação das representantes, considero inicialmente que não há óbice legal à transferência do objeto por intermédio da seleção de entidade do Terceiro Setor, argumento que fundamenta a rejeição da alegada inconstitucionalidade e eventual fuga do concurso público.

Ao contrário, a legislação nacional e municipal autorizam o modelo de contratação na área da saúde e, como destacado por SDG, este Tribunal já respondeu consulta no sentido de que “*...é possível a contratação de Organizações Sociais, Organizações Sociais de Sociedade Civil de Caráter Público e Associações para a operacionalização do Programa de Saúde da Família e do Programa de Agentes Comunitários de Saúde, desde que precedida de lei municipal dispondo sobre a matéria e que sejam observados os respectivos procedimentos de seleção das entidades interessadas em celebrar contratos de gestão, termos de parceria e convênios ou contratos com a Prefeitura local*” (cf. TC-002149/006/02, T. Pleno, sessão de 05/05/04, relator eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues).

A exigência de registro no “*Cadastro Municipal de OSCIP*” (item 4.1.4) não se confunde com o dever da entidade estar sediada ou ter prestado serviço no local e tem amparo na Lei Municipal n.º 9135/09, norma que defere a possibilidade de participação no concurso

de projetos ou celebração de Termo de Parceria apenas às “*OSCIPS previamente cadastradas no Município de Santo André, que não estejam em mora com a prestação de contas de recursos recebidos de outras esferas de Governo e que não tenham sido punidas com suspensão do direito de firmar parcerias ou outros ajustes com a Prefeitura Municipal de Santo André*” (artigo 12).

Mesmo que a Lei n.º 9790/99 defira ao Ministério da Justiça a competência para qualificar as organizações da sociedade civil, não vejo a princípio usurpação na instituição de requisito de participação no concurso de projetos que melhor retrate os interesses locais, respeitando o exato significado do termo “parceria” e a evidente autonomia do respectivo ente federativo.

Com relação aos questionamentos suscitados contra o repasse de recursos antes da efetiva contraprestação ou supostas omissões na sistemática de pagamento, verifico que o regime jurídico do Termo de Parceria é essencialmente distinto do procedimento ordinário de realização da despesa pública.

No caso, aplicam-se proposições normativas específicas, com maior liberalidade na forma de transferência dos recursos consoante os prazos de execução ou cronograma previamente estabelecidos, havendo permissão, inclusive, de liberação em parcela única (artigo 10, § 2º, IV, da Lei n.º 9790/99 e artigos 14 e 15 do Decreto n.º 3100/99).

De igual maneira, a queixa recaída contra a suposta indefinição do número de empregados da OSCIP não subsiste diante das margens previamente estabelecidas pela Administração, abrangendo a relação de todas as especialidades necessárias (itens 3.1.4 e 3.2.4)

Além disso, a natureza do vínculo de cooperação pressupõe relativa margem de liberdade de ação da OSCIP e da proposta oferecida, respeitadas as balizas da lei e do edital do concurso.

No que tange aos questionados critérios de participação e procedimentos para recebimento e julgamento dos projetos (itens 4.2.6, 4.4.2 a 4.4.5; e itens 6, 7 e 8 do edital), assiste razão aos representantes.

Em verdade, os parâmetros de seleção e julgamento dos projetos devem obedecer à disciplina do artigo 27 do Decreto n.º 3100/99 e levar-se-ão em conta: “*o mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado; a capacidade técnica e operacional da candidata; a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados; o ajustamento da proposta às especificações técnicas; e a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público*”.

Em um primeiro momento, deverão ser suprimidas as condições de participação no concurso que não digam respeito à comprovação da “*capacidade técnica e*

*operacional da candidata*” ou a *“regularidade jurídica e institucional”* da OSCIP, porquanto diferentemente da Lei Geral de Licitações, não há base jurídica para se ordenar a demonstração da regularidade fiscal ou qualificação econômico-financeira.

Devem ser retiradas do instrumento, portanto, as disposições impugnadas que impõem a apresentação de certidões negativas da Justiça do Trabalho, concordatas, falências, recuperações judiciais, execuções cíveis e protestos, além da declaração de isenção do Imposto sobre Renda de Pessoa Jurídica ou cópia do recibo de sua entrega (itens 4.2.6 e 4.4.2 a 4.4.5).

De sua vez, os parâmetros de seleção e julgamento dos projetos deverão estar circunscritos à valoração do *“mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado”*, *“adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados”* ou *“ajustamento da proposta às especificações técnicas”*, nos termos do artigo 27 do Decreto n.º 3100/99.

Não existe permissão para atribuição de pontos pela experiência da candidata, situação já protegida pela apresentação de atestado operacional, reclamado pelo item 4.3.

De outra parte, há excessiva subjetividade na fórmula de avaliação das características técnicas dos projetos, limitando-se os fatores eleitos à função de estabelecer vagamente se são suficientes para atingir os atividades, resultados e estratégias (item 8.2).

Cabe, portanto, certo aprimoramento para o fim de objetivamente demonstrar a Administração quais serão os requisitos mínimos pelos quais os projetos haverão de ser reconhecidos como suficientes para as metas pretendidas, assegurando tratamento isonômico e transparente na fase de julgamento.

Ante o exposto e delimitado pelo teor das impugnações, voto pela procedência parcial das representações formuladas por Jairo Bafile, José Montoro Filho e Tiago Nogueira e pela procedência da representação subscrita por Atenas – Agência de Desenvolvimento de Negócios, determinando à Prefeitura de Santo André que providencie as seguintes alterações do edital: a) retire as disposições impugnadas que impõem, como condição de participação, a apresentação de certidões negativas da Justiça do Trabalho, concordatas, falências, recuperações judiciais, execuções cíveis e protestos, além da declaração de isenção do Imposto sobre Renda de Pessoa Jurídica ou cópia do recibo de sua entrega; b) suprima a atribuição de pontos pela experiência da candidata, situação já protegida pela apresentação de atestado operacional; e c) corrija a excessiva subjetividade na fórmula de avaliação das características técnicas dos projetos, prevista no item 8.2, indicando fatores que claramente estabeleçam os parâmetros de pontuação para ativida-

des, resultados e estratégias oferecidas pelas candidatas.

Acolhido este entendimento por Vossas Excelências, devem representantes e representada, na forma regimental, ser intimados deste julgado, em especial a Prefeitura Municipal de Santo André, a fim de que, ao elaborar novo instrumento convocatório para o concurso de projetos n.º 02/09, incorpore as retificações aqui determinadas, providenciando a publicidade do instrumento na forma definida pelo artigo 8º do Decreto Municipal n.º 15.908/09.

Com o trânsito em julgado, remetam-se autos à Auditoria competente, via DSF, para providências complementares.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzi, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Robson Marinho, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator, e delimitado pelo teor das impugnações, decidiu julgar parcialmente procedentes as representações formuladas por Jairo Bafile, José Montoro Filho e Tiago Nogueira e procedentes a representação subscrita por Atenas – Agência de Desenvolvimento de Negócios, determinando à Prefeitura Municipal de Santo André que providencie as alterações no edital do Concurso de Projetos n. 002/09 consignadas no voto do Relator.

Determinou, por fim, sejam representantes e representada, nos termos regimentais, intimados deste julgado, em especial a Prefeitura Municipal de Santo André, a fim de que, ao elaborar novo instrumento convocatório para o Concurso de Projetos n. 002/09, incorpore as retificações determinadas no voto do Relator, providenciando a publicidade do instrumento na forma definida pelo artigo 8º do Decreto Municipal n. 15.908/09.

Determinou, por fim, com o trânsito em julgado, a remessa dos autos à Auditoria competente, via DSF, para providências complementares.

---

## TC-11322/026/08

Ementa: O Sr. Ângelo Augusto Perugini - Prefeito do Município de Hortolândia, consulta sobre a legalidade de se exigir das Prefeituras, nos contratos de locação de veículos, que a frota seja formada exclusivamente por veículos registrados e emplacados no Estado de São Paulo.

Presidente: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Relator: Conselheiro Renato Martins Costa. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 1º de julho de 2009.

## RELATÓRIO

A Prefeitura de Hortolândia, por seu Prefeito Municipal, Ângelo Augusto Perugini, formula em face desta Corte consulta relacionada a contratos de locação de veículos.

Pretende saber deste Tribunal como aplicar a Lei de Licitações diante de orientação a ela encaminhada pela Secretaria de Estado da Fazenda, no sentido de que as Prefeituras, em tais contratos, exijam da locadora a disponibilização de veículos registrados e emplacados no Estado de São Paulo.

Isso porque, consoante trabalhos de fiscalização implementados pela Secretaria, empresas locadoras de veículos estabelecidas no território de São Paulo estariam praticando fraude de domicílio, mantendo filiais de fachada em outras unidades da Federação, com o propósito de recolher o IPVA com alíquotas inferiores às praticadas neste Estado.

Nesses casos, entende a Secretaria que haveria de prevalecer o poder de tributação da Fazenda do Estado de São Paulo, porquanto a propriedade dos veículos locados nessas condições exteriorizar-se-ia, em concreto, no território de São Paulo, onde, portanto, os atos de locação e de gestão e controle de frota estariam concentrados.

Tal orientação, de outro lado, não encontraria amparo nos princípios e preceitos ditados pela Lei de Licitações e Contratos, conforme o figurino do artigo 3º, § 1º, implicando às Prefeituras, além disso, custos consideravelmente mais elevados nessa modalidade de contrato.

A inicial tramitou preliminarmente pelo GTP, que se manifestou pelo deferimento da consulta.

Acolhida a proposta, foram os autos distribuídos ao meu Gabinete pela E. Presidência.

Determinei, em seguida, as manifestações de ATJ e SDG sobre a matéria consultada.

Acompanhando a manifestação de sua Assessoria Técnica, o Senhor Procurador Chefe da ATJ concluiu que eventual condição incidente nos contratos de locação de veículos firmados pelas Administrações Municipais, consistente na exclusiva utilização de veículos registrados em São Paulo, não encontraria correspondência no ordenamento.

Consoante disposição da Lei Estadual nº 6.606/89 (art. 2º) e do Código de Trânsito Brasileiro (art. 120), o IPVA é devido no local de registro e licenciamento do veículo, medidas que devem ocorrer perante o órgão executivo de trânsito do Estado, no Município de domicílio ou residência do proprietário, o que, no caso das pessoas jurídicas, significa a respectiva sede ou, conforme o caso, o lugar de cada estabelecimento.

Nessa medida, podendo a empresa adquirir veículos onde tiver domicílio legalmente constituído, como na

hipótese de uma filial estrategicamente instalada em determinada localidade, não caberia à Administração discriminá-la por dispor de veículos registrados em Estado que imponha alíquota de IPVA mais baixa, sob pena de assim restringir a competitividade da disputa.

O Senhor Secretário-Diretor Geral opinou pelo não conhecimento da consulta, compreendendo tratar-se o pedido de análise de caso concreto.

Nada obstante, instado a dizer sobre o mérito, posicionou-se no sentido da insubsistência da tese defendida pela Secretaria da Fazenda, que iria de encontro com os princípios da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa mediante julgamento objetivo, dentre outros declarados pela Constituição Federal e reafirmados pela Lei de Licitações e Contratos.

Diante do requerido ingresso da Secretaria de Estado da Fazenda no autos, retirei os autos da pauta da Sessão de 25/03/09, na forma regimental.

Nesse sentido, o Senhor Secretário de Estado compareceu com subsídios para a análise da consulta.

Em síntese, ressaltou o insigne Titular da Pasta que o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 120, prescreve que o registro do veículo automotor ocorre perante o órgão de trânsito no Município de domicílio ou residência do proprietário, preceito igualmente encontrado na Lei nº 6.606/89, que disciplinou a incidência do IPVA no Estado de São Paulo até 31 de dezembro de 2008.

Nesse sentido, o fato gerador do IPVA materializa-se no local em que a propriedade do veículo se exterioriza, sendo competente para a cobrança do imposto o Estado que jurisdiciona o espaço geográfico onde a propriedade do veículo concretamente se manifesta.

Daí a Secretaria da Fazenda não considerar correto o fato de empresas locadoras de veículos estabelecidas em São Paulo fraudarem seu domicílio comercial, mantendo filiais de fachada em outras Unidades da Federação, para obter ganhos decorrentes da diferença de alíquota.

Daí, também, o teor da correspondência enviada aos Prefeitos de todos os Municípios do Estado de São Paulo e que deu ensejo à presente consulta.

Mencionou, ainda, os esforços do Estado para a disciplinar a matéria, especialmente o novo estatuto do IPVA (Lei Estadual nº 13.296/2008), dispondo sobre novas hipóteses de fatos geradores, sobre o detalhamento do domicílio tributário para a melhor definição do local em que o imposto é devido, bem assim estabelecendo novas hipóteses de atribuição de responsabilidades pelo pagamento do imposto e obrigações acessórias (cf. artigos 3º, 4º, 6º, 9º, 11, 15, 21, 26, 33, 37, 40 e 50).

Concluiu, com isso, que a propriedade de veículos por parte de empresas locadoras, ainda que por força de arrendamento mercantil, passou a sofrer a incidência do

IPVA lançado pelo Estado de São Paulo a partir da data em que o veículo vier a ser locado ou colocado à disposição para locação no território deste Estado ou, ainda, na data de sua aquisição para integrar a frota destinada à locação; que, para fim de definição do local em que o imposto é devido, prevalecerá o domicílio do locatário que, tratando-se de pessoa jurídica de direito público, será considerado quaisquer de suas repartições no território do Estado; e que o agente público que contratar a locação de veículo para uso da pessoa jurídica tornar-se-á responsável solidário pelo pagamento do IPVA, salvo se exigida comprovação da regular e obrigatória inscrição da empresa locadora no Cadastro de Contribuintes do IPVA, bem como o pagamento do imposto devido ao Estado relativamente ao veículos objeto da locação.

Afirmou, igualmente, que os efeitos da aludida norma não representariam, a rigor, requisito a ser atendido em certame licitatório.

Contudo, a contratação firmada no contexto das hipóteses de incidência tributária descritas na nova lei implicará ônus tributário a ser suportado pelo sujeito passivo da obrigação, razão pela qual deve ser reconhecida a legitimidade de se prever nos editais da espécie a exigência de comprovação da aludida inscrição cadastral das empresas, bem como o regular pagamento do IPVA, como condição de assinatura do respectivo contrato e durante sua vigência.

Colhi, nessa conformidade, a opinião de SDG.

Sobre o acrescido, o Senhor Secretário Diretor Geral ratificou sua opinião anterior, defendeu que a fiscalização da aplicação da aludida norma tributária não estaria no rol de competências deste Tribunal e que exigir das licitantes seu cumprimento implicaria restrição à competitividade dos certames licitatórios, de tal sorte que caberia vincular o cumprimento da exigência somente à vencedora da disputa.

Aberta vista dos autos à d. PFE, a insigne Procuradoria convergiu no entendimento de que a incidência dos preceitos da Lei nº 13.296/08 na fase de habilitação das licitantes em processo de licitação iria de encontro com a isonomia que deve reger tais procedimentos.

Tratando-se a vencedora, porém, de empresa com frota de veículos registrada em outro Estado, caberia, como condição de contratação, comprometer-se a se submeter aos requisitos da norma Paulista.

Ao parecer acrescentou a ilustrada Chefia da d. PFE entendimento específico para a disputa na modalidade Pregão, hipótese em que a inversão de fases, no seu entender, admitiria que exigências da lei tributária desde logo afetassem as licitantes, posto que o contrato é, ato contínuo, celebrado.

## VOTO PRELIMINAR

Inicialmente, defiro o ingresso da Secretaria de Estado da Fazenda nos autos como interessada, conforme pedido na fl. 48.

A consulta trata de matéria cujo cerne está estreitamente relacionado à atividade política e institucional daquela Pasta, bem como apresenta potencial para repercutir nas finanças do Estado, caracterizando, nessa medida, o informado interesse jurídico em igualmente subsidiar a compreensão do tema.

O Prefeito do Município de Hortolândia, “ex vi” do preceituado pelo § 2º, do art. 224 do Regimento Interno do Tribunal de Contas, afigura-se como parte legitimada a formular consultas em face desta Corte.

É verdade que o tema por ele apresentado concretiza situação fática, em que a Secretaria de Estado da Fazenda efetivamente encaminhou à Prefeitura diretrizes a serem observadas nas licitações destinadas à contratação de serviços de locação de frota de veículos, cuja aplicação implicaria burla ao Estatuto das Licitações, não admitindo, nessa medida, a manifestação hipotética deste Tribunal.

Inegável, porém, a relevante razão de interesse público que permeia tal objeto, motivo que basta para fazer a matéria subsumir-se ao figurino do § 1º, do mesmo dispositivo regimental acima referido.

Por essa razão, conheço da presente consulta.

## VOTO DE MÉRITO

Abstrairo dos termos da peça vestibular o quesito que deve orientar a presente análise: como tratar o aparente conflito entre os preceitos e princípios da Lei de Licitações e Contratos e a disciplina jurídica do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, nas hipóteses em que o Município instaura processo de licitação objetivando a contratação de serviço de locação de frota de veículos.

Ainda que, num primeiro lance, a descrição do quesito não revele maiores controvérsias, é fato que contratações da espécie, mesmo formalizadas no âmbito municipal, acabam gerando repercussão na esfera estadual, na medida em que, não raro, empresas locadoras constituem suas frotas com veículos registrados em Unidades da Federação que adotam alíquotas menores do aludido imposto, como são exemplos os Estados do Paraná e Tocantins.

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal (CF, art. 1º, “caput”) que, de forma autônoma, compõem sua organização político-administrativa.

A própria Constituição Federal, entretanto, impõe limites ao exercício de aludida autonomia que, em ma-

téria tributária, esbarra no rol de competências lá atribuídas a cada espécie de ente federativo.

Do exercício desequilibrado de tais competências podem decorrer distorções ao princípio federativo, implicando tratamento diferenciado de cidadãos conforme seu “status quo”, em prejuízo, portanto, à isonomia.

Em matéria tributária, para não me afastar do que interessa a estes autos, o estabelecimento de alíquotas do IPVA diferenciadas por Estado bem exemplifica tal situação, na medida em que, se de um lado desonera contribuintes domiciliados ou propicia vantagem àqueles que busquem domicílio no Estado mais benéfico, de outro suprime da Unidade da Federação que pratica alíquota mais alta a receita até então gerada pelos contribuintes que dela emigraram.

Daí, em tese, louvável a preocupação da Fazenda Estadual em coibir as hipóteses em que o contribuinte, objetivando se desonerar da exação de São Paulo, elege, mediante falsa declaração para fim de registro do veículo, domicílio tributário em outro Estado, conduta, portanto, passível de ser tipificada como crime contra ordem tributária.

Consigno, aliás, que a hodierna disciplina jurídica do IPVA em São Paulo, Lei Estadual nº 13.296/08<sup>2</sup>, para fim de incidência de aludido imposto, amplia e especifica o conceito de domicílio tributário contido no artigo 127 do Código Tributário Nacional<sup>3</sup>, fixando à Fazenda Estadual os parâmetros necessários para o exercício de seu poder de fiscalização.

Assim, aliás, bem explanou o insigne Secretário de Estado em sua intervenção nos autos.

Isso, contudo, não faz do processo de licitação mais um instrumento disponível à autoridade fazendária para o exercício de tal prerrogativa, porquanto outros princípios constitucionais de igual relevo ocorrem e devem igualmente ser observados.

Explico.

Se é notório que as compras e as execuções de obras e aquisições de serviços pela Administração Pública pressupõem, de regra, processo de licitação para a seleção do correspondente fornecedor, conforme estatuído pela Constituição Federal (art. 37, inciso XXI), também se deve ter em mente que tal certame se presta à tutela da primazia do interesse público, seja pela observação da

<sup>2</sup> “Artigo 4º - O imposto será devido no local do domicílio ou da residência do proprietário do veículo neste Estado.

§ 1º - Para os efeitos desta lei, considerar-se-á domicílio:

1 - se o proprietário for pessoa natural:

a) a sua residência habitual;

b) se a residência habitual for incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade onde o veículo esteja sendo utilizado;

2 - se o proprietário for pessoa jurídica de direito privado:

a) o estabelecimento situado no território deste Estado, quanto aos veículos automotores que a ele estejam vinculados na data da ocorrência do fato gerador;

b) o estabelecimento onde o veículo estiver disponível para entrega ao locatário na data da ocorrência do fato gerador, na hipótese de contrato de locação avulsas;

c) o local do domicílio do locatário ao qual estiver vinculado o veículo na data da ocorrência do fato gerador, na hipótese de locação de veículo para integrar sua frota; (g.n.)

3 - qualquer de suas repartições no território deste Estado, se o proprietário ou locatário for pessoa jurídica de direito público.

§ 2º - No caso de pessoa natural com múltiplas residências, presume-se como domicílio tributário para fins de pagamento do IPVA:

1 - o local onde, cumulativamente, possua residência e exerça profissão;

2 - caso possua residência e exerça profissão em mais de um local, o endereço constante da Declaração de Imposto de Renda.

§ 3º - Na impossibilidade de se precisar o domicílio tributário da pessoa natural nos termos dos §§ 1º e 2º deste artigo, a autoridade administrativa poderá fixá-lo tomando por base o endereço que vier a ser apurado em órgãos públicos, nos cadastros de domicílio eleitoral e nos cadastros de empresa seguradora e concessionária de serviço público, dentre outros.

§ 4º - No caso de pessoas jurídicas de direito privado, não sendo possível determinar a vinculação do veículo na data da ocorrência do fato gerador, nos termos do item 2 do § 1º deste artigo, presume-se como domicílio o local do estabelecimento onde haja indícios de utilização do veículo com predominância sobre os demais estabelecimentos da mesma pessoa jurídica. (g.n.)

§ 5º - Presume-se domiciliado no Estado de São Paulo o proprietário cujo veículo estiver registrado no órgão competente deste Estado.

§ 6º - Em se tratando de veículo de propriedade de empresa de arrendamento mercantil (leasing), o imposto será devido no local do domicílio ou residência do arrendatário, nos termos deste artigo.

§ 7º - Para os efeitos da alínea “b” do item 2 do § 1º deste artigo, equipara-se a estabelecimento da empresa locadora neste Estado, o lugar de situação dos veículos mantidos ou colocados à disposição para locação.”

<sup>3</sup> “Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilita ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.”

isonomia de tratamento àqueles que pretendem travar ajuste com a Administração, seja pela busca da proposta mais vantajosa (Lei nº 8.666/93, art. 3º), sempre à luz da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, dentre outros princípios que devem reger a atuação do Administrador Público.

Vale dizer, atribuir-se ao órgão licitante a função de combater a evasão fiscal por meio da adoção de critérios de seleção discriminatórios vai de encontro ao propósito fundamental de se obter, com isonomia, a proposta mais vantajosa, subtraindo, ademais, competência que a norma confere a outros agentes políticos e administrativos.

Afinal, a evasão do IPVA não só deve ser perseguida pelo Estado de São Paulo, por suas Secretaria da Fazenda e Procuradoria Fiscal, mas também pelo Ministério Público, porquanto a conduta daquele que declara falsamente domicílio objetivando a menor exação do IPVA materializa crime contra a ordem tributária.

Note-se, mais ainda, que o ilícito aperfeiçoar-se-ia durante a execução do contrato, escapando, por mais essa razão, à esfera de atribuições da autoridade licitante a quem, por ocasião do recebimento e julgamento das propostas, não se pode a rigor atribuir o potencial de antever a situação concreta que está por vir, inclusive quanto ao que atenta contra o direito.

Disso ainda decorre outra observação sobre o tema, na medida em que a Lei de Licitações igualmente reserva ao contratado a responsabilidade pelos encargos fiscais resultantes da execução do contrato, isentando a Administração contratante, portanto, de quaisquer pagamentos disso decorrentes, bem como desonerando o negócio de valores eventualmente provenientes dos aludidos encargos.<sup>4</sup>

Ou seja, emergindo na execução contratual fraude de natureza fiscal, não poderá a contratada onerar o ajuste com eventual diferença de tributo, no caso o IPVA, que a Fazenda de São Paulo contra ela lance ou lhe promova a competente cobrança ou execução.

Há de se consignar, da mesma forma, que a subsunção da norma Paulista aos fatos imponíveis praticados conforme a lei indicam igual tratamento, devendo aqueles que regularmente mantêm suas frotas registradas em outras Unidades da Federação, se e quando contratadas, também se subordinar aos parâmetros de incidência tributária lá estabelecidos.

Assim considerado, respondo ao quesito formulado não reconhecendo o conflito de normas, no sentido de que o processo de licitação destinado à locação de frota

de veículos não deve, em prol da isonomia das licitantes e da busca da proposta mais vantajosa, submeter-se às limitações decorrentes do local de registro dos correspondentes veículos, matéria que transborda de seu propósito, repercute na fase de execução e se insere na esfera de atribuições tanto da Secretaria da Fazenda do Estado, quanto ao aspecto primariamente tributário, como do Ministério Público Estadual, para fins de persecução penal.

Compreendo, assim como a instrução e conforme a jurisprudência da Corte, que a exigência apenas se justifica quando reservada à licitante vencedora, como condição para o aperfeiçoamento do contrato, portanto.

Vale dizer, é possível impor, nos correspondentes instrumentos convocatórios, sejam os interessados, caso vencedores, alertados sobre sua submissão aos efeitos da aludida Lei Estadual nº 13.296/08.

Este o voto que submeto à consideração e apreciação deste Egrégio Colegiado, com proposta de que, se acolhido, implique a notificação do interessado conforme a praxe, bem como, consideradas as circunstâncias aqui verificadas, igualmente o Senhor Secretário Estadual da Fazenda.

Pelo interesse geral que envolve a matéria, proponho que a digna Presidência dê à resposta ora apresentada a divulgação necessária.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzi, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Robson Marinho, o E. Plenário, em preliminar, inicialmente deferiu o ingresso da Secretaria de Estado da Fazenda nos autos como interessada, conforme pedido na fl. 48, e conheceu da consulta, e, quanto ao mérito, na conformidade com o voto do Relator e com as respectivas notas taquigráficas, deliberou responder ao quesito formulado, não reconhecendo o conflito de normas, no sentido de que o processo de licitação destinado à locação de frota de veículos não deve, em prol da isonomia das licitantes e da busca da proposta mais vantajosa, submeter-se às limitações decorrentes do local de registro dos correspondentes veículos, matéria que transborda de seu propósito, repercute na fase de execução e se insere na esfera de atribuições tanto da Secretaria da Fazenda do Estado, quanto ao aspecto primariamente tributário, como do Ministério Público Estadual, para fins de persecução penal.

Compreendeu, ainda, que, assim como a instrução e conforme a jurisprudência da Corte de Contas, que a

<sup>4</sup> “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º. A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.” (g.n.).

exigência apenas se justifica quando reservada à licitante vencedora, como condição para o aperfeiçoamento do contrato, portanto.

Vale dizer, é possível impor, nos correspondentes instrumentos convocatórios, sejam os interessados, caso vencedores, alertados sobre sua submissão aos efeitos da aludida Lei Estadual nº 13.296/08.”

Determinou, outrossim, a notificação do interessado conforme a praxe, bem como, consideradas as circunstâncias verificadas, igualmente o Senhor Secretário Estadual da Fazenda.

Determinou, por fim, pelo interesse geral que envolva a matéria, seja dada à resposta ora apresentada a divulgação necessária.

Vencido o Conselheiro Antonio Roque Citadini, nos termos da manifestação de Sua Excelência, na seguinte conformidade:

“Senhor Presidente, gostaria de acompanhar o Conselheiro Renato, mas tenho muitas dúvidas, porque esta matéria, na verdade, ainda que se diga que a legislação não exige, passa a ser exigida na fase de contratação.

Na verdade, estamos transferindo de uma área para outra um veto que é claro na lei de licitação. Penso que o melhor caminho é no sentido de que a proposta vencedora deva ser equalizada, retirando-se o benefício dado a quem licencia o carro de uma maneira diferente dos padrões estabelecidos pelo Estado. Entendo essa forma perfeita. Quer dizer, se alguém vai em Curitiba ou em Palmas e paga um valor mais baixo, no momento da licitação poderão ser equalizadas as propostas e retirada a vantagem, o que implica dizer que para se ganhar de quem licencia aqui em São Paulo, deverá se considerar retirado o percentual que ele tem a mais. Essa fórmula me parece perfeitamente possível, não ferindo a lei de licitação, ou seja, impor a equalização das propostas, na medida em que se tem um benefício fiscal que outros não têm.

A exigência feita na contratação ou na execução do contrato acabará caindo, enquanto é possível para a administração resolver legalmente de outro modo a questão tributária.

Concordo com Vossa Excelência sobre a vergonhosa situação da cidade de São Paulo ficar lotada de carros de Palmas e de Curitiba, inclusive por órgãos públicos e também privados. É muito ruim, porque é uma disputa predatória por receitas.

Agora, a administração pode equalizar, deve equalizar, e quem quiser apresentar, sendo de São Paulo, sendo de Curitiba, terá a mesma condição, pois haverá desconto nas vantagens que Curitiba ou outro Estado lhe der. Legalmente é admissível, eis que retira a vantagem fiscal, sem correr o risco do quase certo questionamento por tratamento desigual a empresas iguais.

Concordo com Vossa Excelência dessa maneira, a meu ver o melhor caminho”.

---

## TC-3119/026/06

Ementa: Pedido de Reexame do Parecer da E. Segunda Câmara que emitiu parecer desfavorável às contas da Prefeitura Municipal de Guarulhos, exercício de 2006.

Presidente: Conselheiro Fulvio Julião Biazzini. Relator: Conselheiro Renato Martins Costa. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 15 de julho de 2009.

## RELATÓRIO

Em sessão de 19.08.08, a Segunda Câmara decidiu emitir parecer desfavorável às contas da Prefeitura Municipal de Guarulhos, exercício de 2006, em razão de: não atendimento das disposições do artigo 212 da Constituição Federal, bem como do “caput”, do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; do repasse de valores ao Legislativo superior ao limite fixado no inciso IV, do artigo 29-A da Constituição Federal; da total inobservância às normas constitucionais relativas aos precatórios; da realização de shows artísticos para comemoração de inaugurações de obras e evento religioso e da inobservância à Ordem Cronológica de Pagamentos.

Buscando a reforma do parecer, foi interposto Pedido de Reexame, constante de fls. 256/300.

Em suas razões, o recorrente inicialmente sustentou que os gastos não processados do ensino devem ser considerados na apuração do percentual mínimo obrigatório, por encontrar respaldo em ditames constitucionais e legais.

No tocante aos precatórios judiciais, apontou a incorreção dos valores indicados pela Auditoria.

Ademais, ressaltou que o Município sofrera em 2006 diversos sequestros e que se cumprisse os compromissos consolidados no mapa requisitorial do exercício e pagasse o valor dos precatórios dos anos anteriores, possivelmente violaria o princípio da continuidade dos serviços públicos, comprometendo de forma incontornável suas finanças, provocando a paralisia dos serviços públicos essenciais e todo o atendimento das necessidades sociais.

Requeru fossem sopesados, com base no princípio da razoabilidade, os aspectos de ordem financeira e todo o atendimento das necessidades sociais, apontando a impossibilidade de pagamento dos precatórios pretendidos, sem que se prestigiasse exclusivamente o interesse privado, olvidando-se, por completo, do interesse público.

Salientou que a Municipalidade vem buscando solução para o caso, na possibilidade de utilização do instituto de compensação entre os precatórios municipais vencidos e não pagos e débitos relativos a tributos municipais.

Observou que estavam aguardando a resposta de consulta formulada ao E. Tribunal de Justiça, objetivando saber se tal compensação violaria a ordem constitucional de pagamento dos precatórios.

Expôs que o Município de Guarulhos editou a Lei 5764/01, alterando o seu Código Tributário Municipal, a fim de possibilitar a compensação ora citada.

Teceu argumentos e citou jurisprudência no sentido de sua permissibilidade, concluindo que “por não ser hipótese de pagamento estrito, mas modo alternativo de extinção das obrigações, não pode ser imposto ao contribuinte. Desta feita, pode o Município propor a compensação, mas não compeli-lo a aceitá-lo, mesmo que também se vislumbre o seu interesse.”

Salientou, contudo, que aguardava manifestação do Tribunal de Justiça para a efetivação de tal medida.

No tocante ao cumprimento do teto constitucional relativamente ao repasse de duodécimo ao Legislativo Municipal, apontou que a questão está diretamente relacionada à composição da base de cálculo.

Argumentou que deveriam ser consideradas as receitas de dívida ativa tributária e suas obrigações acessórias (multas e juros de origem tributária), por se configurar como receita tributária.

Afirmou que a Municipalidade entendeu, desde a edição da EC 25/2000, enquanto aguardava regulamentação ou orientação por parte da STN ou deste Tribunal, que deveria proceder por similaridade, como os procedimentos previstos para as vinculações constitucionais ao Ensino à Saúde.

Expôs que, em consultas formuladas junto à Secretaria de Tesouro Nacional e a orientação da Fundação Prefeito Faria Lima, foi indicada a inclusão da dívida ativa e os juros e adicionais decorrentes.

Citou, ainda, doutrina e julgado deste Tribunal (TC-1659/026/04) e de Tribunais de Contas do país que autorizam o seu cômputo no valor a ser repassado à Câmara Municipal.

Defendeu, também, a inclusão das receitas advindas da CIDE e da Lei Kandir.

Assim, apontou que a base de cálculo seria de R\$ 825.101.421,18 e o percentual repassado ao Legislativo seria de 4,92%, afirmando, pois, inexistir irregularidade no repasse de valores ao Legislativo Municipal.

Nessas condições, requereu o provimento do apelo.

Os órgãos Técnicos manifestaram-se pelo recebimento do pedido de reexame, por ter sido interposto dentro do prazo e por parte legítima.

Sob o aspecto econômico, a Assessoria Técnica observou, inicialmente, que a peça recursal era cópia fiel de sua defesa prévia.

Lembrou que a argumentação já havia sido examinada pela Assessoria Técnica e considerada improcedente.

Assim, considerando que as arguições abordadas no Pedido de Reexame já haviam sido devidamente analisadas e nenhum argumento novo fora apresentado pelo recorrente, opinou pela reiteração dos percentuais consignados no parecer ora combatido.

Sob o prisma jurídico, ATJ, com o aval de sua Chefia, reputou que o apresentado não alterava a situação dos autos. Assim, opinou pelo não provimento do pedido.

SDG, em relação ao ensino, ponderou ser adequada a exclusão dos restos a pagar não liquidados, por não ter resultado em bens e serviços para a Educação, afirmando que podem ser cancelados a qualquer momento, uma vez que o credor não faz jus a nenhum recebimento da Administração Pública.

Em relação aos precatórios, observou que os pagamentos limitaram-se a 10,61% do valor que deveria ser todo solvido no ano em exame.

Quanto à pretensão do recorrente em agregar à base de cálculo a receita da dívida ativa tributária e, ainda, a derivada da Lei Kandir, disse que não encontrava guardida em pacífica e reiterada jurisprudência desta Corte, registrando que essa posição, desde 2001, tem sido fartamente divulgada ao público jurisdicionado, citando a cartilha “Os Cuidados do Prefeito para o Mandato”.

Assim, também opinou pelo não provimento do apelo. É o relatório.

## VOTO PRELIMINAR

O parecer foi publicado no Diário Oficial do Estado de 28 de agosto de 2008 e o recurso interposto no dia 15 de setembro do mesmo ano. Respeitado o prazo do artigo 71 da Lei Complementar 709/93 e considerando a legitimidade do recorrente, dele conheço.

## VOTO DE MÉRITO

Em relação ao ensino, reitero o exposto no voto de Primeira Instância, no sentido de ser adequada a exclusão do montante relativo aos restos a pagar não processados até a data da auditoria (31.05.07), porque a não liquidação da despesa indica que esta, seja obra, serviço ou compra, não foi realizada ou executada, não trazendo, assim, nenhum benefício ao setor educacional.

Diante da ausência de benefícios, não há como ser considerada na aplicação do setor.

Registro que, também nesta fase recursal, a liquidação dessas despesas não foi demonstrada pela Prefeitura.

Assim, persiste o não atendimento das disposições do artigo 212 da Constituição Federal, bem como do “caput”, do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mantendo-se as aplicações respectivas em 23,87 e 58,75%.

No tocante à receita utilizada para definir o limite do repasse de valores ao Legislativo<sup>5</sup>, não obstante os argumentos apresentados pelo recorrente, reitero que é pacífica a jurisprudência neste Tribunal<sup>6</sup>, no sentido de que os valores recebidos a título de dívida ativa tributária e seus encargos (multa e juros), bem como os recebidos nos termos da “Lei Kandir” não integram a base de cálculo para apuração do montante indicado no “caput”, do artigo 29-A da Constituição Federal, pois esses últimos são provenientes de tributos realizados em exercício anterior àquele que serve de referência ao limite em questão.

Citado artigo 29-A da Constituição Federal estabelece de forma expressa a composição da base de cálculo como “o somatório da **receita tributária e das transferências previstas no § 5º do artigo 153 e nos artigos 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior**”.

Noto, aliás, que a questão já foi tratada quando do exame das contas do exercício de 2005 da Prefeitura Municipal de Guarulhos, TC 2667/026/05, sendo expresso esse mesmo entendimento, que foi mantido pelo E. Plenário, em sessão de 28.05.08.

Por fim, destaco que a Contribuição de Intervenção do Domínio Econômico CIDE já fora considerada na base de cálculo, consoante demonstrado na fl. 219.

Assim, a transferência de duodécimos ao Legislativo acima do limite fixado no inciso IV, do artigo 29-A da Constituição Federal persiste.

Em relação aos precatórios, nada foi acrescido a fim de alterar a situação de inobservância às disposições constitucionais.

O valor pago R\$ 6.939.138,33, dos quais R\$ 6.930.276,13 decorrem de sequestro judicial, é bem inferior aos débitos indicados no mapa requisitório do exercício<sup>7</sup> e que deveriam ter sido pagos até 31.12.06, bem como dos 10% do saldo dos débitos dos exercícios anteriores (R\$ 156.236.029,50, dos quais R\$ 120.945.423,25 têm por base a EC nº 30).

Ademais, diante das ponderações feitas pela defesa, transcrevo trecho do voto proferido pelo eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, quando da apreciação do Pedido de Reexame interposto pela Prefeitura Municipal de Taquaritinga, relativamente às contas de 2006, TC-3431/026/06, Pleno de 05.11.2008.

“Esta Corte, atenta à «reserva do possível», tantas vezes invocado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que o cumprimento do que prescreve a Constituição (artigo 100 e Emenda n. 30/2000) exige pagamento mínimo de 10% do estoque anterior mais o total dos precatórios que compõem o mapa orçamentário do exercício<sup>8</sup>.

A orientação procura conciliar as dificuldades dos Municípios com o direito dos credores; pressupõe que todo o estoque anterior seja composto de débitos anteriores à Emenda 30 e de natureza não alimentar.”

Outrossim, friso, como fiz anteriormente, que o argumento de que o pagamento de tais débitos implicaria violação do princípio da continuidade dos serviços públicos não pode ser aceito, por tratar-se de determinação constitucional, tal qual ocorre com as vinculações referentes à educação ou à saúde.

Em relação às demais falhas que também contribuiram para a emissão de parecer desfavorável, da realização de shows artísticos para comemoração de inaugurações de obras e evento religioso e da inobservância à Ordem Cronológica de Pagamentos, nenhuma defesa foi oferecida.

Diante disso e considerando que as razões recursais nada inovam em relação à defesa oferecida em primeira instância, na esteira dos Órgãos Técnicos deste Tribunal voto pela improvemento do Pedido de Reexame.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Robson Marinho, bem como pelo da Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale e do Substituto de Conselheiro Marcos Renato Böttcher, preliminarmente o E. Plenário conheceu do Pedido de Reexame e, quanto ao mérito, em face do exposto no voto do Relator, negou-lhe provimento.



<sup>5</sup> Artigo 29-A da Constituição Federal.

<sup>6</sup> TC-223/026/02, Pleno de 08.02.05; 297/026/02, Pleno de 15.03.05; TC-125/026/02 de 22.03.06 e TC-194/026/02, Pleno de 04.10.06.

<sup>7</sup> R\$ 64.427.817,16, sendo que, desses R\$ 16.296.846,02 decorrem de ações propostas a partir de 2000

<sup>8</sup> Nesse sentido: TC-2692/026/05, Jandira, Pleno de 26-09-07; TC-1940/026/04 – Santo André – Pleno de 12-09-07; TC-1788/026/04 – Vera Cruz – Pleno de 06-12-06; TC-1928/026/04 – Roseira – 2ª Câmara de 07-03-06; TC-1748/026/04 – Ribeirão Branco – Pleno de 22-11-06 - DOE de 19-01-07; TC-1791/026/04 – Águas da Prata – Pleno de 23-05-07; TC-1649/026/04 – Estrela do Norte – Pleno de 06-12-06; TC-1817/026/04 – Cachoeira Paulista – Pleno de 29-11-06; TC-1841/026/04 – Ferraz de Vasconcelos – Pleno de 20-09-06; TC-1943/026/04 – Santo Antonio da Posse – Pleno de 22-11-06; TC-2418/026/05 – Adolfo – Pleno de 03-10-07; TC-2891/026/05 – Mogi-Guaçu – Pleno de 26-03-08; TC-1656/026/04 – Guapiara – Pleno de 21-03-07; TC-1828/026/04 – Colina – Pleno de 30-05-07; TC-1545/026/04 – Pirajuí – Pleno de 16-05-07; TC-1681/026/04 – Itariri – Pleno de 14-03-07; TC-1833/026/04 – Cruzeiro – Pleno de 14-03-07; TC-2675/026/05 – Inúbia Paulista – Pleno de 03-10-07; TC-2982/026/05 – Tremembé – Pleno de 07-05-08; TC-2455/026/05 – Campo Limpo Paulista – Pleno de 31-10-07; TC-2554/026/05 – Pirapora do Bom Jesus – Pleno de 17-10-07; TC-1663/026/04 – Estância Turística de Ibiúna – Pleno de 04-07-07 e; TC-1768/026/04 – Estância Balneária de São Vicente – Pleno de 17-10-07.



## CONSELHEIRO ROBSON MARINHO



### TC-13530/026/08

Ementa: Pedido de Reconsideração em face da decisão do E. Tribunal Pleno, que não conheceu da Ação de Rescisão interposta pela Universidade Estadual “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP contra a decisão da Primeira Câmara, que negou provimento ao Recurso Ordinário interposto em face da sentença publicada no D.O.E. de 28-04-07 que julgou irregular o ato de admissão, negando seu registro, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII da Lei Complementar 709/93.

Presidente: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Relator: Conselheiro Robson Marinho. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 6 de maio de 2009.

### RELATÓRIO

Em exame Pedido de Reconsideração apresentado pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP -, inconformada com a r. decisão<sup>1</sup> que não conheceu da Ação de Rescisão de Julgado e declarou a carência do direito da autora de postulá-la, mantendo o juízo de irregularidade de admissão de servidora.

Em sua petição, a autora relembra que:

- a servidora Andreza Cristina da Cruz Assis foi admitida em 2004 após ter sido aprovada em concurso público de provas e títulos para prover a função de Auxiliar de Serviços Gerais, na vaga decorrente do falecimento de Aparecida Aroca Câmara, que se deu em 13/10/03;

- a impugnação da referida admissão decorreu do fato de que a vaga utilizada para o provimento da função fora criada por despacho do Vice-Reitor, de 18/9/89, data posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a exigir lei específica para a criação de cargos, empregos e funções públicos;

- à época da admissão havia outra vaga existente, instituída antes da Constituição Federal de 1988, que

atendia perfeitamente aos ditames constitucionais, isenta de nulidade, mas que deixou de ser utilizada naquele momento;

- com o objetivo de convalidar os atos praticados, evitando prejudicar a servidora de boa-fé, a ensejar eventual recurso ao Judiciário, a UNESP promoveu as devidas correções do ato de admissão, substituindo aquela vaga originalmente indicada para a reposição, por outra, decorrente da aposentadoria do servidor José Paixão de Lima, retroagindo seus efeitos à 29/11/03, quando correu a publicação no DOE do despacho originário autorizativo para a reposição da referida função autárquica;

- assim, não se trata, agora, simplesmente da notícia da existência daquela vaga, mas da adoção de providências concretas à efetiva substituição da função anteriormente indicada, o que supera, no seu entender, o trecho do voto condutor que não conheceu a Ação de Rescisão, e não reconhece a existência do documento novo invocado pela recorrente, “por tratar-se, apenas de meras alegações”;

- o ato administrativo baixado pela UNESP, que convalidou a admissão da servidora em questão, na visão do festejado Celso Antonio Bandeira de Mello, constitui exigência do próprio direito, sendo, portanto, conduta impositiva à administração, como meio de propiciar a legalidade do ato e proteger os princípios constitucionais da segurança jurídica e da boa-fé de que se revestem as decisões emanadas da Administração Pública;

- a edição do ato praticado pela UNESP vem ao encontro das determinações do Tribunal contidas na Deliberação proferida no TC-A-32275/026/01, que disciplinou o registro dos atos de admissão de servidores da UNESP, no trecho em que aquele decisório, ao referir-se especialmente à hipótese de cargos, funções e empregos criados por Resoluções, “*determinou expressas providências à Universidade para a adoção de providências com o objetivo de regularizar a situação*”;

- não bastasse isso, este Tribunal, apreciando, em grau de recurso, caso semelhante ao que ora se examina, nos autos do TC-40904/026/06, em face de sentença

<sup>1</sup> Tribunal Pleno, nos termos do Acórdão publicado no DOE de 29/1/09.

que negara registro à admissão de pessoal efetivada pela Prefeitura, em vagas oferecidas em concurso público, mas que não haviam sido criadas por lei, aceitou a tese da convalidação dos respectivos atos de nomeação, mediante a prova da edição de lei específica, criando os cargos reclamados, embora extemporânea, eis que ocorreu somente após a realização do certame; e

- prevaleceu, naquele processado, a incontestável boa-fé dos servidores, que acreditaram na Administração, acorreram à convocação do concurso e se submeteram aos seus rigores, bem como o senso comum de justiça, além do que a r. decisão rescindenda, caso não tivesse sido reformada, abriria a possibilidade de os eventualmente prejudicados se socorrerem do Judiciário, criando situação propícia para indenizações, por perda e danos, o que não era desejável.

Por tais razões, concluiu a autora pelo acolhimento do presente Pedido de Reconsideração, por estar caracterizada a hipótese prevista no inciso III do artigo 76 da LC nº 709/93, para o fim de ser julgada procedente a respectiva Ação de Rescisão.

A e. Presidência do Tribunal, entendendo presentes as condições de admissibilidade, recebeu a matéria como Pedido de Reconsideração, sendo os presentes autos a mim encaminhados.

Instada a se manifestar, a d. PFE defendeu que a documentação agora apresentada é capaz de assegurar pronunciamento favorável, eis que ficou demonstrada que a admissão impugnada, com a retificação do respectivo ato, que alterou a vaga utilizada, provendo-se a função criada sob a égide da legislação vigente à época anterior à Constituição de 1988, pode ser considerada como documento novo, e se presta, agora, a embasar Ação de Rescisão, por já existir à época da decisão rescindenda, o qual era ignorado pela autora ou do qual não pôde fazer uso e, sobretudo, capaz de assegurar, por si só, pronunciamento favorável sobre a questão em análise.

Além disso, asseverou a d. PFE, que a Deliberação do Tribunal nos autos do mencionado TC-A-32275/026/01 só alcança as situações funcionais instituídas na vigência do texto constitucional de 1988, razão pela qual, na esteira dos mais recentes precedentes havidos, o ato de admissão em causa merece registro.

SDG, por sua vez, pronunciou-se pelo desprovimento do Pedido de Reconsideração.

É o relatório.

### VOTO PRELIMINAR

O Pedido de Reconsideração foi proposto por parte legítima e dentro do prazo legal.

Compulsando os autos, constatei que a autora explicou detalhadamente os procedimentos adotados com vistas à regularização da nomeação impugnada pela decisão rescindenda.

O juízo desfavorável à referida admissão decorreu da informação de que a vaga originária foi criada em 1989, em data posterior à promulgação da atual Constituição, que passou a exigir a criação de cargos, empregos e funções públicos somente por lei específica.

Com o intuito de promover a convalidação do ato impugnado e amoldar-se às determinações do Tribunal, a UNESP promoveu a retificação do ato de nomeação, retroativo a 26/11/03, para constar que o provimento do cargo pela servidora era na vaga decorrente da aposentadoria de outro servidor, que, por preceder a Constituição de 1988, não apresenta aqueles vícios que levaram à emissão de juízo de irregularidade.

Nesse passo, entende a UNESP que a vaga encontrada e a formalização do ato constituem documentos novos, na conceituação do Tribunal, eis que, como ficou demonstrado, a referida vaga pré-existia à Constituição de 1988, sendo, portanto, conhecida, mas que não foi considerada naquele momento, embora a sua utilização se amoldasse à melhor interpretação atribuída à hipótese tratada no inciso III do artigo 76 da LC nº 709/93, e que condiz com a tese defendida nos autos pela d. Procuradoria da Fazenda Estadual, acerca do entendimento sedimentado na Corte sobre o que se entende por *documento novo*.

Argumenta também a UNESP que este Tribunal, ao julgar caso semelhante, em sede de Ação de Rescisão de Julgado, nos autos do TC-040904/026/06<sup>2</sup>, de interesse da Prefeitura do Município de São Caetano do Sul, conheceu e decidiu pela procedência do pedido, após a referida administração municipal ter editado lei específica para criar os cargos que haviam sido colocados em concurso e sido convalidadas as admissões efetuadas, mediante a regularização do quadro funcional.

À vista disso, conheço da presente ação para os fins do referido inciso III do artigo 76 da Lei Orgânica do Tribunal.

### MÉRITO

Ao analisar o mérito da questão em julgamento, verifico que a direção da UNESP fez derradeiro esforço na tentativa de obter juízo de regularidade sobre o ato de admissão impugnado.

Em sua nova abordagem sobre a matéria em julgamento, a Universidade logrou demonstrar haver promovido a

<sup>2</sup> Tribunal Pleno, sessão de 12/12/07, sendo Relator o eminente Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho.

regularização da situação funcional da servidora, procedendo à retificação do ato originário, fixando o provimento do cargo em vaga pré-existente à carta Magna de 1988.

Dessa forma, o ato que retificou a admissão originária da funcionária, utilizando vaga criada sob a égide da legislação anterior à Carta de 1988, e retroativo à data de admissão, em 1993, em nada se incompatibiliza com o interesse público e, antes de tudo, visa à proteção dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé inerentes aos atos administrativos.

Nesse passo, constato que foi sob esse mesmo enfoque que o e. Tribunal Pleno, em sessão de 12/12/07, julgou procedente Ação de Rescisão de Julgado interposta nos autos do TC-040904/026/06<sup>3</sup>, e considerou regulares as admissões de servidores que haviam sido nomeados sem que a lei municipal tivesse criado as vagas oferecidas em concurso, à época em que foi realizado.

Alegou-se, naquele julgado, que a dispensa abrupta dos servidores causaria prejuízos à Administração e frustraria a vida funcional de pessoas que haviam decidido fazer carreira no serviço público, não restando ao Município outra alternativa a não ser a regularização da matéria através da edição de Lei, embora extemporânea, criando os cargos públicos levados a concurso e convalidando o quadro de pessoal.

Considero que as peculiaridades que envolvem este julgamento permitem, em caráter excepcional, o seu desfecho favorável, por se tratar da última oportunidade para se corrigir prejuízo efetivo a servidora que submeteu-se às regras do concurso e acreditou na lisura dos atos praticados pela Administração, não tendo concorrido em nenhum momento para as falhas existentes.

Bem por isso, entendo que o referido ato de retificação harmoniza-se também com a Deliberação proferida pela Corte no TC-A-32275/026/01, que analisou a legalidade das admissões efetuadas pela UNESP em vagas criadas por Resolução, em face da Carta de 1988, a qual passou a exigir lei específica para a criação de cargos, empregos e funções públicos, ressaltando, entretanto, aquele decisório, as admissões promovidas sem aquelas cautelas, efetuadas até a data da sua publicação na imprensa oficial, que ocorreu em 7/5/2004.

Constatei, também, que referida Deliberação norteou os julgamentos dos TC's 672/002/06<sup>4</sup> e 021171/026/06<sup>5</sup>, nos quais foram providos os Recursos Ordinários defendendo os registros das admissões, por terem recaído em vagas criadas por Resolução editada anteriormente à nova ordem constitucional.

<sup>3</sup> E. Tribunal Pleno – Sessão de 12/12/07 – Relator, o insigne Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho.

<sup>4</sup> Sessão de 28/8/07, sendo Relator o eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga.

<sup>5</sup> Sessão de 1º/7/08 – E. 2ª Câmara, por mim relatado.

Em face do exposto, acolho as conclusões da d. PFE e voto pelo provimento do presente pedido de reconsideração, para o fim de ser conhecida e julgada procedente a Ação de Rescisão de Julgado, e, por conseguinte, reformar a r. decisão proferida nos autos do TC-000595/002/06, determinando-se o registro do ato de admissão da servidora Andreza Cristina da Cruz Assis na função de Auxiliar de Serviços Gerais.

Decisão Constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Robson Marinho, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzi, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Renato Martins Costa, o E. Plenário, em preliminar, à vista do exposto no voto do Relator, conheceu da presente ação para os fins do inciso III do artigo 76 da Lei Orgânica deste Tribunal e, quanto ao mérito, em face do exposto no referido voto, deu provimento ao presente Pedido de Reconsideração, para o fim de ser conhecida e julgada procedente a Ação de Rescisão de Julgado e, por conseguinte, reformada a r. decisão proferida nos autos do TC-000595/002/2006, determinando-se o registro do ato de admissão da servidora Andreza Cristina da Cruz Assis na função de Auxiliar de Serviços Gerais.

---

## TC-1039/009/08

Ementa: Contrato de Gestão celebrado pela Prefeitura Municipal de Votorantim e a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Votorantim objetivando discriminar as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes na operacionalização da administração e execução pelo contratado, das atividades de serviço médico-hospitalares no Hospital Municipal de Votorantim, visando participar do Programa de Modernização de Gestão de Saúde.

Presidente em Exercício: Conselheiro Renato Martins Costa. Relator: Conselheiro Robson Marinho. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão da Segunda Câmara, realizada em 1º de setembro de 2009.

## RELATÓRIO

Em exame, contrato de gestão firmado pela Prefeitura Municipal de Votorantim com a Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Votorantim, tendo por objeto a operacionalização da gestão e execução de serviços médico-hospitalares no Hospital Municipal.

O ajuste, firmado em 12/1/07, com vigência de 12 meses, a contar da assinatura do contrato, no valor de R\$ 5.400.000,00, foi precedido de dispensa de licitação, com fundamento no inciso XXIV<sup>6</sup> do artigo 24 da Lei n° 8.666/93.

A Auditoria, a cargo da UR-9, manifestou-se pela irregularidade do procedimento, em razão das seguintes falhas: não foi apresentado o parecer do executivo municipal quanto à conveniência e oportunidade da qualificação da entidade contratada como Organização Social; não foi comprovada a qualificação da entidade contratada como Organização Social, visto não ter sido apresentada a certificação governamental de qualificação da contratada como tal, contrariando o artigo 5° da Lei federal n° 9637/98; não foi apresentada a proposta orçamentária e o programa de investimentos aprovados pelo Conselho de Administração da entidade; não constou a comprovação de que a celebração do contrato de gestão foi comunicada ao respectivo Poder Legislativo, em atendimento ao contido no § 2° do artigo 116 da Lei federal n° 8666/93; o contrato foi remetido ao Tribunal fora do prazo previsto nas Instruções 02/07.

Instada, a Origem informou que não há um parecer do executivo, mas dois, um da comissão especial que procedeu à análise técnica e outro do Conselho Municipal de Saúde que aprovou a habilitação da entidade; quanto à qualificação como OS, esclareceu que, “(...) na condição de *“Organização Social”*, nos moldes do Código Civil e tendo o reconhecimento da Lei Municipal e os respectivos cadastros em nível federal(...), **a Santa Casa é uma entidade reconhecida como OSCIP e qualificada para atuar na condição de parceira do Poder Público, na gestão dos recursos disponibilizados para o custeio do Hospital Municipal.**”(g.n); que a Lei n° 9637/98 aplica-se somente à União, justificando que o município possui autonomia como ente federativo, tendo editado a Lei n° 1453/00; que a proposta orçamentária e o programa de investimentos foram apresentados ao Conselho de Administração da Santa Casa, na ocasião da assinatura do contrato; e que todas as condições do contrato de gestão estão de acordo com o § 1°, artigo 116, da Lei n° 8.666/93.

Assessorias Técnicas sob os enfoques econômico e jurídico opinaram pela irregularidade do ajuste, asseverando que no plano operacional não constam os elementos essenciais, pois discriminados, apenas, o número de leitos, a média de permanência e o total de internações por setor, permanecendo inúmeras irregularidades, entre elas a ausência de proposta orçamentária e inexis-

tência da certificação governamental de qualificação da entidade contratada como Organização Social, conforme determina o artigo 5° da Lei federal n° 9637/98.

No entender da Chefia de ATJ, a inexistência de certificação governamental de qualificação da entidade e a diferença apontada entre o limite de internações e a média mensal descritos no plano operacional são elementos suficientes para se decretar a irregularidade do procedimento; no entanto, propôs a fixação de novo prazo para esclarecimentos sobre os apontamentos apresentados.

SDG entendeu que as impropriedades relacionadas à falta de comunicação da celebração do contrato de gestão ao Poder Legislativo local e a remessa extemporânea possam ser relevadas, sem prejuízo de severas recomendações com vistas à sua não reincidência. Todavia, a ausência de prova de que a entidade tenha sido certificada como Organização Social pelo Executivo Municipal; a não demonstração do cálculo que permitiu apurar o orçamento de R\$ 5.400.000,00, não restando evidenciada a compatibilidade dos recursos mobilizados com os objetivos a serem atingidos com a execução dos serviços; a afronta ao princípio da eficiência constatada pela ausência de justificativa capaz de fundamentar a decisão de contratar com uma Organização Social, vez que não restou comprovado que esta seria a melhor solução, carecendo, portanto, de planejamento, condição que deveria ter sido considerada prioritária; e a ausência de oitiva prévia do Conselho Municipal de Saúde, são impropriedades hábeis a macular a matéria em exame.

Novamente oficiada, a Origem apresentou novas justificativas, bem como juntou documento datado de 17/8/00, no qual consta que a entidade foi habilitada como Organização Social; que, conforme ata de n° 139, da reunião realizada em 24/10/06, houve a oitiva e deliberação prévia do Conselho Municipal de Saúde, tendo a habilitação sido aprovada por unanimidade; que o plano operacional demonstra a realidade do atendimento a ser prestado e que é interesse do município que a entidade atenda o maior número possível de munícipes; quanto à proposta orçamentária e o plano de investimentos, asseverou que foram apresentados ao Conselho de Administração da Santa Casa, quando da assinatura do contrato e que foram norteadores das atividades.

É o relatório.

## VOTO

Ao analisar a instrução processual, observo que as justificativas apresentadas pela Origem não foram há-

<sup>6</sup> XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

beis para reverter os pareceres desfavoráveis dos órgãos da Casa.

No tocante à falta de certificação governamental da entidade pelo Executivo municipal, alguns fatos chamaram a atenção, em especial quanto à incoerência nas datas dos documentos juntados pela Origem.

O documento que habilitou a entidade como Organização Social data de 17/8/00; no entanto, aqueles mais recentes, como a Ata do Conselho Municipal de Saúde, às fls. 124, que submeteu à votação a aprovação de habilitação da Irmandade Santa Casa é datada de 24/10/06; ainda, às fls. 61, consta a Declaração do Executivo Municipal de 24/6/08 que contraria toda a sustentação de defesa, na qual se afirma que a entidade não possui certificação como OS: *“Declaro para os devidos fins que a Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Votorantim, inscrita no CNPJ sob o nº 50.803.543/0001-15 não possui certificação Governamental de qualificação da contratada como Organização Social;”* (g.n)

Portanto, não houve prova inequívoca de que, após a aprovação do Conselho Municipal de Saúde, a entidade contratada tenha sido certificada pelo Executivo municipal como Organização Social na área da saúde, nos termos da Lei federal nº 9637/98 e Lei municipal nº 1453/00, alterada pela de nº 1896/06.

Afora a falta de certificação da entidade, tenho presenciado que muitos municípios, como no caso em análise, têm confundido os Institutos das Organizações Sociais (OS) com os das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), conforme justificativas às fls. 90 *“Assim, na condição de **“Organização Social”**, nos moldes do Código Civil e tendo o reconhecimento da Lei Municipal e os respectivos cadastros em nível federal, conforme detalhado acima, a Santa Casa é uma entidade reconhecida como OSCIP e qualificada para atuar na condição de parceira do Poder Público, na gestão dos recursos disponibilizados para o custeio do Hospital Municipal.”*(g.n).

Pelas razões ofertadas, é fácil constatar que este cenário de mudanças tem levado os Administradores Públicos, não raras vezes, a interpretar de forma equivocada as regras legais e, na maioria das oportunidades, tenho constatado verdadeiras terceirizações de atividades típicas do Estado, contrariando não só a finalidade de parceria e de fomento que a Lei nº 9637/98<sup>7</sup> desejou, como o disposto no § 1º do artigo 199<sup>8</sup> da Constituição Federal, em que se estabeleceu que as instituições pri-

vadas participarão de forma complementar do Sistema Único de Saúde.

A conjugação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais faz concluir que a Administração não possui a livre disposição dos bens públicos. Por isso, é condição obrigatória que o Administrador providencie estudos técnicos hábeis a comprovar que a contratação de uma OS é a forma mais vantajosa para atender ao reclamo público. Ademais, contratações da espécie pressupõem a comprovação, por meio do balanço patrimonial e de demonstração contábil do último exercício social, que a entidade encontra-se em boa situação financeira. Inexistem nos autos quaisquer documentos que evidenciem a boa situação financeira da entidade, tampouco a existência de estudos a comprovar a vantagem para o erário e para a população, constando, apenas, às fls. 118, uma justificativa do ex-Prefeito de que *“(…) muito embora não esteja decidido, pois estamos no início do processo de habilitação, mesmo assim podemos considerar que esta reunião marca a realização de dois sonhos do nosso município; ter seu Hospital Municipal e ter a Santa Casa de Votorantim funcionando em prol da população.”*

Na prática, as contratações com o terceiro setor têm sido anunciadas como soluções políticas para a resolução de problemas locais, ou, até mesmo, utilizadas como forma de afastamento de políticas fiscais, pois, conforme constam das cláusulas terceira e quarta do contrato, a Origem transferiu, além da gestão do Hospital Municipal, toda a responsabilidade pela contratação de profissionais, aquisição de materiais, equipamentos etc.

Sou defensor de políticas sociais que visam à eficiência em prol da coletividade, no entanto, filio-me à corrente doutrinária que sustenta a ilegalidade da descentralização de atividades típicas do Estado, em discordância com a Constituição Federal e com os princípios norteadores da Administração Pública.

Por fim, como externado pela SDG, não logrou a Origem demonstrar a base de cálculo para se chegar ao valor de R\$ 5.400.000,00, pois, pela leitura dos documentos encartados nos autos, observa-se que não restou evidenciada a compatibilidade dos recursos mobilizados com os objetivos a serem atingidos.

Pelo exposto, voto pela irregularidade do contrato de gestão, bem como pela ilegalidade das respectivas despesas previstas, acionando-se os incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93.

<sup>7</sup> Art.5º Para efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

<sup>8</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada

§1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Robson Marinho, Relator, e Renato Martins Costa, Presidente em exercício, bem como pelo do Substituto de Conselheiro Carlos Alberto de Campos, a E. Câmara, ante o exposto no voto do Relator, decidiu julgar irregular o contrato de gestão, e ilegais as respectivas despesas previstas, acionando-se os incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93.

---

## TC-608/008/10

Ementa: Edital do Pregão nº 018/10, promovido pela Prefeitura Municipal de Mirassol, visando ao registro de preços para a prestação de serviços de recapeamento asfáltico em vias públicas e serviços correlatos com fornecimento de material, mão de obra e equipamentos, requisitado para exame em virtude de representação proposta por Constroeste Construtora e Participações Ltda.

Presidente: Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Relator: Conselheiro Robson Marinho. Secretário: Sérgio Ciquerra Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 14 de julho de 2010.

### RELATÓRIO

Em exame, representação proposta por Constroeste Construtora e Participações Ltda. contra o edital do pregão presencial nº 018/10, instaurado pela Prefeitura Municipal de Mirassol, visando ao registro de preços para a prestação de serviços de recapeamento asfáltico em vias públicas e serviços correlatos com fornecimento de material, mão de obra e equipamentos.

Em síntese, a Representante reclamou do processamento de serviços de engenharia por sistema de registro de preços, da exigência constante do item 7.1, alínea “d” (*pede o detalhamento e especificações dos serviços a serem prestados*), bem como da não observância ao art. 9º, inc. V do Dec. nº 3931/01 (*ausência dos locais de realização do serviço licitado, dificultando a elaboração das propostas*).

Na sessão do dia 16/6/2010 o Egrégio Plenário referendou decisão monocrática publicada no DOE do dia 12/6/2010, a qual decretou a suspensão do certame, determinando, ainda, a remessa de cópia do edital impugnado e da publicação do ato de suspensão, bem como das justificativas pertinentes, além da abstenção da prática de quaisquer atos relacionados ao procedimento licitatório, até deliberação final.

Em resposta, vieram os documentos a partir de fls. 112/169 e 173/213.

Sinteticamente, o Prefeito Municipal salientou que, compulsando os autos do processo administrativo referente ao procedimento licitatório em destaque, verificou que houve uma retificação procedida pela Administração para fins de melhor adequá-lo à legislação, razão pela qual fora procedida alteração na data da realização do certame, do dia 14 para o dia 17.

Acrescentou que constou, também, daquele processo administrativo resposta do pregoeiro acerca do pedido de esclarecimento da ora interessada, bem como decisão sobre sua impugnação.

Defendeu que o edital está em consonância com a Lei Federal nº 8.666/93, especialmente em relação ao seu art. 15 e ao Decreto Municipal nº 4418/2010, que regulamentou o sistema de registro de preços no município.

Também sustentou que foi observado o art. 9º, inc. V do Decreto nº 3.931/01.

SDG concluiu pela anulação do certame ou, alternativamente, pela procedência da Representação, destacando que os serviços descritos vão muito além daqueles rotineiros, bem como o fato de o valor orçado, na ordem de R\$ 15.985.699,25, lançar dúvidas sobre a natureza pouco complexa do objeto pretendido.

É o relatório.

### VOTO

A questão de maior relevo a incidir sobre o caso em comento refere-se ao sistema adotado (registro de preços).

Quanto a este ponto, permito-me alongar um pouco mais, já que, em meu entendimento, essa solução não conduz à persecução do interesse público, considerando a situação ora apreciada.

Nessa perspectiva, como, aliás, já salientei em outra oportunidade, nos autos do TC-026464/026/09 (voto acolhido na Sessão Plenária do dia 16/9/2009), se por um lado a sistemática possibilita a atuação rápida da Administração, diminuindo, em consequência, o número de licitações para objetos similares, de outro, o fato de o sistema não obrigar a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir impossibilita um planejamento logístico adequado de implantação dos canteiros de obras, mobilização de máquinas e equipamentos e mão de obra para execução dos serviços, refletindo negativamente nos valores das propostas.

Ainda sob essa ótica, é possível inferir que as empresas próximas ao local das obras e serviços seriam beneficiadas em relação às demais, uma vez que teriam condições de fornecer preços melhores, considerando que seus custos de mobilização de equipamentos e insumos seriam bem mais baixos.

Outro ponto que merece ser analisado é que, a princípio, serviços de engenharia com alguma complexidade

não possuem atributos idênticos ou homogêneos, quanto à especificação e padronização, características que se fazem necessárias quando se pretende a utilização do registro de preços.

Quero com isso dizer que tais serviços poderiam ser licitados normalmente, desde que houvesse um planejamento satisfatório efetuado pelo poder público – o qual, diga-se -, constitui em peça fundamental de toda e qualquer Administração.

Em que pesem essas ponderações, as quais almejam simplesmente provocar uma melhor reflexão quanto ao tema, reconheço a existência de precedentes deste Tribunal que abarcaram a possibilidade da aceitação do registro de preços para serviços relacionados a pequenos reparos, de pouca monta e baixa complexidade, a exemplo de vários julgados, conforme TC-19533/026/09 (Sessão do Pleno de 5/8/2009), TC-299/001/09 e 10905/026/09 (Sessão do Pleno de 29/4/2009) e, mais recentemente, nos autos do TC-000329/003/10 (Sessão Plenária do dia 24/2/2010).

Nesse contexto, analisando o objeto, vejo que suas vertentes afastam-se daquele entendimento, não podendo ser adjetivadas como “pequenos reparos”, à medida que envolvem “recapeamento asfáltico”, “correções pontuais do pavimento asfáltico”, “pavimentação asfáltica”, “tachões e mini-tachões refletivos”, “sinalização horizontal”, “serviços de recuperação de paisagismo e conservação de guias”, “manutenção de galerias de águas pluviais” e “construção de sarjetões”, conforme o Memorial Descritivo.

Aliás, não há como concluir tratar-se de “gastos de pequena monta”, haja vista o valor orçado, na ordem de R\$ 15.985.699,25, considerando o porte do município – com população estimada de 54.729 habitantes no ano de 2010<sup>9</sup>.

A partir destes elementos, verifica-se a ocorrência de um antagonismo entre o que se pretende contratar e suas variáveis – em especial as atividades que envolvem o objeto e o valor estimado – com as características marcantes do sistema de registro de preços, revelando-se inadequada a adoção desta sistemática para a situação em comento.

A propósito, oportuno trazer à baila trecho do voto da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, acolhido na Sessão Plenária do dia 24/3/2010 (TC-64/001/10 e TC-88/001/10), como segue:

*“[...] No que diz respeito especificamente aos serviços de engenharia, este Tribunal de Contas já aceitara que se registrasse em ata o preço do serviço de “tapaburaco”<sup>10</sup>. E, justamente em razão das próprias características que identificam o sistema de registro de preços, é que a jurisprudência vem se consolidando para admiti-lo tão somente nas hipóteses em que se visar à contratação de serviços de “pequena monta”, singelos, rotineiros, que objetivem “pequenos reparos”. 2.3 Diversamente, na hipótese - consoante, por sinal, conclusões unânimes dos órgãos técnicos - os serviços de engenharia visados continuam revestidos de complexidade tal que impedem a utilização do registro de preços.*

*Não há como acolher razões de defesa de que se retiraram alguns serviços do rol pretendido, ou que se diminuiu o valor total estimado da contratação. São medidas que não têm, por si só, o condão de transformar os serviços visados em “singelos, rotineiros” ou de “pequena monta”.*

*O objeto licitado contempla, em verdade, conjunto de serviços de engenharia referentes à recuperação e recapeamento de vias que, pelas suas próprias características, não admite a utilização do Sistema de Registro de Preços. São serviços que, indiscutivelmente, carecem de projeto básico, pois demandam levantamento das necessidades de cada local onde serão executados, envolvendo, dentre outros aspectos, o diagnóstico das intervenções necessárias e respectivas soluções técnicas, a verificação da topografia, da superfície de rolamento, da plataforma existente, quantificação de remoção e substituição das camadas componentes do pavimento, reaproveitamento das camadas substituídas, a quantidade de abertura de caixas, recuperação e melhoria no sistema de drenagem, o tipo de fresagem e da base de concreto, a seleção da imprimadura correspondente ao tipo de solo, interferências no meio ambiente etc. É, enfim, a própria natureza do objeto licitado que o torna incompatível com o figurino do sistema de registro de preços.[...]”*

Da mesma forma, procede a queixa que recai acerca da alínea “d” do subitem 7.1, ao prever que a proponente deverá detalhar e especificar os serviços a serem prestados, por não contar com amparo legal, conforme destacou a SDG.

<sup>9</sup> Conforme dados colhidos no sítio eletrônico da SEADE – Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados, disponível no endereço <http://www.seade.gov.br/producao/perfil/perfil.php>

<sup>10</sup> TC-003437/003/04, TC-003500/003/04 e TC-003501/003/04 - licitação e contratos julgados regulares pela E. Primeira Câmara, em sessão de 29-11-05. Relator E. CONSELHEIRO ROBSON MARINHO; TC-001364/026/07, TC-031495/026/07 e TC-014161/026/07 – licitação e contratos julgados regulares pela E. Primeira Câmara, em sessão de 16-09-08, Relator E. CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES.

Por fim, em relação ao questionamento inerente à localidade da realização de cada serviço, ainda que em outras circunstâncias poder-se-ia perquirir da hipótese de aceitação dos argumentos defensórios, na direção de que “a indicação do local seria informado em momento oportuno”; nesta situação específica não cabe tal raciocínio, diante da impossibilidade da sistemática da adoção do registro de preços, conforme salientado, devendo ser aperfeiçoado o edital também quanto a este ponto.

Diante do exposto, circunscrito às impugnações suscitadas durante a instrução processual, voto pela Procedência da Representação formulada por Constroeste Construtora e Participações Ltda., determinando a anulação do pregão presencial nº 05/10, devendo a Prefeitura do Município de Mirassol, caso queira iniciar novo procedimento, que adapte o texto do edital aos termos

consignados neste voto, atentando principalmente para a impossibilidade da utilização da sistemática de registro de preços, no caso em tela.

Outrossim, determino à Origem que reavalie todas as demais disposições que nortearão o procedimento licitatório, a fim de verificar sua consonância com as normas de regência, jurisprudência e Súmulas desta Corte, com a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93.

Acolhido este entendimento pelo Plenário deste E. Tribunal, devem ser intimados Representante e Representada, na forma regimental.

Antes do arquivamento, sigam os autos à auditoria da Casa, para anotações.

Decisão constante da Ata:



# Jurisprudência



## Índice

### **Jurisprudência Seleccionada Municipal**

Consulta.....	127
Contratos .....	127
Licitação.....	133
Organização social.....	174
Organização da Sociedade Civil e Interesse Público .....	174
Parceria Público-Privada .....	176
Precatórios.....	178
Prestação de Contas.....	180
Publicidade e Propaganda .....	186
Recursos.....	187
Remuneração.....	195
Representação.....	197
<b>Exames Prévios de Edital Municipal .....</b>	<b>206</b>
<b>Exames Prévios de Edital Estadual.....</b>	<b>229</b>

# JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

## MUNICIPAL e ESTADUAL

Elaborado por Adélia da Silva Milagres

### MUNICIPAL

#### CONSULTA

#### LIMITE PARA INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO

• **Consulta formulada por Prefeitos, sobre limite para interposição de ação de execução, conforme estudo elaborado pela Assessoria de Planejamento e Gestão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

Os Prefeitos pretendem um pronunciamento desta Corte acerca da não execução de débitos fiscais inferiores a determinado valor, que não compense os custos da cobrança. O MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública de São Vicente também considera relevante que esta Corte externar seu entendimento sobre o tema.

Considerando os gastos com a movimentação da Administração Pública, o mencionado estudo da Assessoria de Planejamento e Gestão do Egrégio Tribunal de Justiça aventa o limite mínimo de R\$576,40 para execução e o Eminentíssimo Magistrado da Comarca litorânea, R\$1.100,00.

Os Senhores Prefeitos temem, no entanto, que eventual medida nesse sentido incida na proibição da Lei de Responsabilidade Fiscal no que concerne à renúncia de receita (...).

Como ressaltou, porém, Órgão Técnico, não compete ao Tribunal de Contas estabelecer valores ou fixar limites.

É assunto que diz respeito à situação específica de cada Município. Cabe a ele, depois de cuidadosa análise de suas peculiaridades, formular, responsabilmente, um juízo de adequação da medida que pretende concretizar, convertendo-a previamente em *lei*, por envolver “arrecadação” e repercutir nos instrumentos de planejamento da gestão (Constituição, art. 48, I e II).

Foi o que fez a Prefeitura do Município de São Paulo. Depois de aprovação pela Câmara Municipal, promulgou a Lei nº 14800/08, que autorizou o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos de pequeno valor (igual ou inferior a R\$610,00), de natureza tributária e não-tributária (...).

**TCs-7667/08, 8668/08, 10733/08 e 356/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 26/11/08 - DOE de 4/12/08, págs. 91/95. O E. Plenário, na conformidade com as respectivas notas taquigráficas, em preliminar, conheceu da consulta e, quanto ao mérito, deliberou respondê-la no sentido de que o Prefeito, mediante lei que o autorize, poderá deixar de ajuizar ações ou execuções fiscais de débitos tributários e não tributários abaixo de determina-**

do valor inscrito, cujo custo de cobrança se revele superior à importância do crédito em perspectiva, sem prejuízo do respectivo cancelamento quando sobrevier à prescrição, devendo esse valor ser fixado responsabilmente, depois de cuidadosa análise das peculiaridades do Município, não se distanciando de valores apurados pelo abalizado estudo.

Determinou, por fim, seja oficiado ao MM. Juiz da Vara da Fazenda de São Vicente e a todos os Prefeitos referidos no referido voto, encaminhando-se cópia do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas.

---

### CONTRATOS

#### AQUISIÇÃO DE MAMÓGRAFO

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a aquisição de mamógrafo.**

A Municipalidade não obteve êxito em justificar as falhas apresentadas pelo relatório da Auditoria e confirmadas pelos Órgãos Técnicos da Casa, tendo em vista que o valor estimado pela Origem foi de R\$286.000,00; no entanto a Administração efetuou uma reserva de dotação orçamentária de

R\$410.000,00; porém, as propostas iniciais foram muito acima destes valores, sendo que a mais baixa foi de R\$790.250,00, afrontando o art. 3º, inc. III, da Lei nº 10520, que exige expressamente o orçamento, para que se possa fixar o parâmetro de preço a ser perseguido.

No tocante a inabilitação de Empresa, por não apresentar as especificações quanto ao “tubo de raios-X”, infringe o princípio constitucional da isonomia e da razoabilidade, uma vez que a empresa vencedora também não apresentou tal especificação, devendo assim, receber o mesmo tratamento por parte da Administração.

Ademais, o item 1.4 “a” do Edital, que exigiu no mínimo dois atestados de desempenho anterior, demonstra a restritividade no certame, haja vista que a lei reza que não se especifique a quantidade de documentos necessários para comprovar a capacidade técnico-operacional.

**TC-1298/06 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 21/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 117/122. A E. Câmara julgou irregulares o pregão e o contrato decorrente, encaminhando-se cópias de peças dos autos à Prefeitura, por intermédio de sua Procuradoria Jurídica, nos termos do art. 2º, inc. XXVII, da LC nº 709/93, devendo o Sr.**

**Prefeito informar a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, sobre as providências adotadas em relação às irregularidades apontadas, especificamente quanto à apuração de responsabilidade; e à Câmara Municipal local, conforme o art. 2º, inc. XV, do mesmo Diploma Legal.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Responsável multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, conforme previsto no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar.**

## **AQUISIÇÃO DE TOMÓGRAFO**

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a aquisição de um tomógrafo computadorizado helicoidal de rotação contínua.**

A Municipalidade não obteve êxito em justificar as falhas apresentadas pelo relatório da Auditoria e confirmadas pelos Órgãos Técnicos da Casa, tendo em vista que restou frustrado o caráter competitivo do processo licitatório, pois ao descrever as especificações técnicas do objeto, o fez tão detalhadamente que acarretou a inabilitação de três interessadas por não atenderem tais especificações, apenas beneficiando a vencedora do certame.

Outra restrição não justificada foi a exigência aos interessados, no item 1.4 do edital, de no mínimo dois atestados para comprovação da capacitação técnica em atividade específica ao objeto; tal exigência vem sendo rejeitada conforme jurisprudência já firmada por este Tribunal.

E por fim, não consta nos autos a comprovação da realização da pesquisa prévia de preços para aferição da compatibilidade dos valores praticados no mercado, elemento essencial a licitação, sendo que sua ausência compromete o princípio da economicidade.

**TC-1788/06 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 21/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 117/122. A E. Câmara julgou irregulares o pregão e o contrato decorrente, encaminhando-se cópias de peças dos autos à Prefeitura, por intermédio de sua Procuradoria Jurídica, nos termos do art. 2º, inc. XXVII, da LC nº 709/93, devendo o Sr. Prefeito informar a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, sobre as providências adotadas em relação às irregularidades apontadas, especificamente quanto à apuração de responsabilidade; e à Câmara Municipal local, conforme o art. 2º, inc. XV, do mesmo Diploma Legal.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Responsável multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, conforme previsto no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar.**

## **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE COLETA E TRANSPORTE DE RESÍDUOS DOMICILIARES, COMERCIAIS E DE SERVIÇOS DE SAÚDE**

**• Contratos celebrados entre Executivo Municipal e Empresas, objetivando a prestação de serviços de coleta e transporte de lixo residencial e comercial.**

(...) Antes entrar no mérito da impugnação, porém, neces-

sário se faz alinhar o histórico da contratação dos serviços desde o ano de 1998, o que faz o Relator mediante a apresentação da tabela, a qual, inclusive, reproduziu no relatório previamente encaminhado aos Conselheiros, de forma a permitir maior compreensão dos fatos que nortearam a prestação dos serviços de coleta e transporte de lixo no Município, explicando que os períodos elencados referem-se ao que deveria constar de cada instrumento, a fim de que não ficasse, entre um e outro ato, nenhum período sem cobertura do devido ajuste formal.

Exemplificando: embora o Contrato nº 3/05 tenha sido firmado em 1º de abril de 2004, prevendo vigência de cento e oitenta dias a contar da data de sua assinatura, essa fixação de regra deixaria sem cobertura contratual o período entre o término do ajuste anterior e a data de sua assinatura (...).

Após o breve histórico o Relator passou ao exame da representação.

**TCs-1093/98, 554/03, 1713/05, 1797/05, 2025/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 25/3/08 - DOE de 2/4/08, págs. 51/56. A E. Câmara julgou irregulares os seguintes atos: Termos Aditivos nºs 31/98, 25/99, 29/99, 17/00, 1/02, 2/02, 1/03 e 2/03; Reajustes realizados sem o devido apostilamento; Dispensa de Licitação e Contrato nº 021-A/04; Dispensa de Licitação e Contrato nº 55/04 e Dispensa de Licitação e Contrato nº 3/05, aplicando-se à espécie os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, por infração à norma legal e regulamentar, com fundamento no inc. II, do art. 104, do mesmo diploma legal, aplicar multas individuais aos responsáveis, todos os Prefeitos do Município, cada qual em seu respectivo mandato e com responsabilidades limitadas aos atos que praticaram em valores equivalentes a 1000 (mil) UFESPs, a cada um, devendo o recolhimento ser efetuado na forma da Lei nº 11077/02.**

**Decidiu, mais, diante da constatação de que, em 2001, os serviços de coleta e transporte de resíduos foram realizados em decorrência de contrato precedido de licitação, no sentido da improcedência da Representação examinada no TC-554/026/03, determinando-se o arquivamento do feito.**

**Determinou, por fim, considerando o teor das irregularidades, seja expedido ofício ao Ministério Público Estadual, encaminhando cópia do voto do Relator, acompanhado do correspondente Acórdão, para eventuais providências a cargo daquela Instituição.**

## **CONSTRUÇÃO, REFORMA E AMPLIAÇÃO DE CONJUNTO EDUCACIONAL**

**• Termo de Rescisão contratual celebrado entre Executivo Municipal e Empresa.**

(...) Observaram os ilustres Órgãos Técnicos desta Corte que os motivos para a rescisão contratual não observaram as normas legais aplicáveis à espécie, em patente afronta à Lei de Licitações nas disposições contidas nos arts. 41, 54, § 1º, 66, 86 e 87, quanto à aplicação de penalidade por parte da Municipalidade.

Indiscutível o prejuízo havido à Administração que ao celebrar nova contratação para o término da obra teve que arcar com custo adicional acima do valor remanescente de 40,78% inicialmente contratado. Conclui-se, portanto, que a rescisão amigável, ainda que por acordo entre as partes, não foi conveniente para a Administração e, dessa forma, não atendeu ao disposto no art. 79, II, da Lei nº 8666/93.

**TC-36649/05 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 22/7/08 - DOE de 30/7/08, págs. 17/20. A E. Câmara julgou irregular o termo de rescisão em exame, acionando-se o art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

**Decidiu, ainda, nos termos do art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar e considerando o dano causado ao erário, impor ao Senhor Prefeito pena de multa, fixada em valor equivalente a 500 (quinhentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.**

**Determinou, também, à vista do dano causado ao erário, a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público, para eventuais providências.**

**Determinou, por fim, sejam encaminhadas cópia do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao E. Relator dos autos que tratam de novo contrato celebrado com a Construtora.**

#### EXECUÇÃO DE OBRAS DE CONDOMÍNIO E URBANIZAÇÃO

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a execução de obras de condomínio habitacional e urbanização de bairro.**

As falhas apontadas pela auditoria e não justificadas pela Origem, que deixou transcorrer “in albis” o prazo deferido, são passíveis para macular a totalidade do procedimento licitatório, tendo em vista que ao exigir no Edital índice de liquidez geral superior a dois, sem que viesse acompanhada de um plausível esclarecimento, comprometeu a presente contratação, pois extrapolou o patamar aceito por este Tribunal, contrariando o § 5º, do art. 31 da LF nº 8666/93, bem como a nossa jurisprudência.

Ademais, das vinte e quatro interessadas que retiraram o Edital, apenas quatro participaram efetivamente da licitação, restando demonstrado no caso em tela que realmente houve restrição ao processo de licitação.

**TC-22952/07 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 2/12/08 - DOE de 10/12/08, págs. 92/99 - retificada no DOE de 19/12/08, p. 44. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato decorrente, remetendo-se cópias de peças dos autos à Prefeitura, por intermédio de sua Procuradoria Jurídica, nos termos do art. 2º, inc. XXVII, da LC nº 709/93, devendo o Sr. Prefeito informar a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, sobre as providências adotadas em relação às irregularidades apontadas, especificamente quanto à apuração de responsabilidade; e à Câmara Municipal local, conforme o art. 2º, inc. XV, do mesmo Diploma Legal.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Responsável multa no valor de 300 (trezentas) UFESPs, conforme previsto no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar.**

#### EXECUÇÃO DE OBRAS REMANESCENTES

• **Termos Aditivos celebrados entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a execução de obras remanescentes e corretivas de reurbanização de rua e entorno, no centro da Cidade.**

As supressões e prorrogação objeto dos Termos de Aditamento, justificados, autorizados e publicados, ficaram restritas aos limites permitidos pelos arts. 57 e 65, § 1º, da Lei nº 8666/93, o que permite sua aprovação.

Melhor sorte, contudo, não obteve a despesa de R\$1.170.929,99.

Verifica-se ter a Prefeitura permitido que a Contratada fosse efetuando serviços e reconheceu ao final o débito a eles correspondente. O valor excedido de R\$1.170.929,99 ultrapassou o limite permitido pelo art. 65, § 1º, da Lei nº 8666/93.

A alegação da Prefeitura que aquela despesa se referia à reforma da obra executada pela Anterior Contratada e que não havia sido incluída no contrato não prospera. Foram contratados serviços que *corrigiriam* e *concluiriam* a reurbanização do local, o que englobava os defeitos existentes.

**TC-2232/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 6/5/08 - DOE de 14/5/08, págs. 53/56. A E. Câmara julgou regulares os termos de aditamento, que tiveram amparo nos arts. 57 e 65, § 1º, da Lei nº 8666/93 e rejeitou a despesa de R\$1.170.929,99, referente a serviços não previstos no contrato, com consequente acionamento dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

#### FORNECIMENTO PARCELADO DE CESTAS BÁSICAS

• **Termos Aditivos celebrados entre Executivo Municipal e Supermercado, objetivando o fornecimento parcelado de cestas básicas tipo I e II, destinadas ao Fundo Municipal de Assistência Social e ao Departamento de Recursos Humanos.**

Não se sustenta a argumentação da Origem de que teria se configurado causa autorizadora do restabelecimento das condições de equilíbrio do ajuste pactuado, nos termos do invocado texto do art. 65, inc. II, alínea “d” da Lei nº 8666/93.

Assim, não restou comprovada superveniência de fato imprevisível ou previsível, porém, de consequências incalculáveis que o justificasse.

Não sobreveio também qualquer situação de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, bastante para provocar necessidade da recuperação do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Ademais, no contrato celebrado em 8/2/02, que a exemplo da licitação e do Termo de Reti-Ratificação foi julgado regular, pactuou-se que os preços seriam reajustados anualmente, conforme variação do INPC, tomando-se como data base a da assinatura do contrato.

Conforme demonstrado por Órgão Técnico, ao apurar que

a variação do INPC no período de janeiro dezembro de 2002 foi de 12,85% e de janeiro a maio/2003 foi de 9,73%, assim concluiu: “... *consultamos o comportamento do mercado de produtos alimentícios no período correspondente aos termos e verificamos que os mesmos acompanharam a mesma variação,...*”.

Pela análise da tabela comparativa dos preços ofertados pelas três empresas concorrentes ao objeto do certame, vê-se que a contratada assumiu o risco ao oferecer o menor deles, que atingiu diferença de até 8,76% na cesta básica tipo I e de 10,39% na cesta tipo II.

Assim, o instituto do reequilíbrio econômico financeiro não pode socorrer o licitante que formulou mal a sua oferta ou exagerou no seu preço inicial, com o objetivo de vencer a licitação.

Tratando-se, como no caso, de ajuste com vigência de um ano, cujo objeto notoriamente está sujeito às oscilações de mercado, advindas tanto da alternância de safras e entressafras, como das variações de estoques e da própria especulação, de modo a ser presumível como boa e recomendável a prática de preços médios, não há como acolher-se a invocação, sem patente e indispensável comprovação, de superveniência de situação não prevista, repentina e inesperada, verdadeira álea econômica extraordinária e extracontratual, desencadeadora da quebra do estado de equilíbrio da avença.

**TC-11048/02 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 9/9/08 - DOE de 17/9/08, págs. 65/68. A E. Câmara julgou irregulares os termos de aditamento celebrados em 23/12/02 e 30/05/03, com acionamento do previsto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

Decidiu, ainda, aplicar a cada um dos Responsáveis, Secretário de Inclusão Social e Habitação Interino, Secretária de Educação e Formação Profissional em Substituição, Secretário de Administração e Modernização Administrativa, Secretária de Administração, Secretária de Inclusão Social e Habitação e Secretária de Educação e Formação Profissional, multa individual no valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, nos termos do inc. II, do art.104, da referida Lei Complementar, por violação ao disposto no art. 65, inc. II, alínea “d”, da LF nº 8666/93, devendo ser recolhidas na forma da Lei Estadual nº 11077/02.

### LOCAÇÃO DE VEÍCULOS

• **Termos de Aditamentos celebrados entre Executivo Municipal e Locadora, objetivando a locação de veículos para atendimento a diversas Secretarias, na cor branca, de fabricação nacional, com até dois anos de uso.**

Primeiramente, cumpre ressaltar que o inc. VI, do art. 78 da LF nº 8666/93 prevê expressamente que a cessão dos direitos e obrigações, se não prevista no Edital e no ajuste, é motivo de rescisão do contrato, não podendo a Administração se furtar à obediência do princípio constitucional da legalidade.

Não bastasse isso, não se justifica o fato de a Prefeitura ter consentido com a cessão total das obrigações contratuais a um terceiro (que sequer participou do certame, frise-se, em

total desrespeito ao princípio da isonomia), com base exclusivamente no “*interesse estritamente comercial da requerente*” consoante declarado nos autos, não tendo sido noticiada nenhuma vantagem para o Município. Evidentemente, o dever da Administração é zelar pelo interesse público e não tutelar os interesses dos particulares.

Vale mencionar, ainda, que as hipóteses de alteração dos contratos administrativos encontram-se taxativamente elencadas no art. 65 da Lei das Licitações, dentre as quais não se verifica a possibilidade de a contratada abrir mão de prestar o serviço em favor de terceiros para obter vantagens comerciais.

Por fim, sendo irregular o Termo de Cessão, maculados estão, por via de consequência, os Termos de Aditamento nºs 7 e 8 que a ele se seguiram, firmados entre a Prefeitura e a Cessionária.

**TC-5976/02 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 2/9/08 - DOE de 10/9/08, págs. 60/64. A E. Câmara julgou regulares os 5º e 6º Termos Aditivos.**

Decidiu, outrossim, julgar irregulares o Termo de Cessão e os 7º e 8º Termos Aditivos, estes por acessoriedade, referentes ao Contrato, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Decidiu, ainda, porque desrespeitadas as disposições do *caput* e do inc. XXI, do art. 37, da CF, bem como do inc. VI, do art. 78, da LF nº 8666/93, aplicar à Prefeitura multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, nos termos do art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar.

Após o trânsito em julgado, ao Cartório para cumprimento ao disposto no artigo 86 da mencionada Lei Complementar. Findo o prazo, sem comprovação do recolhimento, cópias de peças dos autos serão encaminhadas à PFE para cobrança judicial.

Determinou, por fim, em face das irregularidades constatadas, bem como do pedido de informação constante dos autos, seja encaminhada cópia integral dos autos, finalizada com o voto do Relator e seu correspondente Acórdão, para eventuais providências ao encargo do Ministério Público Estadual.

### PERMISSÃO DE USO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a aquisição de passes para o transporte de alunos e agentes da saúde.**

A Prefeitura concedeu à Empresa a permissão de uso para prestação de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros no Município, mediante Portaria, que não especificou o período.

Tal situação encontra-se ao arripio dos ditames constitucionais disciplinados no art. 175 da CF, bem como no art. 40 da LF nº 8987/95.

Em que pesem as justificativas encaminhadas tanto pelo Sr. Prefeito, como pelo Sr. Ex-Prefeito, no sentido de tentar atenuar a situação detectada nos autos pelo fato de não terem sido alertados, anteriormente, por este E. Tribunal e, também,

pela providência adotada, somente em 10 de novembro de 2006, com o envio de Projeto de Lei à respectiva Câmara Municipal, há que se destacar, que conforme bem explicitado por Órgão Técnico do teor do art. 40 da mencionada lei regularizadora não se infere que a Administração poderia restar inerte às normas legais regentes da matéria.

A disposição constitucional dispensou cuidado com as concessões a ela anteriores, a fim de que as mesmas não sofressem rupturas em detrimento dos serviços públicos e a mencionada lei reguladora dispôs de forma cristalina no § 2º do art. 42 (...).

À evidência que a exegese de tal texto não possibilita a extensão de tal privilégio, que na hipótese dos autos vem sendo usufruído por mais de uma década pela mesma Empresa contratada, além do gravame constatado de que a Prefeitura não atendeu aos reclamos constitucionais.

Em consequência, encontram-se maculadas as contratações realizadas de forma direta para a aquisição dos blocos de passes, pois totalmente vinculadas ao contrato original celebrado com Contratada.

**TCs-855/06, 2162/05, 2250/05 e 625/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 8/4/08 - DOE de 16/4/08, págs. 57/60. A E. Câmara julgou irregulares a Concessão de Permissão de Uso (TC-855/002/06) e as inexigibilidades de licitações e suas subsequentes aquisições efetuadas conforme Notas de Empenho (TC-2162/002/05); as Notas de Empenho constantes no TC-2250/002/05 e as Notas de Empenho consignadas no TC-625/002/06, bem como ilegais as despesas decorrentes, aplicando-se à espécie o disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, fixando-se o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o Interessado apresente a esta Corte de Contas as providências adotadas em face da presente decisão.**

Transcorrido o prazo recursal, bem como o fixado para adoção das medidas cabíveis, cópias de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público para a adoção das medidas de sua alçada.

### **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À UNIDADE DE CONTROLE MÉDICO**

**• Termos Aditivos celebrados entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços à Unidade de controle Médico, sob o regime de execução indireta.**

Em que pesem as unânimes manifestações dos órgãos instrutivos e técnicos desta Casa, opinando pela regularidade do instrumento particular de cessão de direitos e obrigações celebrado entre a Companhia, o Relator entende que descabe aqui emitir juízo de valor acerca desse termo, eis que foi já apreciado nos autos do TC-17711/026/01 (...).

Nestes autos, portanto, a presente decisão abrange apenas os termos aditivos ajustados entre a Cessionária e a Contratada, e cuja instrução recebeu unânimes objeções da auditoria, e dos Órgãos Técnicos.

De fato. A Prefeitura, logo em seguida à celebração do instrumento de cessão de direitos e obrigações, firmou ter-

mo aditivo com a Contratada, transferindo-lhe a execução de serviços e a manutenção preventiva e corretiva de bens móveis e imóveis, e acresceu novos serviços, todos não previstos no contrato original, o que descaracterizou a natureza do objeto licitado.

Tal procedimento é vedado pela Lei de regência no art. 41, que vincula o contrato ao instrumento convocatório, impedindo que os órgãos administrativos promovam, posteriormente à licitação, alteração na natureza do objeto originalmente convencionado, por intermédio de termos de aditamento.

A partir daí, essa mácula se projetou sobre todos os aditivos subsequentes, os quais, por terem modificado as condições essenciais do contrato, com prorrogações e acréscimos, estão também inquinados de irregularidade.

Quanto ao termo aditivo de ajustamento, de 27/11/03, verifica o Relator que este, por si só, está evado de irregularidade, porque foi firmado sob o pretexto do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo por base o dissídio coletivo dos empregados da Contratada, sendo pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de que o aumento salarial se constitui em acontecimento comum, que deve ser suportado pela Contratada até o momento apropriado para o reajustamento do preço avençado, depois de decorrido o período de doze meses da última alteração, o que não foi observado.

**TC-2475/03 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 30/9/08 - DOE de 8/10/08, págs. 52/55. A E. Câmara julgou irregulares os termos aditivos em exame, bem como ilegais as respectivas despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Determinou, também, seja cientificado o DD. Ministério Público da presente decisão, complementando as informações já prestadas no curso da instrução deste processo.**

### **PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PARA ALUNOS DO ENSINO FUNDAMENTAL**

**• Termos Aditivos celebrados entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando o reequilíbrio econômico-financeiro de contrato para a prestação de serviços de transporte via ônibus, de alunos do Ensino Fundamental do Município durante o ano letivo e serviço de transporte eventual.**

Embora o restabelecimento da equação econômico-financeira seja direito legalmente assegurado, sua incidência só é possível quando preenchidas todas as condições previstas no art. 65, II, "d", da Lei nº 8666/93.

No caso, porém, para celebração dos termos aditivos, que tratam do reequilíbrio econômico-financeiro, não ficou comprovada a superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que escapam do controle administrativo, mesmo porque a elevação dos custos era fator perfeitamente previsível.

Acresce que o termo aditivo de 1º/2/04 já havia sido considerado irregular por este Tribunal, em sessão de 6/12/05, restando comprometidos todos os instrumentos contratuais subsequentes.

Ademais, os reajustes posteriores fizeram repercutir o pactuado no primeiro termo aditivo, já proclamado irregular.

Em verdade, ajuste irregular não deve ser aditado, acrescido, prorrogado ou repactuado, pois isso implica estender a irregularidade.

**TC-1170/04 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 3/6/08 - DOE de 18/6/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregulares os termos aditivos e ilegais as despesas decorrentes, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das medidas adotadas.**

Decidiu, ainda, com fundamento no art. 104, II, e § 1º da LC nº 709/93, impor ao Sr. Prefeito, pena de multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, tendo em vista a infração ao art. 65, II, “d”, da LF nº 8666/93, para recolhimento no prazo de trinta dias.

Determinou, por fim, a transmissão ao Ministério Público de cópia de peças dos autos, para as providências que a DD. Instituição

### **REAJUSTE DE PREÇO EM RAZÃO DA CONTRATADA TER OFERECIDO PREÇO INEXEQUÍVEL**

• **Termo de Aditamento concedendo reajuste para reequilíbrio do contrato, mediante elevação de preço unitário e alteração de cláusula contratual.**

A Contratada foi declarada vencedora do certame, sendo o contrato celebrado em 28/5/04. Em 1º/6/04, menos de um mês depois da apresentação da proposta e apenas três dias da celebração do ajuste, a Contratada pleiteou realinhamento dos preços (...).

Mesmo que em menor percentual, o teor da cláusula primeira do termo de aditamento nº 1 estabeleceu o reequilíbrio do contrato, aumentando o preço unitário de R\$954,10 para R\$1.021,43, a partir de 3/6/04, com acréscimo superior a 7%.

Aumento tão acentuado, poucos dias depois da proposta e da celebração do contrato, exigiria prova cabal da ocorrência de circunstâncias imprevisíveis, afetando em percentual tão elevado o valor final do contrato.

Mas disso a Administração não fez prova aceitável. A manifestação constante dos autos não demonstra a ocorrência das condições a que o art. 65, II, “d”, da Lei nº 8666/93, suficientemente poderosa para justificar o elevado realinhamento de preços de 7,06% e que escapassem da previsibilidade das partes.

Com efeito, o petróleo e os seus derivados costumam sofrer oscilações e flutuações de preços no mercado, portanto é um fato previsível e deve ser suportado pela Contratada. Ademais, não há notícia de que, naquele período, se registrasse aumento tal nos insumos que pudessem ter repercussão tão elevada nos preços pactuados.

*Tudo indica, como registraram os Órgãos Técnicos, que, na verdade, a Contratada, no conhecido jargão do mercado, “mergulhou”, oferecendo preço inexequível para ganhar a licitação e depois obter, com a injustificada concordância da Administração, o reajuste e o acréscimo agora em exame, que não têm respaldo legal.*

O 2º termo de aditamento estendeu a irregularidade praticada pelo 1º. Assim, é contaminado pelos defeitos do anterior, do qual é acessório.

**TC-17696/04 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 1º/7/08 - DOE de 16/7/08, págs. 25/28. A E. Câmara julgou irregulares os primeiro e segundo termos aditivos em exame, e ilegais as despesas decorrentes, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

Decidiu, ainda, à vista do descumprimento do que prescreve o art. 65 da LF nº 8666/93, impor a cada uma das Autoridades que firmaram os instrumentos penas de multa no valor pecuniário correspondente a 500 (quinhentas) UFESPs, nos termos do art. 104, inc. II, da LC nº 709/93 e à vista do dano causado ao erário.

---

## **DELIBERAÇÃO**

### **DESPESAS NO ÂMBITO DAS CÂMARAS MUNICIPAIS**

#### **TCA-42975-026-08**

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, considerando que nos autos do processo TC-2140/026/04, em sessão do Tribunal Pleno, realizada em 26 de novembro de 2008, discutiu-se a necessidade de regulamentação acerca dos gastos no âmbito das Câmaras Municipais, *Resolve Editar Deliberação*, de seguinte teor:

Art. 1 - Salvo o subsídio a que faz jus na conformidade do art. 29 da CF, é vedado pagamento a qualquer título a Vereador.

Art. 2 - O Vereador, no caso de deslocamento do Município para participação em eventos oficialmente autorizados, poderá ter as despesas, eventualmente realizadas, suportadas pelo regime de adiantamento, de que trata o art. 68 da LF nº 4320, de 1964, feito a servidor responsável pela necessária e correspondente prestação de contas.

Art. 3 - esta Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 3 de dezembro de 2008.

DOE de 4/12/08, p. 67.

***Vide na Seção Municipal votos proferidos nos autos do TC-2140/04, Recursos - Pagamento de Verba Denominada “Auxílio Encargos Gerais de Gabinete”.***

### **RESPONSABILIDADE PELO RESSARCIMENTO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS, COM DANO AO ERÁRIO**

#### **TCA- 43579/026/08**

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, considerando que nos autos do processo TC-036818/026/07, sob a relatoria do excelentíssimo conselheiro Fulvio Julião Biazzi, em sessão do E. Tribunal pleno realizada em 26 de novembro de 2008, discutiu-se a responsabilidade pelo ressarcimento de pagamen-

tos indevidos, com dano ao erário, e considerando, sobretudo, as disposições constitucionais aplicáveis, bem assim aquelas constantes do Título II, capítulo III, da LC nº 709/93, resolve editar a seguinte

#### *Deliberação:*

1- a satisfação dos débitos resultantes das decisões do Tribunal de Contas cabe aos responsáveis definidos no art. 70, parágrafo único, da CF, art. 32, parágrafo único, da CE, e arts. 15, 36 e 39, da LC nº 709/93.

2- não atendida a determinação do Tribunal para recolhimento do débito, expedir-se-á o correspondente título executivo em favor da Fazenda Pública, segundo previsão do parágrafo 3º do art. 71 da CF, cumprindo ao Órgão Administrativo competente adotar as providências necessárias à cobrança, judicial ou extrajudicial, no prazo que lhe for fixado, definindo responsabilidades segundo a Lei Civil.

DOE de 4/12/08, p. 67.

---

## LICITAÇÃO

### AMPLIAÇÃO DE SISTEMA DE RESERVA E DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL MUNICIPAL

• **Contrato celebrado entre Serviço Municipal de Água e Esgoto e Empresa, objetivando a ampliação do sistema de reserva e distribuição de água potável no Município, com aumento de 5.850m<sup>3</sup> na capacidade total de armazenamento de água, incluindo fornecimento de material, equipamentos e mão-de-obra.**

Na instrução dos autos, restou comprovado que as exigências constantes do instrumento convocatório, de conotação restritiva comprometeram a participação de um maior número de interessados.

O Edital foi retirado por seis empresas, mas somente uma interessada apresentou proposta, que foi declarada vencedora.

Como bem ressaltou Órgão Técnico, a exigência de comprovação de experiência anterior em atividade específica, com características semelhantes e complexas quanto à construção de reservatório em concreto armado com volume não inferior a 1.000m<sup>3</sup>, sua característica restritiva contraria a Súmula 30 desta E. Corte, e pode ter afastado outras interessadas com possíveis condições técnicas de participar do processo.

E ainda, a limitação de três atestados para comprovar experiência anterior, sem uma explicação plausível, repercutiu desfavoravelmente, reduzindo o universo de concorrentes, limitado a uma única proponente.

**TC-2155/07 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 26/8/08 - DOE de 3/9/08, págs. 57/60. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem como ilegal o ato determinativo das despesas decorrentes, acionando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Responsável nos termos do inc. II, do art. 104, da referida Lei Complementar, multa no montante pecuniário correspondente a 200 (Duzentas) UFESPs,**

**estabelecendo o prazo de trinta dias para o seu recolhimento, depois de esgotado o prazo recursal.**

**Fixou, por fim, o prazo de sessenta dias, contados a partir do decurso de prazo de recurso, para que os interessados apresentem a este Tribunal notícias sobre as providências adotadas em virtude da presente decisão. Transcorrido este prazo, cópias de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.**

### AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PERMANENTE PARA O FORTALECIMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, visando regular direitos, obrigações, encargos e responsabilidades, decorrentes da transação comercial havida entre as partes para aquisição de sistema de litotripsia.**

O Relator verifica que se trata de aquisição de equipamento permanente para o fortalecimento do Sistema Único de Saúde, cuja despesa foi arcada por recursos federais e por pequena contrapartida por parte do Município conveniente (...).

A licitação descumpriu exigência expressa do art. 21, III, da Lei nº 8666/93. O Edital não foi publicado em jornal diário de grande circulação no Estado, mas apenas no Diário Oficial do Estado e em circulação no Município ou região.

Evidentemente, a exigência legal subsiste; seria muito precipitado admitir sua derrogação enquanto não houver sítio legalmente definido para publicação dos editais. A falta da publicação ofende, portanto, a exigência constitucional de publicidade (Constituição, art. 37, “caput” e XXI).

A falta de publicação do Edital em jornal diário de grande circulação no Estado só tem sido relevada, em circunstâncias excepcionais, quando a licitação tem, por sua natureza específica, abrangência regional, ou quando, apesar da falta, há grande número de interessados no certame. No caso, a licitação, pelo seu valor e principalmente pela especificidade de seu objeto, não era apenas regional; os fornecedores de equipamento da espécie operam a nível nacional, ou, ao menos estadual, o que, nos termos da lei, exigia a divulgação do Edital também em jornal diário de grande circulação no Estado.

Acresce que houve licitante único e que não se pode, de modo algum, falar em fornecedor único. Tanto existiam outros fornecedores que alguns deles foram consultados na pesquisa prévia de preços. Ademais, os autos TC-5232/026/08, recentemente apreciados por esta Câmara, noticiam que se apresentaram em licitação realizada com o mesmo objeto pela Coordenadoria de Serviços da Saúde da Secretaria Estadual da Saúde, dois outros interessados.

No caso, houve licitante único, para o que concorreu a falta da divulgação do Edital nos termos exigidos pela lei.

**TC-1157/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 15/4/08 - DOE de 30/4/08, págs. 69/73. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem como ilegal o ato ordenador da decorrente despesa, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

## AQUISIÇÃO DE LEITE INTEGRAL DESTINADO À MERENDA ESCOLAR

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a aquisição de leite integral, destinado a merenda escolar dos alunos das Unidades Escolares de Educação Infantil, Ensino Fundamental Municipal e Estadual e Entidades Conveniadas.**

Detendo-me no exame das impropriedades constatadas na matéria em julgamento, pude verificar que os argumentos ofertados pela Origem para justificar a exigência de apresentação de laudos bromatológicos, na fase de habilitação, para atestar a qualidade do produto, contrariam a orientação deste Tribunal.

Isto porque esta Corte de Contas, por reiteradas vezes, decidiu que a apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só é devida pelo vencedor da licitação, conforme consta da Súmula nº 14. Dos proponentes, poder-se-á requisitar tão-somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentar os laudos e licenças no momento oportuno.

Também não merecem prosperar as justificativas ofertadas quanto ao método utilizado para atestar a qualidade do produto, porque o próprio Edital não dita regras objetivas a respeito.

A constatação dessas impropriedades indica que o Edital da licitação em exame está eivado de cláusulas restritivas, impedidas à livre participação das licitantes, considerando que das 48 empresas que haviam manifestado interesse em concorrer ao certame, somente três apresentaram propostas, das quais uma foi inabilitada, por conta dessas exigências, chamando-me também a atenção o fato de que outras quatro empresas que haviam sido consultadas na fase de pesquisa de preços deixaram de acorrer ao certame.

**TC-10005/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 19/8/08 - DOE de 27/8/08, págs. 60/63. A E. Câmara julgou irregulares a licitação na modalidade pregão, o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das respectivas despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Prefeito a pena de multa no valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, com fundamento no inc. II do art. 104 do Estatuto da Corte, em razão da infração aos arts. 37, XXI, da CF, e 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações, bem como à Súmula nº 14 deste Tribunal.**

## AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO

• **Representação formulada por Presidente de Legislativo Municipal, informando possíveis irregularidades praticadas por Prefeitura, referente a convite, objetivando a aquisição de materiais de construção para serem utilizados na ampliação da Escola Municipal.**

Diversas foram as falhas constatadas pela Auditoria e outras tantas levantadas por Órgão Técnico. A Origem, apesar de chamada, não ofereceu quaisquer esclarecimentos acerca dos apontamentos efetuados.

Assim, remanescem sem explicações questões referentes à falta de caracterização e descrição dos materiais de cons-

trução a serem adquiridos; ausência de planilha de preços unitários dos materiais e de cronograma físico-financeiro da obra; inexistência de definição de prazo de execução das obras e publicação do termo de homologação; não demonstração da compatibilidade entre os preços contratados e os praticados no mercado; e emissão de nota de empenho com data anterior à adjudicação do contrato.

Igualmente graves os apontamentos relativos ao critério de julgamento estabelecido no Edital e o fato de que foram convidadas a participar do certame duas Empresas do mesmo grupo, cujos sócios são parentes e residem no mesmo local.

Portanto, explícito o comprometimento da competitividade da licitação.

**TCs- 28516/06 e 2634/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 29/4/08 - DOE de 7/5/08, págs. 50/56. A E. Câmara julgou irregulares o convite e as despesas decorrentes efetivadas através das Notas de Empenho constantes do TC-2634/005/06, acionando-se o disposto no inc. XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93, uma vez que a Câmara Municipal local já adotou providências visando à apuração de responsabilidades, noticiada na própria representação.**

**Considerou, em consequência, procedente a representação objeto do TC-28516/026/06.**

**Decidiu, ainda, nos termos do inc. II, do art. 104, da referida Lei Complementar, aplicar ao Ex-Prefeito do mencionado Município, multa no valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.**

**Determinou, por fim, a expedição de ofícios ao Representante e ao Ministério Público, com encaminhamento da presente decisão.**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando aquisição de materiais de construção para casas populares de conjunto habitacional.**

Os itens 10.5 e 14.5 do Edital impuseram a observância da padronização de qualidade “QUALIHAB” e que as propostas indicassem marcas também homologadas nesse programa, sob pena de desclassificação.

Essas exigências contrariam a Lei e podem conduzir à contratação de empresa diversa da que apresentou a proposta mais vantajosa.

Essa foi a razão pela qual a Deliberação TC-A-37755/026/99 do Tribunal (publicada na íntegra na edição nº 107 desta Revista, págs. 66/73) considerou descabida a exigência, consoante bem explicado nos autos do TC-36021/026/05 (...).

Essa indevida exigência concorreu, sem dúvida, para que o certame, embora envolvendo valor atraente e tendo por objeto atividade acirradamente disputada no mercado, tivesse *licitante único*, frustrando o objetivo preconizado pela Constituição e explicitado pelo art. 3º da Lei nº 8666/93.

É, pois, motivo suficiente para comprometer a atuação administrativa e para decreto de irregularidade dos atos praticados.

Acresce que a situação se viu agravada diante de que a falta de comprovação da pesquisa de preços (Lei nº 8666/93, art. 43, IV) tenha ocorrido, realmente, em momento oportuno. No mais, a ausência de indicação de indexador contratual e data-base de reajuste (Lei nº 8666/93, art. 55, III) acentuam a irregularidade da licitação e do contrato.

Assim, não é necessário invocar outras irregularidades que tismam os atos em exame.

Sobre a inabilitação de três empresas, cabe lembrar o que disseram os Órgãos Técnicos: “a inabilitação não está devidamente justificada e a Comissão, após o julgamento, deu ‘sumariamente’ provimento ao recurso”.

Também não é preciso apontar que a Empresa de Cimentos foi inabilitada por não apresentar certidão negativa de débitos estadual e municipal; a exigência extrapola a permissão legal, limitada à apresentação de certidão de regularidade fiscal, que será atendida, por exemplo, com a apresentação de certidão positiva com efeitos de negativa. O mesmo se dá com a constatação de que a Empresa de hidráulica foi inabilitada, entre outros motivos, porque não apresentou declaração de cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição. Embora se trate de mera declaração, a exigência é ilegal; a Constituição prescreve (art. 37, XXI) que o processo de licitação “*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Essa restrição (“*somente*”) é recorrente na Lei nº 8666/93. O art. 27 diz que “*para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a...*”. E o art. 30 insiste: “*A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á*”. Não há autorização legal para a exigência da referida declaração. A prova de regularidade perante a Fazenda bem pode ser feita mediante exibição de certidão positiva com efeito de negativa.

**TC-462/07 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 113/117. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem como ilegais as despesas decorrentes, determinando que se observe o quanto disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, ciente este Tribunal em sessenta dias das medidas adotadas.**

**Decidiu, ainda, diante da infração aos arts. 3º e 55, inc. III, da LF nº 8666/93 e 60 da Lei nº 4320/64, bem como do dano ao erário decorrente da falta de competitividade do certame, e atento ao valor do contrato, impor ao Sr. Prefeito multa no valor equivalente a 500 (quinhentas) UFESPs, para recolhimento em trinta dias.**

## AQUISIÇÃO DE UNIFORMES

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando o fornecimento de kit de uniforme escolar e kit de uniforme para professores.**

(...) A instrução do processo dirigiu-se no sentido da reprovação dos atos da Administração, porquanto patentes diversas imperfeições que não quedaram suficientemente esclarecidas.

De início, o Relator registra que a pesquisa prévia de preços mostrou-se deficiente, haja vista ter sido consultada única empresa, sem proceder ao cotejo com as ofertas do mercado.

Ademais, atendendo ao requerido pela Prefeitura, a Empresa, sediada na Capital, apresentou orçamento de 50.000 conjuntos para alunos de 1ª a 4ª séries, 25.000 conjuntos para estudantes da educação infantil e 7.000 conjuntos para pro-

fessores. Os preços orçados referiam-se a cada conjunto, sem mencionar valores de cada componente do *kit*.

Entretanto, o Anexo I do Edital registrou como objeto do certame a aquisição de quantidades determinadas de jaquetas, calças, bermudas, camisetas, meias, tênis, mochilas, bolsas e sacolas plásticas, sem mencionar a formação de conjuntos.

Além do mais, o Anexo III determinou a apresentação de preços individualizados de cada peça.

Portanto, impossível conferir a compatibilidade do orçamento com o valor efetivamente contratado, pois o primeiro referiu-se a *kits* de uniformes e o Edital declinou peças em separado.

Assinala o Relator, como bem salientou Órgão Técnico, que cabe à Administração dividir o objeto licitado em quantas parcelas ou itens forem necessários para conquistar preços mais vantajosos, principalmente por tratar-se de produtos tão diametralmente distintos, como peças de vestuário, calçados e sacolas escolares.

Reputa que o fato de adquirir em conjunto produtos que, por sua natureza, podem ser fornecidos separadamente por empresas de segmentos específicos (como o setor calçadista ou de confecções, por exemplo), prejudicou a ampla competitividade e a oferta de melhores propostas.

Do modo como foi processada, a licitação alijou da disputa eventual fabricante de determinado produto que pudesse fornecê-lo por preço convidativo, obrigando a Administração a contratar o objeto com o revendedor, certamente suportando o sobrepreço de revenda.

Outro aspecto a ser combatido é a imposição de caracteres específicos nas amostras de produtos a serem apresentadas à comissão julgadora, a saber: estampa ou bordado do emblema municipal em cada peça.

O Relator pede vênias para fazer necessária remissão ao voto por ele proferido nos autos do TC-2448/008/06, submetido ao descortino do Egrégio Plenário em sessão de 8/11/06, concernente a matéria similar.

Da mesma forma que naquela oportunidade, reputa exorbitante que a amostra consigne o brasão da Municipalidade, seja bordado, seja estampado, posto que o mesmo constitui acessório da entrega do material e sua aposição na amostra traria prejuízo aos participantes que não se sagsassem vencedores da contenda.

A inclusão de emblemas, logomarcas e brasões vai além do escopo da apresentação das amostras, que é avaliar se a qualidade do material oferecido pelas licitantes é compatível com o desejado pela Administração.

Menciona que esse posicionamento foi acolhido em outros julgados desta Corte nos TCs-41046/026/06, 41273/026/06 e 6805/026/08.

Frágeis são os argumentos referentes a não apresentação da carta de fiança, haja vista que a Administração teria restituído o documento para a Contratada, sem ao menos guardar uma cópia para instruir os autos de processo licitatório.

Vale lembrar que, em se tratando de contratação de vultu, todas as cautelas são indispensáveis à boa consecução do objeto e à comprovação do trato adequado para com a coisa pública.

Mais. O termo contratual não assinala a duração do ajuste,

nem o prazo de entrega do material adquirido, contrariando o art. 55, inc. IV, da Lei de Licitações.

Aliás, os termos do Edital deixaram ao alvedrio da contratada a declaração do prazo de entrega dos produtos.

Feitas as considerações acerca da licitação e do contrato, passa a avaliar as representações que também se põem a exame.

À luz das razões ora tecidas, acerca do TC-4778/026/06, asinalam que se mostram procedentes as referências à falta de prazo para o fornecimento dos materiais e à formação de kits ao arrepio do art. 7º, § 2º, inc. II, da Lei de Licitações.

Contrariamente, reputam improcedentes, porque supridas as impropriedades, as referências a não-publicação da inabilitação em “Diário Oficial” e a não-apreciação de recurso pela comissão de licitação.

Quanto ao TC-5595/026/06, entende procedentes as razões, quais sejam: a composição dos kits por preço unitário e a forma de apresentação das amostras.

**TCs-14688/06, 4778/06 e 5595/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão de 2/9/08 - DOE de 10/9/08, págs. 60/64. A E. Câmara julgou parcialmente procedente a representação formulada no TC-4778/026/06 e pela procedência da representação trazida nos autos do TC-5595/026/06.**

**Decidiu, ainda, à vista do contido no referido voto, julgar irregulares a concorrência pública e o contrato, analisado no TC-14688/026/06, aplicando-se as disposições do art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, também, com fundamento no art. 104, inc. II, da citada Lei Complementar, aplicar multa a Sra. Secretária de Educação e Cultura, no valor correspondente a 200 (duzentas) UFESPs, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.**

**Determinou, por fim, seja comunicado aos Subscritores das representações, dando-se-lhes ciência do decidido.**

## **CESSÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS E OUTRAS IRREGULARIDADES**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa de Engenharia, objetivando a realização de obras de canalização de rio, implantação das marginais, drenagem e serviços.**

(...) Permanecem questões graves que ensejam a irregularidade do ajuste em exame, tais como o realinhamento de preços concedido pelo 6º termo aditivo, a Cessão de Direitos e Obrigações do Contrato e o 7º termo aditivo em que a Empresa de Construção Civil e Pavimentação assumiu a execução do saldo remanescente do contrato, no valor de R\$15.250.249,81.

Como bem apontou Órgão Técnico o realinhamento de preços ocorrido através do 6º termo aditivo não restou devidamente justificado pela Prefeitura, portanto, diante da falta de comprovação técnica para referido ajuste, o mesmo encontra-se irregular.

Constata o Relator que a Administração autorizou a cessão e transferência de direitos totais da Empresa de Engenharia para a Empresa de Construção Civil e Pavimentação, em 2/2/04, nas mesmas condições do ajuste originário, em especial quanto aos preços convencionados.

Observa que não consta no contrato a possibilidade da Contratada, com anuência da Contratante, transferir no todo ou em parte, direitos e obrigações que a presente avença lhe

atribuiu; portanto, no caso concreto verifica que o princípio da isonomia foi ferido.

Destaca que o contrato administrativo é “*intuitu personae*” e, neste caso, a cessão e transferência de direitos total ocorrida, substituiu a Contratada por outra estranha aos autos.

O ajuste decorrente da cessão de direitos ficou inquinado de eventuais irregularidades, pois não se sabe quem indicou a sucessora, e muito menos, qual o motivo para referida cessão.

*Mencionado procedimento é incompatível com os princípios da moralidade e isonomia que devem presidir os negócios públicos.*

Verifica que quando do julgamento do TC-1029/001/95, destacou que se o legislador quisesse permitir a subcontratação total, teria eliminado, por desnecessária, a expressão “*partes da obra, até o limite admitido*” (...).

Este entendimento também foi externado no julgamento do TC-101/005/95.

Portanto, entendimento diverso deste seria escancarar os contratos administrativos a toda sorte de possíveis irregularidades, incompatíveis com os princípios da moralidade e isonomia que devem presidir os negócios públicos.

Sendo assim, tendo em vista a corrente doutrinária e as disposições legais relativas à espécie, entende como irregular a cessão e transferência de direitos e obrigações ocorrida nos presentes autos.

Portanto, diante do princípio da acessoriedade, também irregular encontra-se o 7º termo aditivo em que a Empresa de Construção Civil e Pavimentação, assumiu a execução do saldo remanescente do ajuste.

**TCs-27382/02 e 4371/02 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 19/8/08 - DOE de 27/8/08, págs. 60/63. A E. Câmara julgou regulares a concorrência, o contrato celebrado em 21/3/02, e os 1º ao 5º termos aditivos em exame, e legais os atos determinativos das despesas decorrentes.**

**Decidiu, outrossim, julgar irregulares os 6º e 7º termos aditivos e a Cessão de Direitos e Obrigações do contrato, e ilegais as despesas, determinando a aplicação do disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, julgar improcedente a representação abrigaada no TC-4371/026/02, vez que não constatadas irregularidades na licitação e decorrente contratação.**

**Fixou, também, o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o atual Responsável pela Prefeitura informe a este Tribunal sobre as providências adotadas em face da presente decisão. Transcorrido o prazo recursal, bem como aquele fixado para adoção das medidas cabíveis, cópia de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.**

**Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários, inclusive ao Autor da representação, dando-se-lhe conhecimento da presente decisão.**

## **CESSÃO DE LICENÇA DE USO DE SOFTWARES E SERVIÇOS**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados a título de cessão de licença de uso de softwares e**

## **serviços, com fornecimento de infra-estrutura lógica e de conectividade e equipamentos.**

No confronto entre instrução e justificativas não foi possível encontrar razões para divergir dos Órgãos Instrutivos e Técnicos no sentido da irregularidade. Os fatos não favorecem a tese defendida pela Origem.

Inegável que por vezes a Administração não detém conhecimento para, *de per se*, promover apuração de gastos; contudo, no caso, *'incontestável utilidade pública'* alegada para justificar a contratação dos serviços considerados *'essenciais e contínuos'* estava a exigir - como bem lembrou Órgão Técnico - maior cautela na elaboração dos valores que comporiam o orçamento básico. Não se trata, pois, meramente do número de empresas pesquisadas, mas da validade atribuível à cotação efetuada sem apropriado detalhamento.

No contexto, é permitido considerar que até percalços verificados na execução e insatisfação com o resultado tiveram origem nas falhas que remontam ao planejamento do objeto quando, nada obstante especificidade e importância do objeto deixou-se de mensurar adequadamente necessidades - prevenindo riscos, planejando resultados, detalhando serviços - e, com base nos dados mais seguros possíveis, apurar valores.

A ausência de orçamento afronta o disposto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8666/93 e tem real capacidade para dificultar a elaboração de proposta confiável, tanto que, no caso, pode ter determinado o número reduzido de licitantes - das doze empresas que retiraram o Edital, somente duas acorreram.

Diante de tudo, rescisão amigável e não cobrança da multa pela inexecução contratual revela que a Administração, de certo modo, assumiu parcela de responsabilidade pelo insucesso do ajuste.

Além disso, a despeito da impossibilidade de, neste momento, quantificar prejuízos, não há negar que eles efetivamente ocorreram.

**TCs-36125/06 e 27984/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 19/8/08 - DOE de 27/8/08, págs. 63/68. E. Câmara julgou irregulares a concorrência, o contrato e o termo de rescisão em exame, e ilegais as despesas decorrentes, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, julgar improcedente a representação abrigada no TC-27984/026/06, dada a ausência de elementos que permitam concluir possa ter havido direcionamento da disputa.**

## **CONSTRUÇÃO DE NÚCLEO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL**

### **• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Construtora, objetivando a construção de Núcleo Municipal de Educação Infantil.**

(...) O Relator afasta, noutra giro, falha relativa à visita técnica, nos termos dispostos no item 10.4. "f" do Edital. De fato, fixação de data e hora para realização do procedimento, com redução do prazo mínimo para apresentação das propostas, afigura-se procedimento contrário ao disposto no art. 21 da Lei nº 8666/93, e a inúmeras decisões da Corte. Contudo, não é o que aqui se constata.

Publicado o edital em 21/10/06, estabeleceu-se visita técnica até o dia 22 de novembro do mês seguinte, já se assegurando aqui os 30 dias de lapso temporal consignado na lei, entretanto, mais tempo, ainda se deu à elaboração de propostas, haja vista a abertura do certame apenas em 27 de novembro daquele ano. Observe-se, ademais, ausência de notícia de alijamento de competidor em razão do indigitado dispositivo.

No mais, a exigência de atestado de execução de obra em estrutura pré-moldada resultou determinante ao desvio procedimental.

Não se trata e como quer fazer crer a Origem, da defesa da utilização ou não de concreto pré-moldado, ou da eventual restrição à competição em razão de sua utilização.

Trata-se, sim, de verificar possível alijamento da disputa de competidores habilitados para tal.

Exame dos atos procedimentais evidencia que das dezessete empresas participantes sete, em princípio, foram inabilitadas, três delas, especificamente, em razão do indigitado critério. Das três expressamente assinaladas, apenas uma delas, a Construtora e Incorporadora logrou provimento recursal, resultando, ao final, duas inabilitadas e que se insurgiram na forma da lei.

E é este aspecto que se encontra em destaque.

Nesta circunstância, necessário recordar os termos da exigência impugnada, tal qual consignada no Edital: "10.4". "b" - Prova de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto desta licitação, por meio da apresentação de Atestado(s) ou Declaração(s) de capacidade técnica em nome da licitante, expedido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado na entidade de profissional competente, que comprove(m) ter a licitante executado obra (s) de construção (ões) de edificação (ões), conforme previsto no art.30, parágrafo 2º da Lei nº 8666/93 como parcela de maior relevância técnica, o equivalente a 50% das quantidades do objeto da presente licitação. A parcela de maior relevância técnica sobre a qual incidirá o percentual de 50% é: Fornecimento e montagem de estrutura moldada de concreto=101,m<sup>3</sup>".

Ora, o Atestado apresentado pela Empresa de Engenharia e Construção certificava a realização de serviços de "Estrutura Pré-Moldada". O registro de dito documento junto ao CREA/SP, acrescido da respectiva Certidão de Acervo Técnico (CAT) expedida em nome do engenheiro responsável pela Empresa de Engenharia e Construção, são capazes de evidenciar que, em princípio, os documentos atendiam ao disposto no Edital.

Tal presunção de legitimidade apenas cairia por terra, em face de substancial motivação técnica da Administração para não aceitar tais documentos. E esta efetivamente não foi apresentada.

De fato, a mera alegação de que os quantitativos indicariam fornecimento de concreto aplicado ao invés de pré-moldado, não se sustenta, até porque, como certificado por Órgão Técnico, por segmento específico afeto à área de Engenharia, "o item 6.5. do atestado por ela apresentado, além do volume de concreto fornecido e aplicado, devemos considerar que na estrutura de concreto pré-moldado, resultante das quantidades ali presentes (concreto aplicado e aço), o volume seria ainda maior que apenas a de concreto aplicado".

De outra parte, no tocante à “necessária anuência da contratante, no caso, a Construtora, ao documento oferecido pela Empresa de Engenharia e Construção”, fundamento do desprovimento do respectivo Recurso Administrativo, verifica-se que a Ata de Julgamento da Habilitação, ao consignar o motivo determinante da inabilitação da Empresa de Engenharia e Construção, nada menciona a respeito. A invocada “anuência da Contratante” somente foi aventada pelo Parecer Jurídico que analisou o Recurso administrativo interposto, portanto, extrapolando o mérito da decisão anteriormente proferida: “4) Empresa de Engenharia e Construção: o documento apresentado (atestado fornecido pela Construtora, de 3/11/1993) demonstra que não se trata de construção em pré-moldado, pois o seu ‘item 6.5. estrutura pré-moldada apresenta quantitativo referente ao volume de concreto fornecido e aplicado, quando o solicitado é volume de estrutura de concreto pré-moldado, deixando de atender aos requisitos.’ Ademais, a licitante é, ali, subcontratada e não apresenta anuência da contratante”.

À restrição flagrante aos princípios do contraditório e ampla defesa, somem-se outros dois erros da Administração: o certificado emitido pela contratante, e o respectivo CAT afiguravam-se suficientes, no entender dos órgãos técnicos da Corte, para comprovar a capacidade técnico-operacional da licitante; e, se por ventura, dúvida havia em relação ao método de aplicação do concreto utilizado pelas participantes, deveria a Comissão, com o respaldo do § 3º, do art. 43 da LF nº 8666/93, diligenciar na busca de esclarecimento do que, de fato, conteria o atestado, permitindo-se, inclusive, visitar o local referido no documento.

Não foi o que ocorreu. Daí convergirem manifestações dos Órgãos Técnicos para a irregularidade do procedimento porque flagrantemente restritivo à competição, haja vista o prejuízo experimentado por, pelo menos, duas competidoras.

**TCs-42163/06 e 14555/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 4/11/08 - DOE de 12/11/08, págs. 66/69. A E. Câmara julgou procedente a Representação tratada no TC-42163/026/06 e irregulares a concorrência pública e o instrumento contratual abrigados no TC-14555/026/07, acionando-se à espécie os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

#### **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÕES ELETRÔNICOS MAGNÉTICOS**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de cartões eletrônicos magnéticos para aquisição de gêneros alimentícios “in natura”, destinados a servidores da Prefeitura.**

A escolha da Contratada não poderia ter-se dado por meio de licitação do tipo técnica e preço. Este, segundo o disposto no art. 46, *caput*, da LF nº 8666/93, se presta com exclusividade para adjudicar a outrem serviços de natureza predominantemente intelectual, condição que, evidentemente, não possui o objeto do contrato em exame.

Há, aliás, jurisprudência firme sobre o assunto. O e. Tribunal Pleno decidiu que os serviços de administração, gerenciamento e fornecimento de cartões eletrônicos não possuem natureza predominantemente intelectual, conforme consta dos TCs-2572/006/06 e 3235/003/06.

A incoerência dos critérios definidos para julgamento das propostas técnicas com as normas legais que disciplinam a matéria é mais um indício de que o tipo de licitação eleito é inadequado ao fim perseguido pela Administração. Os parâmetros estabelecidos, para fins de pontuação, prestam-se mais para indicar a capacidade mínima do proponente, pois têm a ver com o desempenho anterior, do que eventual excelência do licitante que se pudesse comunicar ao produto de seu trabalho e justificasse a sua contratação.

Dada a natureza essencial do vício, discutir outras objeções suscitadas durante a instrução do feito mostra-se despicando.

**TC-1638/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 5/8/08 - DOE de 20/8/08, págs. 58/60. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato em exame, bem como ilegais os atos determinativos das despesas decorrentes, aplicando-se as disposições contidas nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Responsável pena de multa em valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, com fundamento no inc. II, do art. 104, da referida Lei Complementar, em face das ofensas aos arts. 3º e 46 da Lei de Licitações.**

**Determinou, por fim, à margem do julgamento, o arquivamento do Expediente TC-37839/026/07.**

#### **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA CONSTRUÇÃO DE TERMINAL RODOVIÁRIO**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a construção de terminal rodoviário municipal.**

As falhas apontadas pela auditoria e não justificadas pela Origem, que deixou transcorrer “*in albis*” o prazo deferido, são passíveis para macular a totalidade da contratação, tendo em vista que ao fazer exigências no Edital, de que os participantes da licitação, tenham em *seu quadro funcional permanente*, profissional de nível superior com capacidade técnica profissional comprovada, é medida restritiva que fere o princípio constitucional da igualdade, bem como, afronta a Súmula 25 e a jurisprudência predominante desta Corte.

No tocante a prévia pesquisa de preço, fator essencial à licitação, no sentido de que a Administração não corra risco de contratar sem conhecimento do real valor do objeto, não restou demonstrado, permanecendo assim, a irregularidade.

**TC-38296/06 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 15/4/08 - DOE de 30/4/08, págs. 69/73. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o Contrato dela decorrente, remetendo-se cópias de peças dos autos à Prefeitura, por intermédio de sua Procuradoria Jurídica, nos termos do art. 2º, inc. XXVII, da LC nº 709/93, devendo o Sr. Prefeito informar a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, sobre as providências adotadas em relação às irregularidades apontadas, especificamente quanto à apuração de responsabi-**

lidade; e à Câmara Municipal local, conforme art. 2º, inc. XV, do mesmo diploma legal.

**Decidiu, ainda, aplicar ao responsável multa no valor de 200 (duzentas) UFESPs, conforme previsto no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93.**

## **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA GERENCIAMENTO, OPERACIONALIZAÇÃO E ABASTECIMENTO DO SETOR DE ALMOXARIFADO E FARMÁCIA**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Serviços Médicos, objetivando o gerenciamento, operacionalização e abastecimento do setor de almoxarifado e farmácia de Secretaria.**

(...) O Relator vê destituída de relevância, *no caso específico*, considerando as particularidades do objeto, a limitação ao prazo de visita técnica em até dez dias antes da data de encerramento. Ao contrário de contratos que envolvam obras ou serviços de engenharia, ou mesmo outras espécies de serviços, vê prescindível para a formulação de propostas o conhecimento dos locais de prestação pelos possíveis interessados e com certeza este fator não foi determinante para o comparecimento de um único licitante.

Todavia, além de utilizar-se de licitação tipo técnica e preço, a Administração fixou critérios para aferição de melhor técnica consignando *pontuação para requisitos que comportam apreciação na fase habilitatória*, ainda que, na hipótese concreta, não tenham sido utilizados como documentos de habilitação, como é o caso de atribuição de pontos para atestados de qualificação técnica, currículo dos profissionais envolvidos e prazo para implantação dos serviços (norma a ser estabelecido pela Contratante). Pontuando esses aspectos específicos, o dirigente deixa em segundo plano a avaliação da metodologia a ser utilizada para consecução do objeto, meio exclusivo e seguro para aferir a real capacidade das proponentes. Nesse sentido a jurisprudência desta Corte, atualmente sumulada (Súmula nº 22).

Remanescem, ainda, as demais irregularidades apontadas na instrução. Os documentos exigidos para comprovação da qualificação técnica no item 7.1.5.1 (*autorização de funcionamento expedida pela Secretaria da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde; termo de responsabilidade técnica firmado entre o órgão da Vigilância Sanitária e o responsável técnico da Empresa; Certificado de Autorização Especial de funcionamento expedido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde; Licença de Funcionamento do Licitante, expedido pelo Serviço de Vigilância Sanitária Municipal ou Estadual; Licença de funcionamento da empresa participante, emitido pelo Departamento de Polícia Federal - Divisão de Repressão a Entorpecentes*) extrapolam a relação taxativa do art. 30 da Lei nº 8666/93 e, embora, de fato, estejam previstos em leis específicas do setor, deveriam ter sido solicitados somente ao vencedor da licitação, na oportunidade da contratação, e não a todos os participantes, como documento de habilitação, como reiteradamente condenado por esta Corte, tanto que matéria atualmente consignada na Súmula nº 14.

Também não conseguiu a Origem esclarecer, por meio de justificativas técnicas, a demanda de apresentação pelas proponentes de dois atestados de qualificação (*“compatíveis com*

*o objeto dessa licitação em complexidade e volume de distribuição”*), número que entendo excessivo aqui. Pelas características do objeto, que em uma análise mais ligeira parece destituído de grande complexidade técnica, o fato de a empresa já ter prestado a contento serviços semelhantes por uma única vez, já a habilitaria e executá-los novamente.

A fixação de prazo mínimo de dez dias para início dos serviços, além de atribuição de pontos para a sua implantação, afigura-se contrária ao princípio da isonomia, na medida em que privilegia empresa que porventura já esteja atuando no Município como atual prestadora.

Por fim, o aditivo que prorrogou o ajuste por mais doze meses, além de contaminado pelos atos que o precedeu, acresce os valores em 29,12%, em um período de taxas inflacionárias controladas, sob a alegação de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Conforme Órgão Técnico, embora a Origem sustente que o acréscimo *“mostrou-se necessário para manter as condições iniciais do contrato”*... *“nada foi trazido neste sentido, restando não demonstrada a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas na alínea “d”, inc. II, do art. 65, da Lei nº 8666/93”*.

**TC-19572/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 63/67. A E. Câmara, reiterando os termos do voto proferido na sessão de 30/9/08, afastou, em preliminar, a objeção lançada contra a terceirização dos serviços em comento e julgou irregulares a concorrência, o contrato e o aditivo, em face das irregularidades apontadas no referido voto, acionando-se, em consequência, os incs. XV e XXVII do art. 0º da LC nº 709/93.**

## **CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA PARA SERVIÇOS DE CAPINA, REMOÇÃO DE ENTULHOS E OUTROS**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a contratação de serviços de limpeza como capina, remoção de entulhos e outros, em ruas e avenidas do Município.**

Em que pesem os esforços despendidos, as justificativas ofertadas não conseguiram afastar as falhas apontadas na instrução processual.

Veja-se: a Municipalidade, desde o exercício de 2001, vinha contratando sempre com a mesma empresa o fornecimento de mão-de-obra para execução de serviços corriqueiros, constituindo, em sua maioria, em atividade-fim de diversas Secretarias Municipais.

Como bem expôs Órgão Técnico, *“(...) ainda que a Prefeitura(...) pudesse optar pela terceirização dos serviços em comento, desde que comprovada a sua economicidade (...), as inúmeras irregularidades verificadas nos ajustes precedidos de editais defeituosos e com oscilações expressivas dos preços em curtos períodos de tempo, além de acréscimos rotineiros no limite legal de 25%, são impropriedades graves e que assumem maior relevância em face da ausência de orçamento prévio”*.

Verifica, ainda, que o quadro elaborado nos autos evidencia essa oscilação expressiva dos preços em curtos períodos de tempo. Some-se a isso o fato de que há muito os serviços impugnados vêm sendo ajustados sempre da mesma forma,

o que me leva a crer que o concurso público consagrado pelo inc. II do art. 37 da CF, no presente caso, seria a melhor opção.

**TCs-401/04, 1284/04, 1297/04 a 1308/04 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 9/12/08 - DOE de 4/2/09, págs. 77/83. A E. Câmara julgou procedente a representação agrida no TC-401/006/04, bem como irregulares as tomadas de preços, os convites, os contratos e os termos aditivos em exame, e ilegais os atos determinativos das despesas decorrentes, aplicando-se à espécie o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, em decorrência, em face do disposto no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, aplicar ao responsável, o Sr. Prefeito, multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa deste Tribunal, no prazo de trinta dias do trânsito em julgado da presente decisão.**

### **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO POR MEIO DE REDES DE COMUNICAÇÃO SEM FIO OU MISTO**

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando o fornecimento, instalação e implantação de um sistema digital integrado de coleta de imagens através de câmeras, transmissão por meio de redes de comunicação sem fio ou misto, com possibilidade técnica de implementação de acesso à internet no mesmo ambiente, composto de equipamentos novos, programas (software) e materiais, bem como os respectivos serviços necessários para seu funcionamento, incluindo treinamento.**

A Prefeitura pactuou convênio com a União, por meio do Ministério da Justiça e de sua Secretaria Nacional de Segurança Pública, a fim de obter recursos financeiros e coordenar ações no âmbito do Plano Nacional de Segurança Pública.

Nesse sentido, objetivando a modernização de sua Guarda Civil, instaurou certame licitatório para a implantação do Sistema Digital Integrado de Coleta de Imagens, obra fomentada pelo aludido convênio.

Esse, portanto, o contexto que o Relator considerou para avaliar as controvérsias que impulsionaram a instrução.

(...) O Relator não vislumbra no objeto licitado complexidade técnica bastante para justificar a adoção do julgamento das propostas por meio de critérios de avaliação de técnica e preço.

Conforme solidamente explicado na instrução, o objeto pretendido pela Prefeitura foi suficientemente individualizado, o que permitiria à Prefeitura obter melhor resultado por meio da seleção da proposta com menor preço apenas.

Sobre a não incidência do preceituado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não se convenceu que o objeto licitado e contratado caracterize-se tão-somente como projeto novo, sem ônus ou comprometimento para os cofres municipais ao longo dos exercícios futuros.

O argumento de que a manutenção do sistema pela Guarda Civil implica custos irrelevantes não basta para afastar a incidência da norma complementar.

Haverá de haver despesas com a manutenção de todo o sistema, inclusive aquelas decorrentes do custeio das atividades

da própria Guarda Civil que, longe de não serem significativas, inserem-se no bojo do processo de modernização daquela corporação, o que, aliás, motivou a instauração do certame dos autos.

E, como prescreve a Lei de Responsabilidade Fiscal, a previsão do impacto da despesa nos exercícios futuros configura dever do Administrador, ao qual está vinculado sob pena de ordenar despesa não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio (arts. 15 e 16).

Igualmente não há como se afastar os vícios apontados no curso do processo licitatório.

Primeiro, o Relator não se convenceu da validade do orçamento estimativo que informou a instauração do certame.

Os esclarecimentos da Prefeitura para idoneidade da empresa que o elaborou não foram razoáveis, sendo que a documentação por ela juntada nos autos não lhe parece suficiente para sustentar seus argumentos.

Sendo o escopo social da Comercial e Educacional absolutamente divorciado do objeto licitado e contratado, improvável que o orçamento por ela apresentado tenha refletido o mercado então vigente.

Além disso, determinadas exigências de habilitação foram restritivas.

Destaca a medida de qualificação técnica baseada na apresentação de Atestado de Solidariedade Técnica emitido pelas empresas fabricantes ou distribuidores dos equipamentos, documento que claramente vincula terceiro alheio à disputa, caracterizando situação há tempos reprovada pela jurisprudência da Corte (cf. Súmula nº 15).

Da mesma forma, os critérios de atribuição da nota técnica pautaram-se em parâmetros que divergiram das características e descrições contidas na relação de equipamentos pretendidos.

Adotado o exemplo dos parâmetros mínimos de sensibilidade na captação de imagens noturnas para as câmeras analógicas do tipo 1 (0,05 lux) e 2 (0,7 lux), ainda que válido o argumento de que a análise das propostas técnicas buscou premiar quem oferecesse equipamentos tecnicamente mais eficientes, ou seja, com maior capacidade de captação de imagens (0,008 e 0,4 lux, respectivamente), a verdade é que o Edital, nesse aspecto, acabou não prevendo hipóteses de pontuação para equipamentos com capacidade diversa, inclusive aqueles conformes com as inicialmente mencionadas sensibilidades mínimas de captação.

Disso, portanto, igualmente irregulares o contrato e o termo de aditamento nele incidente.

Por fim, sobre os termos da representação, igualmente entendendo procedentes os argumentos veiculados pela representante Empresa de Comércio e Representações.

O instrumento convocatório não apenas exigiu para a habilitação das licitantes a apresentação de documentos que poderiam ser pedidos tão-somente da vencedora (e.g.: item 6.3.6 - Certificado de homologação da Anatel para os equipamentos de Rádio), mas também detalhou tecnicamente os equipamentos do sistema de forma desarrazoada, o que implicou no efetivo direcionamento do certame para o fornecedor das já referidas câmeras analógicas.

Como bem descreveu Órgão Técnico em sua manifestação nos autos da representação (TC-6427/026/04), os equipamen-

tos da marca Pelco, ofertados pela Vencedora, foram os que atenderam integralmente às especificações técnicas exigidas no Anexo V, obtendo, por consequência, notas máximas na avaliação das propostas técnicas descrita no Anexo IX, superiores, portanto, às atribuídas à licitante Coringa, na medida em que as câmeras da marca Panasonic não alcançaram a mesma performance.

Havendo relação de causa e efeito entre as cláusulas restritivas impugnadas e o resultado do certame, compreende o Relator deva o pedido ser integralmente acolhido.

**TCs-2116/05 e 6427/04 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 30/9/08 - DOE de 8/10/08, págs. 52/55. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência, o contrato e o termo de aditamento, analisados no TC-2116/003/05, bem assim procedente a Representação abrangida no TC-6427/026/04.**

Decidiu, ainda, diante da violação aos preceitos da LC nº 101/00, e da LF nº 8666/93, aplicar ao responsável pela despesa, Sr. Prefeito, multa no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, nos termos do que prescreve o art. 104, inc. II, da LC nº 709/93.

Determinou, por fim, seja oficiado ao Subscritor do TC-6427/026/04, dando-se-lhe ciência do decidido.

## CONTRATAÇÃO DE VIGIAS A PREÇOS DE VIGILANTES

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Organização, objetivando a Execução de serviços de vigilância e segurança desarmada, interna e externa, em Escolas Municipais de Ensino Fundamental, Creches e EMEIS.**

Há irregularidade grave na licitação e no decorrente contrato. O Relator reporta-se especialmente ao valor despendido com os serviços de segurança desarmada, tendo em vista que as funções exercidas são de vigias, não de vigilantes.

Pretendendo contratar segurança desarmada para escolas do Município, a Prefeitura formulou, no Edital, exigências de tal modo descabidas e excessivas que, na precisa síntese de Órgão Técnico, “*contratou vigias a preços de vigilantes*”. Descumpriu, assim, o princípio da economicidade, tendo em conta que o piso salarial do vigilante é substantivamente superior do vigia, como demonstrou a Representante. Acresce que essas mesmas exigências, desnecessárias porque se visava a contratar vigias, se mostraram restritivas da participação de maior número de licitantes, tanto que, embora 11 empresas tenham retirado o Edital, apenas três se apresentaram à disputa, uma das quais foi inabilitada.

Acresce que nos autos da representação TC-15826/026/05 ficou demonstrado que no Edital anterior da Prefeitura, para contratação de serviços de vigia escolar, as atividades discriminadas para os vigias foram as mesmas agora relacionadas, tornando evidente a ofensa ao princípio da economicidade.

As justificativas também não reverteram à falta de prévia formalização de convênio para prestação dos serviços em escolas pertencentes à outra esfera de Governo, subsistindo, portanto, infração ao art. 62, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal; também não comprovaram a realização de prévia pesquisa de preços.

**TCs-2469/05 e 15826/05 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 25/3/08 - DOE de 2/4/08, págs. 56/60. A E. Câmara julgou irregulares a tomada de preços e o contrato analisados no TC-2469/003/05, bem como ilegais as despesas decorrentes, e procedente a representação abrangida nos autos do TC-15826/026/05, acionando-se, em consequência, as disposições do art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93,**

Decidiu, ainda, com fundamento no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, aplicar a cada uma das autoridades responsáveis pela abertura do certame, pela sua homologação e pela assinatura dos instrumentos, pena de multa, por infração aos arts. 3º, 30 e 43, IV, da LF nº 8666/93, fixada no equivalente pecuniário de 500 (quinhentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.

Determinou, por fim, diante do prejuízo causado ao erário pelos atos praticados, o encaminhamento de cópia do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao Ministério Público, para as providências cabíveis.

## CONSTRUÇÃO DE CENTRO ESTUDANTIL

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando o fornecimento de mão-de-obra necessária para executar os serviços de construção de um Centro Estudantil, sem fornecimento de material.**

(...) O Relator entende que restou comprovado nos autos que os procedimentos adotados pelos Responsáveis que realizaram o certame licitatório e que firmaram o contrato e o termo aditivo estão irregulares.

Isto porque o tipo de licitação utilizada considerando o objeto contratado, mão-de-obra para construção de um Centro Estudantil está em desacordo com o que determina o art. 23, inc. II, letra “a”, pois a modalidade correta seria a Tomada de Preços, em razão do valor do contrato - R\$123.954,00.

A Prefeitura ao escolher a modalidade Convite, restringiu o acesso de outros licitantes que porventura quisessem participar do certame infringindo o princípio da competitividade.

Restaram, também, confirmadas as falhas apuradas pela auditoria que comprometeram os atos em exame - falta da minuta do ajuste (art. 40, § 2º, inc. III e art. 62, § 1º da Lei nº 8666/93); ausência de publicidade do Edital (art. 22, § 3º da Lei de Licitações); inexistência de parecer técnico jurídico sobre a licitação (art. 38, inc. VI da referida Lei); falta do quadro comparativo de preços; ajuste sem os requisitos do art. 55, da mencionada Lei (garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, os direitos e responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas, o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica); ausência de publicação resumida do instrumento de contrato, condição indispensável para a eficácia do ajuste (art. 61, parágrafo único da Lei nº 8666/93); e celebração do termo aditivo com parecer favorável do Diretor de Finanças da Municipalidade, quando deveria ter sido exarado pelo Departamento Jurídico.

E, ainda, a não apresentação de documentos (planilhas de quantidades e preços dos serviços, notas fiscais emitidas; com-

provação da existência de recursos orçamentários e indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica, bem como não foi oferecida a garantia para assegurar sua plena execução) solicitados por esta Corte de Contas, para uma análise mais cuidadosa da matéria, macularam os atos em análise.

Convém salientar que o fato mais grave deste feito foi a paralisação e o abandono da obra, cujas fotos constantes dos autos demonstram perda de material e ruínas de paredes já construídas, gerando prejuízo ao erário público.

**TCs-746/03 e 13324/03 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 22/7/08 - DOE de 30/7/08, págs. 14/17. A E. Câmara julgou irregulares o Convite, o contrato e o termo aditivo analisados no TC-746/009/03, e ilegais os atos determinativos das despesas decorrentes, determinando, em consequência, a aplicação do disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, fixando-se o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o atual responsável pela Prefeitura informe a este Tribunal sobre as providências adotadas em face da presente decisão.**

**Decidiu, ainda, julgar procedente a representação abrangida no TC-13324/026/03, vez que constatadas irregularidades na licitação e decorrente contratação.**

**Determinou, também, seja formado processo próprio dos documentos constantes do Anexo IV, que a este acompanha, para o exame da Tomada de Preços, o qual, após devidamente instruído, deverá ser encaminhado à Presidência para distribuição, por prevenção, ao Conselheiro Relator.**

**Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários, inclusive aos representantes do Ministério Público, autos dos expedientes TC-13324/026/03 e 29972/026/07, com cópias de peças dos autos, para as providências de sua alçada.**

## EXECUÇÃO DE OBRA DE INFRA-ESTRUTURA URBANA

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Construtora, objetivando a execução de obras de infra-estrutura urbana no Município.**

(...) Para a habilitação nas licitações, somente pode ser exigida a documentação expressamente relacionada nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8666/93. As exigências de habilitação não podem ser ampliadas, como, aliás, evidencia a reiterada preocupação da Lei (“*exclusivamente*”, art. 27, caput; “*consistirá*”, arts. 28, caput, e 29, caput; “*limitar-se-á*”, art. 30, caput). Exigências que não se enquadrem nessas prescrições legais poderão, eventualmente, ser formuladas ao vencedor da licitação, se lícitas e plausíveis; não, porém, como requisito de participação no certame.

No caso concreto, o Edital prescreveu condições restritivas, que contrariam o preceito constitucional e, também, o artigo 3º, § 1º, I, da mesma Lei n. 8.666 (...).

Descabidas exigências de habilitação, a seguir mencionadas, concretamente restringiram a ampla competitividade do certame. Basta ver que 37 empresas retiraram o Edital; apenas cinco apresentaram-se; duas foram inabilitadas, a Técnica e Construções e a Construtora, porque não atenderam exigên-

cias abusivas, formuladas pelos subitens 1.2.2 e 1.2.3 do Anexo I do Edital, ficando o universo de competidores reduzido a apenas três licitantes.

Duas exigências estabelecidas para habilitação reduziram o prazo mínimo de divulgação do Edital, assegurado pelo art. 21, § 2º, da Lei nº 8666/93.

Impôs como condição da habilitação, a prática de atos em data anterior ao final do prazo mínimo dessa divulgação. Segundo as estipulações do Edital, só preencheriam condição de habilitação aqueles que, antes do prazo mínimo de divulgação do edital, já houvessem prestado *caução* e já houvessem realizado a *visita técnica* (...).

Também o recolhimento de garantia foi exigido antes do prazo mínimo de 30 dias, já que deveria ocorrer até o 3º dia útil anterior ao da entrega dos envelopes.

Tais exigências militam contra a prescrição legal já mencionada. A “*dilação mínima, que a lei quer contada “a partir da última publicação do Edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde*”, e “*até o recebimento das propostas*» dos interessados em participar do certame, serve não apenas ao objetivo de propiciar-lhes o exato conhecimento dos elementos de fato de que depende a elaboração dessas propostas, mas também ao de permitir-lhes a obtenção de todos os documentos que não de acompanhá-las”, sendo por isso inadmissível “*fixar-se, na véspera ou antevéspera da data eleita para recebimento das propostas, o instante derradeiro para entrega à Administração do valor pecuniário ou do comprovante da efetivação de garantia para licitar, salvo se, até então, já houver inteiramente escoado o prazo mínimo legal*” (TC-18674/026/06).

Ao contrário do que pretendem os recursos, a prestação da caução e a realização da caução eram, sim, requisitos de habilitação (...).

Outra exigência restritiva decorre da estipulação de que o quantitativo solicitado *para cada item* deverá ser comprovado por atestado único:

“*O atestado deverá comprovar o quantitativo exigido para o item a que se referir*”.

Porque não prevista em lei, a exigência não é aceita pela jurisprudência desta Corte. Como o art. 30, II, da Lei nº 8666/93 não discrimina o número de atestados, é impertinente, salvo diante de demonstração de necessidade técnica insuperável, a “*fixação de número máximo de contratos, situação que tem sido coibida por esta Corte, a exemplo do decidido nos TCs-9835/026/04 e 5572/026/06*” (...)

É igualmente restritiva a exigência de que os atestados se refiram a obras executadas em área urbana. Ela é expressamente proibida pelo art. 30, § 5º, da Lei nº 8666/93 (...).

A exigência é condenada, também, pela Súmula nº 30 da jurisprudência desta Corte.

Outra crítica restrição criada pelo edital diz respeito à exigência, para comprovação de qualificação operacional, superior ao necessário à demonstração de “*aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em... quantidades*” com o objeto da licitação.

Quanto ao ponto, os Órgãos de Instrução e Técnicos desta Corte não chegaram a entendimento uniforme. Divergem a respeito da observância ou não dos limites necessários, con-

solidados, pela jurisprudência do Tribunal, na Súmula nº 24.

Segundo crê o Relator, a mencionada divergência é fruto do modo pelo qual a Administração quis elaborar o Edital, utilizando critério e terminologia não uniformes para definir os quantitativos da obra e, depois, para definir os quantitativos exigidos para habilitação. Como esses dois quantitativos foram baralhados e tiveram identificações diversas naquelas referências, não se pode dar por demonstrada a regularidade da exigência de habilitação, como competia à Administração demonstrar:

“O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto”.

Em verdade, das irregularidades atribuídas ao Edital somente duas podem ser afastadas, merecendo, quanto a elas, acolhida a defesa apresentada.

Não encontro, no edital ou em seus anexos, exigência de quantitativos mínimos para comprovação de aptidão técnico-profissional, o que seria condenado pelo art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8666/93 e pela Súmula nº 23 desta Corte. Quantitativos foram exigidos apenas para comprovação da aptidão *operacional*, como expresso no subitem 1.2.2 e possível, nos limites do enunciado nº 24 da jurisprudência desta Corte. A exigência não aparece no subitem 1.2.3, que trata da capacitação técnico-profissional.

Está bem evidenciada, ainda, a inexistência de infração à Súmula nº 25 desta Corte, porque o item 1.2.3, em suas duas últimas linhas, expressamente prescreve que o vínculo profissional poderá ser comprovado mediante “*ainda contrato de prestação de serviço autônomo*”.

**TC-31610/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 27/5/08 - DOE de 4/6/08, págs. 53/56. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, e ilegal o ato ordenador das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas, com recomendação ao Senhor Prefeito.**

Decidiu, ainda, impor multa no valor correspondente a 500 (quinhentas) UFESPs à autoridade Responsável, nos termos do art. 104, inc. II, da LC nº 709/93.

Determinou, por fim, a remessa de cópia do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao Ministério Público, para eventuais providências.

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Construtora, objetivando a execução de obras e prestação de serviços de infra-estrutura urbana em bairros e logradouros do Município, abrangendo serviços de implantação, administração e execução de pavimentação asfáltica através do Plano Comunitário de Melhoramentos, por parte da contratada diretamente com os proprietários dos imóveis inseridos na zona de abrangência do Plano.**

A matéria em exame merece, de pronto, juízo de irregularidade, porquanto envolve questões que a jurisprudência da Casa tem reiteradamente condenado, a exemplo a comprova-

ção de experiência anterior em atividade específica e a exigência de comprovação de vínculo profissional do responsável.

Afora a discussão acerca da unificação dos serviços objeto da avença - que o Relator entende passível de ser aceita diante das peculiaridades do caso concreto -, a experiência anterior em pavimentação asfáltica através de Plano Comunitário de Obras é fato que não encontra amparo na Lei de regência e na jurisprudência da Casa, posto que não atende ao princípio da razoabilidade, ou seja, revela-se inadequada à complexidade e natureza dos serviços contratados.

Essa impropriedade não é passível de ser relevada, isto porque, embora possíveis interessados possam ter executado serviços de pavimentação asfáltica na quantidade exigida, não os executaram por meio de Plano Comunitário de Melhorias, constituindo, portanto, em franco prejuízo à competição do ajuste, e, conseqüentemente, se distanciando do escopo de se selecionar a melhor proposta para a execução do contrato.

Ademais, o objeto da licitação abrange espécie de atividade empresarial bastante competitiva e não envolve grande complexidade para a sua realização, não restando dúvida de que tal exigência contribuiu para que apenas cinco empresas participassem do certame, número esse pequeno em face das trinta empresas que retiraram cópia do instrumento convocatório.

Sobre o assunto, há jurisprudência na Casa que corrobora esse entendimento, condenando a prova de experiência anterior prevista no ato convocatório por extrapolar os critérios de qualificação técnica necessários para a execução do objeto licitado.

A impropriedade atinente à exigência de comprovação de vínculo do profissional responsável é matéria que já foi amplamente discutida e consolidada na Súmula nº 25, sendo prescindíveis maiores comentários sobre o tema.

**TC-2518/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 2/9/08 - DOE de 10/9/08, págs. 60/64. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, e ilegais os atos determinativos da despesa, aplicando-se, à espécie, o contido no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

Decidiu, ainda, aplicar pena de multa ao Responsável, Sr. Prefeito do Município, em valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, nos termos do inc. II do art. 104 do mesmo diploma legal.

## EXECUÇÃO DE OBRAS DE URBANIZAÇÃO

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a execução das obras de urbanização de Vila e reurbanização das ruas de acesso ao Município.**

Muito embora a maioria das falhas apontadas refira-se à forma do processo de concorrência levado a efeito pela Prefeitura, o Relator não se convenceu de que os esclarecimentos apresentados tenham sido suficientes para recomendar a aprovação dos atos examinados.

Nesse sentido, a documentação requisitada para o fim de esclarecer se a publicidade do Edital da concorrência observou a disposição contida no inc. III, do art. 21 da Lei nº 8666/93, como também se a data-limite estabelecida para o recebimen-

to das propostas (11/7/02) não implicou prazo inferior ao mínimo consignado no inc. II, do supramencionado artigo do Estatuto, não foi completamente apresentada.

Mais ainda, o Relator não se convenceu da validade da veiculação do Edital por meio do “Diário do Litoral”, periódico para o qual não atribuiu o caráter de jornal de grande circulação no Estado de São Paulo, ao menos com base nos elementos colacionados pela Prefeitura.

Corroborando tal conclusão o fato de que seis foram as empresas que compareceram à visita técnica, sendo que apenas quatro efetivamente apresentaram propostas, o que, na dimensão de um contrato da ordem de

R\$1,7 milhão, para a execução de obras de urbanização e reurbanização em bairros de Município de médio porte, pode ser considerado uma amostra reduzida.

Prefere, ao contrário dos Órgãos Técnicos da Corte, compreender que tais informações melhor evidenciam competição restrita e, conseqüentemente, oferta pouco significativa para a execução do objeto, contrariando, para o Relator, o interesse público envolvido, além dos princípios e preceitos contidos na Lei de Licitações.

Isso não bastasse, faltaram na instrução elementos probatórios convincentes para justificar as prorrogações de prazo de execução e o acréscimo na quantidade de diversos itens da planilha orçamentária.

Tratando-se de matéria cuja análise demanda a existência de parâmetros objetivos, suficientes para se dimensionar as necessidades intercorrentes em face do mercado vigente, inviável qualquer conclusão quanto à regularidade dos aditamentos celebrados, ao menos, mais uma vez, com base nos elementos disponíveis nos autos.

**TC-35823/02 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 17/8/08 - DOE de 25/6/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência, o contrato, os 1º e 2º Termos de Aditamento e os Termos de Aceitação das obras, aplicando-se os efeitos dos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

## EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA

**• Contrato celebrado entre Companhia e empresa, objetivando a execução de serviços de engenharia para reparo em motores de tração e grupos motores (...).**

(...) Permanece, a questão de fundo deste processo, que diz respeito à atualização do valor do orçamento inicialmente elaborado para a licitação, após o certame ter sido aberto, já na fase do recebimento das propostas.

Segundo a alínea “f.1” do item F, terceira parte - Condições Gerais do Edital, o valor do orçamento estimado pela contratante e que serviu de base para a divulgação do Edital, em 7/12/04, teve como data-base o mês 7/4, e o seu valor fixado em R\$5.753.068,84, posteriormente atualizado para R\$5.965.588,05, na data de 1º/1/05, mês de apresentação das propostas.

O Objeto foi adjudicado pelo preço de R\$6.100.000,00, portanto, valor bem superior ao inicialmente estimado, na data-base de 7/4, de R\$5.753.068,84, o que implicaria na desclassi-

ficação da proposta, a teor do disposto no art. 48, II, da Lei de regência.

O § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93 determina que qualquer modificação no instrumento convocatório, do qual o orçamento é parte integrante, exige divulgação pela mesma forma em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto, quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Portanto, a Origem descumpriu o dispositivo legal acima referido, porque, após ter promovido a atualização do orçamento, deveria ter republicado o Edital e reaberto o prazo para o recebimento das propostas, conforme determina a Lei – art. 21, § 4º -, vez que a alteração do valor do orçamento teve influência na participação das licitantes e na formulação das propostas.

Ademais, o fato de somente uma proponente ter se apresentado à licitação é indício de que o preço do orçamento fixado em valor abaixo do de mercado provocou desinteresse das outras três empresas que haviam retirado o Edital, a menos que elas soubessem, por antecipação, que aquele valor sofreria atualização quando da abertura das propostas.

Em conclusão, entende o Relator que, caso houvesse a republicação do Edital e a reabertura do prazo para o recebimento de propostas, após a atualização do valor do orçamento, conforme determina a Lei de regência, certamente tal fato teria influência positiva junto a eventuais empresas que operam no expressivo mercado de prestação de serviços de manutenção de máquinas e equipamentos, despertando seu interesse em querer participar do certame, o que, infelizmente, não ocorreu.

Os procedimentos adotados pela Origem revelam, ainda, que não houve pesquisa adequada dos preços correntes no mercado à época da realização do certame, o que provocou o processamento da licitação em desconformidade com o inc. IV do art. 43 da LF nº 8666/93, que impõe a verificação da conformidade das condições da proposta com as constantes no Edital.

A correção do valor inicialmente fixado no orçamento também afronta o item 8.1 do contrato, onde está previsto reajuste a partir de um ano da data-base, em conformidade com a legislação que dispõe sobre o Plano Real e o Sistema Monetário Nacional.

Quanto ao termo de aditamento, considera que, embora esteja formalmente em ordem, constitui matéria acessória do contrato, estando, portanto, contaminado pelos mesmos vícios que inquinaram o instrumento principal. Prevalece, assim, a regra de que o acessório segue o principal.

**TC-12684/05 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 30/9/08 - DOE de 8/10/08, págs. 52/55. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência, o contrato e, pelo princípio da acessoriedade, o termo aditivo em exame, bem como ilegais os atos determinativos das respectivas despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

## EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE GESTÃO DE SAÚDE

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa de Gestão de Medicamentos, objetivando a execução de serviços de gestão de saúde, com o gerenciamento do contro-**

**le das unidades de saúde do Município, operacionalização de almoxarifados, farmácias e unidades básicas, com o fornecimento de software aplicativo, para todas as unidades da rede pública de saúde.**

Dentre os vários aspectos impugnados na matéria, aquele que se mostra mais relevante envolve o próprio objeto licitado, que infringiu disposições legais e preceito constitucional, sendo, inclusive, motivo de ação judicial, ajuizada pelo Ministério Público contra o Prefeito do Município, a Contratada, o então Secretário da Saúde do Município e outros.

A respeito verifica-se que o §1º, do art. 199, da CF, de fato, prevê a possibilidade das instituições privadas participarem do Sistema Único de Saúde, porém de forma complementar, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Nessa mesma linha, a Lei nº 8080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção, recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, cujo § 2º, do art. 4º, estabelece a possibilidade da participação da iniciativa privada no SUS, em caráter complementar.

Sucede que, no caso, a Prefeitura, por meio da concorrência, contratou a Empresa de Gestão de Medicamentos, empresa privada, não só para executar serviços relacionados ao abastecimento dos setores de almoxarifado e farmácia e ao fornecimento de software aplicativo, como também para realizar serviços de controle operacional dos procedimentos ocorridos em todas as esferas relacionadas ao sistema de saúde municipal, definindo políticas de saúde pública.

Em que pese a vasta defesa apresentada pelo Interessado, onde, insistentemente, alega que não houve terceirização dos serviços de saúde à Contratada, mas tão-somente contratação visando determinados serviços complementares nesta área, caracterizados apenas pelo implemento de atividades-meio, o fato é que o anexo I, do Edital, que especifica tecnicamente os serviços pretendidos, indica justamente, o contrário.

Depreende-se de tal anexo, que o objeto licitado também inclui a gerência de serviços de saúde, inclusive na área de administração hospitalar, com o emprego de profissionais especializados em faturamento SUS, otimização de rotinas hospitalares e administrativas e até mesmo compras no mercado farmacêutico e hospitalar, tipificando, desse modo, a transferência da gestão dos serviços públicos de saúde à pessoa jurídica de direito privado, em divergência aos mencionados dispositivos legais.

Tanto é que a terceirização desses serviços foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, em 30/5/08, proferiu sentença na ação movida pelo Ministério Público (processo nº 8226/05) concedendo-lhe parcialmente a liminar pleiteada e determinando a suspensão do contrato firmado com a Empresa de Gestão de Medicamentos, e, ainda, decretando a indisponibilidade dos bens do Sr. Prefeito, Sr. Secretário da Saúde, à época, e da Contratada.

Além disso, o Edital apresentou exigências relacionadas à qualificação técnica, que estipularam a apresentação de autorizações de funcionamento, laudos, licenças e manual (...), contrárias aos princípios da isonomia e competitividade, ferindo a Súmula nº 14 desta Corte e o disposto no § 5º, do

art. 30, da Lei nº 8666/934, o qual veda a fixação de cláusulas editalícias não previstas na Lei que inibam a participação de interessados na licitação.

Também foi consignado, no anexo III do Edital, relativo à Experiência Específica dos Licitantes, critério de julgamento que levou em consideração os atestados apresentados, comprovando experiência anterior em atividades de natureza similar às requeridas para o objeto pretendido, em desconformidade com a Súmula nº 22, que proíbe a pontuação de atestados em licitação do tipo técnica e preço, que é o caso.

Apesar de o Interessado argumentar que o Edital foi elaborado anteriormente à edição dessas Súmulas, não se pode ignorar que a jurisprudência deste Tribunal, já à época da realização da concorrência, condenava cláusulas da espécie, as quais, na hipótese, nem sequer podem ser relevadas, considerando-se que, dentre as vinte e uma empresas que retiraram o Edital, apenas duas ofertaram propostas, demonstrando que estas podem ter restringido o universo de competição.

Por fim, existe, ainda, a questão da compatibilidade dos preços pactuados com aqueles de mercado, visto que a Prefeitura pesquisou apenas junto à Empresa de Tecnologia em Saúde, a qual ofertou proposta em contrato análogo, sendo, portanto, tal procedimento insuficiente para atender o princípio da economicidade (...).

**TC-1343/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 9/12/08 - DOE de 4/2/09, págs. 77/83. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência, o contrato e os termos de aditamento, em razão do princípio da acessoriedade, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, aplicando-se à espécie o disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, também, aplicar ao responsável, Sr. Prefeito, com base no inc. II, do art. 104, da referida Lei Complementar (infringência à norma legal, art. 199, §1º, da CF; § 2º, do art. 4º, da Lei nº 8080/90 e § 5º, do art. 30, da LF nº 8666/93) pena de multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs.**

**Fixou, ainda, o prazo de sessenta dias, contados a partir do prazo recursal, para que o Responsável informe a esta Corte de Contas acerca das medidas adotadas em virtude da presente decisão. Transcorrido o prazo recursal, bem como aquele fixado para adoção das medidas cabíveis, cópias de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.**

**Determinou, por fim, seja dada ciência do decidido ao Sr. Município, subscritor dos expedientes TCs-32009/026/06, 32010/026/06, 45407/026/07 e 897/010/08.**

## **FORNECIMENTO DE MATERIAL DE LABORATÓRIO**

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando o fornecimento de material de laboratório (reagentes para dosagens bioquímicas).**

(...) A justificativa apresentada para a discrepância entre os valores e quantitativos da adjudicação e da contratação mostra-se inconsistente. Alega-se, a princípio, a intenção de contratação por período de doze meses, até com indicação

de dotação orçamentária (embora alegadamente equivocada) ainda ao final do exercício anterior. Em seguida, com a *única* motivação da vigência contratual até 31/12/07, aponta para a redução do prazo de fornecimento, com consequente diminuição nas quantidades. Ora, não se prevê a extinção do serviço de saúde e de análises laboratoriais ao final do exercício; tampouco vedação legal de vigência contratual que ultrapasse o período orçamentário ou impositivo do interesse da Administração nesse sentido. Imotivada, portanto, a alteração dos termos da adjudicação, quando da celebração do ajuste.

Na mesma linha, inadmissível a reinclusão, no ajuste, de item anteriormente extraído do procedimento, até por que houve tempo hábil para os necessários acertos.

Acresce a restrição à competitividade configurada na disposição da letra “w” do item 11.1, ao determinar a vinculação entre as *marcas* dos *aparelhos* cedidos em comodato e a dos *reagentes*, controles e calibradores, ao invés de sua compatibilidade. Ressalte-se que, embora destacada na notificação constante dos autos, a Origem não se abalou a justificar essa exigência.

**TC-12152/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 25/11/08 - DOE de 3/12/08, págs. 61/67. A E. Câmara julgou irregulares a licitação na modalidade pregão e o termo de contrato em exame, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

#### IMPLANTAÇÃO DE PROJETO DE INFORMÁTICA EDUCACIONAL

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa de Informativa, objetivando o fornecimento de ferramentas tecnológicas, capacitação de educadores e prestação de serviços de suporte técnico e pedagógico para escolas municipais.**

Efetivamente, neste processo observa o Relator que não lhe resta esforço maior que não adotar as conclusões a que chegou o trabalho de análise apresentado pela Auditoria da Unidade Regional competente, até porque a Origem quedou-se inerte diante da oportunidade de esclarecer as falhas apontadas e comprovar a boa ordem dos atos em apreciação, apesar de ter comparecido nos autos por meio de Representante legal.

Das irregularidades apontadas destaca, pela gravidade, a inadequação da escolha da modalidade de licitação, considerando-se as especificidades técnicas do objeto licitado, a ausência de divulgação do certame no DOE e em jornal de grande circulação, em desacordo com o disposto nos incs. II e III, do art. 21 da LF nº 8666/93, e a falta de ampla pesquisa de preços, que impossibilitou a aferição da economicidade do ajuste, distanciando a Administração do escopo de selecionar a melhor proposta.

Ademais, apenas uma empresa acorreu ao certame, o que evidencia a restritividade da competição.

Não bastasse isso, causa estranheza o fato de que a referida empresa (e somente ela) teria sido comunicada da abertura do certame pela Prefeitura, por e-mail (consoante documento constante dos autos).

**TC-888/07 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 2/12/08 - DOE de 10/12/08, págs. 88/91. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial, o contrato**

**firmado em 19/5/06 e, por acessoriedade, o Termo Aditivo celebrado em 2/8/06, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar aos Responsáveis, individualmente, multa no valor de 400 (quatrocentas) UFESPs, nos termos do art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, porque desrespeitadas as disposições do art. 3º, § 1º, inc. I, art. 43, inc. IV, e art. 23, incs. II e III, da LF nº 8666/93.**

**Após o trânsito em julgado, ao Cartório para cumprimento ao disposto no art. 86 da mencionada Lei Complementar. Findo o prazo, sem comprovação de recolhimento, cópias dos autos serão encaminhadas à PFE para cobrança judicial.**

#### INEXECUÇÃO TOTAL DA AVENÇA

• **Contrato celebrado entre Serviço de Água e Esgoto e Empresa, objetivando a contratação de empresa especializada para implantação de sistema de coleta e afastamento de esgoto e execução de obras civis da Estação de Tratamento de Esgoto, bem como o fornecimento parcial de materiais necessários a esses serviços.**

Os elementos de instrução evidenciam a inexecução total da avença, motivada pela Administração. O Departamento de Obras da Autarquia solicitou, em 3/8/06, a “suspensão ou cancelamento” do ajuste, devido a “não conclusão do processo de obtenção do licenciamento ambiental”. Parecer da Assessora-Chefe do Departamento de Assuntos Jurídicos, mesmo favorável, alerta que a extrapolação do prazo legal (inc. XIV do art. 78 da LF nº 8666/93) constitui motivo de rescisão.

Termo de Aditamento nº 1/06 suspendeu a execução pelo período de cento e vinte dias contados de 16/10/06. Expirado o prazo em 12/2/07, persistiu a paralisação até 13/8/07. Inexistem informações posteriores nos autos, apesar de Notificação nesse sentido.

Embora a extinção do ajuste, nos termos do inc. XIV do art. 78 da LF nº 8666/93, constitua faculdade deferida às partes e não impositivo legal mostra-se importante ressaltar o decurso de mais de dezoito meses da lavratura da avença original sem notícia de início das obras e serviços contratados.

A persistência dessa situação poderá ensejar, quando da retomada da execução, o comprometimento de sua economicidade, dada a eventualmente necessária recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado.

Aliás, observa-se que, consultada sobre seu interesse em dar cumprimento ao contrato (Ofício 15/07), já pleiteou, a contratada, tal repactuação, recebendo parecer contrário do órgão jurídico da Autarquia, por ausência de comprovação do real impacto do alegado aumento de custos.

**TC-27459/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 25/3/08 - DOE de 2/4/08, págs. 56/60. A E. Câmara julgou regular a Concorrência, o Termo de Contrato e o Termo Aditivo, com a recomendação proposta pela Auditoria.**

**À margem da decisão, recomendou, ainda, ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto que, em persistindo o interesse na manutenção do ajuste, atente, fielmente, à preservação da relação econômica alcançada pelo procedimento licitatório, em**

face dos preços de mercado, rescindindo-o, porém, sempre que a promoção de novo certame mostrar-se mais vantajosa à Administração.

**Decidiu, por fim, diante da desatenção dada à notificação, impor ao Superintendente da Autarquia a pena de multa estipulada no inc. III do art. 104 da LC nº 709/93, fixada em valor equivalente a 200 (duzentas) UFESP's.**

## LIMPEZA E CONSERVAÇÃO DE PRÉDIO

• **Contrato celebrado entre Departamento Autônomo de Água e Esgoto e Empresa, objetivando a limpeza e conservação geral das dependências do Departamento de Autônomo de Água e Esgoto.**

Reajuste do valor contratado à época do dissídio da categoria, independente da periodicidade anual, já era previsto no Edital da tomada de preços.

Trata-se de hipótese que não se reveste da imprevisibilidade que possibilitaria a aplicação de repactuação econômico-financeira, como quer a defesa. Em que pese entendimento diverso firmado pelo Tribunal de Contas da União, defende esta Corte que implicações do dissídio coletivo, com invariável data-base, não são desconhecidas; os litígios trabalhistas respaldam-se em índices oficiais de recuperação do poder aquisitivo dos salários; portanto, à época da formulação da proposta, ainda que de forma estimativa, o evento era conhecido; não caracteriza a situação imprevisível. Desta feita, restou comprometido o primeiro ajuste e contaminados os demais.

E não é só. Verifica-se, ainda, retenção parcelada da garantia, procedimento, de igual modo, refutado pelos Julgados da Casa, pois não há previsão legal que o sustente e principalmente porque desvirtua o caráter acautelatório do instituto.

Revelam, assim, os autos que o Edital contou com previsões que não encontram amparo na lei, o que, com efeito, compromete procedimento licitatório e contrato.

O Relator rejeita, ainda, os termos de acréscimo e prorrogação em razão da acessoriedade, destacando também que a partir do 5º T.A houve infringência ao limite imposto pelo art. 65, § 1º, da Lei nº 8666/93.

**TC-2135/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 4/11/08 - DOE de 12/11/08, págs. 66/69. A E. Câmara julgou irregulares a tomada de preços, o contrato, reajustes e termos aditivos, com o consequente acionamento dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

## OBRAS DE CONSTRUÇÃO, REFORMA E ADEQUAÇÃO DE LAGOAS DE TRATAMENTO DE ESGOTO

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a contratação de empresa especializada em construção civil, com fornecimento de materiais e mão-de-obra, para executar obras de construção, reforma e adequação de lagoas de tratamento de esgoto, construção de emissários de esgoto, linhas de recalque e estações elevatórias de esgoto.**

(...) a contratação trata-se, evidentemente, de expansão da ação governamental, que exige despesas, não apenas até o

encerramento da construção, mas também depois desse encerramento, com a operação do sistema. Bem por isso, a regularidade da despesa dependia da demonstração do cumprimento das exigências do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal; era imprescindível a demonstração do impacto orçamentário-financeiro, durante o triênio de interesse. De um lado, porque repasses obtidos para a construção do sistema não dispensariam contrapartida do Município (...); de outro, porque a operação do sistema traria óbvio acréscimo de despesas ao Município. Ademais, fixado o prazo de execução das obras em 240 dias corridos, não se pode aceitar a não comprovada afirmação da defesa de que não haveria despesas de manutenção nos dois exercícios seguintes.

De outra parte, a Prefeitura não enfrentou a consistente demonstração da Unidade de Engenharia de que o Edital formulou aos licitantes, para comprovação de sua aptidão técnica, exigências obscuras e que não guardam harmonia com as planilhas orçamentárias (vg, transporte e descarga de terra e “bota-fora”); nem as que se referem à atividade não prevista nas planilhas (vg, assentamento de tubos de 250 mm e escoramento contínuo de valas). Essas exigências indicam o descumprimento dos limites fixados pelo art. 30, I, da Lei nº 8666/93, qual definido pela jurisprudência desta Corte, e serviram para restringir a competitividade do certame.

A competitividade do certame foi restringida também pelo subitem 4.1.2b do Edital, que exigiu capital social mínimo registrado e integralizado de 10% do valor estimado da contratação. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a exigência de que o capital social mínimo esteja precedentemente integralizado e registrado extrapola o permitido pelo art. 31, § 3º, da Lei nº 8666/93 (...)

As duas últimas ilegalidades mencionadas afetaram a ampla competitividade do certame, impedindo a obtenção pela Administração da melhor proposta, em afronta ao princípio da economicidade e ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93. Basta ver que, embora nove empresas tenham adquirido o Edital, apenas três ofereceram propostas.

Essas irregularidades são suficientes para comprometer os atos praticados.

As críticas formuladas pelos Órgãos Técnicos à exigência de índices econômicos em patamar rigoroso, sem justificativas plausíveis (a contribuir, também, contra a ampla participação de interessados) reforçam a conclusão desfavorável aos atos em exame. O mesmo ocorre com a insuficiência da pesquisa de preços, sem embargo de que outras impropriedades pudessem ser afastadas.

**TC-1328/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 1º/7/08 - DOE de 16/7/08, págs. 25/28. A E. Câmara julgou irregulares os atos praticados, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

## O VALOR CONTRATADO FICOU ACIMA DO REFERENCIAL OBTIDO NA PESQUISA DE PREÇO

• **Contrato celebrado entre Serviço de Saneamento Ambiental e Empresa, objetivando fornecimento de caminhões.**

O Serviço de Saneamento, nas duas oportunidades que teve para se manifestar, conseguiu esclarecer algumas impropriedades destacadas durante a instrução dos autos.

Entretanto, permaneceu a falha de maior gravidade, pois a interessada não alcançou justificar porque o valor contratado (R\$964.000,00) ficou acima do referencial obtido na pesquisa de preço (R\$950.050,00), fato que infringiu o princípio da economicidade.

Observa o Relator que a licitação na modalidade Pregão veio para facilitar a negociação entre as partes e propiciar uma economia ao erário, o que não ocorreu no presente caso, visto que não foi realizada qualquer transação entre as partes e o preço ajustado ficou superior aquele obtido no orçamento estimativo.

**TC-27538/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 17/6/08 - DOE de 25/2/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93, e fixando-se o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, que é de quinze dias, para que o Serviço de Saneamento Ambiental informe a esta Corte de Contas acerca das medidas adotadas diante do decidido.**

Transcorrido o prazo recursal, bem como o fixado para adoção das medidas cabíveis, cópias de peças dos autos serão remetidas ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMPLEMENTARES À SAÚDE

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Clínica, objetivando a execução de serviços complementares à saúde na área de exames endoscópicos.**

As justificativas apresentadas não merecem guarida, vez que consoante o ressaltado por Órgão Técnico, em um primeiro momento a Contratante afirmou que com relação à remuneração dos serviços pretendidos, no intuito de atrair interessados, se utilizou de tabela diferente daquela emitida pelo SUS, apesar desta ser exigida pelo art. 26 da LF nº 8080/90 e, posteriormente, em sentido inverso buscou justificar a escolha do tipo de licitação de técnica e preço em razão de aplicar a tabela do SUS.

Quanto ao apontado sobre o certame ter sido realizado em momento anterior à edição da Súmula de nº 22 deste Tribunal, que veda na licitação tipo técnica e preço a pontuação de atestados que comprovem experiência anterior, necessário anotar, que conforme destacou Órgão Técnico, o encerramento da habilitação ocorreu em 6/2/06, portanto posteriormente à publicação das Súmulas enumeradas de 1 a 30, efetuada no DOE em 20/12/05.

Além do que o Relator tem registrado em várias oportunidades o entendimento de que as Súmulas deste Tribunal refletem os posicionamentos sedimentados em reiterados julgados que foram adotados no mesmo sentido ao serem analisadas idênticas matérias, não sendo, portanto, a data de sua edição o limite a ser observado.

Relembra o Relator que, em algumas hipóteses, a mencionada observância tem sido relevada por esta Corte, desde que devidamente comprovada nos autos a competitividade do certame, situação esta não contemplada no presente exame, pois a licitação contou apenas com a participação da ora Contratada.

**TC-36967/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 5/8/08 - DOE de 20/8/08, págs. 58/60. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem como ilegais os atos das despesas decorrentes, aplicando-se, em consequência, os termos do art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93. Fixou, ainda, o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que a Prefeitura apresente a este Tribunal as providências adotadas em face da presente decisão. Decorrido os prazos mencionados, cópia de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.**

Decidiu, por fim, acolhendo proposta do Conselheiro Robson Marinho, aplicar pena de multa ao Prefeito do Município, no valor equivalente a 100 (cem) UFESPs.

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTROLE, OPERAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DE PORTARIAS DE IMÓVEIS

• **Contrato celebrado entre Serviço Municipal de Água e Esgoto com Empresa, objetivando a prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias em seus imóveis.**

Como em inúmeros precedentes examinados nesta Corte a controvérsia dos autos tem a ver com a regra consignada no Edital para a avaliação das propostas comerciais.

Ainda que se trate de licitação do tipo menor preço global, para a prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias em imóveis da contratante, a classificação das licitantes efetivada no certame, na regra utilizada pelo Serviço Municipal de Água e Esgoto, pondera fatores concernentes à composição dos custos unitários propostos, o que resultou no afastamento de licitantes cujas propostas globais poderiam ser inferiores àquela contratada, uma vez que foram impossibilitadas de participar da fase de lances e negociação.

A matéria é recorrente e a argumentação da contratante caminha pela aferição da exequibilidade das propostas, além da regra do art. 48 da Lei de Licitações, descendo ao detalhamento dos preços unitários, especialmente no que se refere à composição dos custos dos insumos e da mão-de-obra, como também aos percentuais de BDI e Leis Sociais incidentes.

O entendimento do Relator, expresso em inúmeros casos, não sendo diferente no presente caso, é que a Lei de Licitações impõe metodologia específica e objetiva para a classificação das propostas comerciais, conforme a regra do art. 48, §§1º e 2º, da Lei de Licitações e Contratos.

No caso, ainda que o Edital tenha previsto a desclassificação de propostas por apresentarem preços excessivos ou inequívocos, não consta dos autos que o Serviço Municipal de Água e Esgoto tenha disso se valido por ocasião do julgamento

das propostas, como, aliás, observou Órgão Técnico em sua manifestação, de que “... a Origem expurgou do procedimento 10 proponentes porque, pura e simplesmente, os mesmos teriam ofertado preços incompatíveis com alguns insumos que compunham os preços dos serviços, tendo como base orçamento anteriormente feito, cujo critério ficou no campo do subjetivismo”.

Não havendo nos autos o registro dos preços ofertados pelas dez empresas desclassificadas, não é possível verificar se os mesmos seriam ou não exequíveis, de forma que sua eliminação do certame afrontou a norma contida no *caput*, do art. 3º da Lei nº 8666/93, na medida em que deixou de observar o princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Salienta que, a exemplo de outras licitações da espécie, a disposição editalícia definidora dos critérios de julgamento carece de objetividade, na medida em que impõe às licitantes que fizessem acompanhar suas propostas com documentação relacionada com a composição de preços unitários, demonstrativos de taxas de encargos sociais, demonstrativo de BDI, de insumos e de mão-de-obra, sem prescrever a forma como tais informações seriam avaliadas.

Em sessão realizada no dia 2/9/08, no TC-12718/026/05, de que foi Relator, esta Câmara julgou irregulares licitação, contrato e termos aditivos celebrados, em Edital que adotou os mesmos critérios ora em análise.

**TC-1343/07 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 23/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 58/61. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial, o contrato, e, por acessoriedade, o primeiro termo de aditamento acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Sr. Presidente multa, no valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, nos termos do inc. II, do art. 104, da referida Lei Complementar, por ofensa ao previsto no art. 3º, “caput”, da LF nº 8666/93.**

## **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços de engenharia consultiva, referente às obras e serviços no âmbito de Secretaria (...).**

Inúmeras foram as irregularidades constatadas durante a instrução processual, para as quais o Relator não encontra qualquer justificativa razoável, mesmo após a apresentação de defesa pela Prefeitura e pela Contratada.

Examinemos, uma a uma, as disposições editalícias que, não só comprometeram a competitividade, como também se revelaram flagrantemente ilegais.

O item 6.1.3.“a” exigiu das licitantes que apresentassem visto do CREA/SP no registro das empresas que estivessem sediadas fora do Estado, imposição de há muito reprimida por esta Corte (...).

No item 6.1.3.“b”, a Administração fixou como parcelas de maior relevância a totalidade dos serviços pretendidos, contrariando disposição expressa do inc. I, do § 1º, do art. 30 da Lei de Licitações, consagrada na Súmula nº 23 deste Tribunal.

Impróprio, ainda, foi marcar visita técnica exigindo que o responsável técnico se apresentasse nesta condição antes da data de entrega das propostas, contrariando disposição igualmente expressa no dispositivo alhures indicado, condição que se agrava ao vislumbrar-se que referido profissional somente seria aceito para fins de participação da empresa no certame se possuísse vínculo trabalhista ou fosse sócio da licitante, requisitos a serem comprovados por meio de certidão expedida pelo CREA.

E nem se afirme o contrário, já que, muito embora referida condição não estivesse claramente definida nas condições de habilitação, sua implementação se deu por meio de inserção nas alíneas “a” e “b”, do subitem VI, do item 7 do Edital (...)

Excluiu-se, dessa maneira, a possibilidade de participação de empresas que contassem com referidos profissionais na condição de autônomos.

A propósito, atribuiu pontuação à proposta técnica em razão de atestados apresentados por referidos profissionais já na fase de habilitação, contrariando, também nesse caso, disposição sumular desta Corte (Súmula nº 22).

Despropositadas, mais, se verificaram as regras destinadas à classificação das propostas técnicas.

A Administração permitiu pontuação em razão do tempo de diploma dos profissionais, a título de prova de maior experiência, critério extremamente desarrazoado, pois um engenheiro pode ter 20 anos de diploma e pouco ter atuado em área tão específica quanto, por exemplo, coordenação ou supervisão.

Fosse para pontuar a experiência, deveria exigir prova da atuação desses profissionais na atividade para as quais estavam sendo apresentados. Tempo de diploma nada tem a ver com tempo de experiência, conforme definido nos autos do TC-21632/026/04 (...).

Esse desvirtuamento de conceitos se estendeu, inclusive, para tudo quanto mais realizado pela Prefeitura para classificar as propostas técnicas.

Ora, se a lei não permite que propostas sejam apresentadas com preço ou vantagem baseados nas ofertas dos demais licitantes (§ 2º, do art. 44 da Lei de Licitações), quanto mais poderia a Administração estabelecer critério em que as propostas fossem confrontadas diretamente, comparando-se umas com as outras, a fim de privilegiar aquela que, subjetivamente, a Comissão de Licitação entendesse como melhor (...).

Por conta desses desvios, não explicados pela Administração, podemos afirmar, como aventado no despacho de fixação de prazo aos Responsáveis, que o julgamento das propostas técnicas foi permeado de subjetividade, já que assim permitiram os critérios fixados no Edital (...). E isso porque as próprias razões que sustentaram tanto a decisão da Comissão de Licitação, quanto os recursos das Empresas, demonstram que os critérios eleitos no Edital não permitiriam a realização de um julgamento objetivo. O Relator renova o exemplo: enquanto a Comissão de Licitação atribuiu para o Sistema PRI, pela performance em determinado requisito, nota 08, a mes-

ma entendeu, por razoáveis argumentos, que mereceria nota 10, enquanto a Empresa de Estudos e Projetos de Engenharia sustentou que referida nota não deveria ultrapassar 06 pontos.

Pior é saber que o certame foi definido em favor da Empresa que já vinha prestando os serviços no Município, tendo a disputa sido decidida em função das notas distribuídas a título de “conhecimento dos problemas” e “descrição do estágio atual das obras”, sabendo-se que o Edital não foi acompanhado de todas as informações necessárias à concreta formulação de propostas, informações estas que somente foram disponibilizadas para aqueles que realizaram a visita técnica e, ainda, parcialmente, é de se presumir diante da falta de explicações da Administração.

E, se pensarmos que todo esse conjunto de irregularidades já seria bastante para condenar os procedimentos da Prefeitura, o que não dizer ao percebermos que o peso atribuído à proposta técnica, desde o início, seria definitivo para decisão do certame, não importando qual o valor constante das propostas de preços.

Ainda que uma licitante apresentasse preço de R\$500.000,00 para a prestação dos serviços (proposta vencedora R\$1.733.719,68), jamais poderia a mesma vencer a disputa, pois a utilização do valor de referência (VM/VP) para fins de pontuação permitiria alcançar-se, no máximo, 100 pontos, os quais, por sua vez, seriam multiplicados por dois, enquanto os pontos atribuídos à proposta técnica seriam multiplicados por oito, sem que limitação igual à atribuída à pontuação das propostas de preços fosse implementada.

No mais, como já havia vislumbrado, quando da notificação dos interessados, não há razoabilidade na criação de critério em que a Prefeitura utiliza o valor de seu orçamento estimado para somar ao valor da menor proposta de preços e proceder, daí, à divisão por dois, obtendo, assim, valor referencial a ser dividido pelo valor efetivo da oferta de cada licitante, ainda mais quando o resultado da aplicação dessa fórmula não permite que seja atribuída nota relativa ao verdadeiro resultado obtido, ou seja, fixando-se limite para a nota máxima a ser alcançada na avaliação das propostas de preço.

E não nos esqueçamos que trinta e quatro empresas retiraram o Edital, apenas seis compareceram para a disputa, tendo três delas declaradas suas inabilitações, duas conseguindo reverter o quadro inicial, uma por meio de recurso administrativo e outra apenas por medida judicial (Mandado de Segurança), lembrando, mais, que as inabilitações tiveram por base dispositivos de contestada legalidade, tal como solicitação de registro e de quitação dos responsáveis para com o CREA/SP e de declaração de não cadastramento e de que nada deve à Prefeitura.

**TC-1275/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 2/12/08 - DOE de 10/12/08, págs. 88/91. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, aplicando-se à espécie os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, por infração à norma legal, jurisprudência e Súmulas desta Corte de Contas, aplicar ao Sr. Prefeito multa em valor equivalente a 800 (oitocentas) UFESPs, nos termos do inc. II, do art. 104, da LC nº 709/93, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.**

**Determinou, por fim, após o trânsito em julgado, seja oficiado ao Apenado para recolhimento da multa.**

## **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA NA ÁREA DE TELECOMUNICAÇÕES**

**• Representação formulada por Município, contra possíveis irregularidades ocorridas em carta-convite, objetivando a prestação de serviços de engenharia na área de telecomunicações, para implantação, instalação e ativação de um sistema de infra-estrutura de comunicação sem fios para a Secretaria Municipal de Saúde, com fornecimento de materiais, mão-de-obra e equipamentos.**

A intervenção de Órgão Técnico mostra que os atos administrativos em exame não podem ser considerados regulares.

A análise do memorial descritivo evidencia que o objeto da licitação e dos termos contratuais em exame ficou totalmente restrito à aquisição e instalação de equipamentos, descaracterizando a pretensão de classificá-lo como de prestação de serviços de engenharia. Essa insubsistente classificação serviu, apenas, para permitir que a licitação fosse realizada em modalidade inadequada; o valor estimado permite que serviços de engenharia fossem licitados mediante convite, ao passo que a aquisição e instalação de bens reclamam a realização de tomada de preços (Lei nº 8666/93, art. 23, I e II). A realização de convite quando necessária, no mínimo, tomada de preços, contraria a Lei.

Dessa falha inicial decorreram outras. Adotada a modalidade convite, a Administração pôde escolher as empresas que seriam convocadas. Foram convidadas empresas que não poderiam executar serviços de engenharia

(TC-32675), porque não habilitadas para realizá-los. Ademais, uma delas era, à época, integrada pelo Secretário Municipal de Administração (representação), o que contraria o princípio da moralidade e os arts. 16 e 53 da Lei Orgânica Municipal (TC-32675).

Quanto aos demais apontamentos, verifica-se que o orçamento básico é composto de cotações não detalhadas, não tendo a Administração reservado dotação orçamentária suficiente para serviços que ela considerava de engenharia (cf. representação). Houve, portanto, infração aos arts. 38, “caput”, e 7º, §§ 2º, II e III, da Lei nº 8666/93, a implicar a nulidade dos atos praticados, nos termos do § 6º do referido art. 7º.

Por fim, os termos de aditamento estão comprometidos porque acessórios de contrato irregular e destinados a prorrogar e acrescentar valores a contrato ajuste com essa qualificação.

**TCs-32675/03 e 1980/05 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 61/64. A E. Câmara considerou procedente a representação examinada no TC-32675/026/03 e julgou irregulares a licitação na modalidade convite, o contrato e os termos aditivos apreciados no TC-1980/007/05, bem como ilegais as despesas realizadas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

**Decidiu, ainda, com fundamento no art. 104, II, da referida Lei Complementar e à vista do dano causado ao erário, impor ao Senhor Prefeito que firmou os instrumentos, pena de multa no valor equivalente a 500 (quinhentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.**

Determinou, por fim, a remessa de peças ao Ministério Público, para as providências que a DD. Instituição considerar cabíveis.

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa de Informática, para o fornecimento de ferramentas tecnológicas, capacitação de orientadores e prestação de serviços de suporte técnico e pedagógico.**

(...) A opção do Administrador pela realização de certame licitatório vincula-o às correspondentes formalidades e procedimentos previstos em lei. Nesse sentido, inviável aceitar-se a posterior alegação de inexigibilidade como justificativa de seu desatendimento.

Eleição de modalidade e tipo deve guardar estreita relação com o objeto, que no caso dos autos demanda “técnica e preço” a teor do § 4º do art. 45 da Lei nº 8666/93. Quando a intencional individualização descamba no prejuízo à técnica ou, como neste caso, em excesso que restringe a competitividade, não há falar-se em discricionariedade nessa escolha. Impossível, de toda sorte, realização de “pregão” para objeto que não se possa caracterizar como “comum”.

Assim, também restritiva a especificação do objeto, que desce a minúcias, como o material de cada componente específico; inclui, ainda, capacitação de orientadores; monitoria pedagógica; e instalações elétricas e lógicas não completamente dimensionadas, situação tendente a provocar embaraços à formulação de propostas, além de configurar a vedada aglutinação de objetos.

Ausente, ainda, comprovação da realização de pesquisa de mercado. Nada nos autos demonstra a provocação, pela Administração, de oferta de preços preliminar ao certame por qualquer interessada em fornecer os bens pretendidos. Nem mesmo à Contratada. Estimativa, portanto, injustificada.

Também carente de adequada explicação a liquidação antecipada de parte do objeto contratual. Atestou-se o recebimento de toda sua parte física somente quatorze dias após a formalização do contrato (11/1/07). Foram trinta centrais digitais (uma por escola) e cento e oitenta módulos eletrônicos (seis por escola), além das correspondentes instalações elétricas e lógicas, distribuídas por trinta escolas municipais. E isso, apesar de o ajuste prever sessenta dias para a entrega e instalação.

TC-517/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 30/9/08 - DOE de 15/10/08, págs. 58/63. A E. Câmara julgou irregulares o pregão e o decorrente termo de contrato, com a recomendação mencionada no referido voto, aplicando-se, ainda, as disposições dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA HOSPITALAR

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços de limpeza hospitalar, com fornecimento de mão-de-obra, saneantes domissanitários,**

**rios, materiais de consumo, utensílios, máquinas e equipamentos de higiene e limpeza para Hospitais.**

As exigências constantes dos Editais de licitação, o Tribunal tem considerado irregulares aquelas que têm caráter restritivo à participação de eventuais interessados, comprometendo a competitividade e, por consequência, no caso de pregões, a busca pelo menor preço.

É bem verdade que, em casos específicos, onde se constata a presença de cláusulas editalícias potencialmente restritivas, mas que efetivamente não comprometem a disputa pelo objeto licitado, havendo boa participação de proponentes e obtendo-se preço compatível com o praticado no mercado, o posicionamento desta Corte é pela regularidade da matéria, recomendando-se a adequação dos editais à lei de regência e jurisprudência deste Tribunal.

Ocorre que no presente caso, como bem exposto pelos Órgãos Instrutivos e Técnicos, as exigências constantes do instrumento convocatório podem efetivamente ser responsáveis pela participação de apenas três proponentes, impondo condições de habilitação que não se coadunam com a Lei nº 8666/93, bem como contrárias à jurisprudência consolidada deste Tribunal.

Além de não ser razoável a exigência de apresentação de Licenças/Alvarás de Funcionamento como condição de habilitação, outra exigência que vem sendo reiteradamente recriada por este Tribunal diz respeito àquela contida no item 6.2.4.1, que restringiu a comprovação de experiência anterior referente a *serviços de limpeza hospitalar com metragem igual ou superior a 3.000 m<sup>2</sup> em um único contrato*, sem qualquer justificativa plausível.

A conduta da Administração contrariou jurisprudência já consolidada, consoante disposto no Enunciado da Súmula nº 14 deste Tribunal, porquanto a apresentação de licenças de qualquer espécie só é devida pelo vencedor da licitação.

Ainda que os quantitativos exigidos possam ser considerados razoáveis, a impossibilidade de comprovação por meio da soma de atestados em mais de um contrato se revelou restritiva à participação de eventuais interessados, isto porque o objeto licitado não apresenta complexidade que justificasse tal requisito, tanto assim que licitado por meio de pregão, o que pressupõe serviço comum (...).

TC-26720/07 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 7/10/08 - DOE de 15/10/08, págs. 55/58. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial e o contrato, acionando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

Decidiu, ainda, aplicar aos responsáveis, o Sr. Secretário da Saúde e o Sr. Diretor de Departamento, multa individual no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, nos termos do inc. II, do art. 104, da referida Lei Complementar, por infringência ao art. 3º da LF nº 8666/93.

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços de manutenção e conservação de logradouros públicos, através de equipes.**

(...) Não convencem as alegações da Contratante em relação a algumas irregularidades. Com efeito, não cabe impor comprovação de capital social mínimo *integralizado*, na medida em que extrapola o disposto no art. 31 (§§ 2º e 3º) da Lei nº 8666/93 e possui potencial cerceador, consoante já decidiu esta Corte em diversas oportunidades. Carecem os autos, ainda, de estudos técnicos capazes de justificar - consoante regra do § 5º do mencionado artigo - critérios não usuais, índices e limites estabelecidos para demonstração da saúde financeira das licitantes.

Contribuindo para diminuta participação de interessados, estão as divergências e incorreções verificadas no Edital, e que, muito embora tenham determinado diversos questionamentos em sede administrativa, não foram bastante para impedir que a Prefeitura levasse adiante a licitação.

Evidencia-se, pois, que houve prejuízo à competitividade e, em que pese o esforço da defesa, fato é que das 46 empresas que retiraram o Edital, apenas quatro acorreram à disputa.

**TC-9930/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 27/5/08 - DOE de 4/6/08, págs. 53/56. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

## **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SISTEMA INTEGRADO DE PROCESSAMENTO DE DADOS**

• **Contrato celebrado entre Saneamento Básico Municipal e Centro Eletrônico, objetivando a prestação de serviços de sistema integrado de processamento de dados com banco de dados relacional oracle standard edition 9.i, com linguagem de programação visual.**

O Relator registra, desde logo, que o Edital pôs em perspectiva de contratação serviços típicos de informática substancialmente aplicados a qualquer ramo da atividade empresarial. É o que se extrai do subitem 7.3.6 do Edital. Como nele se verifica, atividades específicas do setor de saneamento tinham participação inteiramente secundária nos serviços desejados.

O item 8.4.13, alínea e. 6 do Edital, ao disciplinar a pontuação do sistema exigido às licitantes, confirma essa assertiva: deu notável preponderância a serviços de informática que nada têm a ver com a atividade específica de saneamento, como “atendimento ao cidadão”, “faturamento”, “materiais (almozarifado)”, “compras e licitações”, “folha de pagamento e recursos humanos”, “Contabilidade Pública, Tesouraria e Orçamento”, aquinhoados com maior tempo e, sobretudo, com maior quantidade de pontos. A tabela inserida no citado item 8.4.13, alínea e. 6, confirma que atividades específicas do setor de saneamento tinham, realmente, participação pouco expressiva nos serviços em perspectiva de contratação.

Nesse contexto, é realmente restritiva a exigência de *habilitação*, expressamente formulada no item 7.3.5 do Edital, de comprovação de “tempo de atuação no ramo de informática destinado ao Serviço Público e/ou Privado, na área de sane-

amento”. A exigência não é razoável e afronta a Lei de Licitações (arts. 3º, § 1º, I e 30, § 5º), bem como à Súmula nº 30 desta Corte.

Demais disso, a exigência concretamente reduziu o universo dos competidores, tanto que nove empresas obtiveram o edital, mas apenas a depois Contratada ofereceu proposta.

A ilegalidade da licitação decorre, também, da ausência de prévia pesquisa de preços.

Há manifesta infração aos arts. 43, IV, e 48, II, da Lei de Licitações, tanto mais que, no caso, a falta de pesquisa prévia de preços acabou por comprometer a aferição da economicidade da contratação; como houve licitante único, sequer se estabeleceu competição de preços.

Outra ilegalidade grave decorreu da prescrição, pelo Edital, para julgamento das propostas técnicas, de critério claramente contrário ao que prescrevem a Lei nº 8666/93 e a Súmula nº 22 desta Corte.

O subitem 7.3.5 do Edital exigiu, como requisito de habilitação, comprovação do “tempo de atuação no ramo de informática destinado ao Serviço Público e/ou Privado, na área de saneamento, através de Atestados e/ou Contratos específicos”. Mais adiante, o item 8.4.23, alínea “d”, utiliza a mesma exigência (“tempo de atuação”) para pontuar as propostas técnicas, o que a Lei nº 8666/93 não permite.

O Relator relembra que este Tribunal, em diversas oportunidades, decidiu que os critérios para aferição da qualificação técnica das proponentes por meio de atestados que comprovem sua experiência anterior não podem ser utilizados para efeito de pontuação de propostas técnicas, devendo restringir-se tão-somente à fase habilitatória.

Isso porque, a comprovação técnica das licitantes, através de atestados de experiência anterior, acaba por inibir a participação de outros concorrentes, igualmente capacitados, apenas pelo tempo que estão no mercado.

No caso, as cláusulas 7.3.5 e 7.3.6 do Edital exigem a comprovação de aptidão técnica através de atestados, enquanto que o item 8.4.13 pontua *preço, atestados, prazo de execução, experiência do proponente e demonstração dos módulos*; atribui-lhes pontuações com redutores de acordo com os valores crescentes dos preços ofertados, em total afronta ao art. 43, § 5º, da Lei nº 8666/93 e à Súmula nº 22 desta Corte.

Houve, em suma, claro direcionamento do certame a empresa de informática que já operasse no mesmo setor de saneamento; quer porque essa circunstância, irrelevante para a atividade em perspectiva de contratação, foi erigida a requisito de habilitação, quer porque teve peso decisivo no julgamento das propostas técnicas.

A irregularidade da licitação e do contrato contamina o termo de aditamento acessório, bem como as despesas decorrentes.

**TC-27074/05 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 24/6/08 - DOE de 16/7/08, págs. 21/25. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência, o contrato e o termo aditivo em exame, bem como ilegais as despesas decorrentes, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

Decidiu, ainda, impor ao Senhor Diretor Administrativo e Financeiro da Contratante, autoridade responsável pela abertura da licitação e pela homologação e signatária dos instrumentos, com fundamento no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, pena de multa, cujo valor, à vista do dano causado ao erário, foi fixado no equivalente pecuniário de 500 (quinhentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.

Determinou, por fim, o encaminhamento do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao Ministério Público, para as providências consideradas pertinentes.

### PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DESTINADOS À INTELIGÊNCIA FISCAL

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços destinados à inteligência fiscal, compreendendo assessoria e consultoria na modernização administrativa, tributária e econômico-fiscal, que permita a integração do cadastro mobiliário para geração de controles financeiros, para reduzir a evasão fiscal, bem como promover o desenvolvimento econômico, através de ferramentas de última geração, em ambiente “web”, a todas as empresas sediadas no Município.**

(...) Não se vislumbram nos autos elementos que descaracterizem as questões impugnadas.

A reserva orçamentária de R\$70.000,00 e o empenho de R\$60.000,00 para arcar com uma despesa estimada em R\$1.061.000,00 infringem a regra prevista no inc. III do § 2º do art. 7º e art. 38 da Lei nº 8666/93, bem como a do art. 60, § 2º, da Lei nº 4320/64.

De outra parte, nota-se o descumprimento do princípio da publicidade como fator de restritividade havida no certame, dada a ausência de publicação das retificações efetivadas no edital, mormente por afetarem a formulação das propostas, e, consequentemente, da necessária reabertura de prazo para os seus recebimentos, de acordo com o preconizado nos arts. 3º, § 1º, inc. I, e 21, § 4º, da Lei de Licitações e Contratos.

Igualmente, a exigência da apresentação do comprovante de aquisição do edital da licitação é vedada pela Súmula 26 deste Tribunal.

Registro, ademais, que o interessado, durante as duas oportunidades abertas para defesa, sequer tentou justificar as impropriedades apontadas.

**TC-25037/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 16/8/08 - DOE de 24/9/08, págs. 53/56. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, e ilegais os atos determinativos das correspondentes despesas, sem embargo da adoção das providências previstas nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

Decidiu, ainda, aplicar multa no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs ao Sr. Prefeito do Município, com fundamento no art. 104, inc. II, da referida norma legal, por violação às disposições mencionadas no voto do Relator, fixando-lhe o prazo de trinta dias para pagamento, após o trânsito em julgado da presente decisão.

### PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES DE ALUNOS DA REDE MUNICIPAL

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços de transportes de alunos da rede municipal.**

No caso concreto, a instrução destes autos indicou que o certame foi divulgado sem que os itinerários a serem atendidos pela então futura contratada fossem igualmente disponibilizados.

A relevância dessa informação, inclusive, foi reconhecida pela própria Prefeitura que, antes da sessão de recebimento de propostas e em atenção a pedidos de esclarecimentos apresentados à Comissão Municipal de Licitação, editou dois comunicados para informar das quilometragens aproximadas das linhas descritas em cada item e da descrição dos itinerários dessas linhas.

Isso, contudo, não afastou potencial restritividade ao acesso de interessados, especialmente porque tais dados foram encaminhados exclusivamente às empresas que adquiriram o Edital, às vésperas da data-limite para o recebimento das propostas.

Sendo as variáveis essenciais para a formulação das propostas, seria de se esperar que o prazo de publicidade do Edital fosse renovado, conforme preceituado no art. 21, § 4º, da Lei de Licitações e Contratos, a fim de com isso se buscar a ampliação do acesso de interessados à disputa.

Corroborava tal entendimento o fato de que a Administração adotou como regime de julgamento das propostas o menor preço por viagem de ida e volta, parecendo-me, dessa maneira, que a formatação da aludida equação pelas interessadas restaria prejudicada sem que, desde logo, fossem informadas as distâncias entre origens e destinos, os caminhos a serem percorridos e o número de veículos necessários ao atendimento da demanda de alunos transportados.

De regra, propostas descompromissadas com mencionados elementos acabam se revelando inexecutableis, operando, assim, contra o interesse público.

Esse mesmo vício que atinge o processo de licitação compromete todos os negócios dele provenientes, razão que leva o Relator a impugnar toda a matéria aqui tratada.

**TCs-2213/07 a 2218/07 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 4/11/08 - DOE de 27/11/08, págs. 72/75. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e os contratos em exame, aplicando-se ao caso os efeitos dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

Determinou, ainda, o arquivamento do Expediente TC-1534/003/08, já que a matéria fica absorvida pelo decreto de irregularidade, ora proclamado.

### PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PACIENTES

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a execução de serviços de transporte de pacientes para tratamento fora do Município.**

Inúmeras são as irregularidades que permearam o procedimento licitatório realizado pela Prefeitura, com o propósito de contratar serviços de transporte de pacientes para tratamento fora daquele Município.

Com efeito, desde a instrução inicial foram levantados obstáculos à regularidade dos atos em exame que a Origem não logrou transpor, em razão dos frágeis argumentos para explicar os aspectos suscitados pela auditoria, silenciando naqueles suscitados por Órgão Técnico.

Não vieram provas cabais da impossibilidade em atestar a divulgação do Edital em jornal de grande circulação ou outros meios, exigida nos termos da lei. Aliada a esta falha grave, eis que apenas a Contratada compareceu à abertura, impropriedades na descrição do objeto, falta de assinaturas dos responsáveis em documentos que registram oficialmente os atos praticados, previsão de cláusulas editalícias flagrantemente contrárias à jurisprudência deste Tribunal, conforme observado nos autos, e ao preconizado pelo art. 3º, inc. I, § 1º, da LF nº 8666/93, sinalizam a reprovação da matéria.

**TC-25284/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 30/9/08 - DOE de 8/10/08, págs. 52/55. A E. Câmara julgou irregulares o pregão e o contrato em exame, e ilegais as despesas decorrentes, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, outrossim, em face da inobservância ao disposto no art. 3º, § 1º, inc. I, da LF nº 8.666/93, e com fundamento no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, aplicar ao responsável, Sr. Prefeito, multa no valor correspondente a 100 (cem) UFESPs, a ser recolhida ao Fundo de Despesa deste Tribunal de Contas, no prazo de trinta dias, a contar do trânsito em julgado da presente decisão.**

### **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA, SEGURANÇA PATRIMONIAL E SEGURANÇA ELETRÔNICA**

• **Contrato celebrado entre Fundação e Empresa, objetivando a prestação de serviços de vigilância, segurança patrimonial e segurança eletrônica com instalação de equipamentos de circuito fechado de câmeras CFTV e manutenção dos equipamentos a serem instalados.**

O Relator endossa o pronunciamento de Órgão Técnico dando conta da sujeição da Fundação à obrigatoriedade, no caso, de licitar, por forças das razões ali declinadas.

Carece razão à Fundação quando defende ser-lhe prerrogativa discricionária exigir registro ou inscrição de proponentes no *Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo - item 53.3, alínea "a", do Edital* -, entidade de classe, responsável pela organização sindical da categoria, desprovida, nada obstante, da incumbência de regulamentação profissional do setor, submetido, por sua vez, à fiscalização e às normas expedidas pelo Departamento de Polícia Federal - *vide, a exemplo, Lei nº 7102/83 e Portaria nº 992/95.*

Demais disto, impõe-se consignar que a obrigatoriedade de filiação a sindicato afronta a CF - *inc. V do art. 8º.*

Trata-se, outrossim, de condição impugnada por potencial interessado no certame e não acolhida pela *Administração*, que indeferiu pleito de exclusão da cláusula em referência.

Porque extrapolam a documentação certa passível de se requerer de proponentes - *discriminada nos arts. 28 a 31 da*

*Lei de Licitações* – as exigências de apresentação de “*Certidão Negativa de Infrações Trabalhistas*” e de “*Certidão Negativa de Débitos Salarias*” - *item 53.13 do Edital* - mostram-se inteiramente descabidas, impertinentes e, sobretudo, prejudiciais à universalidade da disputa.

Não restando dúvida de que as referidas cláusulas impugnadas na instrução apresentam potencial de restringir o livre acesso de proponentes ao certame, há ter em conta que, no caso, o afluxo de proponentes ao certame foi diminuto - *apenas dois nele ingressaram - em setor onde costumeiramente a disputa é acirrada entre numerosos interessados.*

A combinação de cláusulas impróprias e reduzida competitividade dá azo à presunção de prejuízo à seleção que se objetiva por meio das licitações públicas.

**TC-22172/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 6/5/08 - DOE de 14/5/08, págs. 53/56. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial e o contrato em exame, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

### **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA DE TRÂNSITO**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços especializados de engenharia de trânsito e procedimentos relativos à administração e operação de serviços de informática para implantar sistemas computacionais e prestar assessoria técnica na elaboração e execução de cursos de treinamento para operações dos sistemas e equipamentos.**

(...) O item 4.4.2 do Edital claramente extrapolou o disposto no § 1º, inc. I, do art. 30, da Lei nº 8666/93, bem como o preconizado pela Súmula nº 20 deste Tribunal.

Em verdade, o subitem mencionado do Edital não se exigiu atestado(s) de responsabilidade técnica limitados às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, como prescreve o art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8666/93. A exigência foi muito além, esmiuçando praticamente todas as atividades reclamada aos eventuais licitantes, além de reclamar a comprovação de aptidão para atividades que, inerentes ao Poder de Polícia da Administração, não são passíveis de delegação ao particular.

Acresce que as atividades de “administração de multas de trânsito” (alínea “a”) e de implantação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos de detecção de infrações de trânsito” (alínea “b”) são nitidamente distintas, ficando claro que o objeto poderia ter sido fracionado, consoante estabelece o art. 23, § 1º, da Lei nº 8666/93, de modo a permitir a realização de licitações distintas, com maior participação de interessados.

Quanto à exigência de capital social mínimo e de prestação de garantia, este Tribunal vem decidindo que devem ter como parâmetro o período de 12 meses (relativo ao primeiro exercício), nos casos em que a contratação foi realizada por prazo de vigência superior.

Nesse sentido, a decisão proferida no TC-1118/007/06 (...).

Exigir capital social mínimo e garantia proporcional a prazo superior àquele que prescreve o art. 57, *caput*, da Lei

nº 8666/93 é procedimento não tolerado pela jurisprudência desta Corte.

Procedente, também, a crítica à data-limite para prestação da garantia de participação, estipulada pelo subitem item 4.2.6 do Edital.

Nos termos do art. 43, § 1º, da Lei nº 8666/93, “*A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão*”. A exigência de apresentação antecipada de alguns desses documentos é arbitrária, ilegal e concorre para reduzir a competitividade do certame.

Essas exigências não poderiam ser formuladas, porque extrapolam a permissão legal.

O art. 37, XXI, da Constituição prescreve que “*a lei somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Bem por isso, para a habilitação nas licitações, somente pode ser exigida a documentação expressamente relacionada nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8666/93. As exigências não podem ser ampliadas, como, aliás, evidencia a reiterada preocupação da Lei (“*exclusivamente*”, art. 27, caput; “*consistirá*”, arts. 28, caput, e 29, caput; “*limitar-se-á*”, art. 30, caput).

No caso dos autos, as ilegais exigências implicaram, concretamente, na restrição da competitividade do certame. Tanto isso é verdade que treze empresas retiraram o Edital, mas apenas uma se apresentou ao certame. Houve, portanto, infração ao art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8666/93.

**TC-15452/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, e ilegal o ato determinador da decorrente despesa, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

Decidiu, ainda, impor ao Sr. Prefeito, autoridade responsável pela abertura do certame licitatório, pela homologação e signatário dos instrumentos, com fundamento no art. 104, inc. II, da mesma LC nº 709/93, pena de multa, cujo valor, diante do prejuízo causado ao erário, foi fixado no equivalente a 500 (quinhentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.

## **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE SANEAMENTO AMBIENTAL E LIMPEZA PÚBLICA**

- **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços essenciais na área de saneamento ambiental e limpeza pública - compreendendo coleta de lixo domiciliar e comercial, transporte do lixo domiciliar e comercial até o destino final, varrição manual e mecanizada de vias públicas, varrição, coleta e incineração de resíduos de serviço de saúde, raspagem / limpeza, capina química e manual de vias e logradouros, pintura de guias, limpeza de terrenos baldios, limpeza e desobstrução de valas e córregos.**

Malgrado alegações da Prefeitura, a *exigência de apresentação de “Metodologia de Execução”* é reservada à exclusiva classe de “*obras e serviços e compras de grande vulto*” e de “*alta complexidade técnica*” (art. 30, §§ 8º e 9º, da Lei nº 8666/93).

Obras, serviços e compras de “*grande vulto*” encontram-se definidas no art. 6º, V, da Lei de Licitações, sendo aquelas de valor estimado superior a R\$37.500.000,00.

Tendo em conta que a prestação dos serviços dos autos foi orçada em R\$24.139.650,00, descabia a introdução do referido fator para avaliação a ser processada pela *Administração*.

Demais disto, o Relator verifica que - além do exigido claramente cingir-se à apresentação de “*Plano de Trabalho*”, não evidenciando a existência de pluralidade de técnicas a serem avaliadas - da ampla e pormenorizada *discriminação dos serviços* estabelecida nas especificações técnicas do Edital da concorrência, que o *método* a ser utilizado encontra-se inteiramente definido pela *Administração*, e por isso também desabona a instituição de “*Metodologia de Execução*” no certame.

Por oportuno, o Relator invoca precedentes:

- Edital da Prefeitura, igualmente objetivando a contratação de prestador dos serviços de limpeza urbana e correlatos (TC-12741/026/05) e abrigando idêntica condição - exigência de apresentação de “*Metodologia de Execução*” para fins de avaliação de aceitabilidade, compreendendo cláusulas análogas - fomentou representação, acolhida pelo E. Colegiado (em sessão de 18/5/05), ficando ali determinado, na ocasião, dentre outras providências, a *exclusão* das exigências relativas à “*avaliação de metodologia*”.

- por força das mesmas circunstâncias, decisão prolatada determinou a exclusão do mencionado fator de Edital da Prefeitura (TCs-3187/026/06 e 32552/026/06).

Afora incerto o número de potenciais licitantes prestadores dos serviços que eventualmente renunciaram participar do certame em razão da introdução do dispositivo ora inquinado, fato é que dos dez adquirentes do edital, apenas dois nele ingressaram, denotando a fragilidade de que se revestiu o ambiente no qual a competição pelo objeto teve lugar.

**TC-1068/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 24/6/08 - DOE de 16/7/08, págs. 21/25. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato decorrente, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

## **PREVISÃO DE SUBCONTRATAÇÃO SEM IMPOSIÇÃO DE LIMITE OU CONDIÇÃO PARA SE APERFEIÇOAR**

- **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados de fornecimento, implantação, operação e manutenção de equipamentos de fiscalização, sinalização e monitoramento de trânsito no Município.**

A reunião de serviços distintos sem que houvesse a possibilidade das licitantes de se comporem em consórcio constituiu, no presente caso, fator restritivo ao caráter competitivo da disputa.

Conquanto alegue a Prefeitura que o fracionamento dos serviços seria inviável, verifico que a Contratante não instruiu os autos com explicações técnicas que pudessem justificar a reunião de tarefas diversas em um único contrato, e tampouco fez prova de que a contratação isolada dos serviços não resultaria em vantagens para a Administração.

A vedação de participação de consórcios é faculdade conferida ao Administrador, por força do art. 33, “caput”, da Lei nº 8666/93; contudo, a previsão de subcontratação nos moldes aqui observados deve ser impugnada, pois, apesar de estar prenunciada a necessidade de anuência por parte da contratante, não há imposição de limite ou condição para se aperfeiçoar, podendo ela recair sobre qualquer das atividades, mesmo nas principais.

Como o preestabelecimento dos limites e condições para a ocorrência da subcontratação é requisito necessário para sua admissão, a ausência de tais fatores cria a oportunidade da Administração manter contrato indireto com empresas que não passaram pelo crivo habilitatório da licitação.

O Relator alia-se, ainda, ao entendimento externado por Órgão Técnico, ao comentar sobre a questão relativa ao prazo contratual, como sendo restritiva.

No presente caso, não somente as garantias se vincularam ao valor total do contrato, como também a comprovação de capital mínimo. E mesmo considerando o argumento da Origem de que a garantia contratual não restou onerada por ter sido fixada em 2% sobre o valor do ajuste, em vez dos 5% permitidos, mesmo assim, a importância levantada é muito maior do que se calculada com o percentual máximo admitido sobre o valor anual.

Desta forma, pela análise efetuada das informações e documentos juntados aos autos, há que se concluir que ocorreu restrição na possível participação de outras empresas, haja vista que 28 empresas retiraram o Edital e apenas quatro apresentaram propostas.

**TC-2715/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 1º/4/08 - DOE de 9/4/08, págs. 56/60. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem como ilegal o ato determinativo da despesa decorrente, aplicando-se o disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, fixando-se o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o responsável apresente a este Tribunal as providências adotadas em face da presente decisão.**

Determinou, por fim, sejam encaminhadas cópias da decisão ao Ministério Público, conforme consta dos autos do TC-40981/026/06, que acompanha o presente processado.

#### **PROGRAMA DE BUSCA DE RECURSOS PERANTE A UNIÃO**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Consultoria, objetivando a prestação de serviços de consultoria para gestão e execução administrativa e financeira e implementação do programa de busca de recursos perante a União.**

Em que pesem os esforços despendidos, a matéria está irregular.

Com efeito, a contratação padece de falha já na própria intenção do Administrador, de transferir para terceiros uma tarefa que lhe é peculiar, de sua estrita alçada. A transferência a terceiros de tarefas próprias da Administração e a ocorrência de pagamentos atrelados a recursos obtidos do respectivo contrato contrariam o disposto no art. 7º, § 3º, da legislação retromencionada.

A despeito da semelhança do caso com os contratos de prestação de serviços de análise e revisão de DIPAMs, condenados de maneira geral por este Tribunal, o procedimento se reveste de maior gravidade, pois se trata de revisão de atos de recolhimentos ao INSS.

Aqui, não se justifica o pagamento a terceiro de valor equivalente a 20% do benefício auferido, quando não se vislumbra qualquer gestão de ordem jurídica na atividade contratada, mas tão-somente ações de natureza contábil, que podem e devem ser executadas pelo próprio Administrador público. Como bem disse Órgão Técnico, além da existência de tempo disponível à época da contratação, o vulto do valor contratado seria capaz de cobrir qualquer adaptação ou treinamento que se fizesse necessário.

O Relator verifica, também, que não houve por parte da Origem qualquer preocupação de avaliar adequadamente o preço contratado, mediante pesquisa de preços prévios e idônea, a fim de se auferir no mercado a exigência de outras empresas qualificadas a prestarem o serviço, já que apenas a contratada atendeu ao aviso de licitação.

O presente caso é bastante semelhante ao analisado nos autos do TC-19604/026/03, quando a e. Primeira Câmara, acolhendo voto do ora Relator, decidiu pela irregularidade dos atos ali praticados. Da mesma forma, o e. Plenário, ao examinar recurso ordinário pretendendo a reforma do decidido, houve por bem confirmar o Acórdão de primeiro grau, negando provimento ao apelo.

**TC-1104/04 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 4/11/08 - DOE de 27/11/08, págs. 72/75. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato em exame, bem como ilegais os atos determinativos das despesas decorrentes, acionando-se, por consequência, o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

#### **SERVIÇOS DE LIMPEZA DE PRÓPRIOS MUNICIPAIS**

• **Contrato celebrado entre Empresa de Progresso e Desenvolvimento Municipal e Empresa, visando à prestação de serviços de limpeza predial em próprios municipais.**

(...) A exigência do edital de que a experiência anterior fosse comprovada por três atestados, condição que se mostrou restritiva à ampla participação no certame, tanto que foi motivo de inabilitação de cinco das seis proponentes que não lograram passar para a segunda fase da disputa.

Igualmente, é de se presumir que a obrigação cometida à Contratada de possuir escritório na Baixada Santista tenha sido responsável por afastar outras interessadas na prestação dos serviços, pois apenas dezesseis, dentre as vinte e sete empresas que retiraram o Edital, ofereceram documentação e

proposta. Ademais, é exigência que contraria o disposto no § 5º do art. 30 da Lei de Licitações.

No que se refere aos índices contábeis, a Contratante não esclareceu os critérios da pontuação atribuída.

Já no que tange aos dois termos aditivos, ainda que sejam também irregulares pela simples aplicação do princípio da acessoriedade, é certo que eles se encontram viciados por falhas materiais. Por meio do primeiro deles as partes implementaram um injustificável realinhamento de preços, eis que não demonstrada à ocorrência de atos ou fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis que, efetivamente, ensejasse a repactuação dos preços originais. O advento de dissídio coletivo não é motivo suficiente a impedir a manutenção das condições previamente ajustadas pelas partes contratantes, como tem decidido este e. Tribunal.

Na mesma situação se encontra o 2º Termo de Aditamento, que acresceu ao contrato o valor de R\$256.919,00, equivalente a 25% do montante original, sem qualquer demonstração da necessidade dos correspondentes serviços.

**TC-33425/02 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 1º/4/08 - DOE de 9/4/08, págs. 56/60. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência, o contrato e os dois termos de aditamento em exame, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, aplicando-se as disposições consignadas nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, outrossim, aplicar ao responsável Sr. Diretor-Presidente da Empresa de Progresso e Desenvolvimento à época, a pena de multa em valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, por prática de ato com infração a normas legais, nos termos do inc. II do art. 104 do mencionado diploma legal, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa deste Tribunal, no prazo de trinta dias do trânsito em julgado da presente decisão.**

## SERVIÇOS GERAIS DE DESASSOREAMENTO DE RIO

• **Contrato celebrado entre Serviço autônomo de Água e Esgoto e Empresa de Engenharia e Construções, objetivando a execução de serviços gerais de desassoreamento de Rio.**

(...) A jurisprudência desta Corte *limita* os requisitos de habilitação *somente, exclusivamente*, aos que estão relacionados expressamente nos arts. 27 e 30 da Lei nº 8666/93. Outras exigências não podem ser erigidas a requisito de habilitação, embora, quando aceitáveis, eventualmente possam ser requisitos de contratação.

No caso concreto, os autos noticiam que o Edital da concorrência formulou exigências para habilitação dos licitantes inteiramente contrárias ao ordenamento jurídico e à jurisprudência desta Corte.

Os subitens 7.1.2.3.2 e 7.1.2.5, sobre qualificação econômico-financeira, extrapolaram a autorização do art. 29, III, da Lei de Licitação, ao exigir certidão de quitação de tributos e contribuições e certidão negativa de débito. A Lei prevê a exigência apenas de “*prova de regularidade para com a Fazenda Pública*”, que não depende da apresentação de certidão negativa de débito e de certidão de quitação de tributos; a exigência

pode ser atendida por outros meios, como a certidão positiva com efeito de negativa (...).

Também o subitem 7.1.2.6 restringiu a competitividade do certame, ao exigir capital social *integralizado e registrado*. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a exigência de que o capital social mínimo esteja precedentemente integralizado extrapola o permitido pelo art. 31, § 3º, da Lei nº 8666/93 (...).

O reconhecimento da firma do licitante, formulada no item 7.1.3.2.4 também é demasia repelida pela jurisprudência da Corte, TC-28264/026/05 (...).

O subitem 7.1.4.3.1 do edital contrariou o enunciado nº 15 da Súmula desta Corte. Exigiu que o demonstrativo da comprovação da situação econômico-financeira de cada licitante fosse assinado e subscrito por Contador que se responsabilizasse civil e criminalmente pela informação. Há precedentes da Corte repelindo especificamente tal prescrição, TCs-36659, 36978, 37130, 37210, 37255/ 026/06 (...).

Acresce que o subitem 7.1.3.3.1 do Edital designou duas datas certas para a visita técnica, 23 ou 24/3/06, às 09:00 horas, com agendamento prévio de no mínimo três dias úteis.

A jurisprudência deste Tribunal de há muito condena a designação, em editais de licitação, de data certa para a visita técnica (...).

Tem incomodado o Relator, porém, o modo como esse assunto vem sendo regrado em editais de licitação, máxime quando concebida a visita técnica e fixada uma oportunidade única para que seja realizada, de ordinário em meio ao curso do prazo que a lei de regência quis fluísse entre a última publicação do ato convocatório e a data indicada para o recebimento das propostas dos licitantes.

A continuada reflexão a respeito levou-me à convicção de que não é razoável desça a Administração a minúcias na definição da maneira pela qual haverá o licitante de apropriar-se das informações de mister para o bom cumprimento das obrigações que espera assumir.

Pensa, em suma, que incumbe à Administração criar e manter, ao longo do prazo de que legalmente dispõem os eventuais proponentes, *ambiente propício* a que adquiram o domínio dos fatos de interesse, segundo o seu próprio estilo e com os recursos pessoais e materiais que repute adequados e pertinentes; vale dizer, durante o período normal de funcionamento das repartições administrativas, servidor habilitado ao fornecimento de todos os dados relevantes para a confecção das propostas dos licitantes haverá de encontrar-se disponível para dispensá-los a quem os procure, certificando-o formalmente para efeito de prova. Nada mais.

Acrescentou, em seguida, atento às justificativas apresentadas pela Administração, “não haver impedimento a que se divulgue, já no ato convocatório, data e horários escolhidos pela Administração para a realização da visita técnica, ocasião em que todos poderão receber, a uma só vez, eventuais informações complementares, bem como respostas às dúvidas apresentadas, garantindo-se o princípio da isonomia. Mas, se assim for, é imperioso que o edital também prescreva, de maneira *expressa*, em subitem imediatamente subsequente, que igual oportunidade haverá de ser franqueada àqueles que não puderem participar da indigitada reunião. Não há como, alegando-se homenagem ao princípio da isonomia e transparência, subtrair dispositivo legal expresso que garante aos interessados prazo mínimo legal

para a confecção de suas propostas. E se a visitação técnica é, tal como alardeou a Administração, de suma importância, há mais motivo para que seja garantida sua realização por todos os interessados em participar do certame, inclusive aqueles que, em um primeiro momento, não puderam participar da reunião previamente agendada pela Administração.

Nestes termos, a exigência deve ser emendada ajustando-se à jurisprudência desta Corte" (...).

Essa formação impede a participação de qualquer interessado que, tomando conhecimento do certame depois de exaurido o prazo para agendar a visita, tivesse condições de oferecer proposta na data definida para sua apresentação.

A visita não é exigência necessária de qualificação técnica ou econômica, tanto que facultativa. Sua previsão, nesses termos, é, na verdade, cláusula potencialmente restritiva, sem amparo no art. 37, XXI, da Constituição e contrária ao texto do art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93, hábil a comprometer, restringir e frustrar o caráter competitivo do certame.

Não bastassem essas outras irregularidades praticadas pela Administração reforçam a conclusão contrária à aprovação dos atos praticados.

Os termos contratuais foram encaminhados com atraso ao Tribunal.

A documentação necessária a comprovar o cumprimento do ajuste até hoje não veio aos autos, embora explicitamente reclamada.

Órgão Técnico demonstrou que o somatório das notas de empenho apresentadas, R\$2.232.814,73, diverge do valor expresso no relatório da auditoria, ou seja, R\$2.305.000,00.

Diante do grande conjunto de irregularidades praticadas, não há como relevá-las, embora oito licitantes tenham sido classificadas (duas foram inabilitadas e uma desclassificada).

É que é excessivo o número das irregularidades praticadas, múltiplas, sobretudo, as exigências desnecessárias e indevidas do Edital, afrontando a legislação de regência e a jurisprudência do Tribunal, agravadas, ademais, pelas ocorridas na execução contratual (...).

**TC-1797/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 25/11/08 - DOE de 3/12/08, págs. 61/67. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato em exame, e ilegal o ato ordenador das decorrentes despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

## **DISPENSA DE LICITAÇÃO**

### **A ADMINISTRAÇÃO DEU ENSEJO AO FATO MOTIVADOR DA CONTRATAÇÃO POR EMERGÊNCIA**

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, visando à implantação e manutenção paisagística em áreas públicas, com fornecimento de mão-de-obra, materiais, equipamentos e demais serviços afins e correlatos.**

Ineficazes as argumentações trazidas pela Interessada, quando da apresentação de sua peça de defesa, para justificar a alegada emergência da contratação direta, consoante atestado pela Auditoria e Órgãos Técnicos.

Lembra o Relator que contratação direta posterior a aqui analisada foi celebrada em 1º/9/05 e vigeu até 2/3/06, merecendo julgamento de irregularidade por esta e. Câmara, em sessão de 26/2/08 (TC-1536/009/06).

Ficou evidenciado que a Administração Municipal deu ensejo ao fato motivador da contratação por emergência, sem tomar as devidas providências acautelatórias no sentido de evitar colapso na programação dos serviços ajustados diretamente.

Dessa forma, não restou assegurada, via procedimento licitatório, a seleção da melhor contratação com a proposta economicamente mais vantajosa à Administração, acontecimento que, a rigor, motiva a imposição de multa à autoridade responsável, nos termos da Lei Orgânica deste Tribunal.

**TC-924/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 8/4/08 - DOE de 16/4/08, págs. 57/60. A E. Câmara julgou irregulares o ato de dispensa de licitação, o respectivo contrato e sua prorrogação, determinando o acionamento dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar pena de multa em valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs ao Sr. Prefeito, autoridade que firmou o respectivo instrumento contratual, nos termos do art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, por violação ao “caput” e inc. XXI do art. 37 da CF, bem como ao “caput” do art. 3º da LF nº 8666/93, fixando-lhe o prazo de trinta dias para pagamento, após trânsito em julgado da presente decisão.**

## **A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PREPARO DE MERENDA ESCOLAR NÃO PODE SOFRER SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE**

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços de preparo de uma quantidade estimada diária de 25.000 merendas escolares a um valor unitário de R\$0,96 por merenda efetivamente servida, com fornecimento de todos os insumos, distribuição nas unidades educacionais, serviços de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos e utensílios utilizados, para atender ao programa de merenda escolar nas unidades escolares de responsabilidade do Município.**

Não há como acolher as justificativas apresentadas pelo Município.

Se a própria Administração alega que a prestação de serviço de preparo de merenda escolar não pode sofrer solução de continuidade, evidente que lhe cabia adotar, com a antecedência devida, providências para que tudo fosse feito a tempo, com o cumprimento do princípio constitucional da licitação, não lhe cabendo valer-se de sua própria inércia, para contratar diretamente, respaldando-se em situação emergencial.

Na hipótese que se apresenta a falta de licitação não decorreu de emergência, mas do fato de ter sido lançado Edital com vários vícios, tanto que foi objeto de diversas impugnações administrativas, além de representações, que foram examinadas, por esta E. Corte de Contas, em sede de exame prévio de Edital, tratadas nos TCS-899/003/06, 13150/026/06 e 33764/026/06, as duas primeiras julgadas procedentes.

Apesar de a Municipalidade alegar que adotou todas as providências necessárias para regularizar o procedimento licita-

tório instaurado no largo espaço de tempo de 11 meses entre a publicação do Edital efetuada em 30/7/05 até a contratação emergencial, firmada em 30/6/06, a Origem não conseguiu livrar-se das impropriedades do Edital que impediam o seu prosseguimento.

**TC-1297/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 6/2/08 - DOE de 14/5/08, págs. 50/53.** A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato, bem como ilegal o ato determinativo das despesas decorrentes, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, fixando-se o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que os interessados apresentem a esta Corte de Contas notícias sobre as providências adotadas em virtude da presente decisão. Transcorrido o prazo recursal, bem como aquele fixado para a adoção das medidas cabíveis, cópias de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público, para as providências da sua alçada.

Decidiu-se, ainda, acolhida proposta do Conselheiro Robson Marinho, pela aplicação de multa aos Responsáveis no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, na conformidade com as correspondentes notas taquigráficas juntadas aos autos.

#### AS CONTRATAÇÕES DEVEM ATINGIR O REQUISITO DA VALIDADE

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Instituto, objetivando a prestação de assessoria técnica em desenvolvimento institucional para execução de projeto na área jurídico-administrativa, analisando a legislação municipal sobre pessoal e examinando processos de concessão de aposentadoria e pensão.**

O Relator não tem motivos para divergir dos posicionamentos externados pelos Órgãos da Casa.

Em relação à contratação examinada no TC- 2535/005/05, a Lei nº 8666/93 exige que o processo administrativo para contratações da espécie contenha justificativa do preço (art.26, III), não podendo a Administração Pública furtar-se à demonstração da compatibilidade do preço contratado com aquele praticado no mercado.

Sobre este aspecto, com destacado por Órgão Técnico, “Não obstante o Tribunal de Contas da União não inclua o fator preço nos critérios para a admissibilidade da dispensa de licitação fundamentada no inc. XIII do art. 24 da LF nº8666/93, esta Casa o faz, e, ainda, a partir do voto proferido nos autos do TC-31187/026/01 (publicado na íntegra na edição nº 113 desta Revista, págs. 107/110) não mais aceita contratações da espécie que não atendam os requisitos de validade, entre, outros, a comprovação da razoabilidade do preço cotado”.

Do mesmo modo, não há como se acolher a justificativa para ausência de cumprimento das obrigações contratuais, ao contrário, revelam a ocorrência de locupletamento por parte da Municipalidade.

Igualmente, permaneceu injustificada a realização de despesa com passagens aérea não prevista no instrumento contratual (...).

**TCs-2535/05 e 2534/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 15/7/08 - DOE de 23/7/08, págs.**

**12/16. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e a decorrente contratação direta, bem como ilegal o ato determinativo da despesa decorrente, aplicando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93, fixando-se, ainda, o prazo de sessenta dias, contados do decurso do prazo recursal, para que o Responsável apresente a este Tribunal as providências adotadas em face da presente decisão. Transcorrido o prazo recursal, bem como aquele fixado para adoção das medidas cabíveis, cópia de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público para as providências de sua alçada.**

Decidiu, por fim, pelo arquivamento do TC-2534/005/05, devendo o processo, porém, tramitar antes pelos Órgãos da Casa para as anotações de praxe.

#### ATENDIMENTO NA ÁREA MÉDICA

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Clínica, objetivando o atendimento na área médica, incluindo consulta, procedimentos referentes à área e encaminhamento de exame ambulatorial.**

Configura evidente desnaturação da excepcional autorização legal (art. 24 da LF. nº 8666/93) por desvio de finalidade atribuível à autoridade que a deixa ocorrer, a contratação direta destituída das devidas cautelas legais.

Assinado em 6/5/02 objetivando consultas e demais procedimentos médicos, estabeleceu o instrumento contratual pagamento à contratada de cinco parcelas fixas mensais no valor de R\$1.350,00.

Contudo, ficha financeira do exercício de 2002, fornecida pela Prefeitura registra três repasses de mesmo teor realizados à Clínica nas datas de 16 de janeiro, 19 de fevereiro e 11 de março, portanto, quatro meses antes da assinatura do termo. E mais, extrato de fornecedor, acompanhado das respectivas notas de empenho e fiscais, apresentados pela Prefeitura, relativas ao exercício de 2001, já apontavam o pagamento mensal à referida empresa.

Ora, somente a soma das três parcelas relativas ao exercício de 2002, data da celebração do ajuste (R\$4.050,00), e o valor contratualmente pactuado (R\$6.750,00) já extrapola o limite fixado, à época, para a dispensa de certame (R\$8.000,00).

Não fosse bastante, à evidência, não logrou a Origem demonstrar a razoabilidade dos gastos e bem assim a relação dos pacientes atendidos ou a quantidade de exames realizados.

Não há negar ao pretender contratar serviços médicos imprescindíveis à população, o Administrador deveria, em atenção aos princípios da economicidade e eficiência, elaborar orçamento estimativo de modo a escolher, com alguma margem de segurança e considerada a possibilidade de ocorrência de situações imprevisas, modalidade de licitação adequada ao escopo contratual. Contudo, o que se viu aqui foi apenas falta de planejamento orçamentário dos gastos públicos e contratação desprovida de fundamento legal e imparcialidade. Neste sentido, recorde-se art. 1º, § 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal (...).

**TC-52/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 61/64.** A E. Câmara julgou irregulares o ato que dispensou prévio

certame e o instrumento contratual, acionando-se à espécie os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

### CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PLANEJAMENTO, INTEGRAÇÃO, GERENCIAMENTO E CONTROLE FISCAL DO MUNICÍPIO

• Contrato firmado entre Executivo Municipal e Instituto, objetivando a prestação de serviços de planejamento, integração, gerenciamento e controle aos sistemas de cadastro fiscal, tributação, arrecadação e geração de informações fiscais, destinados a inteligência à das ações de fiscalização, vetorização de diligências, análise de resultados de operações fiscais com o objetivo de reduzir a evasão fiscal no produto de arrecadação do ISSQN e receitas vinculadas ao cadastro imobiliário.

(...) Esta Casa tem mantido o entendimento proferido nos autos do TC-31187/026/01 (publicado na íntegra na edição nº 113 desta Revista, págs. 107/110) ocasião em ficaram definidos requisitos de validades da contratação com dispensa de licitação fundamentada no inc. XIII do art. 24 da LF nº 8666/93.

No presente caso, o entendimento do Relator vai ao encontro dos pareceres dos Órgãos Técnicos da Casa, vez que não foram observados os critérios atinentes às letras “f” e “g” do mencionado julgado, quais sejam: f) ser comprovada a razoabilidade do preço cotado; e g) se houver mais de uma instituição com semelhante ou igual capacitação e reputação, há que se proceder à licitação, caso não seja possível justificar adequadamente o motivo da preferência por uma delas.

Muito embora a Prefeitura tenha contratado o Instituto embasando sua escolha no fato de ser uma instituição brasileira, sem fins lucrativos e de inquestionável reputação ético-profissional, não conseguiu comprovar a inexistência, no mercado, de outras empresas que executassem perfeitamente o objeto contratado, eis que, conforme a própria Origem declarou, a pesquisa de mercado foi realizada com base em contratos de semelhante natureza, celebrados por outros entes da Administração, demonstrando, com isso, a existência de entidades e empresas que poderiam concorrer para o objeto em questão, possibilitando a escolha de preços vantajosos, o que, diga-se de passagem, no presente caso, não ficou comprovado.

Não obstante isso, a informação de que os serviços não estariam sendo prestados a contento, originando, inclusive, proposta de manifestação por parte da Secretaria dos Negócios Jurídicos acerca de uma possível rescisão contratual por descumprimento de condições previstas no contrato, corrobora com o juízo de irregularidade da matéria, eis que tal ocorrência possivelmente se deve ao fato de o Instituto estar se valendo de seu genérico estatuto, sem, contudo, ter condições de cumprir, a contento, as mais variadas especializações ali consignadas.

Por fim, causa estranheza a declaração da Origem, contida nas justificativas constante dos autos, de que o objeto envolveu o treinamento dos profissionais da Municipalidade para a racionalização dos trabalhos da Prefeitura. É de se perguntar se, para tanto, havia necessidade de um contrato com duração tão longa? Começou com 24 meses e foi prorrogado duas vezes por 90 dias!

TC-843/04 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 24/6/08 - DOE de 2/7/08, págs. 26/29. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e os termos aditivos, bem como ilegais os atos determinativos da despesa, aplicando-se, à espécie, o contido no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.

### CONTRATAÇÃO DIRETA

• Contrato firmado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando licenciamento e manutenção de software de Gestão Pública e aquisição de um servidor de rede.

O Relator ao apreciar a matéria objeto deste processo, pensa que assiste aos Órgãos de Instrução, que concluíram seus pareceres pela irregularidade da contratação direta, por falta de amparo na lei de licitações e contratos.

Com efeito. O dispositivo legal utilizado para a contratação direta - inc. VIII do art. 24 da LF nº 8666/93 - permite a contratação direta nos casos em que a entidade integre a Administração Pública e tenha sido criada anteriormente à referida Lei Federal, com o fim específico de fornecer serviços aos órgãos de governo.

Conforme se infere do exame dos autos, inexistente comprovação de que a Contratada preencha os requisitos acima descritos, tudo levando a crer, com base no seu Estatuto Social, que se trata de empresa subsidiária de sociedade de economia mista, explorando atividade econômica, voltada notadamente para o mundo corporativo e, nessas condições, se submete ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

No caso em exame, os serviços fornecidos pela Contratada são corriqueiros, comumente prestados por inúmeras sociedades empresariais, que possuem tecnologia e metodologia de trabalho compatível com a Contratada, o que não recomenda dispensar-se tratamento privilegiado, contrário à livre concorrência de mercado assegurada pela Constituição.

Assim, é desaconselhável que tais empresas, atuando especialmente no mercado privado, passem a gozar do direito de contratar diretamente com o poder público, beneficiando-se de prerrogativas conferidas em condições especiais somente às entidades estatais, cuja criação depende de lei específica e têm por finalidade imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme assegura o art. 173 da CF.

Não bastasse essa falha, nota também que o orçamento que embasou a contratação foi elaborado de forma genérica, sem indicar os quantitativos e os valores unitários, o que impede a verificação da sua compatibilidade com a dos preços praticados no mercado.

Esta Casa já teve oportunidade de se manifestar em contrato da espécie, em que figurou como contratada a mesma Empresa ora contratada, envolvendo ajuste celebrado sem licitação, e que foi julgado irregular, conforme consta do TC-26288/026/04.

TC-76/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 22/7/08 - DOE de 30/7/08, págs. 14/17. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das respectivas despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

## DESENVOLVIMENTO E APRIMORAMENTO DE PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA

### • Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Fundação, objetivando o Desenvolvimento e aprimoramento do Programa Saúde da Família.

Em que pesem a farta documentação e argumentos apresentados lograrem esclarecer que o Estatuto Social da Fundação lhe permite prestar serviços da área da saúde (art. 4º, letra “b”, do Estatuto), como também justifiquem o preço pactuado, não da forma ideal, reclamada pela Lei (art. 26, parágrafo único, inc. III), porém, aceitável, já que não existem nos autos indícios de superfaturamento de preços, o fato é que não restaram preenchidos todos os requisitos necessários à devida caracterização da dispensa invocada.

A respeito, o Relator valhe-se do entendimento do Tribunal de Contas da União que admite apenas ser possível a contratação direta, nos termos do art. 24, inc. XIII, da Lei de Licitações, quando, comprovadamente, houver nexos entre o dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual, este necessariamente relativo a ensino, a pesquisa ou a desenvolvimento institucional, e, ainda, quando a entidade contratada tenha estrutura que comporte o cumprimento pessoal dos compromissos assumidos.

Ora, não obstante a cláusula primeira do termo contratual estabeleça como finalidade das contratantes o contínuo desenvolvimento e progressivo aprimoramento do Programa Saúde da Família, a sua cláusula segunda dispõe como objeto do ajuste a manutenção de seis equipes para o desenvolvimento de tal Programa, e, logo abaixo, a sua cláusula terceira define como equipe: um médico; um enfermeiro; dois auxiliares de enfermagem; seis agentes comunitários de saúde; um ajudante geral; e um escrivão, sendo que todos deveriam exercer as suas respectivas funções em prol do indivíduo, da família e da comunidade.

Em outras palavras, o objeto do contrato refere-se à prestação de *serviços comuns* na área da saúde, não havendo, desse modo, empecilhos para que fossem licitados.

Por outro lado, existe a questão da necessária correlação entre o objeto pretendido pela Administração e a natureza da Instituição contratada.

Muito embora o atual Estatuto da Fundação preveja, dentre outras várias finalidades daquela Instituição, a prestação de serviços na área da saúde, há que se considerar que esta não foi inicialmente criada para se destinar a essa espécie de serviços, mas sim para promover pesquisas nas áreas da educação e do ensino, sendo que a sua inscrição no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo somente ocorreu em 2004, não sendo, portanto, patente, a existência de nexos entre o objeto contratado e a finalidade institucional que animou a criação da Entidade.

Tanto isso é verdade que a Fundação necessita subcontratar mão-de-obra para poder realizar o objeto ajustado, indicando não possuir estrutura que comporte o cumprimento pessoal dos compromissos assumidos.

Além disso, oportuno relembrar que contratações diretas análogas a esta, firmadas entre as mesmas partes já foram julgadas irregulares por esta Corte, a exemplo dos TCs-19313/026/06 e 27233/026/04.

**TC-14839/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 19/8/08 - DOE de 27/8/08, págs. 60/63. A E.**

Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e os termos aditivos primeiro e segundo, em virtude do princípio da acessoriedade, aplicando-se à espécie o disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.

Fixou, ainda, o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o responsável informe a esta Corte de Contas acerca das medidas adotadas em virtude da presente decisão. Transcorrido o prazo recursal, bem como aquele fixado para adoção das medidas cabíveis, cópias de peças dos autos serão remetidas ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.

**Determinou, por fim, o envio de cópia da presente decisão ao Exmo. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca local, subscritor do expediente TC-22783/026/08, arquivando-se, após, o referido expediente.**

## FORNECIMENTO DE CESTAS BÁSICAS DE ALIMENTOS

### • Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando o fornecimento de cestas básicas de alimentos destinadas ao Departamento de Assistência Social e Cidadania da Prefeitura.

Ao apreciar a matéria objeto deste processo, o Relator observa que os Órgãos Instrutivos e Técnicos desta Corte se posicionaram pela irregularidade dos atos praticados.

Com efeito, as justificativas ofertadas pela Origem para a celebração da contratação direta não se confirmaram nos autos. Ao contrário, a alegada emergência decorreu da incuria do Administrador em instaurar a tempo e hora o competente procedimento licitatório visando à substituição do ajuste anterior com o mesmo objeto e que, então, já não comportava mais prorrogações.

Bem por isso, a Origem deveria ter deflagrado o certame no momento oportuno, pois é certo que as licitações exigem o cumprimento de fases e a obediência de diversos prazos, sujeitos a intercorrências, que podem acarretar atrasos na sua conclusão, o que, neste caso, acabou acontecendo, em razão das representações intentadas perante esta Corte.

Não pode, agora, em nome da necessidade da continuidade da prestação de serviços públicos, a Administração louvar-se na exiguidade do tempo para o cumprimento da obrigação e invocar situação emergencial para ensejar a contratação direta.

Além disso, ficou constatado no decorrer da instrução processual que a referida Municipalidade tem reiteradamente elaborado seus editais de licitação para objetos da espécie com diversos entraves, resultando em repetidas intervenções deste Tribunal, por meio de Exames Prévios de Edital, a exemplo do ocorrido com os processos TCs-37081/026/05, 36974/026/05, 29039/026/06, 16415/026/06, 36777/026/07 e 3653/026/07.

Esses instrumentos convocatórios defeituosos, na verdade, sugerem desídia administrativa, na medida em que os questionamentos dos Editais têm sido motivados por falhas em sua elaboração, por considerar a Administração que a natureza do objeto licitado - aquisição de cestas básicas - não apresenta complexidade capaz de ensejar tantas impugnações por parte das empresas interessadas, a exemplo do que tem ocorrido nos três últimos anos neste Tribunal.

Observa, também, que o contrato em exame extrapolou o limite do prazo máximo de 180 dias de vigência fixado na Lei de regência, considerando que foi inicialmente firmado por 90 dias e posteriormente aditado por dois termos de prorrogação, totalizando 270 dias.

**TC-33813/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 59/63. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e seus dois termos aditivos, sendo estes últimos por aplicação do princípio da acessoriedade, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, impor multa de valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs ao Sr. Prefeito responsável pela contratação, por infringir o disposto no art. 2º, combinado com o inc. IV do art. 24, ambos da LF nº 8666/93.**

## **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE**

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Fundação, objetivando a prestação de serviços de assistência à saúde, medicamentos, materiais médicos e hospitalares necessários, para fins de atendimento de urgência e emergência no Pronto Socorro Municipal e exames complementares de alto custo.**

Prestação de serviços de assistência à saúde, de medicamentos e de materiais médicos e hospitalares destinados à operacionalização do Pronto Socorro Municipal é uma incumbência que não poderia estar a cargo de nenhuma das instituições definidas no rol constante do inc. XIII, do art. 24 da Lei nº 8666/93, que se restringiu àquelas destinadas à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento institucional ou à recuperação social do preso.

Paralelamente a essa incongruência, havida entre o dispositivo legal autorizador, a finalidade da Fundação e o objeto contratual, está o indiscutível descuido da Administração para com um dos elementos essenciais à instrução do processo de dispensa e à ratificação do ato correspondente, ou seja, a justificativa do preço, assim como determina o inc. III, do art. 26 da Lei nº 8666/93.

Obviamente, para a viabilização da conferência da razoabilidade do preço, os autos deveriam estar compostos de pesquisas de mercado, do orçamento básico, da planilha detalhada dos preços unitários propostos pela Fundação; não bastando, portanto, a alegação de que seus preços foram reduzidos de 20% dos valores cobrados pelo seu antigo contrato com a Administração.

**TC-43/07 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 25/3/08 - DOE de 2/4/08, págs. 51/56. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o Contrato, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, com fundamento no inc. II do art. 104, da referida Lei Complementar, aplicar à Prefeita responsável multa em valor equivalente a 200 (duzentas) UFESP's, por desrespeito aos comandos dos arts. 3º, caput, 24, XIII, e 26, parágrafo único, inc. III, da LF nº 8666/93.**

## **PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COLETA DE LIXO**

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços de coleta de lixo domiciliar e comercial, hospitalar, coleta seletiva, operação de aterro, tratamento e disposição final dos resíduos hospitalares.**

O que se viu, durante toda a instrução processual, é que a Prefeitura vem se utilizando de expedientes para evitar levar a bom termo certame licitatório isento e que propicie a disputa de licitantes em condições de igualdade, privilegiando, desde meados de 2001, a Empresa de Serviços Ambientais, que recebeu da vencedora do certame realizado em 1996, em transferência, todos os direitos e obrigações relativos ao contrato de limpeza pública do Município, instrumento que, relembra o Relator, foi julgado irregular por esta E. Corte diante de vários motivos, até porque critérios de julgamento da licitação foram considerados subjetivos, bem como a Prefeitura acrescentou serviços em patamar superior ao permitido legalmente (30% do valor inicialmente contratado).

A propósito, essa Empresa beneficiada nunca comprovou condições de executar o ajuste ou experiência anterior nessa área de atuação, sequer constando do objeto da sociedade referidos serviços, que só foram incluídos a partir de 1º de julho de 2002.

Argumentos sustentados na falta de instrumento hábil, eficaz e regularmente elaborado para reger a disputa entre empresas interessadas pela realização dos serviços constituem, praticamente, confissão de incapacidade administrativa.

Não é dado à Prefeitura invocar dispositivo que autorize contratação direta por emergência, se a situação emergencial teve origem em descuido, descaso, negligência, inabilidade ou inaptidão dos próprios administradores.

A piorar esse quadro completamente desfavorável, omissão na fiscalização do contrato deu margem a fraude na pesagem dos resíduos, fato apurado, inicialmente, pela atuação policial que deu origem a Boletim de Ocorrência. A pesagem dos resíduos hospitalares foi efetuada misturando-se concreto, reboco e tijolos, evidentemente aumentando o peso sobre o qual recairia o pagamento pela coleta, transporte, tratamento e deposição desse tipo de lixo, sendo certo que, mesmo após o registro dessa tentativa de fraude descoberta pela Polícia Militar, a Prefeitura efetuou empenhamento em favor da Contratada, pagando pelos serviços.

Curioso é notar que o método evasivo da Administração, quanto ao acompanhamento das medições e fiscalização da execução dos serviços, constou de cláusula contratual. Como se assim pudesse agir, incluiu na cláusula quinta do contrato que as medições dos serviços seriam efetuadas por amostragem, consagrando textualmente sua intenção de omitir-se no acompanhamento obrigatório da execução contratual.

Os preços praticados, por sua vez, em nenhum momento tiveram por base pesquisa de mercado. Ao contrário, apenas seis meses após estabelecer-se o preço vigente para a primeira contratação emergencial, portanto, em período inferior a um ano, majorou os custos dos serviços relativos ao lixo hospitalar em sessenta e um e meio por cento, reajuste que foi aplicado, diga-se, sem qualquer demonstrativo de cálculo, para os pagamentos concernentes à segunda contratação emergencial.

Em ambas as contratações por dispensa de licitação verificou-se, ainda, a falta de recolhimento da garantia de execução contratual, mais uma vez caracterizando inércia administrativa em favor da Empresa contratada.

Impende frisar que, embora tenha a Prefeitura rescindido o contrato, não há registro sobre a apuração de responsabilidades, nem aplicação de penalidades à Empresa contratada.

A tudo isso se acresce o desinteresse dos Responsáveis em justificar os atos controvertidos, já que, notificados regularmente, quedaram silentes, fazendo-se presumir verdadeiras todas as ilegalidades apontadas pelos Órgãos de Instrução (...).

**TCs-1410/06 e 1411/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 2/9/08 - DOE de 10/9/08, págs. 60/64. A E. Câmara julgou irregulares as dispensas de licitação, os contratos, o 1º termo aditivo e o termo de rescisão contratual, com aplicação dos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, por infração à norma legal, aplicar ao Sr. Prefeito, multa em valor equivalente a 800 (oitocentas) UFESPs, nos termos do inc. II, do art. 104, da mencionada Lei Complementar, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.**

**Determinou, por fim, que, após o trânsito em julgado, seja oficiado ao Apenado para recolhimento da multa.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO DE ÁREAS PÚBLICAS

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços de limpeza e conservação de áreas públicas urbanas da Cidade.**

Ao apreciar a matéria objeto deste processo o Relator verifica, em pesquisa realizada no sistema integrado de controle de protocolo deste Tribunal, que a situação emergencial, pressuposto para contratação direta dos serviços de limpeza de áreas públicas urbanas do Município, vinha se arrastando desde julho de 2004 (TC-27336/026/04), sendo questão rechaçada por este Tribunal, consoante se vê das decisões dos TCs -27182/026/05; 36756/026/05; 16061/026/06 e 16062/026/06.

Nem mesmo a alegação de que estava aguardando o julgamento do recurso interposto para alterar a decisão judicial que concedeu a segurança para anular o Edital do pregão eletrônico, fundamento para as avenças diretas supracitadas, não socorre ao Recorrente.

Sobre o assunto destaca trecho do voto consignado nos TCs-027182/026/05 e 36756/026/05: “... não há um único motivo plausível para que aquele órgão permaneça passivamente a aguardar o julgamento de uma Apelação, ao invés de, por exemplo, simplesmente cumprir a Sentença exarada pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca da Cidade, ou ao menos, como sugeriu a SDG, instaurar procedimento licitatório para amparar a contratação a vigor enquanto se aguarda o desfecho da Apelação”.

Na verdade, o que evidencia as inúmeras contratações diretas mencionadas é que não restou assegurada, via licitação, a melhor contratação, com a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, não a substituindo meras pesquisas de preços. Ao contrário, o critério adotado acabou ofendendo os princípios constitucionais e licitatórios da impessoalidade, da

moralidade e da eficiência, consagrados no “caput” e inc. XXI do art. 37 da CF e no art. 3º da Lei nº 8666/93.

**TC-5627/05 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 8/4/08 - DOE de 16/4/08, págs. 57/60. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e os termos em exame, bem como ilegais os atos determinativos das despesas decorrentes, sem embargo da adoção das providências previstas nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar pena de multa em valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs ao Sr. Secretário Municipal de Serviços Públicos, autoridade responsável que firmou o contrato e os termos de prorrogação em exame, nos termos do art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, por violação ao “caput” e inc. XXI do art. 37 da CF, bem como ao “caput” do art. 3º da LF nº 8666/93, fixando-lhe o prazo de trinta dias para recolhimento da importância ao Fundo Especial de Despesa deste Tribunal, contado do trânsito em julgado da presente decisão.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA GERAL

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços de limpeza geral em diversas unidades de ensino do Município.**

A hipótese de contratação direta por emergência, prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8666/93, requer demonstração de que o trâmite regular da licitação ensejaria gravame tal que efetivamente reclamasse a pronta e urgente atuação do administrador. Requer, mais; que a impossibilidade de prévia licitação não decorra de comportamento omissivo da própria Administração, cuja demonstração, alerta o Eminentemente Diógenes Gasparini, é “*pressuposto inarredável da dispensa*”; caso contrário, a emergência será “*ficta ou fabricada*”, tratando-se de negligência, de omissão, e não de urgência.

No caso concreto, verifica-se que a situação que conduziu à contratação em pauta decorreu do comportamento da própria Administração.

Conforme destacou Órgão Técnico, as primeiras alegações constantes dos autos (inexistência de empresa atualmente contratada para tal finalidade e licitação ainda em fase inicial), 52 (prestação de serviços em mais de 70 unidades, gerando dificuldade na apresentação das estimativas de preços) e 53 (serviço essencial), não justificam a contratação agora em pauta.

Embora justificável alguma condescendência com atos praticados pela nova administração do Município, nada poderia autorizar que a contratação direta se prolongasse por mais de 180 dias do início da nova gestão, como decorre do contrato agora celebrado, de seu aditamento e do contrato posterior, acima noticiado. O art. 24, IV, da Lei nº 8666/93 não autoriza a extrapolação desse prazo. Trata-se, ademais, de serviço inteiramente previsível, a exemplo do início das aulas. Antes, vinha sendo executado por Entidade da administração indireta de sorte que a Prefeitura tinha pleno acesso às informações necessárias para iniciar a licitação com elementos seguros e para conduzi-la com o empenho necessário para evitar repetidas contratações diretas. Hou-

ve, em verdade, falta de empenho da Administração em dar celeridade ao andamento à devida licitação, o que afasta a pretendida situação de emergência. O processo licitatório não foi conduzido com o empenho devido, vindo a ser encerrado somente em 20/1/06, depois da vigência do aditivo que prorrogou a contratação em exame e que representava, por si, extrapolação do prazo máximo previsto em lei para contratação emergencial.

Em suma, a contratação em causa não caracteriza emergência genuína, em que a lei de regência autoriza contratação sem licitação, para salvaguardar a continuidade na prestação dos serviços públicos afetados por situação nova, imprevista, não causada pela própria Administração.

O termo aditivo também não pode ser aprovado, eis que prorroga contratação irregular.

**TC-19828/05 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 27/5/08 - DOE de 4/6/08, págs. 53/56. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e o 1º termo aditivo, e ilegais as despesas decorrentes, acionando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das medidas adotadas.**

#### PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA URBANA

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a contratação de serviços de limpeza pública urbana, em regime de empreitada integral, de acordo com as especificações técnicas e plano de trabalho.**

Antes dessas contratações, vigorou contrato que teve vigência por 72 meses. Durante todo esse tempo a Administração tinha perfeito conhecimento de que, exaurido esse período, deveria entrar em vigor novo contrato, celebrado, evidentemente, com prévia licitação, consoante é exigência constitucional.

Ainda assim, não foram adotadas as providências para que se realizasse licitação e decorrente contrato, de acordo com as regras jurídicas incidentes, para a nova contratação. As providências tomadas não se revestiram dos cuidados necessários, revelando desinteresse no cumprimento das normas legais e em fazer prevalecer à exigência constitucional.

Bem por isso, exaurido o prazo máximo permitido para a anterior contratação mediante licitação, não estava providenciada contratação regular.

Daí o recurso à contratação direta. Não houve nenhum fato imprevisível, emergente; a situação era previsível há anos, o que descaracteriza inteiramente a hipótese de emergência.

Houve, sim, omissão, desídia da Administração, que não adotou, a tempo, as medidas legais necessárias, sobejamente conhecidas pelos administradores públicos, para contratação regular, precedida de licitação, conforme a Constituição e à Lei. Na feliz expressão de Diógenes Gasparini, o caso é típico de “*emergência fabricada*” pela omissão, pela desídia, do administrador.

O descaso se acentuou depois da celebração do primeiro contrato, já pelo período máximo de tempo (180 dias) permitido pelo art. 24, IV, da Lei nº 8666/93.

Isso impôs novas e sucessivas contratações diretas, noticiadas nos autos, todas com o mesmo defeito de origem: não foram precedidas de licitação, como exige a Carta Política do País. Foi a omissão, a falta de empenho da Administração que “*obrigou*” às sucessivas contratações diretas.

As licitações engendradas pela Administração, antes daquela que conduziu à celebração do contrato de 29/8/06, foram preparadas de modo descuidado, negligente. Não prosperaram porque, descumprindo a legislação incidente, vieram a ser suspensas e revogadas, inclusive pela intervenção desta Corte, nos termos do art. 113 da Lei nº 8666/93.

Nesse contexto, não há como aprovar nenhuma das contratações em exame. Nem mesmo a primeira delas, tanto mais que durante toda a sua vigência a Administração não conseguiu superar a situação e promover nova contratação regular, mediante licitação.

Ainda que a primeira prorrogação esteja dentro do prazo previsto pela Lei (180 dias), quando analisada em conjunto com as demais prorrogações (que totalizam mais de 600 dias), resta evidente a desídia da Prefeitura, desde o momento inicial.

**TCs-2059/05, 2058/05, 2379/05, 1232/06, 2166/06 e 474/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 6/5/08 - DOE de 14/5/08, págs. 53/56. A E. Câmara julgou irregulares as dispensas de licitação e os contratos em exame e ilegais os atos ordenadores das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

Decidiu, ainda, impor à autoridade que dispensou as licitações e firmou os instrumentos contratuais, com fundamento no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, pena de multa, cujo valor, considerando a natureza da infração, seu prolongamento no tempo e o dano causado ao erário, foi fixado no montante pecuniário de 1000 (hum mil) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta 30 dias.

#### PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE ÁREAS VERDES

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Companhia de Urbanização e Saneamento, objetivando a execução de serviços de manutenção de áreas verdes do Município.**

A presente dispensa de licitação foi embasada no art. 24, VIII, da Lei nº 8666/93.

(...) No caso concreto, como concluíram os Órgãos Técnicos, a Prefeitura não conseguiu, pelos argumentos ofertados, comprovar que o valor contratado era compatível com o praticado no mercado. A Prefeitura apenas afirmou que foi favorável o parecer de Órgão Técnico, o que caracterizaria a sua compatibilidade, acrescentando que a dispensa teve como fundamento a natureza da pessoa contratada e não exclusivamente a vantajosidade dos preços oferecidos. Isso não é, evidentemente, suficiente para que se tenha por demonstrado que os preços não discrepam dos praticados no mercado.

Irregular a dispensa de licitação e o contrato, a mesma sorte alcança os termos aditivos, em razão do princípio jurídico da acessoriedade.

Aliás, não faria sentido que contrato irregular pudesse ter seu objeto estendido no tempo. Contratos irregulares devem ser imediatamente rescindidos.

O Relator afasta, porém, o outro argumento invocado para condenar os atos praticados.

Quando o art. 24, inc. VIII prescreve que o contratado deve ter sido “*criado para esse fim específico*” não está a exigir que tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante. Em verdade, o que a jurisprudência desta Corte tem exigido é que o órgão ou entidade tenha sido criado com a finalidade de fornecer bens e serviços especificamente para a Administração; não pode, portanto, se dedicar também a fornecer bens e serviços para o mercado, no exercício de típica atividade econômica.

Há decisão judicial nesse sentido do E. Tribunal de Justiça, ação rescisória, processo 429.782.5/00, em 9/6/06 (...).

Na hipótese dos autos, não se arguiu que a Companhia de Urbanização e Saneamento exerce atividade econômica. E não é essa a previsão estatutária. O art. 4º do Estatuto Social limita a atuação da Companhia a “*atividades de caráter econômico-social e industrial, ligadas aos interesses do Município (...)*”.

**TC-12384/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvaranga - Sessão da 1ª Câmara de 23/9/08 - DOE de 8/10/08, págs. 55/59. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e os termos aditivos e ilegal o ato ordenador das despesas dele decorrentes, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Companhia de Desenvolvimento, objetivando a execução de serviços de pavimentação base solo arenoso fino, capeado com CBUF, guias, sarjetas e galerias de águas pluviais em Parque.**

A matéria não é nova. Outros julgados se ocuparam de tema idêntico e culminaram com decisão desfavorável.

Trata-se de ajustamento havido entre a Prefeitura do Município e a Companhia de Desenvolvimento, criada pelo Ente contratante, para realizar tarefas ligadas aos interesses locais, incumbindo-se da execução direta ou indireta de obras e serviços diversos.

Como já mencionado nos julgados anteriores, o art. 24, inc. VIII, do Estatuto das Licitações autoriza seja dispensada a licitação desde que o órgão contratado tenha sido criado, antes da edição da LF nº 8666/93, para realizar serviços correspondentes ao objeto do pacto e que o preço ajustado seja compatível com os praticados no mercado.

Muito embora o Órgão pudesse estar apto a atender à primeira parte do requisito legal que embasou a dispensa em tela, não há notícia de que tenha havido profícua pesquisa de preços para assegurar a compatibilidade dos valores contratados com os de mercado, bem como para garantir que a Administração tenha acolhido proposta vantajosa.

A fundamentação legal utilizada para o presente ajuste também foi objeto de reprovação junto ao Poder Judiciário,

tendo o E. Tribunal de Justiça, em decisão final, proclamado que o pacto deveria ter sido antecedido de licitação.

Nessa esteira, o Relator reputa que o objeto almejado – pavimentação de guias e sarjetas - não é singular ou extraordinário, revelando-se passível de execução por grande número de empresas, sendo viável a ampla competição para angariar melhor proposta.

**TC-983/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão de 23/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 58/61. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e o subsequente termo de aditamento, cominando-se ao caso as disposições do art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, com fundamento no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, aplicar à Autoridade signatária do instrumento multa no valor correspondente a 200 (duzentas) UFESPs, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA PARA APURAÇÃO DE DÍVIDA ATIVA

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Associação, objetivando a prestação de serviços objetivando análise, auditoria e assessoria para apuração da Dívida Ativa do Município.**

(...) Em razão do fundamento legal utilizado para apoiar a presente contratação, qual seja o permissivo constante no art. 24, inc. VIII da *Lei de Licitações*, somente é passível de contemplação a dispensa de licitação, desde que se constate que os serviços serão prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, aliado ao fato de que tenha sido criado para esse fim específico, em data anterior à vigência desta Lei e, ainda, que o preço contratado seja compatível com aquele praticado no mercado.

Necessária, portanto, a soma de tais fatores para permitir a sua aplicação.

Ocorre que, na espécie dos autos, denota-se situação diversa, uma vez que a *Associação* se caracteriza como sendo uma sociedade civil brasileira, sem fins lucrativos, cuja personalidade jurídica é distinta da Universidade, não integrando, portanto, a Administração Pública.

Além do que, seu Estatuto não lhe atribui competência específica para prestação de serviços de assessoria e auditoria da Dívida Ativa do Município, conferindo-lhe, outrossim, de forma genérica competência para a promoção de estudos e pesquisas nos campos da Economia, Administração, Contabilidade e Atuação.

E, com relação à compatibilidade dos preços ajustados, a defesa apresentada não veio apoiada em qualquer documentação comprobatória, atendo-se na singela menção de que tomara por base os preços ajustados por outras Prefeituras em contratações assemelhadas.

Dessa forma, patente no presente exame, que a ausência dos requisitos arrolados no mencionado dispositivo legal culminou por viciar irremediavelmente o ajuste, indicando que o procedimento licitatório se impunha para possibilitar a escolha da melhor oferta, não bastando a mera afirmação da

contratante de que alcançou o seu objetivo, mas, sim, que a contratação estava fundamentada em normas legais, o que não restou evidenciado.

Ainda, a Contratante não se aproveita do julgado por ela colacionado, que se reporta a setembro/98, porquanto naqueles autos o fundamento legal referiu-se ao mesmo artigo, porém, à hipótese prevista no inc. XIII, e registro que este E. Tribunal vem se posicionando no sentido de que as contratações diretas somente receberão beneplácito, quando atendidos todos os requisitos legais a elas impostos.

Nesse sentido, vale lembrar, dentre outros, o julgado exarado nos autos do TC-1703/007/04, que abrigou matéria análoga, em contrato celebrado pela mesma Contratante sob a égide de igual dispositivo legal, onde adotei idêntico entendimento, cujo julgamento foi mantido em sede recursal pelo E. Plenário desta Casa.

**TC-1175/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 22/10/08, págs. 60/63. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e os 1º, 2º e 3º termos aditivos, e ilegais os atos determinativos das despesas decorrentes, aplicando-se, em decorrência, os termos do art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93 e fixando-se o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o interessado apresente a este Tribunal as providências adotadas em face da presente decisão.**

**Determinou, por fim, que, decorridos os mencionados prazos, cópias de peças dos autos sejam encaminhadas ao Ministério Público para a adoção das medidas de sua alçada.**

## **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO PREPARO DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a prestação de serviços no preparo de alimentação escolar, com o fornecimento de todos os gêneros e demais insumos, transporte, distribuição nos locais de consumo, logística, supervisão, prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos e utensílios utilizados e limpeza e conservação das áreas abrangidas, para atender o Programa de Merenda Escolar.**

Como anotou Órgão Técnico, com base na instrução dos autos e no relatório da Comissão Especial de Inquérito instalada na Câmara Municipal, antes do contrato em pauta a própria Prefeitura preparava e oferecia alimentação aos seus escolares, utilizando 55 servidores municipais, além de equipamentos próprios.

Na justificativa constante dos autos, a Secretaria Municipal de Educação, sem explicitar a razão da mudança, pediu a contratação por emergência, por se tratar de serviço essencial, uma vez que a tomada de preços, para compra de gêneros alimentícios, e o convite, para aquisição do gás de cozinha, foram impugnados judicialmente.

Daí resultou um sistema híbrido, com fornecimento de gêneros alimentícios e utensílios pela Empresa contratada e mão-de-obra dos servidores municipais, sem comprovação de ressarcimento e com evidente prejuízo da economicidade.

Ao contrário; segundo os cálculos da Auditoria, os recursos estimados de R\$540.000,00 foram insuficientes, exigindo apor-

te de R\$250.050,00, considerando que, dos 120 dias de vigência do contrato, 69 foram os dias letivos. Em confronto com a média de R\$0,70 a R\$0,80 por aluno/dia (TC-20049/026/05, que acompanha estes autos), os valores passaram a R\$0,75, R\$1,10 e R\$3,50.

Ademais, como observou Órgão Técnico, há agravante para a insuficiência de recursos para a contratação e para o consequente descumprimento do art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8666/93; o Município optou por forma mais onerosa que as contratações anteriores, assumindo despesas com o suprimento da rede estadual de ensino, sem observar os arts. 15 e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por outro lado, a emergência invocada não resultou caracterizada.

A Prefeitura licitava normalmente a aquisição de gêneros para a merenda escolar, de que são exemplos os TCs-1375/007/02, 1508/007/02 e 570/007/05 (os dois primeiros julgados regulares), não se entrevendo razão convincente para a alteração realizada.

Aliás, depondo na CEI, a ex-Secretária da Educação do Município afirmou que “*não havia nenhuma situação de emergência até o dia 25 de abril*”.

O pedido de contratação emergencial é de 29 de abril e o contrato, de 6 de maio.

A suspensão judicial dos procedimentos licitatórios iniciados pela Administração não tipifica situação de emergência. Não se trata de situação imprevisível, que surge repentinamente, mas do resultado da desídia da própria Administração, que — propositalmente ou não — deixou de cumprir as exigências legais na elaboração dos editais da tomada de preços e do convite suspensos pelo Poder Judiciário. Não se trata, portanto, de emergência genuína, mas, na consagrada expressão de Diógenes Gasparini, de “*emergência fabricada*” pela desídia do Administrador.

A tudo acresce a ausência de adequada estimativa de preços, deixando as condições do ajuste ao alvedrio dos interessados.

Ademais, compromete os atos praticados a cessão de servidores e utensílios do Município à Contratada. A subordinação de servidores públicos, pagos pelo Município, à hierarquia e ao comando de empresário privado fere não apenas princípios fundamentais do Direito Administrativo como também o art. 9º, III, da Lei nº 8666/93.

As irregularidades apontadas contaminam também o termo de aditamento.

**TC-1968/05 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e o termo de aditamento, bem como ilegais as despesas decorrentes, aplicando-se o art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das medidas adotadas.**

**Decidiu, ainda, à vista do dano causado ao erário, impor ao Sr. Prefeito responsável, com fundamento no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, multa no valor equivalente a 500 (quinhentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.**

**Determinou, por fim, o encaminhamento de peças dos autos ao Ministério Público, para as providências que a DD. Instituição considerar cabíveis.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS NA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Assessoria Jurídica e Administrativa, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados de organização e execução de concurso público e processo seletivo, com elaboração de editais, orientação de inscrições, cadastro dos candidatos, preparação, aplicação e correção de provas e classificação dos candidatos no concurso público e no processo seletivo para provimento dos cargos públicos diversos do quadro de pessoal da Prefeitura.**

Peculiaridades dos autos revelam conduta inadequada da Administração.

Remansosa é a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que admissões de pessoal para ocupação de cargos de natureza permanente, neste caso, psicóloga (TC-9593/026/07) e nutricionista (TC-9594/026/07), efetuadas sem concurso público, *destituídas de razões excepcionais*, e para desempenho de atividades corriqueiras, constituem frontal violação do disposto no inc. II, do art. 37 da CF.

Configura, pois, evidente desnaturação da excepcional autorização constitucional por desvio de finalidade atribuível à autoridade que a deixa ocorrer, a perpetuação, nos serviços públicos, dos servidores contratados temporariamente e com fundamento na lei de licitações, inaplicável à espécie.

No tocante a contratações da Assessoria jurídica e Administrativa e de Prestador de serviços técnico-especializados em administração pública, respectivamente, de assessoria na celebração de convênios e realização de concurso público, órgãos de instrução ressaltam a falta de motivação para escolha dos contratados; bem como do plano de trabalho; planilha de custos e horas trabalhadas; indicação da mão-de-obra empregada, ou mesmo dos resultados alcançados.

Causa estranheza, ainda, que os ajustes prevejam possibilidade de prorrogação de vigência, tudo a indicar tenham ultrapassado o teto do valor previsto pelo inc. II, do art. 24, da Lei nº 8666/93 para dispensa de certame.

Resta evidente o intento da Administração do Município em fracionar os serviços pretendidos, com a finalidade exclusiva de desvencilhar-se da licitação, até porque, como demonstrado, não há compatibilidade lógica entre a cisão e os tipos de serviços propostos, ainda que os valores assim permitissem.

Tampouco há razões plausíveis para a escolha dos contratados e preços pactuados. Ao contrário do quanto arguido em defesa, a diminuta população do município e ausência de pessoal técnico, revelam-se, em si, argumentos para lá de suficientes à realização de certame, na busca da ampliação de mercado e alcance da proposta mais vantajosa.

Já no tocante aos preços, coleta realizada na *internet*, em 2007, de planilhas de valores dos serviços almejados, não se presta à convalidação de cifras pactuadas sob condições e época específicas.

E neste sentido, não há razões aptas a traduzir a escolha dos prestadores de serviços.

Ressentem-se, pois, os autos de demonstração da qualidade dos serviços, reputação dos contratados e vantagem nos preços oferecidos.

Em que pese justifique o Responsável os procedimentos na *discricionariedade*, a ausência de motivação coerente e plausível para os ajustes celebrados, ou mesmo as ilações que dela extraiu para fundamentar seus atos, porque incompatíveis com o Direito, padecem de vícios insanáveis.

Necessário, pois, alertar o Executivo Municipal que discricionariedade não quer significar liberdade inconsequente, destituída de motivação, sequer autoriza a prevalência de desejos subjetivos. Ao revés, mais do que em nenhuma outra opção administrativa, demanda minucioso estudo, avaliação e demonstração objetiva de que se procurou adotar a solução adequada ao interesse da comunidade.

**TCs-2083/06, 9592/07, 9593/07, 9594/07 e 9595/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 113/117. A E. Câmara julgou procedente a representação abrigada no TC-2083/004/06, e irregulares os atos que dispensaram prévios certames e os instrumentos contratuais em exame, bem como ilegais os atos determinadores de despesas, acionando-se à espécie os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Determinou, por fim, seja dada ciência da presente decisão ao Ministério Público do Estado, para as providências que porventura se fizerem necessárias, na conformidade com o voto do Relator.**

## REFORMA DE PRÉDIO DE LEGISLATIVO MUNICIPAL

• **Contrato celebrado entre Legislativo Municipal e Empresa, objetivando a aquisição de materiais para a reforma do prédio de Legislativo Municipal.**

Não há como acolher as explicações ofertadas pela Câmara Municipal para as dispensas de licitações, na medida em que a norma de regência autoriza a contratação direta, com fundamento no inc. IV, do art. 24, “quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens”, observado o prazo máximo de cento e oitenta dias, consecutivos e ininterruptos.

Isto porque, entre a emissão do laudo técnico que recomendou a desocupação do prédio que se encontrava infectado por cupins e estava sujeito a possível desmoronamento (25/9/01) e a locação de outro imóvel para funcionamento daquele Poder Legislativo (6/3/02), evidenciou-se o lapso temporal superior a seis meses.

Evidente, portanto, que havia tempo suficiente para a adoção de medidas administrativas visando à instauração do devido certame, acompanhado, inclusive, de todos os elementos necessários e indispensáveis à escolha da modalidade licitatória apropriada e à consecução do objeto contratual.

Logo, não se justificam as contratações diretas para a aquisição de materiais de construção e de mão-de-obra para a reforma, sob o manto de situação emergencial, ao contrário, observa-se que houve falta de planejamento e morosidade nos atos praticados pela Administração, entre os exercícios de 2001 e 2003, mormente quando se constata que o custo global apurado de todas as despesas diretas alcançou a cifra de R\$60.213,76.

Se não bastasse, não constou dos autos das contratações diretas, nem mesmo foram ofertadas justificativas relativas à razão da escolha dos fornecedores e dos preços contratados, elementos imprescindíveis para a eficácia e validade das dispensas de licitações, espelhando, portanto, que os atos promovidos não observaram, em momento algum, as regras do art. 26, § único, incs. I, II, e III da Lei nº 8666/93.

Melhor sorte, igualmente, não assiste ao convite e decorrente contrato, tendo por finalidade a contratação de obras e serviços especializados de engenharia com fornecimento de materiais e mão-de-obra para a reforma do prédio sede do Poder Legislativo, na medida em que permaneceram incontestadas as falhas relativas à observância das disposições do parágrafo único do art. 38 e parágrafo único do art. 61.

Circunstância agravada pela inércia da Origem que, embora regularmente notificada, não trouxe aos autos as especificações dos “serviços que foram feitos nas contratações por dispensa e compra de materiais e mão-de-obra detalhadamente”, imprescindíveis para a perfeita análise dos atos praticados.

Em suma, a regra é a realização de licitação para a escolha do melhor negócio, entretanto não basta que o objetivo tenha sido alcançado, mas que a contratação esteja amparada em bases legais, o que não se confirmou no exame da matéria.

**TCs-1020/05 a 1026/05 e 953/03 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 29/7/08 - DOE de 6/8/08, págs. 61/65. A E. Câmara julgou irregulares as dispensas de licitação (TCs-1020/008/05, 1021/008/05, 1022/008/05, 1023/008/05, 1024/008/05 e 1025/008/05), o Convite**

**(TC-1026/008/05) e os contratos em exame, e ilegais os atos determinativos das despesas decorrentes, aplicando-se à espécie os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93, bem como julgou procedentes os fatos narrados na representação tratada no TC-953/008/03.**

Fixou, ainda, o prazo de sessenta dias, contados do decurso do prazo recursal, para que o responsável noticie a este Tribunal a respeito da apuração de responsabilidade e das providências adotadas em face da presente decisão. Transcorrido o prazo recursal, bem como aquele fixado para adoção das medidas cabíveis, cópias de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público para as providências de sua alçada.

Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários, inclusive aos Srs. Vereadores à Câmara Municipal local (TC-953/008/03), bem como ao Senhor Procurador de Justiça (expediente TC-23587/026/05 que acompanha o TC-953/008/03), dando-lhes ciência da presente decisão.

#### **SERVIÇO DE CONSULTORIA PARA ELABORAÇÃO DE PROCESSO DE MODERNIZAÇÃO DO MODELO DE GESTÃO DO MUNICÍPIO**

• **Contrato firmado entre Executivo Municipal e Instituto, objetivando a prestação de serviços de consultoria para elaboração de processo de modernização do modelo de gestão do Município.**

O Relator observa que as contratações com o Instituto têm merecido especial atenção por parte desta Corte de Contas, diante da diversidade de serviços prestados, originando, inclu-

sive, o julgamento proferido no TC-31187/026/01, ocasião em que o Relator passou a admitir a dispensa de licitação somente em circunstâncias excepcionais, quando realmente presentes todos os requisitos de validade da contratação.

No presente caso, ao sentir do Relator, não foram observados os critérios atinentes às letras “a” e “g” do mencionado julgado, quais sejam:

a) o objeto societário da instituição, sempre pessoa jurídica, brasileira e sem fins lucrativos, deverá ser preciso quanto à sua finalidade, abrangendo atividades dedicadas à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento institucional ou à recuperação social de presos; e

g) se houver mais de uma instituição com semelhante ou igual capacitação e reputação, há que se proceder à licitação, caso não seja possível justificar adequadamente o motivo da preferência por uma delas.

A Prefeitura contratou o Instituto embasando sua escolha no fato de ser uma instituição brasileira, sem fins lucrativos, com inquestionável reputação ético-profissional, no entanto, não conseguiu provar a inexistência, no mercado, de outras empresas que executassem perfeitamente o objeto contratado.

Conforme informado pela Origem, a Fundação, bem como a empresa de Auditoria e Assessoria apresentaram orçamento para a prestação dos serviços objeto da contratação, o que demonstra a viabilidade de competição.

O privilégio de contratar sem licitação há de ser dado quando não haja mais de uma instituição apta e virtualmente interessada em celebrar o contrato.

Não obstante isso, ao contrário do alegado pela interessada, o objeto societário do Instituto é bastante genérico, não existindo nexos entre o art. 24, inc. XIII, da Lei nº 8666/93, a natureza da instituição e o objeto contratado.

**TC-3131/02 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 3/6/08 - DOE de 11/6/08, págs. 54/56. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos da despesa, aplicando-se à espécie o disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, e fixando-se o prazo de sessenta dias, contados do trânsito em julgado desta decisão, para que o Prefeito informe a esta Corte de Contas as providências adotadas para apurar responsabilidades pelos atos julgados irregulares.**

Determinou, por fim, a expedição de ofícios ao Sr. Vereador da Câmara Municipal local e ao Município da Cidade, interessados nos expedientes mencionados no relatório do Conselheiro Relator, encaminhando-lhes cópia da presente decisão, com posterior arquivamento dos mesmos.

#### **SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO, ADAPTAÇÃO E CONSERVAÇÃO DE FÓRUM**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Companhia de Desenvolvimento, objetivando serviços de manutenção, adaptação e conservação de Fórum Estadual.**

(...) As justificativas apresentadas não lograram comprovar o atendimento aos requisitos necessários para a dispensa de licitação, especialmente no que toca ao fim específico da contratada e à compatibilidade do preço praticado com o mercado.

Assim, revelam que os atos foram praticados em contrariedade com as regras da Lei nº 8666/93, tanto no processo de dispensa e formalização da avença, quanto na realização da despesa.

De fato. O art. 3º do Estatuto da Companhia de Desenvolvimento não confirma a sua criação *PARA* o fim específico do objeto do contrato sob exame, como exige a norma legal, fundamento da dispensa.

Não tendo sido criada para o fim específico de prestar os serviços contratados em exame, a Empresa não se encontra abrigada pelo manto da excepcionalidade dispensadora da licitação, prevista no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8666/93 (...).

Da decisão judicial de primeira instância, confirmada pelo Colendo Colegiado, por Votação Unânime, extrai-se:

*“Obviamente, que ‘fim específico’ significa impor à entidade da administração indireta a sua existência voltada à prestação de serviços para o Ente Público, no caso vertente, o Município (...).*

*Entretanto, como pode ser constatado pela documentação anexada a Companhia de Desenvolvimento presta serviços também para outras Empresas (...). Assim, de forma alguma pode se dar a interpretação desejada pelo réu. Irrelevante o conteúdo do estatuto da sociedade ou da lei que a instituiu. O que importa é que não foi criada e nem existia para atender apenas os interesses do Município, exigência legal da Lei de licitações.*

*Nesse raciocínio, em não havendo a guerreada criação específica, incumbia ao requerido realizar o procedimento licitatório. Por não ter assim agido, feriu o princípio da legalidade, igualdade e moralidade administrativa e, consequentemente, praticou ato de improbidade, tipificado no art. 11, ‘caput’, da Lei nº 8429/92” (...).*

A Companhia de Desenvolvimento “é uma sociedade mista, por ações, de capital, autorizada pela Lei municipal nº 1880, de 11 de junho de 1977” e “tem por objeto a realização de atividades de caráter econômico, social, comercial e industrial ligados aos interesses do Município (...)” - arts. 1º e 3º do Estatuto da Companhia de Desenvolvimento (...).

Desta forma, se restou incontroverso, “in casu”, que a Empresa, sociedade de economia mista, não fora criada para o fim específico de prestar os serviços contratados, deve, realmente, passar a prevalecer o entendimento de que ela não esteja abrangida pelo manto da excepcionalidade, que dispensa a licitação (...). Comprova-o, aliás, contratos firmados com “outras empresas (...).

Refugiando à Companhia de Desenvolvimento as condições legais excepcionais para fundamentar a dispensa de licitação, indispensável o regular processo licitatório em ordem a selecionar proposta mais vantajosa para a Administração, por observância a mandamento constitucional (art. 37, “caput” e inc. XXI) e preceptivo legal (art. 3º da Lei nº 8666/93).

Some-se a isso a ausência de justificativas acerca da compatibilidade dos preços avençados com os de mercado.

Irregular a dispensa de licitação e o contrato, a mesma sorte alcança o termo aditivo.

Incide o princípio jurídico de que, o acessório segue o principal. Irregular o contrato, também é irregular seu aditivo.

Aliás, não faria sentido que contrato irregular pudesse ter seu objeto ampliado, estendido no tempo, ou alterado. Contratos irregulares devem ser imediatamente rescindidos.

**TC-770/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 3/6/08 - DOE de 18/6/08, págs. 61/64.**

**A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e o termo aditivo em exame, e ilegal o ato ordenador das despesas decorrentes, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas, com recomendação à Administração.**

**Decidiu, ainda, impor ao Sr. Prefeito, por infração ao dever de licitar e aos arts. 2º, “caput”, e 24, VIII, da LC nº 709/93, bem como pelo dano ao erário, multa no valor correspondente a 400 (quatrocentas) UFESPs, nos termos do art. 104, II, da referida Lei Complementar, para recolhimento em trinta dias.**

**Determinou, por fim, seja encaminhada cópia do acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao Ministério Público, para eventuais providências.**

## **SERVIÇO DE OPERAÇÃO DOS SISTEMAS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO**

**• Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa de Construção e Prestação de Serviços Públicos, objetivando a prestação de serviços de operação dos sistemas públicos de água e esgoto em todo perímetro urbano do Município.**

Cassado o Prefeito aos 28/8/05, houve a nova Chefe do Executivo Municipal de assumir todas as pendências deixadas, dando-se prioridade aos serviços impossibilitados de sofrerem interrupções, já que essenciais ao bem-estar da população.

Assim, sem que existisse licitação em processamento e na iminência de expirar o prazo de vigência (180 dias até 30/11/05) do contrato emergencial precedente da Empresa de Consultoria e Serviços, houve a Prefeita de firmar Decreto Municipal nº 3875, aos 30/11/05, para tratar da situação excepcional e caótica vivenciada à época e justificar, neste caso, o acionamento do inc. IV, do art. 24 da Lei nº 8666/93, diante da urgência no atendimento do problema.

Embora a contratação direta da empresa eleita tenha se efetivado sem demora, no dia 1º/12/05, o ato de ratificação da dispensa de licitação tardou até ser firmado aos 5/12/05.

Não obstante a falha, se considerarmos a importância dos serviços, não haveria objeção a ser feita contra a decisão de contratar-se emergencialmente com prestadora já conhecida da Administração.

Todavia, um dos pressupostos para a legitimação da contratação direta deixou de ser atendido pela nova Gestão, qual seja a demonstração de que aquela empresa tinha condições efetivas de evitar a concretização dos danos presumidos e de executar de forma satisfatória os serviços de grande interesse público.

Ocorre que, de posse de todas as informações que pesavam contra a idoneidade da antiga permissionária dos serviços, resta evidente que, no mínimo, seria temerário à Prefeitura pensar na recontração dessa mesma empresa, sem ter em mãos a imprescindível comprovação de sua reabilitação econômica e fiscal, para justificá-la como agente capaz à supressão do anunciado risco de dano.

No enfrentamento dos fatos, seria muito mais viável recontratar, ainda que mais uma vez por emergência, a Empresa de Consultoria e Serviços, que lá estava operando o sistema, já que patente a urgência do atendimento e certa a capacidade dessa empresa para o mister, uma vez que compromissada

com a prestação dos serviços de saneamento até o dia imediatamente anterior ao ajuste em pauta.

**TC-862/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 25/3/08 - DOE de 2/4/08, págs. 51/56. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Determinou, outrossim, seja dada ciência do decidido aos Subscritores das iniciais constantes dos Expedientes TCs-6464/026/06 e 709/008/07, considerada a procedência das respectivas declarações.**

### **SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES CONTRATUAIS E ACRÉSCIMOS DE SERVIÇOS E INDEVIDA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e empresa, objetivando a prestação de serviços e operação de equipamentos nos setores da Secretaria Municipal de Educação e Coordenadoria da Administração em bens móveis e imóveis.**

Ao apreciar a matéria objeto deste processo, o Relator não ficou convencido da caracterização da situação de emergência invocada pela Origem para a celebração direta do contrato.

De fato. A justificativa de que o ajuste fora celebrado emergencialmente em 10/2/05, com a Contratada, em virtude do término de vigência do contrato anterior, em 31/12/04, não havendo, portanto, tempo hábil para a realização da licitação, não se sustenta.

Segundo os autos, o contrato que precedeu o ajuste em julgamento foi firmado em 28/1/03, com a Empresa de Serviços, ou seja, a mesma Contratada neste processo, tendo por objeto a prestação de serviços de limpeza e higienização de prédios públicos, e foi alvo de sucessivas prorrogações de prazo e de acréscimo de serviços, equivalente a 75% do valor inicial, totalizando oito aditivos e vigorando até 2/5/06.

Observa, também, o Relator que a licitação iniciada pela Prefeitura no exercício de 2005 somente foi divulgada em 6/5/05, portanto, três meses após a celebração do contrato emergencial, que data de 10/2/05, o que denota que não havia nenhuma urgência em se contratar diretamente.

Portanto, ficou caracterizada a existência de dois contratos concomitantes, sendo que o emergencial em exame abrange os serviços contidos no ajuste anterior.

O ora em julgamento também extrapolou o prazo de seis meses, que é o limite da lei de regência para os ajustes emergenciais, haja vista a emissão de notas de empenho para o pagamento de serviços no período de fevereiro a dezembro de 2005, o que elevou as despesas inicialmente fixadas em R\$815.838,00 para R\$1.327.768,41, ficando essa diferença sem cobertura contratual, e fora do abrigo da lei.

Apurou, também, que o contrato com a Empresa de Serviços se prestou para a reposição de mão-de-obra nos diversos setores da Municipalidade, visando à realização de serviços gerais não só nos setores de limpeza e higienização de prédios públicos, mas também de mecânica, elétrica, operação de veículos e atendimento de expediente e monitoramento, em virtude da demissão do pessoal que vinha prestando tais serviços no final da gestão do Prefeito anterior, encerrada em 31/12/04.

Confirma-se, assim, outra irregularidade do contrato em apreço, que se louvou na Lei de Licitações e Contratos para admitir pessoal temporário, quando deveria a Municipalidade ter realizado processo seletivo público, conforme determina a Constituição da República. Esse fato configura, ainda, indevida terceirização de mão-de-obra, por abranger o exercício de funções típicas dos servidores pertencentes ao quadro de pessoal da Prefeitura.

**TC-504/07 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 5/8/08 - DOE de 20/8/08, págs. 58/60. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato em exame, bem como ilegais os atos determinativos das respectivas despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

### **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

#### **AQUISIÇÃO DE CAMINHÃO PARA FROTA MUNICIPAL**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a aquisição de seis caminhões para frota municipal.**

Ao dispor sobre a padronização da frota de carros e caminhões municipais, o Decreto nº 1613/95, estabeleceu (art. 2º) “a uniformização da marca de veículos motores Ford e Volkswagen, para novas aquisições e renovação da frota de caminhões e caminhonetes do Município”.

O parágrafo único desse mesmo art. 2º acrescentou que “em se tratando da necessidade de aquisição de caminhões que comportem o transporte de maior tonelagem, e que contém como equipamentos específicos, o município poderá optar por outras marcas, distintas das padronizadas”.

O art. 1º do Decreto nº 1639/95, se refere apenas aos veículos que servem o Gabinete do Prefeito e Assessoria, e limitou-se a *acrescentar* mais uma marca, sem excluir as já previstas (Ford e Chevrolet) no art. 3º do Decreto nº 1633.

Como a padronização da frota não impunha a aquisição de caminhões de uma única marca, é evidente que a licitação *podia e devia* ter sido feita, como decorre de prescrição constitucional (art. 37, *caput*, e inc. XXI).

Também comprometem os atos administrativos a inexistência de prévia pesquisa útil de preços, que abrangesse veículos de marca diversa e permitida pelo Decreto de padronização da frota, bem como a deficiente identificação patrimonial dos bens adquiridos e o atraso na remessa da documentação a esta Corte (...).

**TC-33975/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 6/5/08 - DOE de 14/5/08, págs. 53/56. A E. Câmara julgou irregular a inexigibilidade de licitação, o pedido de fornecimento e ilegais as decorrentes despesas, acionando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

## AQUISIÇÃO DE MOBILIÁRIO ESCOLAR

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a aquisição de poltronas e outros para escolas de ensino fundamental.**

O Relator considera, desde já, que a Origem não logrou demonstrar a necessidade de que a aquisição do objeto pretendido se desse por inexigibilidade de licitação.

Com efeito. Trata-se, neste caso, da compra de conjunto de carteiras escolares destinadas aos estabelecimentos de ensino fundamental, cuja fabricação não envolve grande complexidade técnica, podendo ser comumente encontradas e adquiridas no mercado que atua nesse ramo de atividade comercial. Portanto, injustificável a não-realização do certame licitatório, o qual, evidentemente, poderia ensejar a obtenção de preços mais vantajosos.

Aliás, também não ficou suficiente esclarecida a questão da compatibilidade dos preços contratados com os praticados pelo mercado, vez que os elementos constantes dos autos não dispõem de quadro comparativo de preços, o que impede uma análise conclusiva sobre essa questão, infringindo o disposto no art. 26, parágrafo único e inc. III, da Lei de regência.

Mais a mais, como bem lembrou Órgão Técnico, o pedido para a aquisição do objeto contratado foi acompanhado de especificações técnicas desarrazoadas, fato esse que culminou na escolha de apenas um tipo de produto, capaz de ser fornecido por um único fabricante.

Observa, ainda, que esta Corte de Contas já teve oportunidade de analisar contratações visando à aquisição de móveis escolares, também por inexigibilidade de licitação, a exemplo dos TCs-567/004/03 e 568/004/03 e 20568/026/04 (...).

**TC-1302/02 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 22/7/08 - DOE de 30/7/08, págs. 14/17. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade de licitação e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das respectivas despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

## AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa, objetivando a aquisição de 40 veículos tipo Gol 1.0 Special com capacidade de cinco passageiros, zero quilômetro, procedência nacional, com duas portas, na cor branca, movido à gasolina, acabamento de série e demais equipamentos e acessórios exigidos pelo CONTRAN.**

Segundo justificativa da Contratante, a compra se adequou ao disposto no inc. I do art. 15 do Estatuto Licitatório que faculta às compras a atenção ao princípio da padronização.

Prosseguindo, a Prefeitura justificou que o fornecimento respeitou o Decreto Municipal 16587/91, então vigente, que estabelecia para a padronização de sua frota, o uso de veículos Gol por funcionários.

O Relator acolhe o posicionamento dos Órgãos Técnicos que se pronunciaram pela irregularidade da matéria.

Como bem disseram os destacados Órgãos da Casa, as condições estabelecidas pelo item I, do art. 15 da Lei nº

8666/93, que trata da padronização para compras, não ficaram evidenciadas.

Veja-se que o contrato para o fornecimento dos veículos foi firmado em abril de 2001, tendo a Prefeitura afirmado, textualmente nos autos, que sua “frota de veículos leves não apresentava naquele ano, mais condições de uso”.

Diante deste quadro, conforme aduziram os Órgãos Técnicos, deveria ter a Prefeitura realizado estudos, de acordo com o que determina o inc. I, do art. 15 da Lei nº 8666/93, a fim de avaliar as condições do mercado relativas às especificações técnicas e de desempenho, dos inúmeros veículos de fabricantes distintos disponíveis no mercado em 2001.

Com efeito, não restou demonstrado que o erário foi preservado pela compra direta efetuada pela Municipalidade.

**TC-19659/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 22/10/08, págs. 60/63. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade licitatória e o contrato de fornecimento, e ilegal o ato determinativo da correlata despesa, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93 e fixando-se o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o atual Prefeito do Município informe a esta Casa as medidas adotadas frente ao decidido, mormente no que tange à responsabilização pelos atos impugnados, sob pena de aplicação das sanções estipuladas no art. 104 da citada Lei Complementar.**

**Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários, inclusive à D. Promotoria de Justiça do Município, subscritora da inicial do expediente TC-17335/026/01.**

## CONTRATAÇÃO DE ESCULTOR ARTESÃO

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Escultor Artesão, objetivando o fornecimento de peças e materiais para tematização artística do “Projeto Natal 2005 (...)”.**

O Relator acolhe os pronunciamentos dos Órgãos Técnicos da Casa, contrários à boa ordem dos atos praticados.

De fato, muito embora se reconheça a posição de destaque que ocupa a pessoa do artista contratado, que é membro da Academia de Artes e Letras de Município e foi Secretário Municipal de Turismo e Cultura da mesma localidade, não entende que eventual premiação possa fazer prova do reconhecimento de sua consagração pela crítica especializada, a ponto de permitir sua contratação direta, sem procedimento licitatório.

A atribuição de título por reconhecimento de participação em um ou outro evento, por uma ou outra entidade, difere da consagração prevista na lei, a qual entende como a aclamação geral e a exaltação pela crítica especializada, daí não podendo reconhecer-se sua distinção em relação a outros tantos artistas.

As matérias jornalísticas, juntadas ao processo, como visto se configuram publicações com motivos promocionais, longe, também, de demonstrar a aclamação pública acerca dos trabalhos do artista.

Quanto ao preço contratado, inválido é o argumento de que a comparação com outros trabalhos do artista torna-se impossível diante do sigilo que envolve os negócios do setor, mesmo porque, como sabido, o segredo, exceto o do conteúdo das propostas até a abertura na fase de classificação dos cer-

tames, se consubstancia em condição repudiada e contrária à natureza dos atos administrativos, os quais, por lei, devem ser justificados, como, no caso específico, manda o inc. III, do art. 26 da Lei de Licitações.

**TC-1303/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 17/6/08 - DOE de 25/6/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade de licitação e o contrato, aplicando-se à espécie os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, outrossim, por infração à norma legal, consoante previsto no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, aplicar pena de multa ao Sr. Prefeito, em valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.**

## **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NÃO-COMPROVADA**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa de Auditoria e Consultoria, objetivando a prestação de serviços de manutenção, atualização, suporte técnico e aperfeiçoamento do Sistema Gissonline.**

(...) Embora a Origem tenha atendido à notificação para que prestasse esclarecimentos e oferecido suas justificativas, o Relator não vislumbrou nos autos qualquer comprovação de suas alegações.

Assim, dentre as falhas apontadas, permanece sem explicação a alegada inviabilidade de competição para ensejar a contratação direta, conforme está previsto no art. 25 da Lei de regência, porque inexistente prova nos autos de que somente a contratada possa prestar os serviços objeto do contrato, por deter com exclusividade a licença de exploração da tecnologia empregada. Ademais, os mesmos serviços eram, anteriormente, executados pela Empresa de Tecnologia, donde se pode inferir a possibilidade de competição caso a Administração optasse pela licitação do objeto pretendido.

Também não foram justificados os preços contratados, vez que a verificação da sua compatibilidade com os praticados pelo mercado foi meramente demonstrada através de proposta de prestação de serviços similares que a contratada neste processo ofereceu em licitação de que participou em outro Município, e na qual apresenta valores genéricos, sem indicação de quantitativos, descrição e valores unitários dos serviços executados, o que compromete a aferição da economicidade da contratação (...).

Ora, se a justificativa do preço é imperiosa na presença do certame citatório, imprescindível se torna a sua comprovação nas contratações diretas, o que, entretanto, não ficou demonstrado neste caso.

Considero, assim, descumprido o disposto no art. 26, parágrafo único, inc. II, da Lei de Licitações e Contratos, que exige seja demonstrada a justificativa do preço contratado nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Constata, ainda, que a contratação antecedente a esta em exame, promovida entre a Interessada e a Empresa de Computadores e Sistemas, firmada sem licitação, foi julgada irregular por esta Corte, conforme decisão proferida pela E. 1ª Câmara, em sessão de 13/12/05, matéria relatada pelo ora Relator, tendo, entre as várias falhas constatadas, as duas impropriedades aqui mencionadas.

O óbice relativo ao envio extemporâneo dos documentos a esta Casa pode ser relevado, à vista dos motivos alegados pela interessada, que se compromete, doravante, a cumprir rigorosamente os prazos que lhe sejam determinados.

**TC-8977/07 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 5/8/08 - DOE de 20/8/08, págs. 58/60. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade de licitação e o contrato em exame, bem como ilegais os atos determinativos das respectivas despesas, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, à vista da incidência da Origem nos mesmos vícios da contratação anterior, julgada irregular por esta Casa, aplicar multa ao Responsável, Secretário de Finanças em Exercício, no valor monetário equivalente a 500 (quinhentas) UFESPs, com fundamento no inc. II do art. 104 da referida Lei Orgânica deste Tribunal.**

## **LICENÇA TEMPORÁRIA, NÃO EXCLUSIVA, DE DIREITO DE USO DE “SOFTWARE”**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Consultoria, objetivando a licença temporária, não exclusiva, de direitos de uso de “software”, incluídos os serviços de manutenção.**

Cuida-se de elucidar preliminarmente a natureza do escopo contratual.

Segundo proposta constante dos autos, que encontra eco na cláusula I do contrato, trata-se da aquisição, não exclusiva, de direito de uso de “software” aplicativo para atendimento do setor de contabilidade da Prefeitura, acrescida do fornecimento de serviços de manutenção dos produtos e treinamento.

Portanto, razão assiste à Auditoria ao apontar imperfeição na utilização do item I, do art. 25 da LF nº 8666/83, único fundamento legal do procedimento, uma vez que tal dispositivo não aborda serviços, apenas aquisição de produtos.

Teceu, ainda, o setor jurídico da Administração de Amparo a motivação para a contratação direta: 1) *“necessidade da não interrupção dos serviços que vem sendo prestados há anos e com muita eficiência, pela Consultora ... a esta municipalidade”;*

2) *“a utilização de softwares especializados e destinados a atender à realidade específica do usuário, o que confere aos serviços prestados características incomuns”* e por fim, 3) *a notória especialização da contratada.*

É fato que este Tribunal, em vista de justificativas para a escolha da Contratada e adequação dos preços aos de mercado, não fazia oposição a contratações realizadas nos termos propostos, figurando em nossa jurisprudência vários exemplos de pactos celebrados com a Consultoria.

Em que pese recomende o bom senso observância da jurisprudência da Corte, para que não se decidam de modo diverso matérias similares verifica-se que as decisões favoráveis perderam-se no tempo, já não se encontrando plenamente ajustadas à evolução alcançada pela área de informática, e ao contínuo e qualificado surgimento de empresas atuantes no ramo em apreço.

Não há, pois, validar procedimentos da espécie em que se perpetuam situações divorciadas da realidade dinâmica do mercado.

Ressalte-se que os próprios documentos encartados nos autos arrolam empresas passíveis de fornecer serviços acompanhados de *softwares*, logo o que se debate aqui não é a exclusividade da contratada sobre os próprios produtos comercializados, mas a inviabilidade de competição com outros existentes na praça e que igualmente poderiam atender aos interesses administrativos, ainda mais quando submetidos à saudável disputa de preços.

Para tanto, fornecimento de *software* acompanhado de serviços de manutenção e treinamento afigura-se passível de processo licitatório e livre competição, ao menos entre as cinco empresas existentes no mercado e que cotaram preços, em resposta à pesquisa mercadológica realizada pela Administração.

**TC-601/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 113/117. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade de licitação, o instrumento contratual e o 1º termo aditivo, acionando-se à espécie os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

### PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS DE INFORMÁTICA

**Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Companhia, objetivando a prestação dos serviços técnicos de informática, relativos à permissão de acesso (pesquisa) às informações ao Banco de Dados da Frota de Veículos do Estado de São Paulo (DETRAN) referente ao Município.**

(...) Há graves irregularidades que não autorizam a aprovação dos atos administrativos em exame.

Assim é que o Município não conseguiu justificar convincentemente a diferença de 38,07% registrada entre o preço proposto de R\$88.500,00, ao que consta dos autos em setembro de 2002, e o valor praticado na contratação, em fevereiro de 2003, de R\$122.301,32. Ainda que a proposta tenha sido feita a preços de janeiro de 2002, o valor avençado nitidamente continua a ofender o princípio da economicidade; superou o dobro da variação do índice estipulado no próprio contrato, entre janeiro/02 e janeiro/03, quando atingiu 15%, com a agravante de que o valor contratado foi, depois, revisto, retroativamente, em 22,769%. As partes interessadas não ofereceram memória de cálculo que explique a composição do custo acrescido, nem argumento que convença da ocorrência de circunstâncias não previstas que tornassem o aumento necessário para justa retribuição dos serviços prestados. Em suma, a Contratante não comprovou, como de seu dever (Lei nº 8666/93, art. 113), que o contrato celebrado atendeu a princípio constitucional incidente e, em decorrência, que a despesa e a execução se revestem de legalidade e regularidade. Descumpriu, portanto, a prescrição do art. 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8666/93, eis que não apresentou aceitável justificativa do preço contratado. Bem por isso, embora a hipótese ensejasse a contratação direta, não há como aprovar o ato que a autorizou, eis que desconsiderou a exigência legal incidente.

A avença e sua execução incorporaram outra grave ilegalidade. A cláusula 3.1 do contrato, depois de fixar a vigência de doze meses, indevidamente estipulou a prorrogação automática do mesmo, para evitar "*grandes transtornos à contratada*". Com isso, o ajuste continuou em vigência sem que fossem ce-

lebrados termos aditivos de prorrogação, como exige a lei. A formalização dos termos aditivos de prorrogação é exigência *expressa* do art. 57, § 2º, da Lei nº 8666/93, só dispensada nas condições previstas no § 8º do art. 65, que não está caracterizada nos autos. Estabelece o mencionado dispositivo que para o reajuste de preços, previsto no próprio contrato, será dispensada a celebração do aditamento, podendo ser registrado por simples apostila, desde que não haja alteração do contrato. No caso em tela, contudo, além do reajuste de preço, que foi formalizado por apostila, houve prorrogação do prazo de vigência do contrato, o que caracteriza alteração do mesmo, a exigir formalização do termo de aditamento.

**TC-9966/07 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 63/67. A E. Câmara julgou irregular o ato de declaração da inexigibilidade de licitação, o contrato, o termo aditivo em exame e, em consequência, a execução contratual, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

### REALIZAÇÃO DE CURSO DE HABILITAÇÃO EM GESTÃO ESCOLAR

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Instituição, objetivando a prestação de serviços relativos à realização do Curso de Habilitação em Gestão Escolar, para os professores efetivos do Sistema Municipal de Ensino que concluíram a formação em licenciatura plena nas séries iniciais do Ensino Fundamental e Educação Infantil.**

A Prefeitura celebrou ajuste com a Contratada, por inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, inc. II, da LF nº 8666/93.

Verifica o Relator, porém, que efetuou pesquisa de preços junto duas Universidades.

Consta ainda nos autos declaração expedida pelo Conselho Estadual de Educação, informando não haver outras Instituições naquele Município com aprovação e autorização para ministrar o Curso de Especialização em Gestão Escolar, mas afirmando que outras Instituições localizadas em Municípios próximos estão aptas à prestação do referido Curso.

Portanto, a inviabilidade de competição não ficou caracterizada.

Observa que situação semelhante foi enfrentada nos autos do TC-17577/026/05 (...) que, embora sobre outro fundamento, também cuidou de contratação direta de Instituição para oferecimento de curso.

Naquele caso, assim como neste que ora examino, os elementos que compõem os autos demonstram a existência de diversas Instituições capazes de oferecer o objeto pretendido, não configurado situação excepcional capaz de autorizar a contratação direta.

**TC-4542/07 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 59/63. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade de licitação e o contrato, cominando-se ao caso as disposições do art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

## ORGANIZAÇÃO SOCIAL

### EXECUÇÃO DE SERVIÇOS E ATIVIDADES DE FOMENTO NA ÁREA DE SAÚDE

• **Contrato de concessão celebrado entre Executivo Municipal e Organização Social, objetivando a execução de serviços e atividades de fomento na área de saúde.**

Ajuste em perspectiva, *celebrado em continuidade e nas mesmas circunstâncias*, padece dos vícios daqueles aos quais sucede e, sendo assim, como gerador de iguais efeitos, merece ser também condenado.

No caso, de considerar agregados aos deslizes que remontam à época do ajuste inaugural (1999) a ausência de interesse dos Responsáveis na apresentação de documentos necessários à instrução ou na defesa da legalidade dos atos e despesas.

Além dos efeitos negativos dos pactos irregulares, falhas comuns foram identificadas no exame das contas, com destaque para a existência de saldos não devolvidos, deficiências nos registros, dependência financeira da entidade para com os recursos municipais (100%), e ao fato de que, segundo registrou o órgão instrutivo, terem sido utilizados os valores repassados unicamente para “fornecimento de pessoal para a Prefeitura...”, e sem restar demonstrada a “exigível eficiência na prestação dos serviços realizados”.

Cumprе ressaltar, que em razão da resistência da Organização Social em atender às requisições e encaminhar papéis para a elaboração do Relatório referente 2004, houve efetivo prejuízo ao exercício do controle externo.

**TCs-615/04 a 618/04, 500/07 e 878/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregulares a contratação direta e as prestações de contas em exame, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, aplicando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

Determinou, ainda, a remessa de cópia das peças principais dos autos à avaliação do Ministério Público do Estado.

Determinou, por fim, à Prefeitura do Município que providencie a restituição, pela Organização Social de Saúde, dos saldos eventualmente não-aplicados.

### EXECUÇÃO DE SERVIÇOS E ATIVIDADES NA ÁREA DE MEIO AMBIENTE

• **Prestação de contas de recursos públicos repassados por Executivo Municipal à Organização Social de Meio Ambiente, objetivando a execução de serviços e atividades de fomento na área de meio ambiente.**

Como consignou o Relator quando da apreciação das prestações de contas dos TCs-619/002/0 e 620/002/04, consolidadas no Acórdão publicado no DOE de 8/3/08, no exame do contrato de gestão e dos consecutivos contratos de prestação de serviços que a ele se seguiram, matéria apreciada no TC-1628/002/03,

esta Câmara decretou sua irregularidade pelo conjunto de impropriedades que apresentava.

A condenação do contrato de gestão, evidentemente, alcança tudo o que dele se derivou.

É o presente caso.

Como afirmou o Relator, ainda que, a título de justificativas, tomem-se emprestadas as razões oferecidas pela Municipalidade quando de seu chamamento no TC-1628/002/03, melhor sorte não socorre às partes envolvidas, porque sequer serviram para salvar o contrato de gestão.

Some-se, ainda, desta feita, o silêncio da parte, a validar as impugnações da Auditoria.

**TC-622/04 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 29/7/08 - DOE de 6/8/08, págs. 61/65. A E. Câmara, nos termos da alínea “b”, do inc. III, do art. 33 da LC nº 709/93, julgou irregular a prestação de contas dos recursos públicos repassados à Organização Social do Meio Ambiente.**

**Determinou, outrossim, seja expedido ofício ao Senhor Prefeito, dando-se conhecimento do teor da presente decisão, e, igualmente, à Procuradoria Geral de Justiça, encaminhando-se cópia do voto do Relator e correspondente Acórdão, para análise de eventuais medidas a cargo do Ministério Público Estadual.**

## ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

### AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO COMO OSCIP NA ÁREA DA SAÚDE PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

• **Termo de Parceria firmado entre Executivo Municipal e Instituto, objetivando a co-gestão complementar de serviços de saúde de pronto-socorro municipal.**

Impropriedades relacionadas à publicação (do extrato) e remessa para exame do termo de parceria não possuem gravidade; contudo, relatório do Órgão Instrutivo registrou extenso e variado rol de faltas importantes que, segundo concluiu Órgão Técnico, não conseguiu a Prefeitura afastar.

*Sem embargo das demais, chamo a atenção para a ausência de prova de que o Instituto tenha sido qualificado como OSCIP na área da Saúde pelo Ministério da Justiça.*

Com efeito, documento anexado aos autos (extraído do site oficial do Ministério da Justiça) indica como finalidade do Instituto unicamente a ‘pesquisa’, atividade estranha ao escopo da parceria; aliás, difícil crer, diante da gama de tarefas previstas no estatuto da entidade - criada tão-somente em 20/12/04 - que detivesse a imprescindível experiência para desenvolver todas elas.

Além disso, tendo em vista que 85% do custo envolvido na parceria correspondem ao pagamento de médicos (plantão), há considerar que razão assiste à Auditoria quando afirma tratar-se o objeto da mera terceirização de mão-de-obra - diga-se, para desenvolvimento de atividades permanentes - nada obstante o pacto até parecesse comportar propósitos distintos, ou minimamente mais amplos: “operacionalizar a co-gestão complementar dos serviços de saúde do Pronto Socorro Municipal” (cláusula primeira).

Agrava-se a situação porque não se demonstrou o cálculo que permitiu apurar o orçamento de R\$2.362.440,00 (com prejuízo à verificação da compatibilidade das despesas com o PPA, LDO e LOA), bem como pelo fato de o instrumento assinado não estipular metas e resultados a serem atingidos, critérios objetivos de avaliação de desempenho, prazos de execução ou cronograma (constando apenas a vigência do termo de parceria) e previsão de receita e despesa.

Nota-se, portanto, que o procedimento da Prefeitura não observou devidamente as regras incidentes (Lei nº 9790/99 e Decreto nº 3100/99).

**TC-29/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 9/12/08 - DOE de 4/2/09, págs. 83/88. A E. Câmara julgou irregulares o termo de parceria e o termo de re- ratificação de 22/3/07, e ilegais os atos determinativos das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art.. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, conhecer do termo de re- ratificação de 18/12/06, na medida em que serviu apenas para corrigir divergências e não importou qualquer despesa.**

## CONTRATAÇÃO DIRETA

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Agência de Desenvolvimento, objetivando desenvolvimento de projetos de capacitação através de monitoramento, aperfeiçoamento para geração de trabalho e renda, execução de tarefas técnico-pedagógicas para alunos selecionados pela Prefeitura.**

O dispositivo invocado para a contratação direta, inc. XIII, do art. 24 da Lei de Licitações, definitivamente não se amolda ao caso em análise, já que incidentes, na espécie, os regramentos da Lei nº 9790/99.

Conforme decidido por esta Câmara, em caso idêntico, objeto do TC-25250/026/05, incabível a justificativa da Origem sobre a inexistência de outra entidade capaz de executar atividades na área técnico-pedagógica para o programa Bolsa-Auxílio ao Desempregado.

Verifica o Relator, aliás, que a Prefeitura contratou a Agência de Desenvolvimento, mediante prévia licitação, para consecução de objetos semelhantes, o que comprova a existência de outras entidades detentoras de finalidade idêntica à da Contratada.

**TC-25252/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 21/8/07 - DOE de 29/8/07, págs. 38/44. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato decorrente, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

*Vide na Seção Municipal voto proferido pelo Conselheiro Antonio Roque Citadini, TC-25252/05, “Recursos - Organização de Sociedade Civil e de Interesse Público Deve Se Submeter Às Regras da Lei Nº 9790/99”.*

## TERMO DE PARCERIA CELEBRADO ENTRE EXECUTIVO MUNICIPAL E OSCIP

• **Termo de parceria celebrado entre Executivo Municipal e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, obje-**

**tivando a promoção e desenvolvimento de assistência à saúde integral, às urgências, disponibilizando força de trabalho na execução de programas de interesse público em grande abrangência na Cidade.**

Não há dúvida de que a hipótese dos autos noticia exemplo bem característico do mau uso da autorização legal para celebração de parcerias com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

*O Município celebrou parceria com entidade que obtivera qualificação de OSCIP há menos de 45 dias e que cujos objetivos sequer se concentravam na área da saúde. Não se exigiu comprovação, mínima, de que, antes, já havia prestado serviços da mesma natureza e, muito menos, em dimensão compatível com os pretendidos pela parceria.*

Não se cuidou de fazer projeto detalhado que evidenciasse real interesse público na celebração da avença, elemento essencial nessas parcerias.

A estimativa de custos foi feita sem o mínimo cuidado, sem embasamento fático e sem critério técnico. Ela foi de tal modo inconsistente que um mês depois de assinado o contrato foi concedido reajuste do pagamento mensal de 103,47%.

A contratação se fez sem concurso público, sem prévia publicidade e sem nenhuma transparência. Isso impediu eventual participação de outros projetos de trabalho, dotados de consistência e seriedade. Em nenhum momento a Prefeitura disse por que escolheu esse projeto, nem porque deixou de procurar outros mais consistentes, ou porque preferiu parceria tão desastrosa a continuar desenvolvendo diretamente as ações de saúde. Diante dessa ausência de motivação, não há como afastar afronta ao princípio constitucional da impessoalidade.

A Prefeitura realmente celebrou parceria com entidade sem nenhuma tradição no setor da saúde, sem projeto e sem preparo técnico para desempenhar atividade de tamanha relevância para a população.

Basta a leitura dos arts. 3º e 5º do Estatuto Social da Entidade para comprovar a saciedade que não foram preenchidos os requisitos mínimos para embasar a celebração do termo de parceria (...).

A parceira escolhida pela Prefeitura tem objetivos genéricos de caráter assistencial e de promoção social: *a busca da melhoria das condições humanas, através da capacitação do indivíduo para o mercado de trabalho e, com isso, a sua integração à sociedade e ao exercício pleno de sua cidadania. Nada diz respeito especificamente à prestação de serviços na área de saúde, de evidente especialização.*

As demais irregularidades apontadas nos autos (cópia ilegível da publicação do despacho de qualificação da entidade; não apresentação da ata de eleição da Diretoria, de projeto técnico e de detalhamento dos respectivos custos; não estipulação de critérios objetivos de avaliação, previsão de receitas e despesas e detalhamento das remunerações do termo de parceria; estipulação de valor mensal de forma aleatória; não comprovação de publicação dos demonstrativos de execução físico-financeira; não comprovação da prestação de contas; celebração de termo de aditamento, após 34 dias da formalização do ajuste original, alterando em 103,47% o valor mensal sem qualquer justificativa; decorridos seis meses assinatura de termo de res-

cisão dissociada de quaisquer esclarecimentos) formam conjunto de irregularidades suficiente para reprovação dos atos praticados.

**TC-17481/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregular o processo de qualificação, o contrato de parceria, seu aditamento e o termo de rescisão, aplicando-se o art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, também, aplicar ao Senhor Prefeito à época da contratação, nos termos do art. 104, inc. II, da mesma Lei Complementar, pena de multa, fixada no pecuniário equivalente a 1000 (mil) UFESPs, por infringência ao art. 37, caput, da CF, à Lei nº 9790/99 e ao Decreto Federal nº 3100/99.**

**Registrou, ainda, que as prestações de contas da Organização Social parceira deverão ser analisadas pela fiscalização nos termos dos artigos 198 a 200 das Instruções Consolidadas nº 2/02 desta Corte de Contas, vigentes à época e respectivas alterações.**

**Determinou, por fim, o encaminhamento de cópia do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao DD. Ministério Público, para as providências que couberem.**

---

## **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

### **“CONCESSÃO ADMINISTRATIVA” PARA SERVIÇOS EDUCACIONAIS, EM ESPECIAL O SISTEMA CRECHE**

• **Representação formulada por Empresa, informando possíveis irregularidades em Edital de concorrência pública, objetivando a “contratação de parceria público-privada, na modalidade de ‘concessão administrativa’, dos serviços de disponibilização, operação dos serviços educacionais, manutenção, segurança patrimonial e conservação de creches”.**

Como se verifica, a matéria em exame trata de concorrência, instaurada pelo Município, objetivando a contratação de “parceria público-privada” na modalidade de concessão administrativa, para execução de serviços de disponibilização, operação dos serviços educacionais, manutenção, segurança patrimonial, manutenção e conservação de creches.

Relembra o Relator que a parceria pretendida prevê o prazo de vigência de 11 anos, valor estimado de investimentos na ordem de R\$52.964.364,83 e a prestação de serviços com execução de obras.

Lembra também que antes do presente Exame Prévio de Edital, este Tribunal já examinou e julgou a contratação de parceria público-privada, por meio de concessão administrativa, em três casos; TCs-7585/026/07, 35716-35856/026/06 e 41905/026/07 (...).

Então, há aqui parcial ineditismo, em face do objeto da concessão envolver serviços educacionais, em especial o sistema creche.

O Relator sabe que este tema é muito importante, tanto quanto é polêmico, dividindo opiniões. Porém, no caso concreto e depois de pesquisar a jurisprudência, constatou que

os debates trazidos do Egrégio STF não resolvem o problema, seja porque sua citação deixou de lado as correspondentes ementas, seja porque juridicamente as situações discutidas são antigas e diferentes, nenhuma delas abordando a possibilidade legal de PPP para serviços de creche.

Ainda sobre o assunto, a mais recente decisão que pode encontrar esta sim voltada para creche, mas ignorada pela Prefeitura representada, é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996-6 (...).

Dessa maneira, de acordo com a nossa jurisprudência que recomenda toda cautela sobre a matéria, e ainda mais quando a Representada deixou de citar sua Lei Orgânica, que inclusive poderia ensejar a necessidade de legislação específica complementar àquelas 02 locais que foram promulgadas recentemente, o Relator vê prejudicada a viabilidade jurídica de a Representada levar adiante a concorrência nos moldes de uma PPP.

Ademais nada mais tem a acrescentar aos estudos contidos no bem elaborado parecer do Órgão Técnico (...).

*“De outra ponta, e pelos elementos que se extraem dos autos, o custo total pelas 2.100 vagas que seriam geridas pelo Parceiro Público implicaria em gastos da ordem de R\$644.000.000,00 ao longo dos onze de vigência, sendo certo que 600 vagas já estão disponibilizadas pela Prefeitura no momento.*

*Simple ponderação matemática demonstra que seriam gastos anualmente*

*R\$58.545.454,00 pelo parceiro privado, enquanto que os dispêndios do erário para as mesmas finalidades seriam da ordem de R\$69.365.454,00.*

*Hoje, a Prefeitura conta com 600 vagas, disponibilizadas em quatro unidades educacionais e aplicou montante significativamente superior ao seu gasto presumido para a operacionalização dos serviços da educação infantil - creche (...).*

*Desta forma, ainda que se pudesse inserir dentro dos cálculos apresentados pela Prefeitura, algumas outras despesas que não seriam suportadas pelo Parceiro Privado no caso concreto, como por exemplo aquelas com merenda, dentre outras; não seria demasiado presumir que mantida a mesma base de receita tributária e os gastos realizados no exercício de 2.007 (R\$79.489.342,39), os recursos disponíveis seriam suficientes para a consecução do objeto licitado, ainda que considerados o incremento do número de vagas e todos os investimentos a cargo do parceiro público.*

*Assim, se o modelo pedagógico é concebido, mantido e fiscalizado pela Secretaria Municipal de Educação; se resta patente a disponibilidade de recursos que suportem os investimentos almejados, porque se buscar parceria com a iniciativa privada? (...)*

*Minimizam-se, no caso, os riscos do parceiro privado, já que indiscutível que a arrecadação tributária do porte de um município como o da Cidade já é garantia suficiente para suportar qualquer tipo de risco que possa advir da contratação em tela.*

*Sob medida, então, entendimento firmado por Paulo Modesto no sentido de que a contratação de serviços auto-sustentáveis sob a modalidade de PPP servirá de melhor conforto dos capitais privados que pouco ou nenhum risco apresentarão, restando, assim, afastado um dos pilares da parceria público-privada – a repartição dos riscos do projeto.*

*Por fim, e em relação à taxa de retorno interna (TIR) afirma o representante que ela não representa adequadamente a*

*atual conjuntura macroeconômica brasileira que convergem para valores substancialmente superiores aos apresentados para o projeto em tela, o que pode representar fator limitador à competitividade do certame” (...).*

**TC-29564/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 5/11/08 - DOE de 13/11/08, págs. 59/63. O E. Plenário julgou procedente a Representação, determinando à Prefeitura a anulação do certame relativo à concorrência pública, devendo a referida Prefeitura reanalisar à matéria por completo, observando as manifestações dos Órgãos desta Casa a respeito de todos os itens impugnados.**

**Determinou, por fim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão, encaminhando-se os autos, em seguida, à Diretoria competente, a fim de proceder às anotações devidas.**

### **“CONCESSÃO ADMINISTRATIVA” PARA IMPLANTAÇÃO DE UM COMPLEXO CINEMATOGRAFICO**

**• Representação formulada por Empresa, contra Edital de concorrência, instaurada por Executivo Municipal, cujo objeto é a contratação de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, dos serviços de disponibilização, operação, manutenção e conservação, precedida de execução de obra pública, de um complexo cinematográfico.**

(...) O certame, na modalidade de Concorrência, encontra-se suspenso por decisão referendada por este Egrégio Plenário no dia 28/11/07, e, na oportunidade, o eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga manifestou sua preocupação quanto à possibilidade de se adotar o instituto da concessão administrativa tendo como objeto a construção de um pólo cinematográfico.

Procurando responder à preocupação do Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, os Órgãos Técnicos enfrentaram a questão, sustentado a impossibilidade da concessão administrativa pretendida pela Prefeitura e a impossibilidade da contratação de parceria público-privada, justificando que os serviços pretendidos não são públicos.

Analisando os autos e pesquisando a jurisprudência deste E. Tribunal, o Relator observou haver sido discutida a contratação de parceria público-privada, por meio de concessão administrativa, em dois casos. Em um deles (TC-7585/026/07, publicado na íntegra na edição nº 117 desta Revista, págs. 86/108) o e. Plenário aceitou a “PPP” para os serviços de limpeza pública. Noutro (TC-35716-35856/026/06) aceitou-se que a Companhia de Saneamento Básico fizesse parceria para os serviços de ampliação e melhoria do sistema produtor do alto Tietê.

Foi também discutida e aceita a parceria firmada por Companhia (TC- 10890/026/06, publicado na íntegra na edição nº 105 desta Revista, págs. 100/110) utilizando-se para este caso a concessão patrocinada.

Para a Prefeitura do Município os serviços são públicos e a Administração é usuária indireta. Defende esta posição, afirmando que o usuário direto, no caso, é a população que tem predileção pelos serviços culturais, do mesmo modo que direito é também o usuário de um estádio de futebol e o usuário

de uma sala de espetáculos, no caso em que haja a concessão administrativa para tais equipamentos.

Insiste o Senhor Prefeito em ver aceita a concessão administrativa (...).

Importante ressaltar, que não cabe no presente momento avaliar a questão política da escolha do projeto, bem como as questões econômicas que levaram a Prefeitura a optar pela Parceria Público-Privada.

A análise da economicidade e a eficiência dos atos deverão ocorrer quando do exame do contrato de Parceria, de acordo com o previsto nas Instruções desta Casa, ocasião em que se verificará a adequação das normas, inclusive no que diz respeito à parte orçamentária, com as devidas previsões das despesas no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei do Orçamento Anual.

O que interessa é analisar se existe viabilidade jurídica da concessão administrativa, diante do que dispõe a legislação que rege a matéria, especialmente a Lei nº 11079/04.

A denominação de concessão administrativa, dada pela Lei, não foi a mais apropriada, uma vez que a interpretação da matéria nos direciona a concluir de que se trata muito mais de um contrato de prestação de serviços, do que de uma concessão.

O que se busca nessa nova fórmula de parceria é a viabilização, para o Estado, da obtenção de serviços com o investimento financeiro imediato feito pelo particular, cabendo à Administração a obrigação de remunerá-lo em longo prazo, durante a vigência do contrato.

Como explicou o Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, em seu voto no processo que aceitou a “PPP” para os serviços de limpeza pública, para que haja concessão administrativa, é necessário o preenchimento de alguns requisitos legais, entre os quais se destaca a predominância da prestação dos serviços à própria Administração, na condição de usuária direta ou indireta.

Isto tem apoio na Lei nº 11079/2004, que em seu art. 2º, § 2º, define a concessão administrativa como o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A maior dificuldade para se concluir se a instalação de pólo cinematográfico se amoldaria à modalidade de concessão administrativa, é saber se a Administração pode ser usuária direta ou indireta dos serviços que serão prestados.

No caso, a própria Prefeitura admite que o pólo cinematográfico não se configura como serviço público de caráter econômico; entretanto, defende que a atividade cultural é uma espécie do gênero serviço público e, portanto, a Administração seria usuária indireta. Usuário Direto seria o público interessado a se utilizar do pólo cinematográfico.

A Prefeitura se apóia em doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem existem três tipos de atividades administrativas a cargo do Estado, consideradas como serviços públicos: os administrativos, os comerciais e industriais, e os serviços sociais do Estado que atendem às necessidades coletivas em áreas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura e meio ambiente.

No Memorial distribuído pela Prefeitura, o argumento principal para a escolha do instituto de concessão adminis-

trativa, se fundamenta em considerar o pólo cinematográfico como serviços públicos, sendo a Prefeitura a usuária indireta de tais serviços.

Em que pese à variada gama doutrinária sobre serviços públicos possíveis de serem contratados por “PPP”, considerando a Administração usuária direta ou não, à parte dessa discussão, importa considerar que, no caso, há previsão editalícia de receitas de operações privadas. No anexo II do Edital, consta que além das receitas adicionais, haverá receita de operações privadas que abrange tanto a locação dos estúdios, quanto a venda de ingressos do Museu.

Indica a doutrina, notadamente a de Carlos Ari Sundfeld que: “A concessão administrativa de serviços públicos é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente”.

Complementa, ainda, o autor que: “... a única forma de remuneração que descaracteriza a concessão administrativa é o recebimento pelo concessionário de tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços”.

No Edital em exame, vê-se que o parceiro privado receberá do usuário direto (público interessado) a receita arrecadada com a venda de ingressos ao museu, além de também receber diretamente o valor dos alugueis pela locação de espaços dos estúdios.

Vê-se que a doutrina bem interpreta a lei, uma vez que a previsão legal para cobrança de tarifa dos usuários, só ocorre na modalidade de concessão patrocinada.

Dessa forma, tem-se, no Edital em exame, uma contrariedade legal e doutrinária à concessão administrativa, pois nessa modalidade a remuneração por contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado cabe exclusivamente à Administração.

Sendo assim, como a Prefeitura afirma ser usuária indireta, os usuários diretos que viessem a usufruir dos serviços nada pagariam diretamente ao parceiro privado, como serve de exemplo o caso dos serviços de coleta de lixo.

Portanto, no meu entender, como está o Edital, os serviços pretendidos - execução de serviços de disponibilização, operação, manutenção e conservação, de um Complexo Cinematográfico, precedida da execução de obra pública - não podem ser considerados para concessão administrativa.

Assim, considero respondida a representação feita pelo nobre Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, negando-se à Prefeitura do Município a possibilidade de ser adotada, neste caso, a concessão administrativa.

Quanto a serem públicos os serviços do pólo cinematográfico e a Administração ser usuária indireta ou não, considera o Relator não ser momento adequado para discussão em sede deste exame prévio (...).

**TC-41905/07 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 26/3/08 - DOE de 3/4/08, págs. 60/63. O E. Plenário, tendo em vista a impossibilidade da contratação de parceria público-privada por meio de concessão administrativa, determinou a anulação da concorrência, promovida pela Prefeitura, cabendo à Administração reestudar o assunto, e adotar as providências que entender cabíveis.**

**Determinou, outrossim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.**

**Vide na Seção Estadual voto proferido pelo Conselheiro Robson Marinho, TC-35716/06, “Parceria Público-Privada, Concorrência Internacional Tendo Por Objeto A Parceria Pública-Privada Para Ampliação da Capacidade de Estação de Tratamento de Água e Outros Serviços”.**

---

## PRECATÓRIOS

### PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS

#### • Prestação de contas de Executivo Municipal.

(...) As contas estão comprometidas pelo descumprimento, durante o exercício, da sistemática prevista na Constituição para pagamento de precatórios judiciais, conforme demonstra o quadro elaborado pela Auditoria (...).

Consoante se verifica, o Município não cumpriu minimamente a sistemática constitucional para quitação dos precatórios, estabelecida pelos arts. 100 da Constituição e 78 do ADCT, com a redação dada pela Emenda nº 30/00. O cumprimento da Carta Política exigia o pagamento de, no mínimo, 10% do estoque de precatórios. Esse percentual corresponde a tratamento muito condescendente com o Município, eis que pressupõe — embora não demonstrado — que todos os precatórios tenham natureza não alimentar e que já estivessem pendentes na data da promulgação da Emenda.

No entanto, a Administração não incluiu na LOA dotação necessária para sequer quitação desse mínimo. E sequer pagou a quantia empenhada.

O apontado descumprimento da sistemática constitucional para quitação dos precatórios é irregularidade grave. Desconsidera a atividade do Poder Judiciário, que constituiu criteriosamente os precatórios. Despreza a atividade do Poder Legislativo e do próprio Executivo, que incluíram, no orçamento, dotação superior ao montante pago.

O descumprimento da Constituição desconsidera o credor, que não dispõe dos instrumentos ordinários de execução e fica fragilizado para acordos inaceitáveis.

A falta de quitação dos precatórios faz crescer o endividamento do Município, comprometendo orçamentos e gerações futuras.

A jurisprudência desta Corte tem reiteradamente proclamado que a singela desconsideração das obrigações liquidadas em precatórios judiciais, descumprindo a sistemática de pagamento inscrita no art. 100 da Constituição, é falha grave, suficiente para comprometer integralmente as contas.

Nesse contexto, as demais falhas subsistentes nas contas, caracterizadas no relatório da Auditoria e não eliminadas pela defesa, atuam como reforço da conclusão pela emissão desfavorável à aprovação das contas (...).

Muitas dessas falhas são reincidentes, compondo, assim, motivo para reprovação das contas previsto no art. 33, § 1º, da LC nº 709/93 (...).

**TC-3139/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 26/8/08 - DOE de 3/9/08, págs. 60/64. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação**

das contas da Prefeitura, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, determinando a formação de autos apartados para análise da incompatibilidade de horários noticiada pela Auditoria e objeto dos Expedientes

TCs-10301/026/07 e 26523/026/06, os quais deverão acompanhar o apartado a ser formado.

Determinou, por fim, seja oficiado ao Ministério Público, em atendimento ao Expediente TC-8676/026/08.

## PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS E OUTRAS IRREGULARIDADES

### • Prestação de contas de Executivo Municipal.

(...) As questões importantes na análise da prestação de contas não foram afastadas com a juntada da defesa.

Destacando-se: a falta de empenhamento e pagamentos, de precatórios, que ocorreram bem abaixo do mínimo (10% do saldo de débitos judiciais relativos a exercício anteriores), fixado pela EC nº 30/00. Fato esse que, somado a ausência da contabilização do parcelamento dos débitos para com o INSS, acabou por prejudicar a análise dos resultados contábeis.

Colabora, ainda, para o desfecho desfavorável, o descumprimento do preceito contido no art. 212 da CF, visto que o percentual aplicado no ensino restringiu-se a 23,96% (...).

**TC-3125/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 29/7/08 - DOE de 6/8/08, págs. 65/68. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas da Prefeitura, ressaltando, para instrução complementar em autos apartados, as despesas mencionadas no referido voto e determinando o arquivamento dos expedientes que acompanham os presentes autos, vez que a matéria neles abordada vem sendo objeto de questionamento junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.**

Determinou, por fim, considerando a não-aplicação do percentual mínimo obrigatório no ensino, que, após o trânsito em julgado, cópia dos autos seja encaminhada ao Ministério Público, por força do disposto no art. 208, § 2º, da CF.

### • Prestação de contas de Executivo Municipal.

De plano, observa-se que o Executivo não atendeu o art.100 da CF, irregularidade que enseja, por si só, a emissão de parecer desfavorável à aprovação das contas, conforme pacífica jurisprudência desta Corte, que tem reiteradamente entendido que o cumprimento dos preceitos constitucionais exige que sejam incluídas no orçamento anual, no mínimo, dotações suficientes para o pagamento das obrigações inseridas no mapa de requisitórios do próprio exercício, acrescido de mais um décimo, pelo menos, do estoque de precatórios anteriores, cujo pagamento deve ocorrer no exercício orçamentário.

Conforme documento constante dos autos, o Mapa Orçamentário do exercício totalizava a quantia de R\$784.161,84, e o saldo de períodos anteriores equivalia a R\$613.946,05.

Todavia, o pagamento, em 2006, correspondeu a apenas R\$249.194,58, valor aquém do exigido no exercício, conforme entendimento dominante deste Tribunal.

Desta forma, a Prefeitura não liquidou a totalidade dos valores relativos ao mapa, bem como não foram pagos os dé-

bitos referentes aos exercícios anteriores. Os esclarecimentos apresentados sobre a falta de recursos e do risco de descumprimento de serviços públicos básicos são insuficientes e não lograram esclarecer a afronta ao dispositivo constitucional.

Igualmente, a notícia sobre a regularização da dívida em exercício posterior deve ser aproveitada somente para o período em que se efetivou, em face do princípio da anualidade das contas.

Agravando a situação, verifica-se a ausência de registros contábeis dos débitos devidos a título de Precatórios. A dívida não foi registrada no Balanço Patrimonial de 2006, em afronta ao art. 105, § 4º da Lei nº 4320/64 e art. 50, V, da Lei de Responsabilidade Fiscal, prejudicando, com isso, o princípio da transparência fiscal e da evidenciação contábil.

Ressalte-se que essa questão também ensejou a emissão de parecer desfavorável à aprovação das contas de 2005, TC-2752/026/05 (...).

**TC-3204/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 5/8/08 - DOE de 20/8/08, págs. 58/60. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas da Prefeitura, exceção feita aos atos porventura pendentes de apreciação por este Tribunal, em especial aqueles constantes do TC-1677/005/08, com recomendações ao Executivo, à margem do parecer e por ofício, e determinação à Auditoria da Casa.**

Determinou, por fim, o arquivamento dos Expedientes TCs-42114/026/06 e do 574/005/08, encaminhando-se, antes, quanto ao último, em face do solicitado, cópia da presente decisão ao Ministério Público.

## PAGAMENTO PARCIAL DE PRECATÓRIOS

### • Prestação de contas de Executivo Municipal.

(...) O não pagamento de precatórios impõe a desaprovação da contas, segundo jurisprudência deste Tribunal.

Senão, vejamos. Compulsando documentos constantes do Anexo I, depreende-se que, no exercício em exame, deveriam ter sido quitados precatórios em valores correspondentes a:

- R\$6.328,40 - crédito da TV, constante do mapa orçamentário do período requisitório de 2/7/04 a 1º/7/05, apresentado pelo Tribunal de Justiça; e

- R\$38.087,03 - crédito referente ao Ofício Requisitório expedido pela 1ª Vara do Trabalho de Município, em 11/3/05.

Acresça-se a eles o décimo - R\$7.399,08 - do saldo de R\$73.990,83 remanescente de exercícios anteriores, que inclui a 1ª parcela de R\$3.932,68, referente ao débito - no total de R\$39.326,81 - objeto do parcelamento de que trata o Decreto nº 64/05.

Ocorre que, embora tenha sido consignada no orçamento a quantia de R\$60.000,00, suficiente para quitação desses débitos, no montante de R\$51.814,51, foi empenhada e paga apenas à importância de R\$5.524,74 à TV, restando, assim, demonstrado o parcial cumprimento do disposto no § 1º do art. 100 da CF e o inadimplemento de acordo formalizado mediante referido decreto, com base no que dispõe o art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

**TC-3046/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da**

2ª Câmara de 6/5/08 - DOE de 14/5/08, págs. 50/53. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas prestadas pelo Prefeito, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, determinando, à margem do parecer, a expedição de ofício ao Chefe do Executivo, com recomendação; a formação de autos apartados; e o arquivamento do expediente TC-6367/026/2007.

## PRESTAÇÃO DE CONTAS

### CONVÊNIO PARA A COOPERAÇÃO TÉCNICA E OPERACIONAL A FIM DE REALIZAR OBRAS E SERVIÇOS EM ÁREAS E PRÉDIOS PÚBLICOS

#### • Prestação de contas de Executivo Municipal.

(...) Despontam duas anotações que maculam todo o processado.

A mais grave, sequer negada pela Beneficiária, refere-se ao desvio de finalidade do recurso público para custear despesas com equipe de futebol profissional, atividade legalmente definida como empresarial. Nem lhe socorrem as alegações de amparo no Termo de Convênio; a uma porque não se confundem, como tenta fazer crer, os conceitos de desporto de competição ou de rendimento com desporto profissional; a duas por impedido o órgão concessor de deferir tal amparo em face da extrapolação dos limites definidos nos arts. 16 e 17 da LF nº 4320/64.

Ressalte-se que, alegadamente ciente da irregularidade pela atuação desta Corte, a autoridade municipal fez instaurar Comissão de Sindicância “para apurar irregularidades e responsabilidade funcional, bem como para verificar a real ocorrência desse procedimento e, existindo, os valores exatos despendidos para esta finalidade”, pela Portaria nº 568/07, sem, contudo, informação de seus resultados, nos autos.

Mais, que a ocorrência motivou a abertura de Inquérito Civil nº 43/06-CID para ‘*apuração de improbidade administrativa na celebração de convênios com o Grêmio para criação e manutenção de equipe profissional de futebol, bem como fornecimento de ônibus para transporte de torcedores*’, que culminou com a formalização do Termo de Ajustamento de Conduta constante dos autos.

A outra consiste, por um lado, no esvaziamento da finalidade social do convênio, com a exclusão das atribuições de “*administração e desenvolvimento de atividades das escolas de iniciação esportiva*”, reduzindo-o a mera prestação de serviços e obras de ampliação e conservação de próprios públicos; e, por outro, na persistência dos repasses e aceitação de despesas àquele título, embora revogado o permissivo por Lei Municipal.

Tal situação, que vigeu na totalidade do período examinado, macula irremediavelmente os repasses e a comprovação de despesas.

Até o efeito repristinatório buscado pela Lei Municipal nº 1673/07 milita em desfavor da matéria. Primeiro porque, à evidência, somente providenciado após a notificação procedida em 9/8/07, no intuito de dar suporte de legalidade a situação pretérita que se sabia irregular. Segundo por não se poder ad-

mitir, após vinte e um meses de vigência, a arguição de inconstitucionalidade de Lei, oriunda da autoridade a quem compete originariamente esse controle; tem poder de veto; e ciência das consequências da lei que sancionou e promulgou.

TC-41104/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 113/117. A E. Câmara julgou irregulares os repasses da Prefeitura ao Grêmio Recreativo e a comprovação de despesas, condenando-se os Responsáveis ao ressarcimento do erário e suspensão de novos recebimentos pela Beneficiária até que seja regularizada sua situação perante este Tribunal, nos termos dos arts. 30, incs. I e II, e 103 da LC nº 709/93.

Determinou, ainda, a remessa de cópias de peças dos autos ao Ministério Público, como previsto no art. 32, parágrafo único, da referida Lei.

### DESPESAS COM AQUISIÇÃO DE UNIFORMES ESCOLARES

#### • Prestação de contas de Executivo Municipal.

Todos os Órgãos Técnicos convergiram em que as contas em exame estão comprometidas pela insuficiente aplicação global no ensino, que ficou abaixo do mínimo exigido pelo art. 212 da CF.

É que, consoante criterioso cálculo efetuado pelo Setor de Cálculos da Assessoria Técnica, a aplicação total no ensino correspondeu, no exercício, a apenas 24,7% da receita de impostos, inferior, portanto, ao patamar mínimo exigido pela Constituição, de 25%.

A pretensão, do Senhor Prefeito, de incluir no cálculo despesas com uniformes escolares, foi repelida pelos Órgãos Técnicos ao argumento de que não se trata de despesa relacionada no art. 70 da LDB. Ao contrário, é despesa expressamente excluída pelo art. 71, item IV; na dicção do Manual Básico de Aplicação de Recursos no Ensino editado por esta Corte (2007, p. 41), elas se inserem entre as despesas relativas a “*programa escolar de assistência médico-odontológica, farmacêutica, psicologia e social*”. Lembrou o Setor de Cálculos da Assessoria Técnica que nem o Ministério da Educação considera computável essa despesa.

Nos pareceres referidos, também mereceu destaque que, ao liminarmente justificar a aquisição das camisetas, o Senhor Prefeito disse que haviam sido doadas a “alunos carentes”. Só depois, aludiu a uniformes.

Não há notícia nos autos da aquisição de outros componentes do uniforme escolar.

No mais, as justificativas não eliminaram outras falhas constatadas na auditoria e bem caracterizadas em seu relatório (...). Elas reforçam a conclusão desfavorável à aprovação das contas, cabendo acrescentar que os resultados, orçamentário e financeiro, seriam piores se atendida à aplicação básica do Município de investimento no ensino (...).

*O Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues proferiu o voto de vista abaixo:*

“Depreende-se do respeitável voto do eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga que as contas da Prefeitura, encontram-se comprometidas sobretudo por conta de “insufi-

*ciente aplicação global no ensino, que ficou abaixo do mínimo exigido pelo art. 212 da CF”.*

O nobre Relator, em essência, defende a impossibilidade de inclusão de *despesas com aquisição de uniformes escolares* para o fim de cálculo de gastos com educação no específico período.

Conclui, portanto, seu voto com proposta de emissão de parecer desfavorável aos demonstrativos contábeis daquele Executivo, com a expressa nota de que referida deliberação encontra reforço na ausência de superação de “outras falhas constatadas na auditoria e bem caracterizadas em seu relatório (...)”. Permito-me nesta oportunidade objetar o principal fundamento de que se valeu Sua Excelência para, ao cabo, propor rejeição dos atos de gestão examinados nesta oportunidade.

É que atento ao decidido pelo Colendo Tribunal Pleno, em recente Sessão de 26/3/08, quando da análise do pedido de re-exame de Parecer exarado pela e. Segunda Câmara, autos do TC-2831/026/05, considero que despesas com uniformes escolares podem integrar o percentual de aplicação no ensino exigido pela CF, visto que intrinsecamente relacionadas com o tema *educação*.

No mencionado Acórdão do Superior Órgão Colegiado, ponderou o eminente Relator, Conselheiro Renato Martins Costa, tal qual já havia feito nos autos do processo TC-2769/026/05, que *“dispêndios dessa natureza devem ser computados no ensino, tendo em vista que servem de incentivo aos alunos carentes e viabilizam seu acesso ao processo educacional e sua integração ao grupo social, permitindo o exercício da cidadania, por meio da igualdade que a uniformização propicia”*.

Assim, parece-me que gastos dessa específica natureza não devam constituir fundamento para reprovação sumária dos demonstrativos anuais das Administrações dos Municípios, mormente quando considerados de maneira isolada.

Todavia, no caso concreto, ainda que as despesas com uniforme escolar venham a ser admitidas por essa e. Câmara para efeito de atendimento do percentual estabelecido na CF, na exata forma defendida neste voto revisor, penso que o conjunto de irregularidades detectado pelas dependências de auditoria, e confirmado no decurso da instrução do feito, por si só justifica a emissão de parecer desfavorável às contas do Prefeito (...) uma vez que compreendem itens de capital relevância como *fiscalização de receitas, despesas com saúde, ordem cronológica de pagamentos*, dentre tantos outros igualmente importantes.

Assim, a proposta revisora é a de que sejam excluídos dos fundamentos da decisão que reprova a gestão em exame tão-somente os aludidos gastos com aquisição de uniforme escolar, mantendo-se, no mais, todos os termos do respeitável voto do eminente Relator (...)”.

*Após o voto proferido pelo Cons. Revisor o plenário discutiu o assunto como segue abaixo:*

Presidente - *Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues*. Passo a proferir meu voto Revisor.

“Discordo de Vossa Excelência, portanto, apenas por um dos fundamentos e dou relevo aos demais.

Gostaria de ouvir novamente Vossa Excelência sobre o tema.

*Relator* - Sr. Conselheiro já imaginava que Vossa Excelência faria esse reparo na questão dos uniformes, sobretudo à

vista dessa superveniente decisão do Pleno a que se referiu. E também porque, como até já havia feito constar do voto inicial, realmente existe jurisprudência, já era dominante nesse sentido, agora consagrada com o voto que V. Exa. acabou de proferir. Eu reformulo o meu voto, Vossa Excelência tem razão, e me ajusto a ele.

*Presidente* - Cumprimento Vossa Excelência. Conselheiro Antonio Roque Citadini.

*Conselheiro Antonio Roque Citadini* - Sr. Presidente, Sr. Conselheiro, vou fazer um injusto reparo ao voto. Sei da existência dessa decisão a respeito dos uniformes, mas não estou certo de que ela possa ser admitida. Por quê? Voltamos seguramente à discussão básica a respeito do ensino, e é o que tem norteado as divergências nesses trinta anos de ensino.

O ensino é um ensino puro. A idéia da Constituição de 88 foi transformar os gastos do ensino naqueles itens puramente do ensino. Foi uma luta enorme ter separado qualquer forma de previdência, de assistência social, de política social, da questão do ensino.

Eu respeito que o uniforme tenha uma característica muito própria, ele é quase um material didático, poderia ser classificado assim, mas ele não é. Ele também tem um sentido próprio de repor uma desigualdade na sociedade de quem estuda em escola pública e não tem uniforme para frequentar à aula.

Mas, temo muito que comecemos a alargar de novo a idéia da educação de modo que, daqui a pouco, entra outro item. Eu sempre digo que a merenda escolar é mais do que qualquer outro, porque ela é comida para quem tem fome. Ela é mais do que uniforme. E nós não aceitamos, porque a lei separou a educação daquela questão.

Então, tradicionalmente, permaneço na posição da professora Guiomar Namó de Melo, que, para o bem da educação, é bom que fique a educação com seus gastos típicos e puros. Sei que há essa divergência. No ano em que estava na Presidência soube de várias decisões que admitiram em casos específicos, quando falta pouco, muito pouco, um dedo, e então aceitaram. Porém, não estou seguro de que é o certo.

Acompanho Vossa Excelência. Aqui, na verdade, a divergência é quase nenhuma, porque nós estamos rejeitando as contas.

Mas eu tenho grande preocupação nesse alargamento dos gastos em educação pelo que ele gera. Não é injusto que o aluno tenha outras coisas mais, mas sempre haverá de ter a restrição pela educação. Por isso disse, no início, que ia fazer um injusto reparo. Acompanho V. Exa. na conclusão e estou convencido de que não devemos alargar. Sei que há uma corrente noutro sentido, que é sensível e entende razoável o gasto para repor aquela injustiça que há na sociedade, de alguém que não tem roupa, alimenta-se mal. Também acho isso justo, mas tem que ser feito por outro item orçamentário.

*Relator* - Primeiro, aqui faltou pouco para atingir 25%. As camisetas custaram dez mil reais, o que na conta representa três décimos por cento. A segunda observação é que tudo o que o Eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini acabou de dizer estava exposto no meu voto. Também penso que não se deva contar nada que não esteja na escola. Mas na pesquisa que fiz, não achei um voto que deixe de computar uniformes. Pode ser que exista, não achei. E achei 7 votos que contam quando é valor pequeno, como aqui. Depois disso, sobreveio uma decisão unânime do Pleno.

Não me sinto confortável em ficar navegando contra a maré e acabar condenando contas com base no meu entendimento. Não me sinto dono da verdade. Eu pensava como V. Exa., tanto que votei assim. Não tenho, outros argumentos para negar contra uma jurisprudência firme, recente e unânime do Pleno. Então, vou realmente ficar com a reprovação das contas, mas vou reconhecer, feitos os cálculos, sobre os quais não há nenhuma divergência, que a aplicação no ensino é de exatos 25%.

*Conselheiro Antonio Roque Citadini* - Só queria esclarecer que não participei desse debate no ano passado e, como V. Exa. mesmo colocou, ela é uma conta de chegada. Faltou pouco. Isso cria um critério de imponderável que nos obrigará a definir, em breve, o que significa pouco. Então, respeito o entendimento, sem prejuízo de manter minha posição sobre essa matéria.

*Presidente* - Encerrada a discussão. Com a palavra o Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga.

*Relator* - Colocarei no voto, evidentemente, a argumentação de V. Exa., porque acho que permaneço Relator.

*Presidente* - Agradeço. Penso que há uma harmonia de pensamento, e acompanho a linha de V. Exa. Acredito que a matéria foi definida pelo E. Tribunal Pleno, não que ela não possa ser revista, todos nós podemos estar errando. De repente o Conselheiro Antonio Roque Citadini é que está certo e como ele teimosamente vai insistir na tese, é possível até que seja vencedor. Mas, enquanto o Pleno não revê esse entendimento, acompanho harmonicamente esta decisão. E proclamo o resultado: rejeitadas as contas, parecer desfavorável.

Vencido parcialmente o Conselheiro Antonio Roque Citadini, quanto a um dos fundamentos”.

**TC- 3497/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 29/4/08 - DOE de 7/5/08, págs. 57/60. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas da Prefeitura, com formação de apartado para tratar da acumulação de remuneração de cargo e de função pública e determinação à Auditoria da Casa.**

## **DESPESAS EXCESSIVAS COM COMBUSTÍVEIS E OUTRAS IRREGULARIDADES**

### **• Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

(...) A auditoria destacou o pagamento equivalente a mais de 8.500 litros de gasolina em um dia, e no primeiro mês do exercício, para o único veículo oficial, além da ausência de controles que pudessem identificar a finalidade, roteiro dos deslocamentos e interesse público almejado.

Assim, a singela alegação que os dispêndios com combustíveis atenderam a Órgão e Vereadores do Município, sem qualquer amparo documental, não se revela hábil para justificar o excesso de consumo verificado, em mês de recesso. O Relator determina, ao Chefe do Poder, o ressarcimento aos cofres públicos do valor gasto no mês de janeiro.

Recomenda, ainda, ao atual Chefe do Legislativo, que, doravante, estabeleça sistema de controle eficiente desses gastos.

Além disso, as despesas processadas sob regime de adiantamento revelam práticas extremamente reprováveis por parte

do responsável. Diversas notas fiscais com rasuras evidenciam adulteração de documentos, irregularidade não-tolerada por este Tribunal.

A alegação de que os gastos objetivaram o atendimento do Legislativo como um todo não é suficiente para afastar os demais desacertos na documentação, pormenorizadamente caracterizados pela auditoria. Assim, o total das despesas identificadas nos autos (R\$12.661,53) deve ser ressarcido aos cofres da municipalidade.

Acresce que, conforme apurado pela fiscalização, o subsídio do Presidente extrapolou o limite de 20% dos vencimentos dos Deputados Estaduais (R\$1.927,08), estabelecido no art. 29, inc. VI, letra “a”, da CF (introduzido pela EC nº 25/00), no período de julho a dezembro.

**TC-1573/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 19/8/08 - DOE de 27/8/08, págs. 63/68. A E. Câmara, nos termos do art. 33, inc. III, “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, exceção feita aos atos porventura pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações, mediante ofício.**

**Decidiu, ainda, condenar o Responsável pelas contas à devolução das importâncias mencionadas no referido voto, devidamente atualizadas, cabendo-lhe comprovar o recolhimento a esta Corte de Contas no prazo de trinta dias. Na inércia, expedir-se-á o correspondente título executivo a favor da Fazenda Municipal, nos termos do § 3º do art. 71 da CF. Após o trânsito em julgado, cópia da decisão será encaminhada ao Ministério Público Estadual para o que eventualmente couber.**

## **DESPESAS NÃO-COMPROVADAS**

### **• Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

(...) Ainda que algumas falhas pudessem ser remetidas ao campo das recomendações a concessão de “auxílio encargos gerais de Gabinete de Vereador” sem as devidas prestações de contas; a inobservância do limite determinado no art. 29-A, inc. IV da CF e o pagamento de sessões extraordinárias fora do período de recesso do Legislativo demonstram força suficiente para comprometer as contas da Câmara do Município (...).

Assim, não há prosperar o argumento de que a verba instituída mediante a Resolução nº 4/00 para o funcionamento e manutenção dos Gabinetes dos vereadores e demais dispêndios inerentes ao exercício das atividades parlamentares estaria revestida de caráter indenizatório especialmente porque, não obstante a previsão legal dos gastos (Resolução nº 4/00) os autos revelam que não houve as necessárias prestações de contas objetivando a comprovação das despesas.

Aliás, a matéria mereceu análise em recente decisão desta Corte, conforme TC- 1329/026/03.

*“se as despesas são comprovadas por documentos fiscais, possuem justificativas e demonstração do interesse público e se vinculam com a atividade parlamentar, não havendo confusão com a remuneração do vereador, podem e devem ser ressarcidas aos vereadores... De acordo com a orientação exposta no Manual Básico de Remuneração dos Agentes Polí-*

*ticos editado por este Tribunal admite-se o ressarcimento ao agente político de despesas que tenha realizado para o exercício de sua lide institucional, Desde Que Exista A Devida Prestação de Contas”*

Em face da inobservância ao limite determinado no art. 29-A, inc. IV da CF há ressaltar, de plano, que procede ao argumento da Origem para que se exclua do cômputo das despesas do Legislativo as importâncias pertinentes aos inativos bem como o valor de duodécimos restituído ao Executivo no final do exercício.

Todavia, após retificação do cálculo, observa-se que remanesce superado o limite previsto no inc. IV, do art. 29-A da CF, pois a Câmara Municipal local efetuou despesas correspondentes a 5,21% do somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizados no exercício anterior.

Os autos indicam ainda o pagamento de sessões extraordinárias aos agentes políticos fora do período de recesso legislativo sem evidenciar o caráter excepcional, de urgência ou interesse público relevante das convocações.

**TC-1036/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 10/6/08 - DOE de 25/6/08, págs. 64/68. A E. Câmara, nos termos do art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local.**

**Determinou, outrossim, seja notificado o Responsável pelas contas para que providencie a devolução das importâncias impugnadas, com as devidas atualizações, cabendo-lhe comprovar o recolhimento a esta Corte de Contas, no prazo de trinta dias.**

• **Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

(...) O pagamento do “13º honorário” à Empresa prestadora de assessoria e consultoria técnica contábil, o Relator considera inadequado o procedimento, observando que esse mesmo entendimento foi apontado nas contas de 2005 (TC-1257/026/05). Assim, caberá recomendação para que cesse esse tipo de ocorrência (...).

Ainda, restou não-comprovado o total de R\$26.200,49.

A alegação de que a responsabilidade pela formalização completa das prestações de contas transferiu-se para a atual administração, uma vez que a gestão em exame findou-se em 31/12/06, não sana a questão, pois o Administrador deveria ter gerido para que tal procedimento não ocorresse, já que os valores foram, efetivamente, concedidos em 2006.

De outro lado, o Relator nota que as prestações de contas apresentadas e relativas aos adiantamentos não indicaram, de forma clara, o interesse público envolvido, cabendo, assim, alerta para evitar reincidências (...).

**TC-1710/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 30/9/08 - DOE de 8/10/08, págs. 52/55. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, letra “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, excetuados os atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações ao atual Presidente da Câmara.**

**Determinou, também, ao atual Presidente da Câmara que adote medidas visando à reintegração, aos cofres municipais, dos valores não comprovados relativamente aos adiantamentos indicados nos autos, nos termos do referido voto, deven-**

**do encaminhar a esta Corte de Contas os comprovantes de recolhimento, excetuando-se da presente determinação as notas de empenho enumeradas nos autos, uma vez que comprovada a devolução ao erário dos valores não despendidos, bem como dos gastos realizados.**

**Após o trânsito em julgado, o processo será encaminhado ao Cartório para cumprimento ao disposto no art. 86 da referida Lei Complementar. Findo o prazo, sem comprovação de recolhimento, cópias dos autos serão remetidas ao Ministério Público.**

## DOCUMENTOS FISCAIS IRREGULARES E OUTRAS IMPROPRIEDADES

• **Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

As contas em apreço não estão em condições de receber aprovação desta Corte de Contas, pois reúnem quantidade expressiva de irregularidades que afrontam normas constitucionais e legais, além de que muitas acarretaram prejuízo ao erário.

Nessa situação, encontram-se as despesas realizadas em regime de adiantamento. A auditoria constatou diversas irregularidades que vão desde falhas formais até procedimentos que denotam total falta de controle no abastecimento dos veículos.

Sintetizando tais ocorrências, a equipe de fiscalização atestou que a maioria das Notas Fiscais está preenchida de forma irregular e que há verdadeira confusão e descontrole na prestação de contas dos numerários, visto que os documentos comprovadores das despesas possuem datas totalmente diversas das da concessão do adiantamento.

Quanto aos valores gastos com combustíveis, apurou-se que nas Notas Fiscais não há qualquer menção do veículo que foi abastecido e não há qualquer tipo de controle em relação ao gasto (distância rodada, quantidade de combustível utilizada etc.). Somente para o veículo do Presidente da Câmara houve um gasto de R\$9.581,10. Demais disso, no dia 29/11/06, a Câmara adquiriu 810,45 litros de gasolina, correspondendo a R\$2.017,10, no prazo de menos de uma hora (das 11 e 35 às 12h e 22m). Ressalte-se, a propósito, que, via de regra, o abastecimento da frota da Câmara deveria ser realizado diretamente na bomba da Prefeitura e que eventual abastecimento fora do Município deveria ser contabilizado na prestação de contas dos motoristas e não na prestação de contas do Chefe de Gabinete da Presidência da Câmara, como tem sido realizado.

Nesta oportunidade, não há como acolher as alegações de defesa de que todas as despesas com combustíveis foram realizadas quando da locomoção do Chefe do Gabinete juntamente com Vereador para tratar de interesses da edilidade e tampouco de que foram ressarcidas, já que estão desprovidas de qualquer documentação comprobatória.

Em suma, houve infração à norma legal vigente (LF nº 4320/64), cujo procedimento já havia sido censurado nas contas de 2005 (TC-1455/026/05).

Associam-se a esse fato os gastos efetuados com serviços de consultoria (R\$4.500,00), haja vista que, como aconteceu no caso dos adiantamentos, a singela justificativa, não é suficiente a regularizar a matéria.

Por idêntico motivo, subsistem, ainda, as falhas anotadas nos itens “Execução Orçamentária”; “Resultado da Execução

Orçamentária”; “Peças Contábeis”; “Licitações”; “Dispensa de Licitação”; e “Encargos Sociais” (...).

**TC-1908/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 2/12/08 - DOE de 10/12/08, págs. 88/91. A E. Câmara, nos termos do art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, condenando-se o Chefe do Legislativo, responsável e ordenador da despesa, a devolver as despesas impugnadas no feito referentes aos gastos em regime de adiantamento e com serviços de consultoria, porquanto destituídas de devida comprovação ou de justificativas acerca do interesse público.**

**Determinou, ainda, que, após o trânsito em julgado da presente decisão, seja o atual Presidente do Legislativo notificado para adoção de providências visando ao ressarcimento, no prazo de trinta dias, dos valores impugnados no referido voto, acrescidos de juros e correção monetária até a data do efetivo recolhimento. Findo o prazo, caso este Tribunal não seja informado sobre a efetivação dessa medida, cópias de peças dos autos deverão ser remetidas ao Ministério Público e ao Senhor Prefeito, para as providências cabíveis.**

#### **LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL POTENCIALMENTE OFENSIVA À CARTA MAGNA E OUTRAS IRREGULARIDADES**

##### **• Prestação de contas de Executivo Municipal.**

No entanto, a despeito dessas considerações positivas, há aspectos da Gestão que merecem maior atenção, em face da insuficiência dos esclarecimentos ofertados pela Municipalidade.

(...) Ainda, sobre a previsão de provimento de cargo por ascensão através de concurso interno, autorizada pela LC nº 205/06, diante da potencial ofensa à CF/88, *o assunto deve ser levado ao conhecimento do Ministério Público, para as considerações de sua competência.*

*Ademais de todas essas considerações, de maior relevância e gravidade suficiente a não permitir a emissão de juízo favorável às contas, encontra-se a falta de tratamento adequado dispensado aos precatórios.*

O Relator lembra que esta E. Corte vem firmando posição de que, *além do Mapa do exercício* (§ 1º, art.100, CF/88), também devem ser quitados do estoque de débitos, montante não inferior a 10% (*dez por cento*) desse total (art. 78 do ADCT); sem esquecer, também, o respeito aos débitos de natureza alimentícia e os de pequeno valor, os quais devem ser quitados de imediato (§§ 1º e 3º, art. 100, CF/88).

Além disso, há de ser considerado que o Administrado, credor da Municipalidade, não conta com os mecanismos próprios da execução comum, motivo pelo qual se sujeita às rígidas regras impostas pela CF para recebimento de crédito já amplamente discutido e definido perante o Poder Judiciário.

No caso das contas em apreço, o registra da “Demonstração da Dívida Fundada” indica um estoque de precatórios em valor de R\$68.062.259,64, além do Mapa Orçamentário do período, no valor de R\$20.568,90, indicando *que o pagamento mínimo deveria ter alcançado, ao menos, a importância de R\$ 6.826.794,94* (1/10 do estoque + o valor do Mapa), quando a quitação foi de tão-somente R\$1.207.956,49.

Desse modo, nos termos do art. 100 da CF/88 c/c art. 78 do ADCT, a Administração deveria ter pago, pelo menos, além do Mapa, a décima parte da dívida existente - a fim de eliminar sistematicamente o resíduo dessa dívida, enquanto, na verdade, limitou-se a quitar quantia muito inferior à aceitável.

Considera ainda que, mesmo que fosse levado em conta o valor bloqueado em sequestro judicial (R\$1.286.181,22), para sua adição ao valor pago no período (R\$1.207.956,49), ainda assim, o produto dessa soma teria alcançado patamar muito inferior àquele aceito pela jurisprudência desta E. Corte.

Também considera que não possam ser aceitas as justificativas complementares sobre o assunto, porque, sobre o alegado, a Origem não fez qualquer prova de que o Poder Judiciário tenha, liminarmente, autorizado a suspensão de qualquer pagamento, em face de pedidos de recálculo da dívida.

E, menos ainda, pode se prevalecer pela falta de oferta dos números definitivos sobre a sua dívida.

**TC-3344/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 7/10/08 - DOE de 15/10/08, págs. 55/68. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas da Prefeitura, exceção feita aos atos porventura pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações ao Executivo Municipal, à margem do parecer e por ofício, arquivamento dos TCs-14349/026/07, 7732/026/07, 2380/003/06 e 2381/003/06 e determinação à Auditoria da Casa.**

**Determinou, ainda, a abertura de autos apartados para tratar das matérias mencionadas no referido voto.**

**Determinou, por fim, seja oficiado ao Ministério Público, dando-se-lhe ciência da presente decisão, em face da edição da LC nº 205/06, a fim de que tome as providências que entender necessárias.**

#### **PAGAMENTO DE DESPESAS SEM O DEVIDO DISPOSITIVO LEGAL E OUTRAS IRREGULARIDADES**

##### **• Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

(...) Os autos demonstram a existência de um vasto conjunto de irregularidades graves, não infirmadas pela defesa, suficiente para impor a reprovação das contas.

A primeira delas resulta da constatação de que a Câmara Municipal vem reiteradamente realizando despesas sem Lei, em sentido estrito, que as autorize.

Consoante exposto no relatório deste voto e admitido pelo Sr. Presidente da Câmara, durante o exercício em exame foi concedido e pago “reajuste salarial” aos servidores da Câmara sem Lei em sentido estrito; a concessão foi feita por “Lei” promulgada pela própria Câmara, sem observância do processo constitucional.

Como também exposto no relatório e admitido pelo Sr. Presidente da Câmara, durante o exercício foram pagas, ainda, “gratificação” a Servidora por pedido de demissão voluntária e “auxílio de quebra de caixa”, vantagens criadas sem Lei em sentido estrito, mas por Lei promulgada pela própria Câmara, sem observância do processo constitucional. No caso do auxílio de quebra de caixa, há, ainda, a agravante de que o pagamento foi feito a Servidora que não trabalhava com moeda corrente.

A concessão e pagamento dessas vantagens dependiam de autorização em Lei.

Desde a edição da EC nº 19/98, que deu nova redação ao art. 37, X, da Constituição a *regra* constitucional é a de que a majoração da remuneração e dos subsídios só pode ser concedida por *Lei*, em sentido estrito. A Constituição estabelece *exceção* apenas para os subsídios dos Vereadores, no art. 29, VI, não a estendendo aos servidores do Legislativo. O Colendo Supremo Tribunal Federal deferiu liminar em ação direta de constitucionalidade a respeito (ADI nº 3306-9), suspendendo a eficácia de preceitos de Resoluções da Câmara Distrital de Brasília, que tratam da remuneração de seus servidores.

No caso dos autos, o descumprimento das prescrições constitucionais é, como se vê, crônico, pelo que não pode ser relevado.

Acresce que a superestimativa da receita está bem caracterizada no voto do Relator, a demonstrar que a Câmara vem projetando despesas além de suas reais necessidades, resultando em devolução gradativa de recursos ao Executivo, configurando a inobservância dos arts. 29 e 30 da Lei nº 4320/64 e 12 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A tese de que não é possível prever as despesas a não ser durante o exercício não pode ser acolhida. A lei é clara ao determinar que, na elaboração do orçamento, a Câmara deve observar a despesa realizada nos últimos exercícios e, por estimativa, efetuar a previsão de receita e despesa, dentro do desejado equilíbrio.

Há, ainda, a agravante de que os critérios dos arts. 29 e 30 da Lei nº 4320/64 e 12 da LRF foram desconsiderados não apenas no orçamento operado em 2007, mas também na projeção para 2008. A correta estimativa da receita e das despesas é importante instrumento para equilíbrio das contas. Evita que o orçamento se torne como ocorre na hipótese, mera peça de ficção. Os critérios legais para estimativa da despesa não podem ser sumariamente desconsiderados.

Pesa igualmente contra as contas a falta de desconto e de recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos servidores, durante o período de janeiro a julho, sem que tivessem sido regularizadas ou parceladas até a época da inspeção.

As justificativas para as despesas com ligações telefônicas não foram convincentes. A total falta de controle dos gastos com telefonia ficou bem caracterizada, conforme admite o próprio defendente. A ocorrência foi destacada no julgamento de contas anteriores, sendo objeto de recomendação de adoção das providências necessárias que, como evidência o relatório da auditoria, não foram adotadas. Não há demonstração de que as ligações telefônicas, sobretudo para os mesmos números de outros Estados da Federação, tenham relação com o serviço público. A reincidência na falha é uma razão mais para a reprovação das contas, e condenação do Responsável ao ressarcimento ao erário dos valores despendidos a esse título.

Por outro lado, o pagamento de honorários advocatícios, conforme apurado no relatório de auditoria, a cobrança não competia à Câmara, mas ao Executivo. Ademais, a Auditoria constatou que o Ex-Presidente já havia saldado sua dívida em dezembro de 2004, de acordo com os documentos fornecidos pelo Executivo Municipal. Já o débito da Ex-Presidenta, como mostra a certidão constante dos autos, já estava inscrito em dívida ativa, para execução pela Prefeitura. Como se verifica,

a despesa de R\$6.000,00 era, realmente, imprópria, devendo, por isso, ser ressarcida aos cofres públicos pelo Ordenador da despesa (...).

**TC-1515/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 7/10/08 - DOE de 22/10/08, págs. 63/67. A E. Câmara, nos termos do art. 33, inc. III, “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, excetuando-se os atos pendentes de apreciação por este Tribunal.**

**Determinou, outrossim, após o trânsito em julgado da decisão, seja oficiado ao atual Presidente da Câmara para que, no prazo de trinta dias, adote, junto ao Responsável, providências para restituição ao erário dos valores indicados no item 2.7 do voto do Relator, devidamente atualizados. Decorrido o prazo, sem notícias, cópias dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público e ao Sr. Prefeito, para as medidas cabíveis.**

### **UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS FINANCEIROS EM PERCENTUAL ACIMA DO LIMITE PREVISTO NA CARTA MAGNA E OUTRAS IRREGULARIDADES**

#### **• Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

O desacerto apontado pela Auditoria da Unidade Regional Competente é suficiente para a decretação de irregularidade das contas anuais da Câmara Municipal local, porque a utilização dos recursos financeiros em percentual acima do limite previsto pela CF (art. 29-A, inc. II), se constitui em falha grave.

Isso, porque, conforme cálculos, a Edilidade procedeu à violação de preceito constitucional ao contrair despesa geral em 8,87% das receitas tributárias do exercício anterior.

Anota o Relator que esta E. Corte não tem considerado válida a apropriação das receitas da dívida ativa e das multas e juros incidentes, bem como, da Lei Kandir, para efeitos do cálculo da transferência de recursos ao Legislativo, consoante orientação contida na Nota Técnica de Órgão Técnico da Casa e na jurisprudência dominante deste E. Tribunal.

Aliás, nesse sentido foi a recente decisão proferida pelo E. Plenário, nos autos TC-1324/026/05, exatamente sobre as contas do Legislativo ora em exame. (...) Foram anotadas outras falhas, ainda que isoladamente insuficientes para macular as contas, mas que também devem ser corrigidas de imediato pelo Legislativo.

Primeiro, guarda relevo a manutenção do convênio médico para assistência dos Membros do Legislativo, porque esse benefício configura complementação de subsídio, o que é vedado pelo § 4º, do art. 39 da CF, além de que, tais despesas não se revestem de interesse público.

Sobre o tema, o Relator adota orientação já emanada pela E. Segunda Câmara, nos autos TC-1324/026/05 (...).

Quanto à doação de veículo detectada pela Auditoria, considerando que a Câmara não tem personalidade jurídica (art. 40 e 41, III, do Código Civil) e, a despeito da indisponibilidade dos bens públicos (art. 98, 99, II e 100, do Código Civil), qualquer transferência, observada a finalidade pública e o interesse social (art. 17, II, “a”, da Lei nº 8666/93), somente poderia ser realizada pelo Poder Executivo.

Isso porque o Legislativo não tem propriedade sobre os bens públicos, uma vez que apenas os gerencia; e, nesse sentido, a Municipalidade deve ser acionada a fim de que tome as providências necessárias ao caso.

Do mesmo modo, a Administração também demonstrou falta de apego aos preceitos do planejamento e da necessária abertura de procedimentos licitatórios, no que diz respeito ao montante de recursos utilizados na lavagem e estacionamento de veículos - R\$13.760,00, para a aquisição de combustíveis - R\$48.196,42 e bens de informática - R\$48.967,00.

No que tange ao pessoal, a despeito da ocupação de cinquenta e três cargos em comissão, ao passo que apenas vinte e sete estavam tomados por servidores efetivos, o Legislativo necessita rever as atribuições desses cargos, a fim de que não se configure o esvaziamento do instituto do concurso público; igualmente, deverá promover estudos visando redimensionar a distribuição dos serviços, a fim de eliminar a necessidade do pagamento de horas extraordinárias, em prol do interesse público e em detrimento do indisturável complemento salarial, haja vista o volume atribuído a determinados servidores, durante boa parte do período examinado (...).

**TC-1777/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 5/8/08 - Doe de 20/8/08, págs. 58/60. A E. Câmara, com base no art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, exceção feita aos atos porventura pendentes de apreciação por este Tribunal, determinando a suspensão imediata dos pagamentos com o convênio em favor dos Vereadores. Após o decurso do prazo recursal, será feita comunicação ao Ministério Público, em face do Art. 29-A, § 3º, da CF de 1988.**

**Determinou, também, seja notificado ao atual Presidente do Legislativo para que tome conhecimento desta decisão, transmitindo-se recomendações para correção dos pontos assinalados no voto do Relator; para que adote providências quanto à paralisação do pagamento dos convênios, providência que deverá ser informada a esta Corte de Contas em trinta dias, sob pena de acionamento do Ministério Público para as providências necessárias; e para que promova as medidas cabíveis quanto à doação de bens pelo Legislativo.**

**Determinou, por fim, à Auditoria da Casa que seja aferido o cumprimento das correções noticiadas e das recomendações, em próximas inspeções.**

---

## **PUBLICIDADE E PROPAGANDA**

### **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA**

• **Termo Aditivo celebrado entre Executivo Municipal e Empresa de Comunicação, objetivando a prestação de serviços de publicidade e propaganda.**

Efetivamente, nesse processo o Relator observa que não lhe resta esforço maior que não adotar integralmente as conclusões a que chegaram os Órgãos Técnicos.

Consoante apurado, as informações contidas nos autos dão conta de que o realinhamento foi concedido com base em osci-

lações ordinárias do mercado, sem que houvesse previsão para reajuste no contrato firmado inicialmente e sem a necessária comprovação de que seu equilíbrio econômico-financeiro encontrava-se rompido.

Diante disso, forçosa é a conclusão no sentido que não estão presentes os requisitos que ensejam a aplicação do art. 65, inc. II, *d*, da LF nº 8666/93 (...).

**TC-16962/03 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 2/9/08 - DOE de 10/9/08, págs. 60/64. A E. Câmara julgou irregular o 6º Termo Aditivo, celebrado em 11/5/07, acionando-se a aplicação dos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

## **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PUBLICITÁRIOS**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e Empresa de Publicidade, objetivando a contratação de agência de propaganda para a execução de serviços publicitários.**

(...) A impropriedade relativa à exigência, constante do item 1.3.5 do Edital, de Certificado de Credenciamento no órgão competente. O Relator observa que a Comissão de Licitação ao ser questionada sobre o mencionado Certificado e por quem este deveria ser emitido, limitou-se a responder que o item do Edital reproduz o que está estabelecido no inc. I do art. 30 da LF nº 8666/93, não carecendo a questão de qualquer esclarecimento.

Ao contrário desse entendimento, observa que “Certificado de Credenciamento no órgão competente” não reproduz o disposto no inc. I do art. 30 da Lei de Licitações, que se refere a “registro ou inscrição na entidade profissional competente”, exigência que só pode ser efetuada quando a profissão ou atividade econômica possuir Conselho responsável pela fiscalização do seu exercício.

No caso dos autos, por ser indevida a exigência efetuada, a contratada apresentou Certificado de Inscrição no Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo, organismo que não se enquadra no conceito de “entidade profissional competente” contido no mencionado dispositivo legal, mas foi aceito pela Comissão de Licitações, pois segundo a Origem diante da falta de especificação no Edital, qualquer registro deveria ser aceito.

Esse, porém, não foi o esclarecimento efetuado às licitantes, razão pela qual considero que a exigência, além de indevida, foi restritiva, vez que o certame contou com a participação de apenas três licitantes das dezesseis que retiraram o Edital.

**TC-2154/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 3/6/08 - DOE de 11/6/08, págs. 54/56. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem como ilegal o ato determinativo das despesas decorrentes, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, fixando-se o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que os interessados apresentem a esta Corte de Contas notícias sobre as providências adotadas em virtude da presente decisão. Transcorrido o prazo recursal, como também aquele fixado para adoção das medidas cabíveis, cópias dos autos serão remetidas ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.**

• **Contrato celebrado entre Executivo Municipal e empresa, objetivando a prestação de serviços publicitários compreendendo: pesquisa, planejamento, criação, produção de anúncios e reportagens institucionais, bem como a aquisição de espaços em emissoras de rádio, jornais e revistas da Cidade, visando divulgar atividades, programas, realizações, obras, serviços e campanhas educativas de todas as repartições da Prefeitura, inclusive sobre matérias pertinentes à arrecadação municipal de IPTU, IPVA, ISS, Alvará, Habite-se, taxas e emolumentos.**

As justificativas da Administração não lograram afastar irregularidade grave, que compromete a licitação e o contrato dela decorrente.

O art. 45 da Lei nº 8666/93 estabelece que as licitações, quanto ao critério de julgamento, serão do tipo “menor preço”, “melhor técnica”, “técnica e preço” ou “maior lance ou oferta”, acrescentando, expressamente, no § 3º: “*É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo*”.

No caso, a Administração embaralhou inteiramente o critério de julgamento das propostas, criando tipo de licitação não previsto na lei. Embora tenha adotado o tipo “menor preço”, atribuiu, no item 8 do Edital, pontuação às propostas apresentadas, o que a lei proíbe e a coerência e o bom senso não autorizam.

Como asseverou Órgão Técnico, é inconciliável o método de atribuição de pontos para valoração de preço, pois tendente a desvirtuar o julgamento, que deveria se dar pela simples verificação do menor preço.

A confusão e a afronta ao § 3º do art. 45 evidentemente confundiram potenciais interessados, afastando-os do certame e desde logo concorrendo para que, a final, houvesse um único licitante habilitado.

A estimativa dos preços praticados não atendeu às prescrições legais. Não se prestou a balizar as propostas apresentadas, nem a servir de parâmetro para avaliação da inexequibilidade das mesmas (art. 48), nem para atestar a economicidade da contratação.

Como observou a Auditoria,

*“Verificamos, na sequência às fls. 7/17, solicitações de orçamentos e o respectivo encaminhamento, por quatro empresas, os quais trazem informações divergentes quanto à quantidade de anúncios e inserções em rádios e jornais, além dos informativos, sendo que, para estimar o valor do certame licitatório, utilizou-se a média dos orçamentos enviados. Desta forma, o valor fixado apresentou-se totalmente equivocada, sem quaisquer parâmetros, pois considerou o preço médio total de dados e informações distintas”.*

A Prefeitura defendeu-se sustentando que é possível definir o valor estimativo da licitação pela média das cotações de preços apresentadas, como ocorre em qualquer avaliação de custos. Bem de ver, porém, que se há de considerar dados e informações sobre o mesmo objeto, não orçamentos sobre serviços substantivamente diferentes. Na hipótese, o preço médio foi obtido a partir de informações distintas, não se prestando o orçamento para identificar o custo do mercado.

Em decorrência, como afirmou Órgão Técnico, a despeito de ter sido formalmente realizada pesquisa prévia de preços, o seu resultado não foi frutuoso, nem atendeu às finalidades da Lei nº 8666/93.

Basta ver que o valor obtido para contratação pela média dos orçamentos foi de *R\$812.685,62*; o valor efetivamente contratado foi de *R\$408.550,80*, conforme proposta da empresa vencedora; o valor pago, correspondente à execução contratual, correspondeu a *R\$377.368,24*.

As diferenças são muito grandes.

Ou bem a pesquisa foi imprestável, ou bem o preço oferecido foi inexequível, ou bem o objeto contratual não foi devidamente executado.

A utilização de tipo de licitação que a Lei proíbe, aliada à realização de pesquisa de preços inteiramente insuficiente, atuaram, no caso concreto, para restringir a participação de interessados no certame. Cinco empresas retiraram o Edital, quatro ofereceram propostas e três foram inabilitadas, restando licitante único. A falta de consistência desde logo revelada, pela adoção de tipo proibido de certame e pela falta de orçamento razoável, afastaram proponentes consistentes.

A ampla competitividade do certame foi limitada por essas estipulações indevidas, impedindo a obtenção pela Administração da melhor proposta para *efetivo* atendimento do interesse público, em infração ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93 e em afronta ao princípio da economicidade.

Nesse contexto, o atraso na remessa da documentação a esta Corte atua como reforço da avaliação desfavorável dos atos praticados pela Administração.

**TC-67/07 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 29/7/08 - DOE de 6/8/08, págs. 65/68. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato dela decorrente, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

**Decidiu, ainda, impor ao Senhor Prefeito, com fundamento no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, considerando o dano causado ao erário, multa no valor correspondente a 500 (quinhentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.**

**Determinou, por fim, o encaminhamento de cópia do Acórdão e das respectivas notas taquigráficas ao Ministério Público, para eventuais providências.**

---

## RECURSOS

### A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODE ESCOLHER PELO CUMPRIMENTO DE DETERMINADA NORMA EM DETRIMENTO DE OUTRA

• **Pedido de Reexame interposto por Executivo Municipal, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas daquele Executivo.**

Sobre as razões expostas no apelo, o Relator conclui que não são suficientes para alterar o parecer exarado.

Primeiro, a despeito das alegações da Recorrente, o excedente nos gastos com pessoal, muito embora tenha sido realçada a determinação para que fossem tomadas providências para adequação ao percentual adequado, não se constituiu no motivo da emissão de parecer prévio desfavorável.

Na verdade, o único ponto que ensejou aquela decisão foi o descumprimento do art. 100, § 1º, da CF/88 c/c art. 78 do ADCT, pela falta de liquidação dos precatórios.

A respeito dos argumentos apresentados, é necessário consignar que a *Administração não pode escolher pelo cumprimento de determinada norma em detrimento de outra*, ainda que seja para acudir o ensino ou a saúde, porque, o que se espera do Administrador é exatamente o gerenciamento do dinheiro público na perseguição dos fins para os quais o Poder Público se presta.

Na verdade, a Administração está adstrita a um conjunto de regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais dos quais não se pode furtar, lembrando ainda que o Diploma Fiscal impôs a sua submissão aos princípios do planejamento e da transparência, exatamente para que no fim do período de verificação não ocorram situações de insuficiente aplicação em áreas vitais de interesse público.

Para a eventual má formulação do orçamento, a legislação previu o dever-poder de sua alteração, por meio das suplementações; e, modernamente, para os casos de frustração de receitas, a Lei de Responsabilidade Fiscal determinou o acompanhamento contínuo e o contingenciamento das despesas, nos termos dos Anexos Fiscais.

No caso presente, a situação dos precatórios se mostra grave, pois, não basta que sejam consignadas dotações junto ao orçamento; antes, é necessário, em concorrência, que haja efetivo pagamento.

Pode ser verificado que a Origem, ainda na fase de sua defesa, fez conhecer a esta E. Corte que a atualização dos débitos dessa dívida ultrapassava R\$4.000.000,00 - muito embora, o valor facial indicado no Balanço Patrimonial fosse de R\$1.320.682,94; e, conforme quadro apresentado pela Auditoria, os pagamentos no período chegaram a pouco mais de R\$100.400,00, valor inferior, inclusive, ao montante empenhado (R\$169.188,43).

Ao contrário, o Relator considera que, no caso presente, seria razoável se esperar, com amparo na EC nº 30, que a Municipalidade houvesse quitado, *ao menos, a décima parte do estoque dessa dívida, ou seja, algo em torno de R\$400.000,00 no período.*

Ou seja, o valor quitado chegou a ser inferior a dez por cento do montante não corrigido do estoque de precatórios (R\$1.320.682,94)

Acresce ainda, que parte desses pagamentos se deu por força de sequestros judiciais e, considerando que a medida extrema só é possível no caso de preterimento do direito de precedência (art. 100, § 2º da CF/88 c/c art. 731 do CPC), reforça-me, ainda mais, a convicção de que o Município não deu a devida atenção à questão.

Ademais, esta E. Corte tem rejeitado, com rigor, as situações de falta de liquidação dos precatórios.

**TC-2982/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 7/5/08 - DOE de 15/5/08, págs. 56/60. O E. Plenário conheceu do Pedido de Reexame e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se a r. decisão combatida, por seus próprios fundamentos.**

**Decidiu, ainda, acrescer às recomendações e determinações constantes do r. parecer ora mantido, a determinação de que sejam extraídas cópias desta decisão (relatório e voto),**

**para fins de envio ao Serviço de Processamento do 7º Grupo de Câmaras Criminais, conforme solicitações feitas junto aos Expedientes TCs- 15054/026/08 e 4073/026/08, arquivando-os em seguida.**

## AQUISIÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS

**• Recurso Ordinário interposto por Ex-Presidente de Legislativo Municipal, contra a r. decisão da E. Primeira Câmara, que julgou irregular o dispêndio de numerário público com a aquisição de bebidas alcoólicas na comemoração do aniversário da Cidade, determinando, ao Responsável à devolução do valor ao erário com os acréscimos devidos.**

As razões do Recurso não descaracterizam, de modo algum, a irregularidade que o voto do Eminentíssimo Relator originário, Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga identificou, pois apenas vem a reforçar aquilo que já se sabia no julgamento de primeiro grau, no que tange aos motivos para aquisição de bebidas alcoólicas.

Em que pese à alegação do Interessado de que aludido dispêndio ocorreu a pretexto de comemorar o aniversário da Cidade, não se pode deixar de considerar, por outro lado, que mencionada despesa não atendeu ao interesse público e muito menos guardou consonância com o princípio da moralidade que deve reger as práticas administrativas.

**TC-9747/07 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 16/7/08 - DOE de 24/7/08, págs. 17/20. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se a decisão de primeira instância em todos os seus termos.**

## CONCESSÃO EMERGENCIAL EM CARÁTER PROVISÓRIO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS

**• Recurso Ordinário interposto por Executivo Municipal, contra r. decisão da E. Primeira Câmara que julgou irregular a dispensa de licitação e contrato.**

As razões de recorrer repetem alegações já apresentadas e devidamente analisadas na instância “a quo”.

Naquela oportunidade, exame profundo das circunstâncias e cronologia das contratações evidenciou o desinteresse da Administração em concluir procedimentos licitatórios que regularizassem a situação do transporte coletivo. A primeira licitação noticiada nos autos foi lançada somente ao final da correspondente contratação emergencial; os editais subsequentes, reiteradamente, trouxeram exigências e imposições cerceadoras à competitividade; o prazo total da relação contratual, continuamente renovada, ultrapassou, em muito, o permissivo legal do dispositivo invocado para justificar as dispensas.

A contribuição do Executivo para perenizar a alegada emergência é evidente.

Nada há, nas razões, com força para modificar tal entendimento.

Tampouco o decisório trazido em Memoriais socorre os Recorrentes. Primeiro porque distintas as competências das esfe-

ras judiciais e desta Corte, não havendo vinculação necessária entre as decisões de uma e outra. Segundo, pois embora naquele caso específico se tenha julgado improcedente a Ação Civil Pública, também se reconheceu a ilegalidade do procedimento:

“Pois bem, nestes autos restou incontroverso que o contrato administrativo celebrado entre as partes, o foi sem observância à formalidade exigida, qual seja, a prévia instauração de procedimento licitatório (...)”.

**TCs-695/04, 353/06, 354/06, 355/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 11/6/08 - DOE de 19/6/08, págs. 61/63 - retificada em 21/6/08, p. 99. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se integralmente o v. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.**

## CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE ÁREA TURÍSTICA

• **Embargos de Declaração opostos por Prefeito, em face de v. Acórdão do E. Tribunal Pleno ter negado provimento a Recurso interposto.**

O julgamento ora embargado considerou, com base no conteúdo comprobatório dos autos, que a hipótese presente se amolda ao *instituto da permissão* ao invés da *autorização de uso*, de que se valeu a Municipalidade, vez que possibilitou o atendimento convergente dos interesses do Permitente, do Permissionário e do público.

E, em assim sendo, restou patente a exigência de prévio certame licitatório, consoante as normas dispostas na Constituição Federal, na Lei de Licitações e, inclusive, na Lei Orgânica Municipal.

Isto porque, consoante anotou o Relator naquela ocasião, a autorização para o uso de bem público por particular é uma forma administrativa simples, ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público e que visa apenas atividades transitórias e *irrelevantes* para o Poder Público atendendo tão-somente ao interesse do particular.

Enquanto que os autos indicaram que a indigitada *autorização de uso*, conforme o defendido pelo próprio Recorrente possibilitou inegáveis benefícios à Municipalidade “... (I) o imóvel encontrava-se em situações precárias de conservação, foi completamente reparado sem nenhum custo ao Município e (II) considerando o fato de tratar-se o Município de Estância Turística na qual grande número de turistas fica concentrado entre os meses de julho e agosto, imprescindível a realização das reformas em questão de forma emergencial”.

Tal situação, à evidência, culminou por demonstrar, em sentido contrário ao sustentado que, na espécie, o interesse maior era da Administração.

Em razão disso, o mencionado Acórdão confirmou o anterior julgado exarado pela C. Primeira Câmara, no sentido de que restou ausente a transparência e adequadas razões a justificar o procedimento da Municipalidade, a fim de que claramente pudesse demonstrar que o interesse público foi bem atendido sem que, de outro lado, princípios norteadores não tenham sido violados, comprometendo os atos praticados (...).

**TC-23233/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 30/7/08 - DOE de 7/8/08, págs. 62/64. O E. Plenário conheceu dos Embargos de Declaração e, quanto ao mérito, não se encontrando presentes quaisquer das hipóteses arroladas no art. 66 e seus incisos da LC nº 709/93, rejeitou-os.**

## CONSTRUÇÃO DE QUADRA DE ESPORTE COBERTA

• **Recurso Ordinário interposto por Ex-Prefeita, contra r. Sentença que julgou irregular a execução de contrato, celebrado entre o Executivo Municipal e Empresa, objetivando a construção de uma quadra de esportes coberta, com fornecimento de material e mão-de-obra, no preço total de R\$54.309,22, no prazo máximo de execução de 60 dias**

No mérito, o Relator observa que as razões de recurso não foram capazes de combater os sólidos fundamentos da r. decisão recorrida.

Ausentes os motivos concretos que motivaram a Administração Municipal a liquidar as despesas em sua integralidade, sem que a obra fosse concluída, irregularidade patente, que afronta o disposto no art. 63, § 2º, inc. III, da LF nº 4320/64, bem como o art. 66 da Lei nº 8666/93.

Dessa forma, e convencido do acerto da decisão originária que é irreparável, nego provimento ao recurso, mantendo-se na íntegra a r. decisão combatida, por seus próprios e judiciosos fundamentos.

**TC-40/05 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 24/6/08 - DOE de 16/7/08, págs. 21/25. A E. Câmara conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se íntegra a r. decisão combatida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.**

## CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS PARA ASSESSORIA TÉCNICA NAS ÁREAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E ENSINO FUNDAMENTAL

• **Recurso Ordinário interposto por Ex-Prefeito, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou irregulares dispensa de licitação e contrato.**

Consta do voto impugnado que a Prefeitura levou a efeito três ajustes para contratar serviços de assessoria para os setores de assistência social e ensino fundamental, dependendo um total de R\$15.000,00. O Executivo aditou, ainda, um dos pactos, onerando o erário em mais R\$2.400,00. Ocorre que a Municipalidade não adotou os procedimentos basilares da dispensa de licitação, já que esta não pode prescindir da apresentação de justificativas para a contratação, ratificada pela autoridade superior, da publicação dos atos de dispensa, de explicações sobre a escolha do fornecedor e de justificativas para o preço avençado.

Ao ver do Relator, as razões apresentadas não foram suficientes para elidir a falta do certame, o fracionamento do objeto e o fato de que o mesmo foi adjudicado, nas três contratações, a uma única empresa.

Também não restou demonstrada a razoabilidade dos preços praticados ante a ausência de documentos hábeis a conferir legalidade aos valores praticados.

**TCs-1354/05 a 1356/05 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 2/7/08 - DOE de 17/7/08, págs. 52/56. O E. Plenário conheceu dos Recursos Ordinários e, quanto ao mérito, negou-lhes provimento.**

#### **FALTA DE PLANEJAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO E DO NECESSÁRIO CUIDADO COM A COISA PÚBLICA**

• **Recurso Ordinário interposto por Empresa de Transporte Coletivo, contra r. decisão da E. Segunda Câmara, que julgou irregulares dispensa de licitação, contrato e termo de aditamento.**

Em que pesem os esforços despendidos, a decisão recorrida está irretocável.

A instauração de sucessivos certames, depois interrompidos, cancelados, revogados ou fracassados, bem como as contratações diretas e a prorrogação havida, demonstram a falta de planejamento da Administração e do necessário cuidado com a coisa pública, no que concerne à prestação de serviços corriqueiros como limpeza, higiene e conservação. Ademais, estranha o fato de a Empresa sempre figurar como contratada nos ajustes diretos, além de ser a vencedora do pregão realizado em 2007, consoante noticiado por Órgão Técnico.

Com efeito, pelo histórico processual, o Relator verifica que os incidentes noticiados envolvendo contratações da espécie vêm se arrastando ao longo do tempo. Senão, vejamos: o Edital da concorrência, objetivando a contratação de empresa para prestar os serviços aqui analisados, lançado no mês de maio, foi retificado, republicado no mês de julho, melhorado (a pedido de Sindicato), republicado em agosto e impugnado perante este Tribunal (exame prévio nº 26783/026/03), momento em que a Administração decidiu por revogar o certame. Em outubro de 2003, a Recorrente celebrou com a Contratada, sob o argumento de emergência, contratação direta que persistiu até 2004, quando foi efetivado o ajuste em exame (20/4/04) e que foi prorrogado por mais doze meses, a partir de 21/4/05. Nesse ínterim, novas licitações foram processadas, mas não foram concluídas (...). Tais fatos levaram o eminente Relator originário a concluir pela irregularidade dos atos praticados, ponderando que a Empresa de Transporte Coletivo persiste na dependência de remédios jurídicos impróprios, sem, contudo, demonstrar, ao longo dos anos, qualquer esforço no sentido de recolocar-se nos trilhos recomendáveis ao bom comando da coisa pública.

Além disso, a prorrogação por doze meses (termo aditivo), invocada sob o caráter emergencial, afigura-se como período excessivo, descaracterizando a excepcionalidade da situação de fato, devendo esta advir de evento imprevisto e alheio à vontade das partes e não provocado pela incúria do administrador. Também não restou demonstrada a economicidade dessa prorrogação, embora a Recorrente tenha informado a realização de pesquisa prévia de preços, sem, contudo, comprovar o alegado.

**TC- 15770/04 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 2/7/08 - DOE de 17/7/08, págs. 52/56.**

**O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento.**

#### **IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO PAGO DE VEÍCULOS NAS VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS**

• **Recurso Ordinário interposto por Executivo Municipal, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou irregulares concorrência e contrato.**

(...) Afastando a pura análise formal dos atos, o reexame completo da matéria permitiu aferir que realmente não houve adequado planejamento por parte da Administração que, na prática, contribuiu sobremaneira para os percalços sofridos e, via de consequência, para o insucesso do ajuste.

*Inicialmente*, porque optou por sistema eletrônico de controle de estacionamento que somente poderia ser atendido por um equipamento de origem estrangeira - muito embora ciente estivesse dos reflexos desta limitação de mercado no universo de competidores; *depois*, insistiu em levar a cabo o certame, nada obstante o Consórcio (formado por duas Empresas), diga-se - única participante (das oito empresas do ramo que retiraram o Edital) tivesse logrado habilitação e classificação tão-somente após prazo concedido para regularização dos documentos; *teimou mais ainda* quando, malgrado desistência de uma das Empresas consorciadas, entendeu por bem pactuar com a Empresa remanescente, empreendendo, nas circunstâncias, ajuste temerário, que acabou rescindido (dois meses após a assinatura) em razão de denúncias veiculadas na imprensa a respeito de variadas ações judiciais em face da Contratada.

**TC-1108/03 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 28/5/08 - DOE de 5/6/08, págs. 64/68. O E. Plenário, quanto ao mérito, negou provimento ao Recurso Ordinário, mantendo-se integralmente a decisão recorrida.**

#### **IRREGULARIDADES QUE MACULARAM OS EDITAIS E EXECUÇÕES DE AJUSTES NÃO-JUSTIFICADAS**

• **Recursos Ordinários interpostos por Ex-Prefeito, Prefeito, Ex-Encarregado do Setor de Licitação e Vereador, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou procedente representação.**

Os esmerados Recursos concentraram suas razões basicamente na tentativa de demonstrar que as contratações em apreço não tiveram cunho eleitoral; que visaram, sim, unicamente ao atendimento da rede escolar do Município e à satisfação das necessidades da população carente, constituída, em boa parte, de imigrantes, de outras localidades do interior e também de outros Estados, particularmente o Maranhão, a maioria vivendo "abaixo da linha de pobreza".

Mas, como observou Órgão Técnico, o v. Acórdão não condenou os certames e os contratos por eventual conotação eleitoral, mas pelas muitas irregularidades que macularam os editais e a execução dos ajustes, todas sem justificativas nas razões recursais.

É o caso da falta de critério de julgamento das propostas, que o instrumento convocatório deixou ao arbítrio da Comissão de Licitação, dando margem a escolhas subjetivas, inadmissíveis nos negócios públicos, e de que são exemplos, não totalmente estremes de dúvidas, as contratações quase sempre das mesmas empresas.

Também é o caso da afronta ao estatuído no § 1º do art. 109 da Lei nº 8666/93, de sorte que a presunção de conformidade das proponentes ausentes com as decisões da Comissão torna estas praticamente irrecorríveis.

Os Recorrentes tampouco justificaram as falhas específicas apontadas nos certames e nos contratos, como as requisições de mercadorias sem data e sem justificativas; quantidades elevadas de produtos, adquiridos em fim de exercício, sem comprovante nos autos de sua necessidade; falta de registro da entrada de bens no almoxarifado e de comprovação do controle de sua distribuição à população carente. Sem falar no fracionamento do objeto, haja vista, como o demonstrou a diligente Assessoria Técnica, convites distintos para aquisição de gêneros alimentícios num intervalo de cinco dias, além da dúvida sobre a vigência do convênio com a Companhia, que teria justificado a compra excessiva de materiais de construção.

Todas essas imputações não foram infirmadas pelos Recorrentes, pelo que a r. decisão, que julgou procedente a representação e irregulares os convites e os contratos, com sanção pecuniária aos agentes responsáveis, há de ser preservada.

**TCs-13267/06, 1942/06 a 13945/06, 1948/06, 1949/06, 2025/06, 2026/06, 2028/06 a 2033/06, 2035/06 a 2038/06, 2262/06, 2279/06 e 2280/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 2/7/08 - DOE de 17/7/08, págs. 52/56. O E. Plenário conheceu dos Recursos Ordinários e, quanto ao mérito, negou-lhes provimento.**

#### **ORGANIZAÇÃO DE SOCIEDADE CIVIL E DE INTERESSE PÚBLICO DEVE SE SUBMETER ÀS REGRAS DA LEI Nº 9790/99**

• **Recurso Ordinário interposto por Executivo Municipal, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato celebrado entre aquele Executivo e Agência de Desenvolvimento, visando o desenvolvimento de projetos de capacitação através de monitoramento, aperfeiçoamento para geração de trabalhos e renda, execução de tarefas técnico-pedagógicas para alunos selecionados da Prefeitura, com responsabilidade pelas aulas e fornecimento de material didático (programa Bolsa-Auxílio ao desempregado).**

No mérito, irretocável a decisão prolatada pela E. Segunda Câmara.

De fato, sendo a contratada uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a avença deveria ter se submetido às regras da Lei nº 9790/99 e do Decreto nº 3100/99 que a regulamentou.

Referida legislação, dentre outras disposições, instituiu o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e referidas entidades, e que possui cláusulas essenciais.

Portanto, a Prefeitura deveria ter observado o procedimento próprio que envolve este tipo de avença, o que, no caso, não ocorreu, sendo que o assunto não mereceu qualquer comentário no recurso apresentado.

Quanto à alegada vantagem do preço contratado, o argumento não se comprova, eis que permanece ausente o comparativo do preço contratado em relação ao preço do mercado.

Frise-se que o cotejamento de preços seria perfeitamente possível, pois consoante observou o ilustre Conselheiro Renato Martins Costa, a Prefeitura celebrou outras contratações com a mesma Agência de Desenvolvimento, mediante licitação, o que indicava a existência de outras entidades detentoras de finalidade idêntica à da Contratada.

**TC-25252/05 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 26/3/08 - DOE de 3/4/08, págs. 60/63. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento.**

#### **PAGAMENTO DE VERBA DENOMINADA “AUXÍLIO ENCARGOS GERAIS DE GABINETE”**

• **Recurso Ordinário interposto por Legislativo Municipal, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou irregulares as contas daquele Legislativo.**

(...) Como conhece o E. Plenário, a Mesa da Câmara local criou, no ano de 2001, a “Verba de Gabinete”, e posteriormente, promoveu alterações na Resolução original, que objetivaram alterar o valor e também regulamentar a utilização daquela Verba, vindo, ainda, a exigir a prestação de contas e tendo criado um setor chamado “Núcleo de Fiscalização e Controle dos Auxílios-Encargos Gerais ...” especialmente para analisar aquelas despesas, inclusive com poder de glosa.

As alterações feitas após 2004 levaram em conta não só as recomendações contidas no relatório do processo judicial de ação popular, que decretou a nulidade parcial da Resolução 506/01, - apenas do item que permitia o aluguel de imóvel para escritório do Vereador -, mas, também, as opiniões dos órgãos técnicos do Tribunal lançadas na instrução processual.

Importante ressaltar que a natureza da verba, com as alterações feitas nas Resoluções, tornou-se de caráter indenizatório, passando a exigir a prestação de contas e disciplinado que tais despesas o sejam para a manutenção dos gabinetes dos senhores Vereadores.

A Resolução que em 2001 criou a verba não exigia inicialmente a prestação de contas, o que passou a ser obrigatória a partir do início do exercício de 2002. Assim, no exercício em exame - de 2003 - pelo que se depreende do relatório de auditoria houve a prestação de contas e as despesas foram realizadas dentro da finalidade prevista.

A equipe de fiscalização, embora faça, em seu relatório, críticas à ausência do prévio empenho e sobre o montante da verba acumulado no ano, equivalente a 12,94% das despesas totais da Câmara, em nenhum momento aponta despesas irregulares não permitidas pela Resolução que criou a verba.

Ora, se as despesas são comprovadas por documentos fiscais, possuem justificativas e demonstração do interesse público e se vinculam com a atividade parlamentar, não havendo

confusão com a remuneração do Vereador, podem e devem ser ressarcidas aos Vereadores.

O essencial é uma análise rigorosa dos gastos pelo Núcleo de fiscalização e Controle da Câmara Municipal, e que depois seja também verificada pelo Tribunal quando da fiscalização ordinária. Caso os gastos não se encontrem em harmonia com a legislação, o responsável deve ser condenado a ressarcir o erário.

Somente assim, examinando a forma como são realizadas as despesas é que se torna possível sua impugnação e em consequência a condenação dos responsáveis ao ressarcimento.

De acordo com a orientação exposta no Manual Básico de Remuneração dos Agentes Políticos editado por este Tribunal admite-se o ressarcimento ao agente político de despesas que tenha realizado para o exercício de sua lide institucional, desde que exista a devida prestação de contas.

Quanto à Ação Popular que declarou nulo o inciso que permitia a realização de gastos com aluguel de imóveis destinados a escritórios de apoio parlamentar, o laudo de auditoria não traz impugnação contra esse ponto e o recorrente alega que os Vereadores não se utilizaram dessas despesas no exercício em exame. Assim, como aquela Decisão judicial já determinou a reparação ao erário eventual ressarcimento correrá por conta daquele processo. Por outro lado, alteração promovida na Resolução da Câmara já eliminou a possibilidade de tal gasto.

**TC-1329/03 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 13/2/08 - DOE de 22/2/08, págs. 30/40. O Conselheiro Antonio Roque Citadini, como Julgador certo, por disposição expressa no art. 38, inc. I, do Regimento Interno deste Tribunal, proferiu voto de desempate acompanhando a corrente formada pelos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Relator do Recurso, e Edgard Camargo Rodrigues, e pelo Substituto de Conselheiro Pedro Arnaldo Fornacialli, e julgou regulares as contas da Câmara Municipal local.**

**Vencidos os Conselheiros Fulvio Julião Biazzi e Renato Martins Costa e a Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale.**

• **Recurso Ordinário interposto por Ex-Presidente de Legislativo Municipal, contra r. decisão da E. 2ª Câmara que julgou irregulares as contas daquele Legislativo.**

Ressalte-se, inicialmente, que após amplos debates, o E. Tribunal Pleno, em Sessão de 13/2/08, ao apreciar Recurso Ordinário interposto por Legislativo Municipal (TC-1329/026/03) deliberou (...) pela regularidade da concessão de verba denominada “Auxílio Encargos Gerais e de Gabinete” aos Vereadores, desde que não integre os seus subsídios, assim como a indenização das respectivas despesas, revestidas de interesse público, seja precedida de regras compatíveis com a legislação e exista a devida prestação de contas individualizada.

Assim, a Resolução da Mesa da Câmara Municipal, que criou a mencionada verba destinada à manutenção dos gabinetes dos parlamentares municipais sofreu alteração introduzida por meio de Resolução nº 206/03, de 1º/4/03, editada em decorrência de decisão judicial proferida nos autos da Ação Popular, com vistas a exigir prestação de contas para a restituição das quantias despendidas, restando, pois, identificado o seu caráter indenizatório, conforme defendido pelos ora recorrentes (...).

A extensa prestação de contas individualizada, integrante do recurso ordinário em apreço, comprova regular aplicação anual de grande parte da verba denominada “auxílio - Encargos Gerais de Gabinete” (R\$294.200,16) no custeio das despesas dos gabinetes dos Vereadores conforme autorizado pelo art. 1º, da Resolução nº 206/03 (Reparos e avarias mecânicas, troca de peças ou componentes de veículos, combustível e lubrificantes, impressão de folhetos e tablóides, expedição de cartas, de telegramas, sedex, assinatura de jornais e revistas, aquisição de livros, locação de imóvel para escritório político, aluguel de veículos e gastos com telefone celular).

(...) Cópia das folhas de pagamento dos Parlamentares demonstra que as importâncias recebidas a título de “auxílio - Encargos Gerais de Gabinete” dissociaram-se dos seus subsídios, atendendo, desta forma outro pressuposto necessário à sua concessão.

No entanto, embora previsto (art. 1º, da Resolução nº 206/03), o pagamento de aluguel de casa efetuado para os Edis, nos meses de janeiro a setembro de 2.004, perfazem o total de R\$7.456,86, afastou-se do necessário interesse público e mostrou-se desacompanhado de justificativas que demovessem severa crítica exposta pelo E. Conselheiro Relator de 1ª Instância (E. Conselheiro Fulvio Julião Biazzi), impondo-se, por isso, a sua integral devolução.

Deste modo, com exceção do pagamento de aluguel de imóvel para dois Vereadores, percebe-se que os demais gastos de custeio dos gabinetes, suportados pela indigitada verba (auxílio - Encargos Gerais de Gabinete), adequaram-se às Resoluções nºs 203/01 e 206/03, afastaram-se dos subsídios dos agentes políticos e mereceram prestação de contas individualizada, consoante anotado pela mencionada Decisão do E. Tribunal Pleno que definiu tratamento à matéria análoga à apreciada nestes autos (TC-1329/026/03).

*Voto Revisor Rel. Cons. Robson Marinho*

(...) “Pois bem, como é cediço, a concessão de qualquer benefício, independentemente da nomenclatura que se use, mas com características *meramente remuneratórias*, contraria o princípio de parcela única, consagrado no art. 39, § 4º, da CF e é, portanto, irregular.

Nesta oportunidade, *considero* que, ainda que seja procedida de prestação de contas, a denominada “verba de gabinete” é *indesejável*, já que despesas realizadas no exercício da verança podem e devem ser processadas de forma centralizada, mediante a rotina habitual da administração camarária e, não, em cada gabinete de vereador.

Tanto é assim que o Manual “Remuneração dos Agentes Políticos”, amplamente divulgado aos entes municipais, orienta aos jurisdicionados que esse tipo de benefício não tem sido admitido.

Como bem considerou o eminente Conselheiro Renato Martins Costa, cuja posição adoto, não há que se fazer, nesse tipo de concessão, paralelo entre a condição do vereador e a do Deputado Estadual, a quem ele está percentualmente vinculado sob o ponto de vista remuneratório, na medida em que é totalmente diferente o exercício do mandato de um e de outro.

No entanto, no caso específico dos autos, ficou evidente que aludido auxílio teve caráter puramente indenizatório, pois as despesas foram comprovadas por documentos fiscais, possuíam justificativas, houve a demonstração do interesse público, além de estarem vinculadas à atividade parlamentar.

Por tudo isso, acompanho o voto do eminente Relator.

Mas adianto que, para ser coerente com essa posição, adotaréi, nos processos sob a minha relatoria, esse mesmo entendimento, desde que a concessão de mencionada verba seja anterior a este julgamento”.

**TC-2140/026/04 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 26/11/08 - DOE de 4/12/08, págs. 91/95. O E. Plenário, quanto ao mérito, deu provimento parcial ao Recurso Ordinário, com vistas a considerar regulares as contas da Mesa da Câmara do Município, mantendo-se, todavia, os termos do Acórdão quanto à determinação para que o atual Presidente do Legislativo seja notificado a, no prazo de trinta dias, adotar providências objetivando a restituição da importância despendida com aluguel de imóvel, devidamente atualizada até a data do efetivo recolhimento, noticiando este Tribunal, em até sessenta dias, das medidas adotadas.**

Decidiu, por fim, o E. Plenário, à unanimidade, acolher proposta do Conselheiro Robson Marinho, Revisor, que, na conformidade com a Declaração de Voto de Sua Excelência, examinou em detalhe a questão referente à concessão de verba denominada “Auxílio Encargos Gerais de Gabinete” e propôs que se delibere no sentido de alertar aos futuros Chefes dos Legislativos Municipais que esta Corte de Contas não mais admitirá concessões de verba da espécie, ainda que precedidas de prestação de contas.

#### **PAGAMENTO INDEVIDO DE HORAS EXTRAS A SERVIDORES COMISSIONADOS E OUTRAS IRREGULARIDADES**

• **Recurso Ordinário interposto por Presidente de Legislativo Municipal e Vereador, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou irregulares as contas do Município.**

(...) Permaneceram inalteradas as irregularidades pertinentes ao pagamento indevido de horas extras a servidores comissionados e à remuneração dos agentes políticos, cujas inadequações, em conjunto ou isoladamente, são suficientes para que se mantenha o julgamento de rejeição das contas que ora se reexaminam.

Em relação ao pagamento de verbas extraordinárias a servidores comissionados, não há como acolher a pretensão do recorrente, na medida em que esta Corte de Contas vem entendendo que o regime jurídico a que se submetem aqueles servidores e a natureza das funções que exercem são incompatíveis com o pagamento de horas extras. Assim, correto o entendimento do julgador de primeiro grau de que os pagamentos efetuados a tal título carecem de regularidade.

O mesmo ocorre com o subsídio dos agentes políticos.

Neste particular, não há que se fazer paralelo entre a condição do Vereador e a do Deputado Estadual, a quem ele está percentualmente vinculado sob o ponto de vista remuneratório, na medida em que é totalmente diferente o exercício do mandato de um e de outro.

Além disso, a concessão de qualquer benefício, independentemente da nomenclatura que se use, mas com características *meramente remuneratórias*, contraria o princípio de parcela única, consagrado no art. 39, § 4º, da CF, é, portanto, irregular.

**TC-2521/04 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 26/11/08 - DOE de 4/12/08, págs. 91/95. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, deu-lhe provimento parcial, mantendo-se o julgamento de irregularidade das contas apresentadas pela Câmara Municipal local, como também a determinação de ressarcimento ao erário das quantias correspondentes ao pagamento indevido do auxílio moradia e 13º salário aos vereadores e das horas extras a servidores ocupantes de cargos em comissão (...).**

#### **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE CONSULTORIA JURÍDICA**

• **Recurso Ordinário interposto por Executivo Municipal, contra r. decisão da E. Primeira Câmara que julgou irregular a inexigibilidade de licitação e contrato.**

A principal questão que impulsionou o exame ordinário dos autos refere-se à celebração de contrato destinado à prestação de serviços de consultoria na área jurídica, firmado entre Prefeitura do Município e profissional do Direito, sem que, entretanto, a contratada fosse selecionada a partir de processo de licitação.

O tema de há muito ocupa a pauta das Sessões de julgamento de nossas Câmaras e deste E. Plenário, resolvendo-se, invariavelmente, conforme a característica de cada caso concreto.

Assim como existem precedentes em que tal forma de contratação de serviços foi rejeitada por este Tribunal (TCs-9969/026/03 e 800386/238/97), a Recorrente veiculou significativos excertos jurisprudenciais traçando hipóteses de admissibilidade de contratações do gênero, acompanhados de abalizada doutrina favorável à sua tese.

Digo isso apenas para ressaltar o quão complexo e atual o tema se mantém entre nós, obrigando-nos, quando exigido, ao enfrentamento de situações cuja dinâmica impõe igual desempenho por parte do julgador em seu exercício de exegese da norma.

Essencialmente, o Relator apega-se, nesta análise, à controvérsia que, ainda que não isoladamente, selou o destino conferido ao tema pela Colenda Primeira Câmara.

Refere-se à natureza singular que não teria caracterizado os serviços prestados à Prefeitura, uma vez que, de certa maneira, a especialização da profissional contratada no ramo do Direito Público foi documentalmente demonstrada.

Assim compreenderam os insígnis Conselheiros da Câmara e por isso a Prefeitura compareceu inconformada.

Temos compreendido que, além da notória especialização do profissional contratado, a contratação direta de serviços jurídicos pressupõe singularidade do objeto e isso, no presente caso, não restou patente.

Os contratos tiveram como objeto atividades finalísticas da Administração, uma vez que o diagnóstico das áreas de legislação orçamentária e de recursos humanos, bem assim o planejamento de uma reforma administrativa serviria, acredita o Relator, para subsidiar e orientar a gestão que se iniciava.

Não vejo em tal conjunto de atividades, portanto, atributos instrumentais e especiais que justificassem a arregimentação de profissional especializado externo, tampouco a natureza in-

comum ou a não suscetibilidade de execução, com idênticos resultados, por empresa ou profissional diverso, que pudessem ser eleitos por meio de certame licitatório.

Daí, inclusive, concordar com a parte do julgado recorrido que menciona a disponibilidade no quadro de servidores da Recorrente de profissionais igualmente habilitados à execução dos serviços.

Ademais, os serviços prestados consistiram na produção de verdadeiros relatórios de controle interno da Prefeitura (20462/026/05, apenso), não ficando igualmente demonstrado, em contrapartida, a ocorrência de eventuais saltos de eficiência naquela Administração, o que condena a motivação para tais negócios, contrapondo-os aos princípios da economicidade e da razoabilidade.

Por fim, ainda opera contrariamente aos argumentos da Recorrente o fato incontroverso de que os demais requisitos formais da inexigibilidade, conforme estatuído no art. 26 da Lei de Licitações, não foram observados.

Na verdade, os argumentos da Recorrente, ainda que alentados, não se demonstraram suficientes para reformar o julgado da Colenda Câmara que, a propósito, veio lastreado em fundamentos irrepreensíveis.

**TCs-1938/05 e 1939/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 30/7/08 - DOE de 7/8/08, págs. 62/64. O E. Plenário conheceu dos Recursos Ordinários e, quanto ao mérito, negou-lhes provimento, mantendo-se na íntegra o v. Acórdão recorrido.**

## **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICO-PEDAGÓGICOS PARA CAPACITAÇÃO E TREINAMENTO DE PROFESSORES E EQUIPE TÉCNICA**

**• Recurso Ordinário interposto por Executivo Municipal, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou irregulares concorrência e o decorrente contrato.**

Inúmeros foram os dispositivos legais infringidos na condução dos procedimentos, especialmente das Leis de Responsabilidade Fiscal, de Licitações e Contratos e lei de regência do Direito Financeiro e Orçamentário.

O amálgama de atividades heterogêneas reunidas no objeto certamente exigia certames distintos. Não é razoável realizar um só certame para adquirir, por exemplo, mesas, cadeiras, serviços técnico-pedagógicos para capacitação e treinamento de professores e *software* de gestão dos laboratórios de informática de rede; nem reunir em um só objeto o fornecimento de biblioteca educacional e de *software* de conectividade de redes de informática. Misturar em um só certame atividades tão heterogêneas, que não se integram no cotidiano de nenhuma empresa conhecida, é, seguramente, descumprir o que prescrevem os arts. 3º, § 1º, I; 7º, § 5º; 15, IV, todos da Lei de Licitações.

Aliás, não deixa de ser significativa a coincidência de a Contratada ter alterado seus objetivos sociais, para atender ao objeto contratual, pouco antes da abertura das propostas.

Além disso, dentre os denominados *softwares* de apoio, foram incluídos os sistemas de administração de compras e de documentos da Secretaria da Educação, cuja natureza não guarda similaridade com a já citada capacitação e treinamento dos docentes.

A situação se agrava quando se constata que essa reunião de objetos absolutamente diversos conduziu à aquisição, mediante licitação de técnica e preço, da expressiva quantidade de 164 mesas, 380 cadeiras. Essa aquisição, evidentemente, não se insere na prescrição do art. 46 da Lei n. 8.666/93 (...), que reserva a modalidade de licitação adotada, de técnica e preço.

A situação volta a se agravar quando se percebe que o Edital formulou exigências de habilitação não previstas em lei, como bem apontado nas manifestações de Órgãos Técnicos: a necessidade de inscrição dos licitantes nos Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura e de Administração para prestar serviços de apoio pedagógico; a exigência de que os membros da equipe técnica já pertencessem aos seus quadros no momento da publicação do edital, *“uma demanda cujo caráter restritivo já era de entendimento desta Corte, que apenas o consolidou com a edição da Súmula 25”*.

Sob outra ótica, apesar do elevado valor do contrato em perspectiva, o Edital da licitação foi publicado apenas no DOE, sendo sumariamente desconsideradas as prescrições do art. 21, III, da Lei nº 8666/93. Há, aí, atentado ao postulado constitucional da publicidade.

Diante da diminuta divulgação do Edital, da despropositada conjugação de objetos heterogêneos e das descabidas exigências para habilitação de licitantes, não é de estranhar que, embora em perspectiva contratação de valor superior a três milhões de reais, apenas duas empresas tenham apresentado proposta, uma das quais foi inabilitada, restando licitante única.

Outras múltiplas irregularidades, minuciosamente expostas no voto condutor do julgamento recorrido, também comprometem os atos da Administração Municipal. Delas são citados alguns exemplos. Embora referidos no corpo do edital, foram omitidos seus anexos V e VI. Condiçãoou-se a habilitação dos licitantes à prévia aquisição do Edital, o que contraria entendimento já pacificado desta Corte, que veio a ser consolidado no enunciado nº 26 de sua Súmula. A Recorrente não conseguiu provar que procedeu ao estudo do impacto orçamentário-financeiro das despesas da contratação nos exercícios seguintes. Como realçou Órgão Técnico, *“não há que se minimizar tal prática, pois a estimativa trienal das despesas com a sua manutenção é ferramenta importante do gestor público responsável”*; tanto que o art. 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que *“serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17” (...)*.

**TC-728/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 8/10/08 - DOE de 16/10/09, págs. 65/67. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento.**

## **REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS DE EXECUTIVO MUNICIPAL PARA CLUBE DE FUTEBOL**

**• Recurso Ordinário interposto por Ex-Presidente de Clube de Futebol, contra r. sentença que julgou regular a prestação de contas; entretanto, à vista dos valores não-conprovaados, condenou a Entidade à restituição da quantia,**

devidamente atualizada até a data de efetivo recolhimento, proibindo-a de novos recebimentos até a regularização perante este Tribunal.

O Relator entende que as justificativas trazidas pelo Recorrente não foram capazes de alterar a situação processual verificada, especialmente porque não trazem qualquer elemento novo em face das irregularidades verificadas nos documentos que integraram a prestação de contas em questão.

A aprovação das prestações de contas relativas aos exercícios de 2001 e 2003 por este Tribunal não traz qualquer reflexo à análise do montante indevidamente comprovado nestes autos.

O exame da correta aplicação dos recursos é anual e nada impede que este Tribunal exerça, a qualquer tempo, suas atribuições, de modo a identificar nos autos que envolvem repasse e aplicação de recursos públicos, despesas que não se revestem de adequada comprovação ou cuja destinação caracteriza desvio de finalidade.

Além disso, conforme salientou Órgão Técnico cabe lembrar que o trabalho “in loco” realizado pelas equipes de fiscalização deste Tribunal é desenvolvido pelo sistema de amostragem, e os valores repassados nos três exercícios mencionados pelo Recorrente são bastante diferenciados, o que pode ter provocado o detalhado exame documental efetuado pela Auditoria, resultando nas inúmeras falhas relatadas na instrução processual e não eliminadas, até o presente momento.

**TC-1827/03 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 24/9/08, págs. 53/56. A E. Câmara conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a r. sentença.**

---

## REMUNERAÇÃO

### PAGAMENTO DE “AUXÍLIOS-ENCARGOS GERAIS”

- **Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

O Relator acolhe a manifestação de Órgão Técnico de que os esclarecimentos prestados pelo Interessado não são hábeis para afastar as incorreções apontadas relativamente ao pagamento de “Auxílios-Encargos Gerais” aos senhores vereadores.

O Legislativo do Município, ao editar a Resolução nº 5/05, alterou o valor dos subsídios, infringindo as normas estabelecidas no inc. VI do art. 29 e no § 4º do art. 39 da CF.

Em relação a essa matéria, jurisprudência firmada por esta Casa é pacífica quanto à devolução dos valores e o julgamento irregular das contas, a exemplo do decidido nos autos do TC-1149/026/05 (...).

No presente caso, conforme ressaltou a auditoria, a análise das prestações de contas ficou prejudicada, pois não houve atendimento à requisição desta Casa e os documentos fiscais não demonstram se as despesas são inerentes ao pleno exercício das atividades parlamentares (...).

**TC-1975/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 6/5/08 - DOE de 14/5/08, págs. 50/53. A E. Câmara, com base no art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c”, c/c**

o art. 36, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendação à edilidade.

Determinou, outrossim, que, após o trânsito em julgado da presente decisão, seja o atual Presidente do Legislativo notificado para que adote providências visando ao ressarcimento do erário, pelo ordenador das despesas à época, no prazo de trinta dias, dos valores relativos aos pagamentos dos “Auxílios-Encargos Gerais de Vereador”, por falta da devida prestação de contas, acrescidos de juros e correção monetária até a data do efetivo recolhimento, sob pena de aplicação de multa, nos termos do disposto no art. 104 da referida Lei Complementar. Transcorrido o prazo fixado sem que este Tribunal seja informado sobre a efetivação da medida, cópias dos autos deverão ser remetidas ao Ministério Público e ao Sr. Prefeito, para as providências cabíveis.

### PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÕES A SERVIDORES E OUTRAS IRREGULARIDADES

- **Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

O desacerto apontado pela Auditoria é suficiente para a decretação de irregularidade das contas anuais da Câmara Municipal local, em razão do excesso no pagamento atribuído aos Agentes Políticos.

Conforme apurado, os subsídios foram fixados em R\$3.000,00 aos Vereadores e R\$4.500,00 ao seu Presidente, superando, assim, ao limite constitucional da época, que indicava o valor de R\$2.890,62.

Além disso, não obstante a impropriedade já estabelecida, durante o exercício foi editada lei que majorou os pagamentos em R\$3.180,00 e R\$4.770,00, respectivamente; e, igualmente, contribuiu para a remuneração irregular, pagamentos a título de comparecimento dos Vereadores à Sessão Extraordinária realizada em dezembro/06, quando já vigente a EC nº 50/06.

Acresce o Relator que a remuneração do Sr. Presidente, ao contrário do que foi afirmado na Defesa e em que pesem as suas atribuições administrativas, também possui caráter remuneratório, razão pela qual ficou demonstrado o recebimento a maior do que o devido (...).

*A Origem deverá efetuar ampla revisão sobre o pagamento das gratificações aos servidores, porque, não obstante o seu poder-dever de rever os seus atos, calçado no princípio de que não há direito adquirido contra norma ou princípio constitucional, ficou patente que há atribuição de complementação salarial por “função técnica” para servidores que possuem curso superior, mesmo para aqueles cuja investidura no cargo necessite dessa condição, a exemplo dos advogados e contador.*

*O mesmo deve ser feito com relação ao pagamento da chamada “gratificação de serviço”, a qual se assemelha ao pagamento de horas extras, devendo ser conferida a sua necessidade, bem como, àqueles cujo pagamento se disse já incorporado, se de fato atingiram essa condição.*

A Edilidade também deverá rever a situação dos cargos providos em comissão, estabelecendo as suas atribuições por meio de norma local, a fim de que esteja caracterizada a exceção constitucional, pelo exercício de atividades de assessoria ou coman-

do, sob pena de frustração ao instituto do concurso público.

No mais, a Origem deve corrigir eventuais divergências junto aos controles de material, aprimorando a sistemática de controle (...).

**TC-1698/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzini - Sessão da 2ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 59/63. A E. Câmara, com base no art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, exceção feita aos atos porventura pendentes de apreciação por este Tribunal.**

**Decidiu, também, condenar o Sr. Presidente do Legislativo à restituição, devidamente atualizada, dos valores pagos a maior a título de subsídios aos Vereadores, conforme cálculo de ATJ.**

Esgotado o prazo recursal, foram concedidos trinta dias para o recolhimento espontâneo, findo o qual, cópia de peças do processo será encaminhada ao Poder Executivo, para as providências devidas.

Determinou, ainda, que, após o decurso do prazo recursal, seja oficiado ao Responsável pelas contas, bem como ao atual Chefe do Legislativo transmitindo-se-lhes recomendações.

Determinou, por fim, a respeito dos expedientes que acompanham as presentes contas, quanto aos TCs-10959/026/08 e 10130/026/08, a extração de cópias do Relatório da Auditoria e da decisão, enviando-as ao atual Presidente da Câmara; e sobre os TCs-29433/026/08, 36941/026/08 e 16537/026/08, o encaminhamento à Unidade Regional competente, a fim de que sejam instruídos e possam acompanhar as próximas inspeções.

#### **PAGAMENTO DE SESSÕES EXTRAORDINÁRIAS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 50/06**

##### **• Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

(...) A Emenda Constitucional nº 50 entrou em vigor em 15 de fevereiro de 2006, submetendo o Administrador à sua observância a partir daquela data.

Sendo assim, o Relator considera incabível o pagamento das sessões extraordinárias realizadas após a entrada em vigor da referida Emenda e releva apenas o pagamento da sessão extraordinária ocorrida antes da vigência de tal diploma.

**TC-1713/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 15/4/08 - DOE de 30/04/08, págs. 67/69. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c”, c/c o art. 36 “caput”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações ao atual Administrador.**

Determinou, outrossim, ao atual Administrador que providencie junto aos Vereadores daquele Legislativo a devolução ao erário das quantias impugnadas, conforme cálculos elaborados por Órgão Técnico, excluindo-se apenas o valor correspondente à sessão realizada em 14 de fevereiro de 2006; quantias devidamente atualizadas até a data do efetivo pagamento, encaminhando-se cópias dos respectivos comprovantes a este Tribunal.

**Findo o prazo, sem recolhimento, o atual Administrador será notificado, nos termos do art. 86 da LC nº 709/93; e, após, cópias dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público.**

##### **• Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

As contas do Legislativo Municipal apresentaram pagamentos com sessões extraordinárias após a promulgação da Emenda Constitucional 50 que macularam os atos de gestão examinados.

**TC-1663/06 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 61/64. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local.**

**Decidiu, ainda, condenar o Sr. Presidente do Legislativo, responsável pelas contas em exame e ordenador da despesa, ao ressarcimento, aos cofres públicos, das importâncias impugnadas, conforme cálculos constantes dos autos, devidamente atualizadas, nos termos da referida Lei Complementar, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem que se conheça das providências adotadas, expedida a notificação de praxe (art. 86 da mesma Lei Complementar) e transitado em julgado o prazo de recurso da presente decisão, cópia de peças dos autos será encaminhada ao Ministério Público para as providências de sua alçada.**

#### **PAGAMENTO DE SUBSÍDIO**

##### **• Prestação de Legislativo Municipal.**

(...) Remanesce a infringência do disposto no art. 29, inc. VI, alínea “a”, da CF, ante o pagamento ao Presidente da Edilidade de subsídios em valores que superam os 40% da remuneração dos Deputados Estaduais, o que constitui, por si só, motivo para a desaprovação das contas em exame, consoante assente jurisprudência deste Tribunal.

**TC-1411/08 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 29/4/08 - DOE de 7/5/08, págs. 50/56. A E. Câmara, com base no art. 33, inc. III, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal.**

Determinou, outrossim, seja notificado o atual Presidente do Legislativo para que providencie o ressarcimento, pelo responsável, no prazo de trinta dias, dos valores correspondentes à remuneração que recebeu a maior, no montante apurado no presente processado, com os devidos acréscimos legais até a data do efetivo recolhimento. Após o trânsito em julgado e transcorrido o prazo fixado sem que este Tribunal seja informado sobre a efetivação da medida adotada, cópias dos autos serão remetidas ao Ministério Público e ao Senhor Prefeito, para as providências cabíveis.

#### **PAGAMENTO DE VERBA INDENIZATÓRIA A AGENTES POLÍTICOS**

##### **• Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

(...) Duas questões estão a comprometer os demonstrativos ora em exame:

- a inobservância ao contido no art. 37, inc. X, da CF, no que concerne à concessão de revisão anual; e

- a infringência ao disposto no § 7º do art 57 da CF, com a nova redação que lhe foi dada pela EC nº 50/06, já que foi pago aos agentes políticos verba indenizatória pelo comparecimento às sessões extraordinárias nos meses de abril e outubro/2006.

Registro, sobre o primeiro aspecto, que a Câmara Municipal, ao conceder revisão geral anual deveria estendê-la ao demais servidores, atendendo, assim, aos exatos termos do art. 37, inc. X, da CF, o que não ocorreu.

Quanto ao pagamento aos agentes políticos por participação em Sessão Extraordinária, destaco que o art. 57, § 7º, da CF, aplicável, por simetria, ao Legislativo Municipal, proíbe esse tipo de pagamento a partir de fevereiro de 2006 (EC nº 50/06), o que significa dizer que pagamentos da espécie a partir desse mês são irregulares (...).

**TC-1689/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 5/8/08 - DOE de 20/8/08, págs. 58/60. A E. Câmara, com base no art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c”, c. c. o art. 36, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, exceção feita aos atos eventualmente pendentes de apreciação por este Tribunal.**

**Determinou, outrossim, que, após o trânsito em julgado da presente decisão, seja o atual Presidente do Legislativo notificado para que adote providências visando ao ressarcimento do erário, pelo ordenador das despesas, à época, no prazo de trinta dias, dos valores relativos ao subsídio em excesso em decorrência da concessão irregular de revisão geral anual e ao pagamento pelo comparecimento a Sessões Extraordinárias, acrescidos de juros e correção monetária até a data do efetivo recolhimento, sob pena de aplicação de multa, nos termos do disposto no art. 104 da referida Lei Complementar. Transcorrido o prazo fixado, sem que este Tribunal seja informado sobre a efetivação dessa medida, cópias de peças dos autos deverão ser remetidas ao Ministério Público e ao Senhor Prefeito, para as providências cabíveis.**

#### **REVISÃO ANUAL DE SUBSÍDIOS CONTRARIANDO DISPOSITIVO LEGAL E AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ENCARGOS SOCIAIS**

##### **• Prestação de contas de Legislativo Municipal.**

(...) Destacou a auditoria que, com a revisão geral anual de 5,05%, concedida em março de 2006, os subsídios mensais do Presidente da Câmara ultrapassaram o limite de 20%, calculados sobre da remuneração dos Deputados Estaduais, contrariando a alínea “a”, do inc. VI, do art. 29, da CF, sem que a origem tivesse apresentado quaisquer justificativas.

Da mesma forma, ainda que desprovida de amparo em competente medida judicial, deixou a Administração da Câmara de recolher os encargos sociais incidentes sobre a remuneração dos agentes políticos.

**TC-1518/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 1º/4/08 - DOE de 9/4/08, págs.**

**60/63. A E. Câmara, nos termos do art. 33, inc. III, “b”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal local, exceção feita aos atos porventura pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações à Administração do Legislativo.**

**Decidiu, ainda, condenar o Responsável a adotar providências, no prazo de trinta dias, visando ao recolhimento da importância impugnada, com os devidos acréscimos legais.**

#### **REPRESENTAÇÃO**

#### **A CONTRATADA NÃO EXECUTOU AS OBRAS CONFORME O AJUSTADO E O EXECUTIVO MUNICIPAL NÃO APLICOU AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI**

**• Representação formulada por Promotoria de Justiça, comunicando possíveis irregularidades ocorridas no Município, acerca da execução de obras de pavimentação em vias públicas, objeto de convite e contrato.**

Sem dúvida alguma, estão mais do que caracterizadas as irregularidades objeto da presente representação. É notória a omissão de ambos os Chefes do Executivo do Município, que não tomaram as providências necessárias ao regular cumprimento do contrato, isto porque tentam transferir um ao outro as responsabilidades pela ineficaz contratação, prejudicando, com isso, os munícipes com a inexecução do objeto avençado.

**TC-9031/05 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 17/6/08 - DOE de 25/6/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou procedente a representação em exame e, em consequência, irregular o certame, bem como ilegal o ato determinativo das despesas decorrentes, aplicando-se à espécie os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, outrossim, aplicar aos Srs. Prefeitos, nos períodos 1997/2000 e 2001/2004, pena de multa no valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, para cada um, nos termos do inc. II, do art. 104, do referido diploma legal.**

**Determinou, por fim, seja dada ciência ao DD. Promotor de Justiça da Comarca local sobre a presente decisão.**

#### **AQUISIÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS**

**• Representação formulada por Município, informando possíveis irregularidades praticadas pela Câmara Municipal local, com despesas para aquisição de bebidas para coquetel da sessão solene do 56º aniversário da Cidade.**

A despeito da denominação que lhe outorgou o Signatário da peça, seu conteúdo e forma não se ajustam ao preconizado pelos arts. 213/215 do Regimento Interno desta Corte; cuida-se, pois, de representação, que é da competência desta Colenda Câmara, conforme o art. 212, *caput*, do mesmo diploma regulamentar.

Trazendo o assunto, em decorrência, à superior apreciação deste colegiado, quero acolher o pronunciamento dos Órgãos

## AQUISIÇÃO DE MATERIAL HOSPITALAR E MEDICAMENTOS

Técnicos da Corte, para ter igualmente por irregular o dispêndio de numerário público com a aquisição de bebidas alcoólicas, ainda que a pretexto de comemorar o aniversário da Cidade.

É conforme a moralidade das práticas administrativas, principalmente por conta de seu feito pedagógico, o veto a despesas com semelhante objeto, ainda quando módicas (...).

**TC-9747/07 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 1º/4/08 - DOE de 9/4/08, págs. 60/63. A E. Câmara julgou irregular o dispêndio de numerário público com a aquisição em exame, cumprindo ao Responsável devolver ao erário o que dele desviou para finalidade não aceitável, nem elogiável, com os acréscimos de mister e no prazo de trinta dias, pena de remessa de peças dos autos ao Prefeito e ao Ministério Público, para as providências cabíveis.**

*Vide na Seção Municipal voto proferido pelo Cons. Rel. Robson Marinho, “Recursos - Aquisição de Bebidas Alcoólicas”.*

## AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSUMO ESCOLAR E DE ESCRITÓRIO

• **Representação formulada por Vereador, comunicando possíveis irregularidades naquele Município, no tocante à realização de contratos para a compra de materiais de consumo escolar e de escritório, sem a devida licitação, bem como para a compra de material esportivo, medicamentos, peças para veículos e para manutenção de equipamentos pesados.**

A Administração, após apresentar justificativas no intuito de demonstrar a legalidade dos atos praticados, não obteve êxito, tendo em vista que houve efetivo fracionamento nas aquisições destes produtos, devendo a Municipalidade ter realizado o devido processo licitatório, pois o valor somado dos produtos atingiu o valor necessário, demandando assim do prévio procedimento.

Ademais, restou constatado no relatório da auditoria que em um curto espaço de tempo houve disparidade nos preços de alguns itens adquiridos, fator este que compromete a economicidade das aquisições.

Por fim, a situação é agravada em face da ausência, à época, de um almoxarifado que através dele acarretaria um controle mais adequado por parte da Municipalidade, somente sendo implantado posteriormente, dificultando assim, a averiguação das ocorrências.

**TC-935/004/07 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 25/11/08 - DOE de 3/12/08, págs. 61/67. A E. Câmara julgou procedente a Representação, remetendo-se cópias de peças dos autos à Prefeitura, por intermédio de sua Procuradoria Jurídica, nos termos do art. 2º, inc. XXVII, da referida Lei Complementar, devendo o Sr. Prefeito, no prazo de sessenta dias, informar a este Tribunal sobre as providências adotadas, referentes às ilegalidades, especialmente quanto à apuração de responsabilidades; e à Câmara Municipal local, conforme o art. 2º, inc. XV, do mesmo Diploma Legal.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Responsável multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, conforme previsto no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar.**

• **Representação formulada por Presidente de Legislativo Municipal, comunicando possíveis irregularidades cometidas por Executivo Municipal na aquisição de materiais hospitalares e medicamentos.**

De plano destaque-se que a Comissão Especial de Inquérito, instaurada pela Câmara Municipal local para averiguação dos processos, documentos, notas fiscais, referentes à aquisição de materiais hospitalares e medicamentos durante o exercício de 2004, indicou, em especial, as seguintes ocorrências:

- gastos excessivos com materiais e medicamentos;
- total falta de controle na aquisição, pedidos, recebimentos e distribuição dos materiais hospitalares e medicamentos;
- irregularidade na sessão de abertura da licitação tomada de preços; e
- desvios de cheques para contas particulares, emitidos para pagamento da empresa “Lumed”, fornecedora dos medicamentos.

A documentação juntada aos autos comprova, especialmente, a falta de controle em relação aos pedidos e recebimentos dos materiais hospitalares e medicamentos.

Nesse sentido, o resumo dos depoimentos constantes no relatório final da Comissão de Inquérito aponta a existência de conferência ineficaz dos materiais, pois os funcionários atestam que apenas recebiam os medicamentos, sem que houvesse acesso às notas fiscais, que eram entregues diretamente aos seus superiores.

Ademais, as ocorrências relatadas envolvendo os familiares do Prefeito (filho e nora) restaram sem esclarecimentos, pois intimados pela Comissão Especial de Inquérito, não compareceram para justificar os desvios de cheques emitidos para pagamentos em favor de Empresa, fornecedora dos materiais hospitalares e medicamentos.

Há ressaltar que o Ex-Chefe do Executivo também optou pelo silêncio, apesar de notificado por carta e pessoalmente.

**TC-1530/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 25/11/08 - DOE de 3/12/08, págs. 61/67. A E. Câmara julgou procedente a Representação em exame, determinando o acionamento dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Determinou, ainda, seja expedida comunicação ao Subscritor da Representação, bem como ao Representante do Ministério Público da Comarca, dando-lhes conta do teor da presente decisão.**

**Decidiu, por fim, diante do desatendimento às notificações expedidas, sem causa justificada, com fundamento no art. 104, inc. III, da citada Lei Complementar, aplicar multa no valor correspondente a 1000 (mil) UFESPs ao Sr. Prefeito à época e Administrador responsável pelos atos praticados.**

## AQUISIÇÃO PARCELADA DE MEDICAMENTOS

• **Representação formulada por Advogado, contra Edital de pregão, instaurado por Executivo Municipal, objetivando a aquisição parcelada de medicamentos.**

Conforme demonstra a instrução do processo, o Representante possui total razão ao apontar reedição do Edital com de-

sobediência ao que este Tribunal determinara à Prefeitura ao julgar a representação anterior.

Aliás, sobre o item 6.1.1, é a própria Representada quem reconhece a imperfeição no texto e noticia que desta feita adequará a redação ao disposto no § 4º da Lei nº 8666/93.

Já com relação aos itens 6.1.8.1, 6.1.8.2, 6.1.15 e 6.1.16, também se repete comprovada situação de desobediência, seja quanto ao fato das distribuidoras que não manipulam fórmulas nem fornecem medicamentos aos consumidores ficarem dispensadas da assistência de farmacêutico, seja porque deixou de ser extirpada a exigência de vínculo somente por meio de carteira profissional, seja, ainda, pela impossibilidade de aceitar a participação de fabricante interessado no certame e prever documento de terceiro alheio à disputa.

Por último, as condições impugnadas no item 6 não ficaram reservadas somente ao vencedor, pois o item 6.1 consigna expressamente que são devidas pelo licitante que cotar o menor preço, o que, no caso do pregão, conforme bem destacou Órgão Técnico, impõe a todos os interessados estar de posse da aludida documentação como condição de habilitação.

**TC-35779/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 15/10/08 - DOE de 23/10/08, págs. 68/71. O E. Plenário julgar procedente a Representação, determinando à Prefeitura que retifique o edital de pregão (presencial) com registro de preços nos pontos assinalados no referido voto, adequando-o às disposições legais regedoras da matéria, com reabertura do prazo, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

Decidiu, ademais, diante da inobservância de determinações anteriores passadas em julgado, aplicar multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs ao Sr. Prefeito, nos termos do art. 104, inc. III, da LC nº 709/93.

Determinou, ainda, seja oficiado ao Representante e à Representada dando-se-lhes ciência do decidido.

Determinou, por fim, o encaminhamento do processo à Diretoria competente para ciência e as devidas anotações.

## CONSTRUÇÃO DE MORADIA POPULAR

• **Representação formulada por Câmara Municipal, informando possíveis irregularidades praticadas por Companhia Pública Municipal.**

Inicialmente, o Relator verifica que a Origem restringe sua defesa no fato de as denúncias serem todas de cunho eminentemente político. Para ela, os atos inquinados de irregularidades possuem amparo legal no Estatuto da Empresa, aprovado em Assembléia Geral.

Nenhuma falha restou devidamente esclarecida ou mesmo dirimida por meio de competente documentação.

Em suma, o que se tem nos autos é um claro desvio de finalidade, em que uma empresa criada para construção de moradias para a população de baixa renda apenas cuidou dos interesses de seus dirigentes e funcionários, como se observa no relatório final da Comissão Especial de Inquérito da Câmara Municipal local, além da prática de várias irregularidades na gestão, como as contratações sem licitação, o que enseja a penalização dos Responsáveis por afronta às normas legais.

**TC-6665/02 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 4/11/08 - DOE de 27/11/08, págs. 72/75. A E. Câmara julgou procedente a representação, aplicando-se à espécie as disposições contidas nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

Decidiu, em decorrência, aplicar multa individual no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs aos Diretores Presidentes da Representada à época dos fatos, com fulcro no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar.

## CONTRATAÇÃO DE ATIVIDADES INERENTES AO COTIDIANO DA ADMINISTRAÇÃO FUNDAMENTADA NA SINGULARIDADE DO OBJETO

• **Representação formulada por Executivo Municipal, comunicando possíveis irregularidades na Administração anterior, em contratos firmados com Advogado.**

O Ex-Prefeito não conseguiu justificar a contratação em apreço, tendo em vista que não restou demonstrada nos autos a complexidade ou singularidade dos serviços a serem executados, uma vez que as atividades para as quais foi contratado o advogado são inerentes ao cotidiano da administração, nada que inviabilizasse a execução por outro profissional, inclusive os pertencentes no quadro de pessoal da Prefeitura.

**TC-11235/05 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 15/7/08 - DOE de 23/7/08, págs. 16/19 - retificada no DOE de 25/7/08, p. 16. A E. Câmara julgou procedente a Representação, aplicando-se ao responsável multa no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, conforme previsto no art. 104, inc. III, da LC nº 709/93, encaminhando-se cópia de peças dos autos à Prefeitura, por intermédio de sua Procuradoria Jurídica, nos termos do art. 2º, inc. XXVII, da referida Lei Complementar, devendo o Senhor Prefeito, no prazo de sessenta dias, informar a este Tribunal sobre as providências adotadas, referentes às ilegalidades, especialmente quanto à apuração de responsabilidades; e à Câmara Municipal local, conforme o art. 2º, inc. XV, do mesmo diploma legal.**

## CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS DE AMPLIAÇÃO DE ESCOLAS MUNICIPAIS

• **Representação formulada por Vereador, informando a esta Corte irregularidades ocorridas tanto em processo de convite, instaurado por Prefeitura com o propósito de contratar as obras de ampliação de Escolas Municipais, como na correspondente execução dos serviços.**

Ainda que de dimensões modestas, as obras contratadas pela Prefeitura, a partir do convite, restaram viciadas por irregularidades que comprometeram todo o processo de seleção da contratada.

A propósito, no intuito de afastar sua responsabilidade pessoal pelas falhas destacadas na vestibular, a manifestação do Prefeito à época foi absolutamente esclarecedora quanto aos fatos que informaram a representação, corroborada, ainda, pela existência de Ação Civil Pública, ora em trâmite no

Juízo de Direito de outra Comarca (nº 1713/03), abordando o mesmo tema e buscando a responsabilização, por improbidade administrativa, dos então Prefeitos, Diretor de Finanças da Prefeitura e Presidente da Comissão de Licitação e responsável pelas medições, bem assim do titular da Empresa contratada.

Os indícios presentes, portanto, são no sentido de que o processo de Convite foi elaborado de forma a favorecer empresas indicadas pelo então Diretor de Finanças, não havendo nos autos, inclusive, esclarecimentos suficientes para a controvérsia relativa à incompatibilidade entre o objeto social das licitantes e a natureza do escopo do certame, bem assim, consequentemente, do contrato correspondente.

Com isso, *assumindo a assertiva oferecida pelo Representante, o exame das propostas implicou a contratação temerária, pela Prefeitura, de empresa absolutamente inabilitada à execução dos serviços concernentes à ampliação de prédios escolares, porquanto destinada à prestação de serviços de “aração de terras para agricultura”, o que absurdamente nada tem a ver com a expertise esperada para a execução de genuína obra de engenharia*

Ainda que o Ex-Prefeito tenha afirmado que as obras de ampliação foram concluídas e pagas no exercício de 2000, a documentação probante correspondente, requisitada nos termos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, não foi apresentada.

Da mesma forma, subsistente o tema dos itens de obra não executados.

Os esclarecimentos juntados pelos Interessados não serviam para afastar a constatação de que as obras de ampliação não foram fiéis ao teor do memorial descritivo anexo ao Edital, significando, pois, desvinculação ao instrumento convocatório e ao termo contratual, em total prejuízo, portanto, ao interesse público e ao erário Municipal.

**TC-2267/02 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 3/6/08 - DOE de 11/6/08, págs. 54/56. A E. Câmara julgou procedente a representação, aplicando-se à espécie os efeitos dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, também, aplicar ao Ex-Prefeito do Município, multa no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, nos termos do art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, devendo o recolhimento ser efetuado na forma da Lei nº 11077/02.**

**Determinou, ainda, seja o Representante cientificado da presente decisão.**

**Determinou, por fim, considerando a tramitação de Ação Civil Pública no âmbito da outra Comarca, objetivando responsabilizações por ato de improbidade decorrente da matéria examinada, o encaminhamento de cópia do presente voto à consideração do Ministério Público do Estado, a fim de subsidiar seus trabalhos.**

#### **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE MATERIAL ESCOLAR**

• Representação formulada por Empresa, informando possíveis irregularidades ocorridas em concorrência, realizada por Executivo Municipal, visando à contratação de empresa para fornecimento de material escolar.

Insustentados os argumentos de defesa.

Laudos técnicos são passíveis de exigência apenas da vencedora do certame, admitindo-se requisição de declaração de que as proponentes estarão aptas a apresentá-los no momento oportuno.

Assim, irrelevante discussão a respeito de qual envelope deveria conter os papéis exigidos, até porque entregues na mesma oportunidade e *antes do início da fase de habilitação*. O procedimento afigura-se, pois, flagrantemente restritivo, como deliberado por esta Corte em inúmeras ocasiões, e consignado no enunciado da Súmula 14.

Já a alegada anterioridade da licitação à edição das súmulas afigura-se despiciente. Censura do Tribunal a tais exigências, por inúmeros julgados, já existia, de sorte que o referido repertório apenas tratou de consolidar entendimento a respeito.

No tocante à matéria objeto de Representação (TC-97/026/06), queixas dirigidas aos atestados de capacitação oferecidos pela Empresa de Indústria e Comércio de Papéis, não merecem prosperar porque fundamentadas em meras conjecturas destituídas de elemento probatório. Já no tocante à outra Empresa verifica-se, como alegado em defesa, a apresentação de dois atestados para efeito de capacitação operacional: o primeiro expedido pela Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, datado de agosto de 2003, e o segundo, expedido por Empresa, em 28 de janeiro de 2005, esta última também competidora.

No tocante ao fornecimento de material certificado por Empresa igualmente competidora e, portanto, rival no pleito daquela que prestara o serviço, o Relator não verificou, no caso, indício bastante capaz de configurar afronta à norma até porque registrado e autenticado o referido documento com antecedência de onze meses à abertura do presente pleito (9/12/05).

Chama, contudo, atenção outro documento, o encartado nos autos, que trata de procuração outorgada, em 7/12/04, por Empresa, na pessoa do respectivo Diretor Superintendente ao Mandatário para representá-la junto a órgãos públicos, autorizando-o, inclusive, *a participar de quaisquer modalidades licitatórias*. Ora, a coincidência de sobrenome com os Diretores proprietários de outra Empresa competidora é evidente, tudo a indicar possa realmente ter havido entendimento entre competidores, como assinalado nos autos do TC-97/026/06.

Não é demais recordar, que a existência de vínculo entre os licitantes, afeta o sigilo das propostas e confronta os princípios da competitividade, moralidade e isonomia.

**TCs-97/06 e 17197/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 24/6/08 - DOE de 16/7/08, págs. 21/25. A E. Câmara julgou procedente a representação, abrangida no TC-97/026/06, e irregulares a concorrência e o instrumento contratual, analisados no TC-17197/026/06, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

#### **CONTRATAÇÕES PARA OCUPAR CARGOS NA SECRETARIA DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO**

• Representação formulada por Vereador de Legislativo Municipal, informando possíveis irregularidades ocorridas

no Município, no tocante à realização de contratações irregulares para ocupação de cargos na Secretaria da Saúde e Educação.

Não obstante o esforço do Representado, não há como declarar legais os atos praticados por ele, porquanto contrários ao ordenamento jurídico pátrio.

Afora o atraso nos pagamentos dos médicos, as demais falhas não foram sanadas, e algumas delas sequer justificadas, a exemplo da ausência de recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Questão de suma importância, inclusive já decidida pelo Judiciário em primeira instância, diz respeito à inclusão de servidores, por meio de acesso, em carreira diversa, quando, na esteira do art. 37, inc. II, da CF, deveria ser promovido concurso público de provas e títulos.

**TC-3740/04 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 1º/7/08 - DOE de 16/7/08, págs. 18/21. A E. Câmara julgou procedente a representação, aplicando-se à espécie os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Prefeito, à época, a pena de multa no valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, nos termos do inc. II do art. 104 do mesmo diploma legal, por inobservância ao disposto no art. 37, inc. II, da CF.**

#### **DESVIO DE FINALIDADE EM REPASSES EFETUADOS A FUNDO ESPECIAL**

• **Representação formulada por Sargento da Polícia Militar, contra Executivo Municipal, em razão de possíveis irregularidades em repasses efetuados a Fundo Especial de Bombeiros.**

A instrução dos autos demonstrou que no exercício de 2004 houve irregularidade nos repasses efetuados pela Prefeitura ao Fundo Especial de Bombeiros do Município, o que descumpriu as normas da Lei Municipal nº 1996/02 que instituiu referido Fundo.

Dessa forma, restou configurado desvio de finalidade, uma vez que, conforme apurou a Auditoria, não foi transferida ao Fundo a totalidade do valor arrecadado naquele período.

E como bem observou Órgão Técnico, as justificativas apresentadas pela defesa não afasta a incidência da lei municipal em comento, que, inclusive, foi sancionada pelo próprio Prefeito responsável.

**TC-15850/06 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 113/117. A E. Câmara julgou procedente a representação, encaminhando-se cópias de peças dos autos à Prefeitura, nos termos do inc. XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, devendo o Prefeito Municipal informar a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, sobre as providências adotadas, referentes às ilegalidades apontadas, especialmente quanto à apuração de responsabilidades; à Câmara Municipal local, conforme inc. XV do art. 2º do mesmo diploma legal; e ao Ministério Público, para conhecimento.**

#### **ELABORAÇÃO DE PROJETOS E EXECUÇÃO DE ATIVIDADES FORMATIVAS A CONSELHEIROS E DELEGADOS DE CONSELHO**

• **Representação formulada por Vereador, informando possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura, referente à contratação do Instituto para elaboração e execução de atividades formativas aos Conselheiros e Delegados do Conselho do Orçamento Participativo, com dispensa de licitação.**

O Relator alia-se à conclusão expendida pelos Órgãos Técnicos, para condenar o procedimento em apreço, realizado pela Prefeitura.

Com efeito, as disposições expressas nos incisos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8666/93 são exceções à regra geral do dever de licitar e, por isso mesmo, devem conter-se na sua interpretação, e aceitas desde que preenchidos os pressupostos legais que, de fato, dispensem ou inviabilizem a competição. E este não é o caso dos autos.

Como observado na instrução processual, embora o Instituto não vise fins lucrativos e detenha boa reputação, prevê em seu estatuto finalidade que, por sua extensão e generalidade, afasta-o do pressuposto necessário à dispensa licitatória, de que tenha sido criado para o fim buscado pela Administração. Ademais, o preço pactuado não restou justificado, eis que pautado em contratos celebrados pela própria contratada, evidenciando a fragilidade do parâmetro para confirmar a economicidade do termo, apesar de notícias nos autos indicando a existência de outras instituições aptas à consecução do objeto, possibilitando, portanto, a competição, e configurando, via de consequência, flagrante burla ao princípio constitucional insculpido no art. 37, inc. XXI.

**TC-21580/05 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 26/8/08 - DOE de 3/9/08, págs. 57/60. A E. Câmara, por não restarem configuradas as hipóteses de exceções dos arts. 24, inc. XIII, e 25, inc. II, da Lei de Licitações, em flagrante violação ao princípio insculpido no art. 37, inc. XXI, da CF, julgou procedente a representação em exame, bem como irregular o contrato e ilegal a despesa decorrente, determinando o acionamento dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, com fundamento no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, aplicar ao Sr. Prefeito multa no valor correspondente a 200 (duzentas) UFESPs, por descumprimento aos dispositivos constitucionais e legais citados.**

#### **ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO**

• **Representação formulada por Sindicato, informando possíveis irregularidades praticadas na contratação de Empresa de Consultoria e Assessoria, para a prestação de serviços especializados na elaboração e execução do concurso público.**

A despeito de a Lei de Licitações declinar algumas situações em que se pode dispensar ou simplesmente não exigir a instauração de procedimento licitatório, a Administração pública, ao adquirir bens e serviços, deve atentar, basicamente, para dois objetivos: permitir que se selecione a melhor pro-

posta e assegurar aos administrados o direito de disputar a participação nos negócios públicos.

Diante disso, significa dizer que, via de regra, a licitação se impõe, sendo sua ausência, exceção.

No caso específico dos autos, ainda que, na literalidade da norma legal, a Administração pudesse dispensar o competente procedimento licitatório, o que fez nos termos do art. 24, inc. II, da LF nº 8666/93, os objetivos acima delineados não foram observados.

No que se refere ao primeiro aspecto, o Relator observa que não restou consignado nos autos se efetivamente houve economia ao erário no procedimento adotado, uma vez que a Administração não demonstrou o parâmetro adotado para limitar o valor contratado em até R\$8.000,00 e tampouco elaborou qualquer estudo a respeito dos valores a serem arrecadados com as taxas de inscrições. Tais omissões, além de prejudicar a avaliação da razoabilidade dos valores então ajustados, indicam que o único intuito do Administrador foi dispensar a licitação.

Ressalta, ainda, que embora não se trate de hipótese de exigência de projeto básico, a estimativa do montante a ser arrecadado poderia influenciar a elaboração das propostas.

Com relação ao segundo ponto, realmente não restou assegurada a ampla participação no certame, na medida em que não houve qualquer publicidade a respeito do ato praticado.

Por tudo que se expôs, ficou patente que a Administração municipal deixou de observar o contido no art. 37, inc. XXI, da CF e art. 3º da LF nº 8666/93, o que é inescusável nos termos da jurisprudência deste Tribunal.

**TC-2366/08 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 22/10/08, págs. 60/63. A E. Câmara julgou procedente a representação e irregulares a dispensa de licitação e o contrato, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar multa ao responsável no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, nos termos do art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, fixando-lhe o prazo de trinta dias, após o trânsito em julgado da presente decisão, para efetuar o seu recolhimento.**

#### **FALTA DE PAGAMENTO, POR EXECUTIVO MUNICIPAL, À EMPRESA FORNECEDORA DE MEDICAMENTOS**

**• Representação formulada por Indústria Farmacêutica, informando possíveis irregularidades praticadas por Executivo Municipal no tocante à falta de pagamento à Indústria Farmacêutica, concernente ao fornecimento de medicamentos.**

Ao ingressar com a presente representação, a Empresa desejava ver satisfeita a obrigação, decorrente da entrega à Prefeitura, dos medicamentos constantes da nota fiscal nº 15834, no valor de R\$11.385,50, com vencimento em 16/12/2005. Segundo informações constantes dos autos, a obrigação já foi cumprida e, ainda que assim não fosse, caberia à Representante promover as medidas judiciais cabíveis para solucionar esta questão, uma vez que esse tipo de providência não se insere entre as atribuições desta Corte.

De outra parte, ainda que realizada a dívida, o foi tardiamente, configurando desobediência ao preconizado pelo art.

5º da LF nº 8666/93, já que os motivos apresentados pela Origem não lograram afastar a apontada ilegalidade.

Com efeito, sustenta a Prefeitura que o atraso deu-se em virtude da retenção da aludida Nota Fiscal, por faltarem 1.000 unidades do medicamento Capox, prometidos pela Contratada. Entretanto, aludido documento refere-se somente a 551 unidades do produto, tornando insubsistente tal alegação, o que sujeita o Responsável às consequências por esse ato, diante do descumprimento injustificado de comando legal.

**TC-15851/06 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 19/8/08 - DOE de 27/8/08, págs. 60/63. A E. Câmara julgou parcialmente procedente a representação, acionando-se, via de consequência, os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, com fundamento no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, aplicar ao Prefeito à época dos fatos multa no valor correspondente a 100 (cem) UFESPs, por descumprimento ao disposto no art. 5º da Lei Nacional de Licitações.**

#### **FORNECIMENTO DE CESTAS BÁSICAS E VALE-ALIMENTAÇÃO**

**• Representação formulada por Vereadores de Legislativo Municipal, noticiando possíveis irregularidades praticadas por Ex-Diretor e Ex-Diretor Superintendente do Departamento de Água e Esgoto do Município.**

Embora regularizada a impropriedade com a promulgação da Lei Municipal nº 1976/92, o procedimento merece reprovação desta Corte, tendo em vista que os atos foram praticados de forma distanciada dos princípios legais incidentes.

Com efeito, ficou evidenciado nos autos que as cestas básicas fornecidas para os funcionários do Departamento de Água e Esgoto eram em valores e critérios diferenciados em relação àquelas destinadas aos demais servidores do Município, em contrariedade à Lei Municipal que previa isonomia entre todos os beneficiados.

**TC-2272/05 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 22/7/08 - DOE de 30/7/08, págs. 14/17. A E. Câmara julgou procedentes os fatos reportados na inicial, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, impor aos Senhores Ex-Diretor Superintendente e Ex-Diretor do Departamento de Água e Esgoto do Município, respectivamente, pena de multa, fixada no importe equivalente a 100 (cem) UFESPs para cada um, nos termos do inc. II, do art. 104, da referida Lei Complementar.**

#### **IRREGULARIDADES EM CONTRATAÇÕES PARA TRANSPORTE DE ESTUDANTES**

**• Representação formulada por Município, comunicando possíveis irregularidades em contratações para transporte de estudantes.**

O Representante aponta, em síntese, a realização de contratos emergenciais com Empresas por 150 dias prorrogados por mais 60 e 89 dias que, em seu conjunto, violam o prazo limite estabelecido no inc. IV do art. 24 da LF nº 8666/93.

A inicial aponta irregularidades que a Municipalidade não se animou a contestar.

De fato, as cópias de publicação na Imprensa Oficial local comprovam a formalização dos ajustes, assim como o excesso de prazo de vigência das contratações emergenciais.

**TC-697/08 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 63/67. A E. Câmara julgou procedente a Representação, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, diante do desatendimento às notificações procedidas, aplicar a multa prevista no inc. III do art. 104 da mesma Lei, fixada no correspondente pecuniário de 300 (trezentas) UFESPs.**

## IRREGULARIDADES EM DOCUMENTOS FISCAIS

• **Representação formulada por Promotor de Justiça, comunicando possíveis irregularidades em notas fiscais, atribuídas à Empresa.**

É realmente desnecessária nova notificação do Ex-Prefeito responsável. Ele foi pessoalmente notificado, como revela a certidão constante dos autos, ficando ciente do prazo de defesa. Certamente não se manifestou porque não tinha explicação consistente para apresentar.

Quanto aos documentos fiscais constantes dos autos, especialmente os emitidos em 16/4/01, pela mesma empresa e referentes aos mesmos objetos (móveis e utensílios), cujo valor total corresponde a R\$13.677,00, caracteriza-se o indevido fracionamento da despesa, visto que todos estão relacionados ao fornecimento do mesmo objeto, móveis e utensílios, à Prefeitura.

A hipótese é, portanto, de infração ao art. 24, II, da Lei de Licitações (...):

No caso, as Notas Fiscais nºs 779 e 780 já bastam para atingir a alçada de licitação, sendo obrigatória a realização de convite (Lei nº 8666/93, art. 23, II, "a").

O expediente de fracionar a compra, levado a cabo pela Prefeitura, denota fuga da licitação, na hipótese obrigatória por força de lei.

A dispensa da licitação para a compra do objeto em exame somente seria possível se as despesas não ultrapassassem o valor de R\$8.000,00 e não se referissem a parcelas da mesma compra que poderia ser realizada de uma só vez, conforme se depreende da interpretação do art. 24, II, da Lei de Licitações.

**TC-12153/07 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 30/9/08 - DOE de 15/10/08, págs. 58/63. A E. Câmara julgou procedente a representação e irregulares as despesas constantes dos empenhos e notas fiscais juntados aos autos, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

**Decidiu, ainda, impor multa ao Sr. Ex-Prefeito cujo valor, à vista do dano causado ao erário, foi fixado em 200 (duzentas) UFESPs, nos termos do art. 104, II, da referida Lei Complementar, para recolhimento no prazo de trinta dias.**

**Determinou, por fim, o encaminhamento de cópia do acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao Dr. Promotor de Justiça, autor da representação.**

## IRREGULARIDADES NO RECOLHIMENTO DE VALORES DEVIDOS AO INSS

• **Representação formulada por Prefeito, comunicando eventuais irregularidades ocorridas na gestão anterior, referentes ao recolhimento de valores devidos ao INSS.**

É desnecessária nova notificação do Ex-Prefeito do Município, porquanto várias oportunidades já lhe foram dadas para exercer seu direito de defesa.

Quanto aos fatos noticiados pelo atual Prefeito, a Auditoria constatou que, realmente, os recolhimentos de contribuições previdenciárias ao INSS apresentam evidentes divergências e discrepâncias, principalmente entre: (a) os valores calculados com base nas folhas de pagamento e os recursos orçamentários efetivamente empenhados; (b) os valores calculados com base nas folhas de pagamento e os retidos pelo Fundo de Participação dos Municípios (FPM); (c) os valores retidos pelo Município dos salários dos segurados e os empenhados extraorçamentariamente.

O Representado, instado a se manifestar, requereu a suspensão do processo e concessão de novo prazo para juntada de parecer oriundo do INSS. No entanto, como disseram os órgãos técnicos, suas justificativas são insuficientes e desprovidas de comprovação. Além disso, o Tribunal de Contas não poderia ficar à espera de documento cuja obtenção e remessa era de exclusiva responsabilidade do Representado. O requerimento de suspensão do processo foi feito em 20/3/07, portanto há dezessete meses.

Apesar de decorrido tempo suficiente para que o Ex-Prefeito reunisse a documentação de seu interesse, ele não se preocupou em demonstrar, como lhe competia, a regularidade do procedimento adotado. Sequer comprovou que essas diferenças realmente correspondiam à restituição efetivamente amparada pelo art. 89 da Lei nº 8212/91, com a redação que lhe deu a Lei nº 9129/95. Não há memória de cálculos, idônea e lastreada em documentação hábil, que legitime a operação.

O recolhimento a menor à Previdência Social, promovido nesse contexto, não pode ser aprovado. Gera, imediatamente, prejuízo à Previdência. Em um segundo momento, quando corretamente apurada a situação pela fiscalização previdenciária, levará o Município a arcar com a incidência de acréscimos financeiros (juros, atualização) e multa. Pode, até, vir a se caracterizar indevida apropriação, pelo Município, de valores descontados dos servidores e não recolhidos à Previdência.

Nesse contexto, não há como aprovar a atuação administrativa.

**TC-2673/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 63/67. A E. Câmara julgou procedente a representação, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

**Decidiu, também, com fundamento no art. 104, inc.II, da referida Lei Complementar, impor multa ao Ex-Prefeito diante da realização de operação de compensação previdenciária sem o cumprimento das condições previstas na Lei nº 8212/91, especialmente no seu art. 89, com a redação dada pela Lei nº 129/95, e fixou-a, considerando o dano causado ao**

erário, no valor monetário correspondente a 300 (trezentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.

Determinou, por fim, o encaminhamento de cópia integral dos autos ao Ministério Público Federal, à Gerência Regional do INSS e à Superintendência da Caixa Econômica Federal em São Paulo, para conhecimento e providências que eventualmente couberem.

#### PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE RECAPEAMENTO DE ASFALTO

• Representação formulada por Chefe de Assessoria Jurídica Municipal, comunicando que foi instaurado processo administrativo para apurar possíveis irregularidades na prestação dos serviços de recapeamento de asfalto.

Inicialmente, o Relator verifica que o Ex-Prefeito à época dos fatos não se interessou em aproveitar as oportunidades concedidas para trazer aos autos esclarecimentos sobre as impugnações levantadas na prefacial, tampouco contestar as conclusões trazidas pela Auditoria da Casa.

A instrução processual não deixa dúvidas acerca da existência de graves irregularidades relacionadas à prestação dos serviços de recapeamento do asfalto em bairro do Município, por Construtora, no período de setembro de 2000.

Não houve a realização do competente certame, não foi formalizado contrato e não houve empenhamento da despesa, em total afronta às normas regedoras da matéria.

**TC-22113/04 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 59/63.** A E. Câmara julgou procedente a representação em exame, aplicando-se à espécie as disposições contidas nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Decidiu, também, aplicar pena de multa ao Responsável, o Ex-Prefeito do Município, no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs.

#### PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RURAIS

• Representação formulada por Procurador Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual solicita informações sobre possíveis irregularidades ocorridas na contratação realizada pela Prefeitura com Empresa, objetivando a prestação de serviços rurais, bem como de pintura de guias e sarjetas, pelo valor de R\$76.980,00

Restou comprovado nos autos que a presente contratação não foi economicamente vantajosa para a Administração, pois os serviços são de natureza contínua e deveriam ser executados diariamente por funcionários concursados. Foi a própria municipalidade que acarretou o caráter emergencial deste contrato. **TC-36996/05 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 19/8/08 - DOE de 27/8/08, págs. 63/68.** A E. Câmara julgou irregular a matéria em exame e, conseqüentemente, procedente a representação, remetendo-se cópias de peças dos autos à Prefeitura, nos termos do disposto no inc. XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93, devendo o Sr. Prefeito informar a este Tribunal, no prazo de sessenta

dias, sobre as providências adotadas em relação às irregularidades apontadas, especialmente quanto à apuração de responsabilidades, e à Câmara Municipal local, conforme inc. XV, do art. 2º, do mesmo diploma legal.

#### REALIZAÇÃO DE ESTUDOS, PESQUISAS E COOPERAÇÃO TÉCNICA, OBJETIVANDO RECUPERAR VALORES PAGOS A MAIOR NAS CONTAS DE ENERGIA DO MUNICÍPIO E CADASTRAMENTO DOS PONTOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

• Representação formulada por Partido Político, informando possíveis irregularidades praticadas por Executivo Municipal, em procedimento licitatório que objetivou a realização de estudos, pesquisas e cooperação técnica, visando recuperar valores pagos a maior nas contas de energia do município e cadastramento dos pontos de iluminação pública.

Nos termos do art. 113, *caput*, da LC nº 709/93, incumbe aos órgãos da Administração a demonstração da legalidade e regularidade das despesas decorrentes dos contratos que celebrar.

No caso concreto, no entanto, subsistem motivos suficientes para acolher a representação e julgar irregulares os atos em exame.

O primeiro diz respeito à inadequação da modalidade de licitação adotada, o convite. A própria Prefeitura admite que o objeto do certame não era a prestação de serviços de engenharia, razão pela qual foram dispensados projeto básico e planilhas. Como o valor da contratação foi de R\$146.205,07, era de rigor, portanto, a realização de tomada de preços, como decorre do art. 23, II, "b", da Lei nº 8666/93. Ao realizar modalidade mais simplificada de licitação (convite), o Município restringiu a competitividade do certame por duas vertentes; primeiro, porque a divulgação a ser dada à tomada de preços é muito mais ampla que a atribuída aos convites (art. 21 da Lei nº 8666/93); segundo, porque, no caso, nem sequer a publicidade que deve ter o convite foi cumprida, eis que nem todas as empresas convidadas eram do ramo. Ademais, como o caso era de tomada de preços, perde consistência a alegação do Município de que deixou de formular exigências mínimas de habilitação dos interessados porque, em se tratando de convite, os participantes seriam empresas já cadastradas, chamadas pela Prefeitura.

Acresce que a Prefeitura não conseguiu justificar porque os serviços não foram prestados por pessoal do quadro da própria Prefeitura. Sobretudo o cadastramento dos pontos de iluminação pública é tarefa de fácil execução, que guarda grande proximidade com a exercida pelos servidores da Prefeitura que prestam serviços externos.

Nesse contexto, a falta de comprovação da publicação do extrato contratual nos exatos termos do art. 61 da Lei nº 8666/93 atua como reforço à conclusão desfavorável à aprovação dos atos praticados.

**TC-319/07 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 07/11/08, págs.**

113/117. A E. Câmara julgou procedente a representação e irregulares o convite e o contrato, e ilegal o ato ordenador das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.

Decidiu, ainda, nos termos do art. 104, inc. II, da mencionada Lei Complementar, e em face do descumprimento do art. 23, II, “b”, da LF nº 8666/93, impor ao Senhor Prefeito responsável pena de multa fixada no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESPs, à vista do dano causado ao erário pela adoção de modalidade licitatória inadequada, impedindo maior divulgação do certame e, conseqüentemente, cerceando a competitividade, a obtenção da melhor proposta possível e o cumprimento do princípio da economicidade.

Determinou, por fim, em atenção ao expediente constante dos autos, o encaminhamento de cópia do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao eminente Desembargador, nos termos propostos no referido voto.

#### REMESSA DE CONTRATOS E ATOS JURÍDICOS E ANÁLOGOS

- Representação de Unidade Regional deste Tribunal, comunicando o descumprimento das Instruções consolidadas nº 2/02 desta Corte.

Segundo exige o art. 7º, I, das Instruções Consolidadas nº 2/02, as prefeituras devem remeter ao Tribunal de Contas, para efeito de exame, até o dia 15 de cada mês, cópias dos contratos ou atos jurídicos análogos celebrados no mês anterior, caso atinjam o valor que se especifica. Os arts. 8º e posteriores dispõem sobre a forma de apresentação desses documentos e daqueles que lhe são acessórios.

O Prefeito do Município não nega a omissão em que a Administração municipal incorreu.

As justificativas que apresenta para o fato não têm valor, até porque a remessa do contrato para exame do Tribunal de Contas devia ter ocorrido bem antes de o serviço de auditoria tê-lo requisitado, em 28 de setembro de 2007.

TC-A-2350/07 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 11/11/08 - DOE de 26/11/08, págs. 59/63. A E. Câmara, com fundamento no art. 104, inc. III, da LC nº 709/93, aplicou ao Sr. Prefeito multa no valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, quantia que deve ser recolhida no prazo de trinta dias em favor do Fundo de Despesa do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, determinando, ainda, que se dê cumprimento ao disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

Alertou, por fim, ao Sr. Prefeito sobre persistir o dever de encaminhar o contrato em caso, na forma exigida pelas Instruções nº 2/02, já que a cópia do instrumento de contrato não basta para cumprir o quanto dispõem essas Instruções.

## EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL MUNICIPAL

### AGLUTINAÇÃO NO OBJETO DE SERVIÇOS DIFERENCIADOS QUE PODEM SER LICITADOS SEPARADAMENTE

• **Representações formuladas por Empresas, contra Edital de concorrência pública, promovida por Prefeitura, objetivando a contratação de prestação de serviços de engenharia especializada em transporte para o suporte técnico, operacional e gerencial à Prefeitura na gestão da circulação viária e do trânsito e na operação de tráfego.**

É objeto de inconformismo por parte das duas Representantes o fato de a Prefeitura ter aglutinado no objeto do certame os diversos serviços que pretende contratar (...).

Os serviços (de Suporte Técnico) abrangem atividades relativas à: processamento de informações voltadas à obtenção de indicadores para a gestão do trânsito, obtidos do monitoramento realizado através do parque de equipamentos eletrônicos de fiscalização de trânsito e de outras informações geradas nas atividades da Secretaria de Trânsito e Transporte; assistência à Secretaria de Trânsito e Transportes na organização das informações e de indicadores sobre trânsito que auxiliem às suas atividades de gestão do trânsito; assistência à Secretaria de Trânsito e Transportes na definição de estratégias de atuação no controle e monitoramento de trânsito; assistência à Secretaria de Trânsito e Transportes para o desenvolvimento de ações voltadas à melhoria da segurança no trânsito; assistência à Secretaria no desenvolvimento de ações de reordenamento da circulação, ampliação da capacidade viária, otimização dos controles semafóricos, mediante a realização de estudos específicos; desenvolvimento de projetos de sinalização horizontal, vertical, de orientação e semafórica; e, desenvolvimento de projetos de ajustes geométricos de caráter localizados em vias urbanas.

Já os Serviços de Suporte Operacional, na conformidade do subitem 3.4.1 do Anexo I ao Edital compreendem “a realização de um conjunto de serviços de natureza técnica, porém com intensa ação cotidiana e operacional, envolvendo recursos e atuação no sistema viário”.

Tais serviços (de Suporte Técnico Operacional) se relacionam com a “execução de serviços de monitoramento e de apoio às atividades de fiscalização de trânsito realizadas pela Secretaria de Trânsito e Transportes, através do fornecimento de informações e imagens capturadas através de equipamentos eletrônicos próprios instalados em vias urbanas que permitam os registros de: passagem acima de velocidade regulamentada, avanço de sinal vermelho e parada sobre a faixa de pedestre em interseções com controle semafórico; registro de passagem acima de velocidade regulamentada em seções viárias, sem ou com informação da velocidade ao mo-

torista (barreira ou lombada eletrônica”; bem como, aqueles relacionados à: “execução de serviços de monitoramento e de apoio às atividades de fiscalização de trânsito realizadas pela Secretaria de Trânsito e Transportes através do fornecimento de informações e imagens capturadas através de equipamentos eletrônicos portáteis que permitam os seguintes tipos de registros: “registro de dados de infrações de trânsito coletadas por Agentes de Trânsito (coletores portáteis); e, registro de dados de circulação de veículos com emissão de ruídos acima dos valores regulamentados (decibelímetro)”; execução de serviços de apoio à operação semafórica mediante provimento de hardware e software para controle semafórico centralizado e assistência e apoio técnico operacional às equipes da Secretaria de Trânsito e Transportes para operação da Central Semafórica; bem como, a execução de serviços de sinalização horizontal, vertical, de orientação e semafórica; execução de obras de ajustes de geometria de caráter localizado em vias urbanas; e, execução de serviços de defensas metálicas”.

Por sua vez, os Serviços de Suporte Gerencial compreendem atividades inerentes à: execução de serviços de processamento de informações sobre infrações de trânsito oriundas das informações e imagens capturadas pelos sistemas de monitoramento e fiscalização eletrônicos implantados, conforme item II. a desta cláusula e demais infrações de trânsito oriundas de Auto de Infração gerados pelos Agentes de Trânsito; execução de serviços de processamento de dados relativos ao cadastro físico e funcional de elementos de caracterização do tráfego, incluindo provimento de softwares; e, execução de serviços de processamento de dados relativos ao tratamento estatístico de dados de acidente de trânsito.

Dessa leitura se constata que a Prefeitura englobou no objeto serviços diferenciados que poderiam ser licitados separadamente, sem ofertar, como bem ressaltou Órgão Técnico, razões técnicas e/ou econômicas que justificassem esse procedimento.

O precedente invocado pela Municipalidade para dar guarida à aglutinação de serviços, qual seja o TC-13519/026/03, deve ser afastado, uma vez que este Tribunal, recentemente tem decidido no sentido da cisão de objetos da espécie, como ocorreu, por exemplo, nos autos dos processos TCs-42867/026/07 e 43099/026/07, relatados pelo eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, quando se decidiu pela inviabilidade da continuidade da licitação na forma em que se encontrava.

Nessa linha também caminhou este Plenário ao analisar os autos dos TCs-6172/026/08 e TC-6327/026/08, quando foi determinada a cisão do objeto e consideradas procedentes as impugnações que recaíram sobre o Edital.

Frisa o Relator, por oportuno, que a contratação objeto do TC-13519/016/03 foi apreciado por esta Corte e julgado ir-

regular em face da indispensável comparação das propostas, haja vista que das três proponentes, duas foram inabilitadas em face da não satisfação de exigências de capacitação técnica.

Na esteira da manifestação de Órgão Técnico entende que o certame não merece prosperar, cabendo à Prefeitura cindir o objeto em tantos quantos forem viáveis à competição e, nesse sentido, a Área Técnica, elencou aqueles serviços que guardam correlação entre si separando-os dos que merecerem licitações distintas.

Em que pese este posicionamento, que leva à necessidade de anulação do certame, examina os demais quesitos formulados, considerando procedente a representação interposta pela Indústria, Comércio e Serviços, uma vez que além do agrupamento dos serviços, tem-se que a redação do subitem 8.4.3 leva à hipótese de necessidade de prova de capacidade técnica profissional em fornecimento de equipamentos, quanto requer a apresentação de atestado relativo à parcela de maior relevância na conformidade do subitem 8.4.2.

Cabe salientar que “o fornecimento de materiais e equipamentos” não pode ser objeto de exigência para comprovação da capacitação técnico profissional, na conformidade da pacífica jurisprudência da Casa, da qual são exemplos os TCs-21587/026/05 e 9195/026/06.

Considera, ainda, procedente parcialmente a representação ofertada pela Empresa de Tecnologia em Detecções, Comércio, Importação e Exportação, uma vez que as questões suscitadas referentes à ausência de projeto básico, critério de adjudicação, garantia de participação; regularidade fiscal e sanções administrativas atendem o ordenamento legal. Resta procedente, entretanto o questionamento relacionado à aglutinação de serviços, como já enfrentado.

**TCs-337/08 e 9384/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 2/4/08 - DOE de 10/4/08, págs. 56/59. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada pela Indústria, Comércio e Serviços, TC-9384/026/08, e parcialmente procedente aquela protocolada pela Empresa de Tecnologia em Detecções, Comércio, Importação e Exportação, TC-337/010/08, determinando à Prefeitura a anulação da concorrência pública, nos termos do art. 49 da LF nº 8666/93, com a necessária cisão do objeto em lotes, na conformidade com o referido voto.**

Determinou, ainda, à mencionada Prefeitura que, ao elaborar os certames para os serviços pretendidos, observe com rigor o disposto na Lei de Regência e na Jurisprudência desta Corte de Contas, especialmente quanto às exigências de comprovação de capacitação técnico-profissional, evitando que os novos procedimentos a serem promovidos sejam contaminados pelos vícios ora constatados.

Determinou, por fim, seja oficiado às Representantes e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

#### **A OBRIGATORIEDADE DA CONTRATAÇÃO DE CORRETORAS COMO INTERMEDIÁRIAS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DEVE SER AFASTADA**

• **Representação formulada por Companhia, contra Edital de pregão eletrônico, pelo critério do menor preço total por**

**item, realizado por meio da Bolsa Brasileira de Mercadorias, visando à “aquisição de óleos lubrificantes para serem aplicados na frota municipal, destinados à Diretoria de Serviços Municipais”.**

A questão em pauta diz respeito às condições que envolvem a participação em pregões, nas hipóteses em que a Administração se vale do sistema eletrônico disponibilizado pela BBM.

Segundo o Representante, haveria restrição à ampla participação dos interessados; primeiro, pela obrigatoriedade de haver intermediação de uma das Corretoras associadas; segundo, pelo pagamento de taxa de valor pecuniário variável, correspondente sempre a 1,5% do valor da proposta vencedora, para a utilização do sistema eletrônico.

Leitura atenta do voto condutor do julgamento proferido nos autos TC-7683/026/07, (...) aponta para reclamação, à época, da “condição de restrição à participação, uma vez que a formulação de propostas teria como pressuposto o cadastramento da licitante no aludido sistema, gerando, com isso, custos que não se verificam em sistemas análogos, tais como os oferecidos pelo Compras Net, Banco do Brasil ou Bolsa Eletrônica de Compras” e “restrição à competição, uma vez que as interessadas deverão formular lances por meio de corretora de mercadorias associadas à Bolsa, além de incorrer a futura vencedora do certame no pagamento de ‘taxa pela utilização dos recursos da tecnologia da informação’, equivalente a até 2,5% do valor do contrato”.

Sobre a utilização deste ou de outros sistemas disponíveis no mercado, entendeu este Plenário, acolhendo argumentos do E. Relator, que a medida estaria “inserida no campo da discricionariedade da Administração”.

Nesta oportunidade, os custos envolvidos na operação foram considerados adequados à norma (art. 5º, III, *in fine*, da Lei nº 10502/02); primeiro, porque, no caso, tratando-se de registro de preços para a aquisição de material para construção e obra, “o Edital é expresso no sentido de que os custos operacionais do sistema serão repassados à vencedora, acarretando-lhe ônus, se e somente se, o preço registrado vier a ser adquirido”; segundo, porque “não se pode olvidar que a participação em qualquer certame licitatório implica uma série de custos, diretos e/ou indiretos, às empresas interessadas”.

Também foi afastada irregularidade na participação de corretoras no evento, ao argumento de que “a hipótese é de contrato de comissão mercantil, onde as licitantes cometem às corretoras... poderes para, em nome próprio, mas por conta das comitentes, formularem lances, disso decorrendo o pagamento da correspondente taxa de corretagem”.

As demais decisões singulares escoraram-se na supramencionada deliberação para rejeitar novas solicitações de exames prévios de edital.

Esses precedentes são, à evidência, de extrema relevância. De todo modo, diante de outras questões e informações agora existentes, a questão impõe nova reflexão por parte desta Corte; é seu dever manter, aperfeiçoar ou modificar posicionamento antes adotado, máxime à luz do princípio fundamental de que não se deve, em certames licitatórios, impor obstáculos desarrazoados à ampla participação de interessados, devendo limitar-se àqueles legalmente impostos para a segurança do cumprimento das obrigações contratuais.

Fixadas essas premissas, reafirmo que a realização de cer-

tame na modalidade pregão por meio da tecnologia da informação — no caso, o sistema eletrônico — conta, de fato, com o amparo do art. 2º, § 2º, da Lei nº 10520/02 (...). Portanto, não está a Administração, no exercício de sua competência discricionária, impedida de valer-se de tal sistema.

Reitera o Relator, igualmente, que a Lei nº 10520/02 apenas *permite* que os licitantes participem dessa modalidade de pregão mediante intermediação de corretoras habilitadas - art. 2º, § 3º (...).

O Relator está seguro de que a Lei apenas *permite*, mas *não obriga* que os licitantes participem por intermédio de corretoras. Eles podem, perfeitamente, participar diretamente, sem intervenção de corretora.

Sustentar o contrário seria afrontar princípio fundamental das licitações, inserido em sua lei geral; o art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93 é taxativo (...). Tornar indispensável à intervenção da corretora equivaleria a impor ao licitante despesa não necessária para participar do certame, o que serviria para afugentar potenciais interessados, restringindo o caráter competitivo do certame. Além disso, significaria impor a esses potenciais interessados em licitar que depositasse em uma das corretoras que operem o sistema, confiança para agir em nome próprio e administrar a proposta e seus limites, mas por conta deles. E não há como impor aos interessados em participar da licitação que autorizem corretoras a agir por sua conta. A recusa dessa outorga acabaria por afastar potenciais interessados do certame, o que contraria os preceitos legais acima citados. Em suma, a obrigatoriedade da contratação de Corretoras, como intermediárias no procedimento licitatório, deve ser afastada.

Certamente por tudo isso é que a própria Representada acabou por admitir que não há como impor ao potencial licitante que participe do certame mediante corretora: trata-se de “*questão hoje não mais mantida eis que os licitantes podem operar diretamente no sistema, sem estarem diretamente representados por corretora*”. Alias, seguindo orientação do item 5.3 do Edital, informações obtidas por meu Gabinete junto à BBM deram conta de que a participação no pregão, de fato, prescinde da intermediação de uma das corretoras constantes de um rol disponibilizado, via e-mail, ao órgão licitador. É que, em reunião ocorrida em janeiro/08, decidiu-se pela faculdade (e não mais obrigatoriedade) de os licitantes participarem dos certames de forma direta, sendo-lhes, neste caso, disponibilizada senha própria, ou valendo-se da *expertise* de determinada Corretora, eleita do rol que lhe for apresentado. Este, por sinal, é o teor do anúncio contido na cópia de ofício da BBM, encaminhado à Administração (...).

Ocorre que, ainda assim, o subitem 7.2 do Edital desengomadamente continua a impor que as propostas dos licitantes sejam apresentadas por meio de corretora.

Considerando ser este um dos obstáculos aventados pelos eventuais interessados em participar dos certames, bem como as mudanças de rumo anunciadas pela própria BBM, impõe-se a emenda do Edital. Deverá ser trazida à luz a faculdade de participação nos certames de forma direta, em respeito ao princípio da publicidade e transparência, contribuindo para a ampliação do universo de licitantes.

No que tange à cobrança de taxa para a utilização do sistema eletrônico, renova o Relator que a discussão não recai sobre a possibilidade ou não de haver tal pagamento. Não se desconhe-

cem os custos envolvidos com o desenvolvimento de *hardwares* e *softwares*, capacitação de pessoal, manutenção da rede, solução de problemas de desconexão indesejados, dispositivos visando à segurança das negociações, dentre muitos outros.

A respeito trata o art. 5º da Lei nº 10520/02 (...).

A questão cinge-se, portanto, à *observância do limite legal imposto*.

Recorda, a exemplo do quanto disposto no art. 32, § 5º, da Lei nº 8.666/93; eventuais cobranças de valores devem limitar-se a indenização de custos indiretos pela realização do certame, não podendo servir de óbice à livre participação de interessados, assegurando-se, deste modo, que a licitação cumpra seu desígnio: selecionar a proposta mais vantajosa garantindo o princípio constitucional da isonomia.

Mesma interpretação deve ser dada às hipóteses de realização de certames por meio da Tecnologia da Informação. Por outras palavras, o pagamento de taxa pela utilização de tais sistemas eletrônicos *não pode ser superior ao custo de utilização de recursos de tecnologia da informação*.

Na hipótese, ao se instituir taxa de 1,5% sobre a proposta vencedora, estar-se-ia cobrando, sem razões técnicas bastantes, valores distintos pela utilização de um mesmo sistema eletrônico, cuja operacionalização não sofre revés por conta da variação do valor estimativo do certame. Pode, bem por isso, revelar-se obstáculo à competitividade, na medida em que onera desarrazoadamente o lance vencedor da disputa, já que pode alcançar valores significativos, de acordo com a magnitude do certame.

Assim, só não haverá óbice à cobrança de taxa pela utilização dos sistemas eletrônicos desenvolvidos pelo Banco do Brasil, Compras Net, BEC, BBM ou quaisquer outros que estejam ou venham a ser disponibilizados no mercado, se for observado o limite legal imposto.

Admite o Relator que a postura da Administração de se guiar, na definição do valor da taxa, pelos precedentes referidos, poderia, no caso em exame, conduzir à relevação da incorreta estipulação do Edital e à improcedência da impugnação, com a advertência de que o modelo doravante não mais seria tolerado.

Ocorre que subsistiria, de todo modo, a necessidade de corrigir e republicar o edital, diante da censurada imposição de fazer-se o licitante obrigatoriamente representar por corretora.

Nesse contexto, o bom senso recomenda que a correção seja desde logo efetuada.

Pelos mesmos motivos, deve a Administração desde logo promover outras alterações no Edital, para eliminar imperfeições que não foram objeto de impugnação: explicitar, à vista do que consta do convênio com a BBM, que apenas o licitante vencedor arcará com o pagamento da taxa, e não também os demais; explicitar o valor estimado do contrato, consoante recomenda a jurisprudência desta Corte, a permitir a estimar o valor da garantia contratual.

**TC-15934/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão Extraordinária do Tribunal Pleno de 25/6/08 - DOE de 3/7/08, págs. 31/32. O E. Plenário, circunscrito exclusivamente às questões expressamente suscitadas, julgou procedente a representação, para determinar à Prefeitura que, querendo dar seguimento ao certame relativo ao pregão eletrônico, promova a alteração no Edital, estabelecendo, de forma expressa, a faculdade de a participação no certame ser direta, ou por meio da *expertise* das Corretoras, bem como,**

ao ensejo, determinou à Administração que também ajuste o Edital às exigências legais: (a) limitando a cobrança de taxa ao custo de utilização de recursos de tecnologia da informação, nos exatos termos do art. 5º, III, da Lei nº 10520/02; (b) explicitando o valor estimado da contratação, como estabelecido na jurisprudência desta Corte de Contas, e revendo, em decorrência, as prescrições a respeito da garantia contratual.

Recomendou, ainda, à Administração que, à vista do decidido por este Tribunal, reveja os termos do acordo firmado com aquele que se propõe a oferecer-lhe apoio técnico e operacional para a realização do pregão eletrônico que pretende promover, devendo, igualmente, uma vez alterado o edital, ser providenciada a sua republicação, consoante dicação do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.

#### **CLÁUSULAS EDITALÍCIAS RESTRITIVAS NA MEDIDA EM QUE CRIAM OBSTÁCULOS À AMPLA PARTICIPAÇÃO DOS PROPONENTES NO CERTAME**

• **Representação formulada por Companhia, contra Edital de pregão eletrônico, instaurado por Prefeitura, objetivando o registro de preços para aquisição de óleo diesel automotivo, destinado ao uso da frota de veículos da Prefeitura.**

(...) Quanto ao mérito dos questionamentos, minhas conclusões não diferem dos julgados recentes deste Tribunal Pleno nos Processos TCs-15934/026/08 e 24157/026/08, nos quais se considerou procedentes quesitos idênticos aos formulados nesta Representação, mesmo porque intentadas pela mesma representante, contra editais de Prefeituras que seguem os padrões da mencionada Bolsa Brasileira de Mercadorias.

Como evidenciado nos aludidos precedentes as cláusulas editalícias ora contestadas refletem grau de restritividade na medida em que criam obstáculos a ampla participação de proponentes no procedimento.

O subitem 4.6 e a alínea 'a' do subitem 4.7, combinadas com o subitem 6.1, obrigam as interessadas em participar do procedimento a contratar Corretor associado à referida Bolsa, com a outorga ao contratado de instrumento particular de Mandato, com poderes específicos para sua representação no Pregão em questão, impropriedade reconhecida pela própria defesa, que noticia a alteração dos respectivos itens do Edital.

Não obstante, embora a defesa apresentada pela Prefeitura sustente que o Anexo VIII do Edital possibilite a participação dos interessados de forma direta, ou seja, não existindo a obrigatoriedade da contratação do corretor, não é essa constatação que decorre da leitura das disposições que disciplinam o credenciamento e participação de proponentes.

Como bem enfatizado no julgamento do *TC-15934/026/08*. *Vide, nesta Seção, o voto do Relator em "Exames Prévios de Edital - A Obrigatoriedade da Contratação de Corretoras como Intermediária no Procedimento Licitatório, deve ser afastada".*

De igual modo, também imprópria a disposição contida no subitem 4.8, referente ao repasse por parte da futura contratada à "Bolsa de Mercadorias" da taxa de remuneração por seus serviços, no percentual de aproximadamente 1,5% (um e meio por cento) sobre o valor contratual ajustado, a título de utilização dos recursos de tecnologia da informação

Inicialmente, a exemplo do que se concluiu nos mencionados precedentes jurisprudencial, se torna necessário desqualificar a categoria de "taxa" atribuída ao referido recolhimento, sobretudo em razão do sujeito ativo de sua cobrança, que é pessoa jurídica de direito privado.

Nos demais aspectos, a disposição contraria os preceitos estatuídos no § 5º do art. 32 da Lei nº 8666/93, refletido no inc. III do art. 5º da Lei nº 10520/02, que vedam a imposição de recolhimento de taxas ou emolumentos como condição para participação em licitações.

Embora o recolhimento contestado não seja prévio, configura a imposição vedada pela norma, na medida em que é imposto indistintamente aos participantes, a ser recolhida por qualquer deles que se sagrar vencedor da licitação.

Não bastasse tal aspecto, a regra também se configura como antieconômica, sobretudo considerando a real possibilidade de que os licitantes, sabedores da obrigatoriedade do recolhimento, passassem a embutir em suas propostas o custo dele decorrente.

Nessa perspectiva, resta claro que os custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação devem ser limitados à utilização do respectivo sistema, de forma fixa, e não incidente sobre os valores que serão contratados, mesmo porque, existem plataformas eletrônicas que são disponibilizadas de forma gratuita, como é o caso da Bolsa Eletrônica de Mercadorias (BEC) administrada pelo Governo do Estado.

**TC-25128/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 20/8/08 - DOE de 28/8/08, págs. 65/68 - retificada no DOE de 4/9/08, p. 67. O E. Plenário, em preliminar, em conformidade com as correspondentes notas taquigráficas, decidiu negar à Bolsa Brasileira de Mercadorias seu ingresso no feito como terceira interessada e julgou procedente a representação intentada, determinando à Prefeitura a correção do ato convocatório referente ao pregão eletrônico, nos aspectos assinalados no referido voto, devendo os responsáveis pelo certame, após proceder às retificações determinadas, atentar ao disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com a republicação do instrumento e reabertura de prazo para formulação de propostas.**

Determinou, ainda, sejam expedidos ofícios à Representante e à Representada, informando-lhes da presente decisão.

Determinou, também, que, após o trânsito em julgado da matéria, o Cartório promova o desentranhamento dos autos da documentação que constitui o Expediente TC-28027/026/08, encaminhando-a, em seguida, ao Interessado.

Determinou, por fim, a remessa dos autos à Diretoria competente da Casa para subsidiar o exame de eventual contratação que venha decorrer do certame impugnado.

#### **CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO SANITÁRIO**

• **Representação formulada por Empresa, contra Edital de concorrência pública, objetivando a outorga de concessão para exploração do serviço público municipal de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que compreendem**

**o planejamento, a construção, os melhoramentos, a operação e a manutenção das unidades integrantes dos sistemas físicos, operacionais e gerenciais de produção e distribuição de água potável, coleta, afastamento, tratamento e disposição de esgotos sanitários, incluindo a gestão dos sistemas organizacionais, a comercialização dos produtos e serviços envolvidos e o atendimento aos usuários.**

Registra o Relator que, acolhida por este Tribunal a proposta de exame prévio de edital já publicado, determina-se à Administração a suspensão da realização do ato subsequente, no caso a sessão pública de recebimento dos envelopes, a fim de que se possam melhor analisar as reclamações que sobre ele recaíram.

No caso, quer-se crer que a Administração, no intuito de ver resolvida rapidamente a contenda, antecipou-se em acatar as reclamações da representante e a promover, “*sponte própria*”, alterações no Edital, seguida da correspondente publicação. Observa que avisou, desde o início, acerca de cada medida que pretendia adotar, como de fato adotou, demonstrando, com isto, manifesta intenção de acertar, tal como pareceu a Órgão Técnico, não havendo, no caso, indícios de que tenha deliberadamente desacatado ordens deste Tribunal.

Ocupou-se, em verdade, de tentar emendar o Edital, sem, no entanto, dar sequência à etapa subsequente, qual seja, a realização da sessão pública. A juízo do Relator, não seria o caso de aplicação de sanção por conta de eventual desacato à determinação deste Tribunal, embora não se há negar que a Administração, assim agindo, tenha assumido integralmente os riscos decorrentes de sua atuação.

Quanto ao mérito, também verifica, na companhia dos Órgãos Técnicos, que as medidas precipitadamente adotadas pela Administração não lograram atingir o resultado por ela esperado. É certo que retirou do item 48, alínea “e”, do Edital, a restrição referente ao número de atestados por meio do qual se haverá de comprovar a qualificação técnico-operacional. No entanto, manteve no Anexo III, ainda que sob nova roupagem, critérios demasiadamente subjetivos para assegurar a objetividade desejada na classificação das propostas, eis que ali permaneceram elementos indeterminados, a exemplo de “*suficiente/insuficiente*”, “*completo/incompleto*”, “*exame detalhado e especificado da matéria*”.

Recorda o Relator, consoante dicção do art. 3º da Lei nº 8666/93, que o processo e julgamento da licitação devem ser praticados “*em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e de outros que lhes sejam correlatos*”. Impõe-se, assim, que o julgamento das propostas se faça com base em critérios previamente indicados no Edital, evitando-se que fique ao nuto dos membros da Comissão de Licitação. Mas não basta, a toda evidência, que seja eleito um critério de julgamento; deve ser, ainda, *objetivo*, aquele que indica a melhor proposta sem necessidade de qualquer arrazoado, ou justificativa. Este, por sinal, o teor do § 1º do art. 44 da referida lei (...).

Lembro, ainda, que conceitos indeterminados de tal natureza - “adequado” e “insatisfatório” e de “não atendimento” - também não foram admitidos para a análise da metodologia de execução, no julgamento dos TCs-36048 e 36387/026/05.

Considerando que o Edital há de ser emendado, cabe, ainda, *sugerir* à Administração que se inteire da jurisprudência desta Corte, no que diz respeito à compatibilidade entre as exigências de habilitação e o princípio da anualidade (...).

**TC-11942/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 7/5/08 - DOE de 15/5/08, págs. 56/60. O E. Plenário, circunscrito exclusivamente às questões expressamente suscitadas, considerando a perda do objeto com relação à reclamação da exigência de qualificação técnica (item 48, alínea “e” *in fine*, Subseção IV, Seção I, Capítulo III), julgou procedente a representação, determinando à Administração da Prefeitura do Município que, querendo dar seguimento ao certame relativo à concorrência pública, promova a alteração que se faz necessária no Anexo III, providenciando a republicação do aviso do Edital, nos termos do que prescreve o art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

**Determinou, por fim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.**

### **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA CONSTRUÇÃO DE PONTE**

**• Representação formulada por Empresa, contra possíveis irregularidades em Edital de tomada de preços, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para construção de ponte de concreto armado sobre Córrego.**

(...) Preliminarmente, entendo a preocupação da Prefeitura no sentido que a ponte a ser construída deverá ser igual àquela já existente, pois uma estará ao lado da outra.

A exigência de apresentação de Atestado de Capacitação Técnica ou Certidão de Acervo Técnico comprovando a construção de pontes com pré-moldados de concreto armado é pertinente diante das características da obra e do tipo de tecnologia construtiva a ser empregada.

Entretanto, é exagerada a exigência de comprovação de execução de ponte com pré-moldado de concreto armado em aduelas celulares e com canais “L” para a canalização de curso d’água.

As especificações da obra estão perfeitamente demonstradas no Memorial Descritivo e na Planilha de Cálculo. Desta forma, não existe diferença, por exemplo, da experiência na construção de uma ponte com pré-moldado de concreto em aduelas celulares com canais perfil em “L”, de uma construída com perfil em “U” ou “V”, uma vez que a técnica utilizada será a mesma.

Por fim, o Relator considera que no presente caso não há que se falar em complexidade da obra, pois esse tipo de tecnologia é comum para as empresas que atuam na área.

**TC-1290/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 16/7/08 - DOE de 24/7/08, págs. 17/20. O E. Plenário julgou procedente a Representação, determinando à Prefeitura que promova a retificação do Edital de tomada de preços, com a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do disposto no art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

**Determinou, por fim, após as devidas providências, o encaminhamento do processo à Diretoria competente para subsidiar eventual contratação decorrente do certame em tela.**

## CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA READEQUAÇÃO E OPERAÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO CONTROLADO PELO MUNICÍPIO

• **Representação formulada por Construtora, contra Edital de tomada de preços, objetivando a “readequação e operação do atual aterro sanitário controlado pelo Município e implantação do sistema de tratamento de chorume, pelo prazo de seis meses, podendo ser prorrogado por igual período”.**

A Administração não se preocupou em enfrentar as impugnações suscitadas, limitando-se a informar que já havia decretado a paralisação do certame e a encaminhar cópia da documentação a ele relacionada.

Têm razão a Representante e os Órgãos Técnicos quando apontam a existência de diversas impropriedades e incongruências no texto do Edital que serve de norte à licitação por ser realizada.

O Município, para satisfazer o interesse público, pretende a “contratação de empresa especializada para readequação e operação do atual aterro sanitário controlado pelo Município e implantação do sistema de tratamento de chorume”.

Os Anexos I, VII e XI, do Edital revelam que a contratação em perspectiva abrange atividades distintas, como os serviços de operações diárias do aterro sanitário e a construção de nova célula impermeabilizada e de lagoas de tratamento de chorume.

Bem por isso, o emprego, na redação do Edital, do termo “readequação”, para definir o objeto do certame, dá margem a dúvidas, uma vez que o instrumento não contempla qualquer serviço correlato. Portanto, o Edital deve ser retificado, para melhor elucidar o seu significado.

O Relator acompanha a opinião dos Órgãos Técnicos da Corte de que é adversa ao objeto da licitação a parcela de maior relevância indicada para comprovação da qualificação técnica. Mais exatamente, a prevista em seu anexo I e anexo VII, serviços afetos à operação, manutenção e monitoramento do atual aterro sanitário e implantação do sistema de tratamento de chorume, sem qualquer menção à recuperação de área degradada, como predeterminado nos itens 3.1.19.2 e 3.1.19.5 do Edital.

Demais disso, há impropriedade no item 3.1.19.1 que estipula a forma de comprovação da qualificação técnica, pelo fato de a redação do Edital condicionar a demonstração da capacidade operacional através de atestados acompanhados de certidões de acervo técnico.

Recorda o Relator, a respeito, decisão deste Plenário nos autos TC-25061/026/08 (...).

Também acolhe as conclusões dos Órgãos Técnicos de que a exigência de comprovação do vínculo profissional, mediante a apresentação da ficha de registro de empregado com autenticação junto à Delegacia Regional de Trabalho se mostra excessiva, porque extrapola os limites do art. 30

da Lei nº 8666/93, como já decidido por este E. Plenário nos autos dos TCs- 24611/026/08, 24949/026/08 e 24993/026/08.

Contrastando o objeto do Edital e seus Anexos I, VII, XI e XII, também conclui, (...) pela carência de elementos técnicos necessários à formulação das propostas.

Deveras. O teor do item 2 do projeto básico evidencia que o tratamento do chorume abrange a construção das lagoas de

tratamento e, também, a operação e manutenção do monitoramento do chorume, serviços não previstos em quantitativos e custos no cronograma físico-financeiro e na planilha de custos.

Neste contexto, é necessário que a Administração reveja todo o instrumento a fim de especificar, de forma clara, o que se pretende contratar e, por conseguinte, possibilitar correta formulação de propostas.

Também ao ver do Relator, a Representante tem razão quando aduz não ser adequada, para o caso, a modalidade de licitação eleita pela Administração.

Deveras. Discute-se se a tomada de preços é porventura modalidade licitatória ajustada à contratação em foco. Dando-lhe disciplina, a Lei nº 8666/93, em seu

Art. 23, I, b, destinou-a especificamente para contratos de vulto médio, assim considerado o compreendido entre R\$150.000,00 e R\$1.500.000,00, quando se tratar de obras e serviços de engenharia.

Por isso, não deve olvidar a Administração da adoção de alguns cuidados necessários para a escolha da modalidade.

No entanto, não foi o que ocorreu no caso concreto. A Administração deixou de considerar que o valor estimado para a contratação estava próximo do limite mínimo da concorrência, sendo factível a apresentação de propostas com preços superiores à modalidade adotada. Destaca, a propósito, dentre os orçamentos encaminhados por várias empresas, o da Empresa de Engenharia Ambiental, que apresentou sua planilha com o preço estimado em R\$1.549.914,75. Some-se a isso o fato de que a Administração sabia, desde a fase interna da licitação, que o certame, especialmente no que concerne à operação e manutenção do aterro, refere-se a atividades que se estendem no tempo. Assim, já se sabe, de antemão, que o interesse público não será satisfeito no exíguo prazo estipulado de meses, a implicar prorrogação.

E, neste contexto, deve ser adotada modalidade licitatória mais adequada ao escopo e valor do objeto que se pretende contratar.

**TC-39877/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 17/12/08 - DOE de 5/2/09, págs. 61/65. O E. Plenário, circunscrito às questões expressamente suscitadas, julgou procedente a representação, determinando à Prefeitura que, caso queira dar andamento ao certame relativo à tomada de preços, adote as medidas corretivas no edital, indicadas no referido voto, atentando, a seguir, para a sua devida republicação, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

## CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA COLETA DE RESÍDUOS

• **Representações formuladas por Empresas, nas quais comunicam possíveis irregularidades em Edital de pregão presencial, instaurado por Prefeitura, para coleta de resíduos sólidos domiciliares, de feiras-livres e de varrição, hospitalares, tratamento de resíduos hospitalares e de estabelecimentos de área de saúde e outros.**

(...) Apesar das alegações de intenção de realização total dos serviços em disputa, assim como de referir-se à fase de

## CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA CONSTRUÇÃO DE ESCOLA

execução contratual, a possibilidade de emissão de ordens de serviços parciais carece de melhor especificação sobre quais serviços poderão ser executados “em separado”, em que quantidades estimadas, bem assim de regras quanto à redução proporcional do seu valor inicialmente proposto com o resultante ao final das fases de lances e negociação, em atenção ao princípio da igualdade.

A definição da metodologia de execução cabe ao órgão licitador, que é quem detém as informações indispensáveis e conhece as necessidades do Município. A exclusão dessa exigência na fase de habilitação é, portanto, de rigor.

Não obstante afastada infração à Súmula 25, já que prevista a comprovação de vínculo do responsável técnico também mediante contrato de prestação de serviços, a exigência de registro de ficha funcional junto à Delegacia Regional do Trabalho extrapola os limites fixados no art. 30 da Lei nº 8666/93, devendo ser excluída.

A documentação de regularidade ambiental da usina de tratamento somente poderá ser exigida do vencedor do certame, ou de seu subcontratado, em momento que anteceda a formalização do contrato, situação que deverá constar expressamente do edital, em atendimento ao Enunciado nº 14 da Súmula.

Considerando que o instrumento convocatório admite a terceirização do tratamento de resíduos de saúde, resulta inadequada a inclusão da “*operação*” da respectiva usina dentre as parcelas de serviços a comprovar para aferição de capacidade técnica profissional e operacional das proponentes; necessitaria sua exclusão.

Também o visto do órgão de controle profissional (CREA-SP), por tratar de situação relativa à execução contratual, somente poderá ser exigido da licitante vencedora, quando da celebração da avença.

A limitação de data única para visita técnica é considerada fator de restrição à competitividade, sem evidente benefício à Administração, por isso, como já definido na jurisprudência desta Corte, a Municipalidade licitadora deverá reservar-lhe período idêntico ao concedido para divulgação do certame, evitando circunscrevê-la à figura do responsável técnico da empresa.

Por fim, a concessão de poder ao Pregoeiro para definição, a seu exclusivo critério, do valor mínimo de redução entre lances implica em sensível redução na objetividade do julgamento, além de inclusão de regra não prevista no ato convocatório, em afronta aos princípios da igualdade e da impessoalidade.

**TCs-24611/08, 24949/08 e 24993/08 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 27/8/08 - DOE de 4/9/08, págs. 64/67. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as representações, determinando à Prefeitura que proceda às necessárias correções do instrumento convocatório do pregão presencial (Processo 1272/07), e sua republicação, nos termos do § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93.**

**Decidiu, ainda, o E. Plenário, à margem da decisão, em face do desatendimento parcial à diligência determinada no decreto de suspensão, impor ao responsável, Sr. Prefeito, a pena de multa prevista no inc. III do art. 104 da LC nº 709/93, que foi fixada no valor correspondente a 100 (cem) UFESPs.**

• **Representação formulada por Empresa, contra Edital de concorrência pública, instaurada por Executivo Municipal, objetivando a contratação de empresa para executar a construção de escola.**

A questão analisada no presente feito se assemelha a diversos precedentes julgados por este Corte, os quais retratam impugnações incidentes sobre editais licitatórios de algumas Prefeituras, decorrentes de convênios firmados com a Fundação para o Desenvolvimento da Educação do Estado, com o objetivo de repasses de recursos para edificação ou reforma de prédios escolares.

Nos aludidos precedentes verificou-se que as Administrações representadas se utilizaram de regras padrões de editais do agente financiador (FDE), que a par de estabelecerem critérios adjudicatórios de menor preço global, exigiam que as interessadas apresentassem planilha de preços unitários com detalhamento do BDI, demonstrativo dos percentuais relativos a leis sociais e trabalhistas, cronograma físico e financeiro, “*Curva ABC*” de insumos de mão-de-obra.

Embora os certames adotassem como critério de julgamento o menor preço global, as referidas demonstrações sobre os preços unitários serviam de base para a verificação da exequibilidade das propostas, extrapolando o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei nº 8666/93, que estabelecem regras objetivas para a finalidade pretendida pela Administração.

No caso presente, embora o Edital não preveja a chamada “*Curva ABC*”, incorpora a obrigação de apresentação da composição de preços unitários por meio dos demais demonstrativos acima referidos, inclusive BDI (Benefícios e Despesas Indiretas), exatamente como ocorria nos editais que seguiam o padrão da FDE.

A rigor do texto editalício, além dessa diferença, na situação vertente não existe a previsão no edital da verificação de exequibilidade das propostas a partir das demonstrações exigidas referentes aos preços unitários, havendo apenas a previsão de desclassificação de propostas que não guardem conformidade com os termos do Edital.

Não obstante, em que pese não haver previsão de desclassificação de propostas tidas como inexequíveis a partir das demonstrações contestadas pela Representante, existe a necessidade de indicação do detalhamento dos preços unitários, repudiada em decisões anteriores desta Corte, podendo causar a exclusão dos licitantes que não cumpram esse aspecto do Edital.

De outra parte, as referidas exigências em relação à proposta devem possuir alguma finalidade, caso contrário seriam disposições inócuas constantes do edital, servindo apenas para dificultar a oferta de preços pelos interessados.

Muito embora a Prefeitura tenha enfatizado que o julgamento do certame será pelo menor preço global, é fato que o Edital tem como requisito o detalhamento dos preços unitários pelas proponentes, inclusive com a demonstração do BDI, merecendo, pois, sua retificação nesse aspecto específico (...).

**TC-960/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 14/5/08 - DOE de 29/5/08, págs. 72/76. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada, de-**

terminando à Prefeitura que exclua do Edital da concorrência pública as impugnações referentes à proposta financeira, as demonstrações de composição analítica de preços unitários e a composição do BDI (Benefício de Despesas Indiretas), devendo atentar, após as retificações determinadas, para o disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com republicação do instrumento e reabertura de prazo para formulação de propostas.

Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários, devendo, em seguida, os autos serem encaminhados à Diretoria competente da Casa, para subsidiar eventual contratação que venha resultar do certame impugnado.

### CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE OPERAÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO

• Representação formulada por Empresa, contra Edital de concorrência, instaurada por Executivo Municipal, objetivando a contratação de empresa para execução de serviços de operação de aterro sanitário.

As representações, assim como a defesa, sofreram análise dos Órgãos Técnicos, que consideraram procedentes as seguintes impugnações:

a) momento de exigir as certidões, uma vez que a Prefeitura, embora tenha reconhecido o erro, não comprovou ter reformulado o Edital neste ponto;

b) situação de regularidade fiscal. Lembra Órgão Técnico a "... Súmula 14, no sentido de que a apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só é devida 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".

O Relator considera parcialmente procedente, acolhendo as opiniões dos órgãos técnicos da Casa (...).

TC-30977/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 24/9/08 - DOE de 3/10/08, págs. 21/27. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as representações, determinando à Prefeitura que retifique o Edital da concorrência, nos itens e subitens assinalados no voto do Relator, devendo a referida Prefeitura, na retificação do Edital, analisar os demais itens não impugnados, com vistas a eliminar eventuais afrontas à Legislação e à Jurisprudência, observando, ainda, o prazo legal estabelecido pelo art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, para republicação do novo edital.

### CONTRATAÇÃO DE LABORATÓRIO PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE PATOLOGIA CLÍNICA, CITOLOGIA E ANATOMIA PATOLÓGICA

• Representação formulada por Laboratório, informando possíveis irregularidades em Edital de concorrência, instaurada por Executivo Municipal, objetivando a contratação de laboratório para a execução de serviços de patologia clínica, citologia e anatomia patológica para os usuários do Sistema Único de Saúde.

Como bem disseram os órgãos da Casa o tipo de licitação técnica e preço não é o adequado.

O art. 46 da Lei nº 8666/93 prevê a adoção desse tipo de licitação exclusivamente para os serviços de natureza predominantemente intelectual, o que não está caracterizado no presente caso, pois pretende a Prefeitura contratar laboratório para execução de serviços laboratoriais.

Não há que se falar que o objeto se enquadra na exceção do § 3º do art. 46, porque, de fato não se trata de prestação de serviços que majoritariamente dependam de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito.

TC-32506/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 1º/10/08 - DOE de 9/10/08, págs. 65/67. O E. Plenário julgou procedente a representação, determinando à Prefeitura a anulação da concorrência, para fins de adequação do tipo de licitação, devendo a Prefeitura, caso abra novo certame, atentar quanto aos demais itens impugnados, para eventual afronta à LF nº 8666/93 e às Súmulas deste Tribunal.

Determinou, por fim, o encaminhamento aos Conselheiros Fulvio Julião Biazzi e Edgard Camargo Rodrigues de cópia do relatório e voto apresentados pelo Relator, para subsidiar a instrução das contratações diretas realizadas pela mencionada Prefeitura para os mesmos serviços pretendidos no Edital em tela, abrigadas nos TCs-18222/026/08 e 29456/026/08.

### CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA E EQUIPAMENTOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE LIMPEZA PÚBLICA

• Representação formulada por Empresas, contra Edital de concorrência pública, promovida por Executivo Municipal, visando a "contratação de empresas para fornecimento de serviços de mão-de-obra e equipamentos para prestação de serviços de limpeza pública referente à poda de árvores, corte e recolhimento de galhos, capinação de lotes urbanos públicos e privados e manutenção de praças, jardins e margens de córregos e rios".

Procedentes são as impugnações da Prestadora de Serviços e Construções que incidiram sobre:

- Alíneas 'b' e 'd', do subitem 5.2, que impedem a participação no certame de empresas em débito com a Prefeitura (b), e de empresa inadimplente ou que tiver contrato rescindido (d).

Em que pese os argumentos aduzidos pela Prefeitura, essas previsões não encontram respaldo na norma de regência.

Como bem disse Órgão Técnico, a existência de débito junto ao órgão licitante, não pode afastar do procedimento possíveis interessados, sendo certo, que de acordo com o inc. III do art. 29 da Lei de Licitações, a prova de regularidade fiscal exigida recai sobre a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, disposições essas contidas nos subitens 6.2.2.3, 6.2.2.4 e 6.2.2.5 do Edital.

De igual modo, não pode prevalecer a vedação de participação no certame de empresa inadimplente ou que tiver seu contrato rescindido, isto porque, embora a suspensão temporária esteja prevista nas hipóteses de sanções administrativas, consoante inc. III do art. 87 do Estatuto de Licitações, tais fatos por si só, não são suficientes para justificar esse impedimento.

Portanto, caberá a Prefeitura excluir do Edital a previsão

contida no subitem 5.2, alínea 'b' e parte da alínea 'd' relativa à proibição de participação de empresa inadimplente ou que tiver contrato rescindido, adequando o citado subitem aos exatos termos do art. 87 da Lei de Licitações.

- Subitens 6.2.4.1.1 e 6.2.4.2.2, relativos às exigências de qualificação técnica, que não especificam as parcelas de maior relevância, e exige a comprovação da capacidade operacional em 50% das quantidades previstas, para todos os itens do objeto licitado.

Entendo que assiste razão a Representante quando reclama que a ausência de identificação no edital das parcelas de maior relevância para demonstrar a experiência anterior das licitantes, pode ocasionar um julgamento subjetivo.

Assim, embora a comprovação de quantitativo mínimo de cinquenta por cento em relação ao objeto licitado esteja de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, consolidada na Súmula de nº 24, as justificativas apresentadas pela Prefeitura quanto a essas exigências não pode prevalecer.

Aliás, em seus esclarecimentos o Senhor Prefeito indicou que os serviços de poda de árvores e corte de galhos e a manutenção das margens de córregos dos rios, são as atividades que exigem supervisão de um profissional engenheiro agrônomo ou florestal.

Dessa forma, caberá a Municipalidade definir claramente no Edital as parcelas de maior relevância do objeto licitado, que deverão ser demonstradas pelas licitantes para comprovação de aptidão técnica operacional (...).

Procedente em parte a impugnação Empresa de Serviços que recai sobre os requisitos de qualificação técnica previstos nos subitens 6.2.4.2.3 e 6.2.4.2.4 que exigem como prova de qualificação técnica profissional, respectivamente, que a empresa possua em seu quadro permanente, Engenheiro Agrônomo ou Florestal, com registro no CREA, e que a comprovação do vínculo profissional do responsável técnico seja feita pela certidão de registro e quitação do CREA com validade na data da licitação.

Considerando as características do objeto pretendido pela Municipalidade, não vislumbra o Relator qualquer ilegalidade na imposição da licitante possuir em seu quadro de funcionários, Engenheiro Agrônomo ou Florestal, devidamente registrado no CREA.

Na verdade, ao contrário do que apontou a Representante, a exigência de registro no CREA recai somente sobre o profissional, responsável técnico, e não sobre as empresas licitantes, não havendo qualquer ilegalidade no Edital quanto a esse aspecto.

O único ponto que merece ser revisto pela Prefeitura quanto a tais disposições diz respeito à parte final do subitem 6.2.4.2.4 que permite a comprovação de vínculo profissional mediante a quitação do CREA, vez que extrapola as hipóteses prevista no art. 30 da Lei de Licitações, além de contrariar a Súmula nº 28 (...).

Ainda, com relação ao aludido subitem 6.2.4.2.4 necessário também que seja adequado aos exatos termos da Súmula de jurisprudência de nº 25 desta Corte, permitindo que a comprovação de vínculo profissional possa se dar mediante *“contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços”*.

TCs-15802/08 e 16003/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 28/5/08 - DOE de 5/6/08, págs. 64/68. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as Representações, determinando à Prefeitura que exclua do Edital da concorrência pública a previsão contida na alínea “b” do subitem 5.2; retire da alínea “d” do subitem 5.2 a proibição relativa à participação de empresa inadimplente ou que tiver contrato rescindido, adequando o citado subitem aos exatos termos do art. 87 da Lei de Licitações; estabeleça claramente no ato convocatório as parcelas de maior relevância do objeto licitado, que deverão ser demonstradas pelas licitantes para comprovação de aptidão técnica operacional; altere a redação do subitem 6.2.4.2.4, excluindo a hipótese de apresentação de quitação do CREA, como comprovação do vínculo profissional, vez que contrária à Súmula nº 28 desta Corte de Contas; e adequa a redação de citado subitem 6.2.4.2.4 aos exatos termos da Súmula nº 25 permitindo que a comprovação de vínculo profissional possa se dar mediante *“contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços”*.

Alertou, ainda, ao Senhor Prefeito do mencionado Município que, após proceder à retificação necessária, atente ao disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93.

Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios às Representantes e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente Decisão, encaminhando-se os autos, ao final, à Diretoria Competente da Casa, para subsidiar eventual contratação que venha resultar de procedimento licitatório.

#### CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA PARA REFORMA DE ESTÁDIO

• Representação formulada por Empresa de Engenharia e Construções, contra possíveis irregularidades em Edital de tomada de preços que tem por objeto a contratação de serviços de engenharia, para reforma do Estádio, com o fornecimento de materiais, mão-de-obra, equipamentos e tudo o mais que se fizer bom e necessário para a execução dos serviços.

Como bem explicaram os Órgãos Técnicos, não há que se falar em inexistência de projeto básico. As informações constantes do Edital propiciam condições à elaboração das propostas e do projeto executivo.

Diante do que dispõe os arts. 7º e 9º da Lei nº 8666/93, o Relator também não vê óbice na elaboração de projeto executivo como encargo do contratado de forma concomitante com a execução das obras e serviços.

Por outro lado, o Edital merece reparos quanto à falta de detalhamento dos serviços referentes ao projeto de instalações elétricas da nova entrada de energia, inclusive em planilha de quantidades e preços.

TC-627/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 9/4/08 - DOE de 18/4/08, págs. 41/43. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a Representação, determinando à Prefeitura que retifique o Edital da

tomada de preços no tocante à falta de detalhamento dos serviços referentes ao projeto de instalações elétricas da nova entrada de energia, inclusive em planilha de quantidades e preços, assim como os demais a ele relacionados, republicando-o para atender ao disposto no art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.

Determinou, outrossim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

### CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIALIZADO NA ADMINISTRAÇÃO E GERENCIAMENTO DE DOCUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO

• Representação formulada por Empresa, contra Edital de pregão eletrônico, do tipo menor preço, lançado com objetivo de contratar empresa especializada na administração e gerenciamento de documento de legitimação (cartões eletrônicos, magnéticos ou outros oriundos de tecnologia adequada, munidos de senha de acesso por uso pessoal e intransferível), para aquisição de produtos de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais (supermercados, armazéns, mercearias, açougues, peixarias, hortimercados, comércio de laticínios e/ou frios, padarias e similares), destinados a servidores ativos e funcionários inativos do quadro de pessoal.

(...) No mérito, volta-se a inicial contra a exigência de participação na licitação por meio de corretora vinculada à mencionada entidade, bem como o pagamento, pelo vencedor do certame, de percentual de 1,5% (um e meio por cento) sobre o valor final da operação (valor adjudicado), a título de taxa pela utilização dos recursos de tecnologia da informação (art. 5º, inc. III, Lei nº 10520/02).

Em duas ocasiões recentes, a que fiz menção, este Plenário acolheu Representações de teor semelhante, para determinar às respectivas Administrações que, querendo dar prosseguimento às respectivas licitações, promovessem a alteração dos editais estabelecendo, de forma expressa, a faculdade de a participação nos certames ser direta ou por meio de operadoras, bem como limitassem a cobrança de taxa ao custo de utilização de recursos de tecnologia da informação, nos exatos termos do art. 5º, III, da Lei nº 10520/02, dentre outras providências e recomendações.

TC-1353/08 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 20/8/08 - DOE de 28/8/08, págs. 65/68 - retificada no DOE de 4/9/08, p. 67. O E. Plenário, em preliminar, rejeitou a pretensão formulada pela Bolsa Brasileira de Mercadorias de ingresso nos autos na qualidade de terceira interessada e, no mérito, julgou procedente a representação proposta pela Empresa de Serviços, para o fim de confirmar os efeitos da liminar concedida e determinar a retificação do Edital do pregão eletrônico, lançado pela Prefeitura, que direta ou indiretamente sujeitem interessados à participação do certame apenas por meio de corretoras associadas à Bolsa Brasileira de Mercadorias, bem como submetam a vencedora à cobrança de percentual de 1,5 % incidente sobre o valor contratual ajustado, com republicação do texto e reabertura do prazo para formulação de propostas, nos termos do § 4º, do art. 21, da LF nº 8666/93.

### CONTRATAÇÃO DIRETA A “TÍTULO INEXHAURÍVEL”

• Representação formulada por Empresa, contra Edital de concorrência, instaurada por Executivo Municipal, visando a “concessão para execução de serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros, por ônibus e microônibus, incluindo lote de veículos para operação do serviço”.

O art. 14 da Lei nº 8987/95 impõe às concessões de serviços públicos realização prévia de regular certame licitatório, à luz dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Daí porque o Relator considera inadmissível a existência de inúmeras contratações diretas a “título inexaurível”, que, segundo afirmação da ilustrada Área Técnica, já persiste pelos últimos 20 anos.

E, ainda que se pudesse compadecer da situação vivenciada pela Administração Municipal, por conta das notícias trazidas em outras oportunidades, de que seria refém de cartel que reiteradamente impõe obstáculos à realização de certames, não se há de afastar a responsabilidade do próprio administrador que, por incúria -- quer-se crer -- teima em incidir, também de forma recorrente, nos mesmos vícios já apontados anteriormente por este Tribunal.

Sob outro aspecto, poder-se-ia inferir que a despeito de poder aproveitar as diretrizes já ditadas por este Tribunal, no que diz respeito às retificações visando ao aprimoramento do instrumento convocatório, a Administração, ao reprimir itens editalícios já condenados, sinaliza pretensão de assumir toda e qualquer responsabilidade pelas contratações diretas, ainda que resultem grave lesão à ordem pública, ao impedir a plena eficácia do princípio da obrigatoriedade da realização de licitação para a concessão de serviços públicos.

Registra o Relator, neste sentido, a ausência de apresentação de contestação às críticas apresentadas na representação, ainda que lhe tenha sido oferecido prazo para o exercício do contraditório e ampla defesa.

Considerando este cenário, passa à análise dos pontos impugnados.

Fica na boa companhia dos Órgãos Técnicos quando aduzem estarem preclusas as arguições referentes à ausência de ato de justificação prévia, reclamado pelo art. 5º, da Lei de Concessões; à falta de regulamentação da Lei Municipal nº 1265/04; à ausência de cláusulas obrigatórias reclamadas pelo art. 23 da Lei de Concessões, mais especificamente o critério de reajuste das tarifas, a indicação de um modelo de planilha de custos para se pleitear o reajuste, a previsão quanto aos bens reversíveis ao final da concessão e a estimativa do número de passageiros. Não haveria, de fato, porque submetê-las novamente à análise deste Plenário, eis que as razões de decidir anteriores ajustam-se a estas arguições na medida exata.

No mais, a Representante deduz ser inexequível o contrato por conta da aferição de lucratividade mínima para a satisfação do interesse público envolvido, destoante da essência própria da atividade empresarial. Acertam os Órgãos Técnicos quando aduzem que tal insurgência não pode ser objeto de análise segura em sede de exame prévio de edital, por conta de natural limitação e do caráter sumário desse procedimento, que não

dá margem à necessária investigação a respeito de todas as indagações pertinentes.

Em verdade, cabe a cada qual dos interessados decidir quanto à conveniência e oportunidade de sua participação, daí não prosperando qualquer entendimento de que eventual incompatibilidade entre o interesse do licitante e a necessidade da Administração revelaria, por si só, caráter restritivo à ampla participação de interessados. A questão há que ficar reservada para avaliação nos autos do exame dos termos contratuais que eventualmente vierem a ser celebrados.

Também acertam os Órgãos Técnicos quando aduzem que a obrigatoriedade de instalação de garagem no Município no prazo de 180 dias da assinatura do contrato não é exigência desconhecida deste Plenário. E ainda que se possa admitir que a prestação do serviço de transporte coletivo prescindia da obrigatoriedade de se instalar garagem no próprio Município, são plausíveis, de outra sorte, as palavras de Área Técnica de que exigência da espécie não é desarrazoada, se considerarmos a pertinência com o objeto licitado, a obrigatoriedade de cumprimento por parte tão-somente do contratado e a razoabilidade do prazo fixado para sua instalação, de seis meses.

De todo modo, a redação do Edital é equívoca a respeito da exigência. É, portanto, caso de promover a Administração a promover sua alteração, para tornar incontroverso que não se trata de exigência para participação no certame e que a apresentação da planta aprovada e a prova da disponibilização da garagem devem ocorrer até 180 dias da celebração do ajuste.

A visita técnica, ainda que conte com o amparo do art. 30, III, da Lei nº 8666/93, aplicado subsidiariamente à hipótese, há de ser fixada de maneira que seja preservado o prazo mínimo legal entre a última publicação do Edital e a data fixada para a sessão de recebimento das propostas. Como feito no Edital em causa, eventuais interessados que tomarem conhecimento do Edital depois da data aprazada, mas dentro do prazo mínimo que a lei exige para sua divulgação, já não terão como realizá-la.

Assim, e ainda que uma vez mais se repudie a *perenização* das contratações diretas noticiada pela Assessoria Técnica, que já dura 20 anos, não há como deixar de emendar o Edital, uma vez mais, já que procedente, em parte, a representação.

**TC-8536/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 9/4/08 - DOE de 18/4/08, págs. 41/43. O E. Plenário, circunscrito exclusivamente às questões expressamente suscitadas, julgou parcialmente procedente a representação, determinando ao Senhor Prefeito que promova as devidas alterações no Edital da concorrência, na conformidade com o referido voto, republicando oportunamente o Edital.**

**Decidiu, também, considerando a perpetuação de vícios anteriormente rechaçados por esta Corte de Contas, bem como o descumprimento, pelo edital, de prescrições legais incidentes, apontadas no voto do Relator, impor ao Senhor Prefeito responsável, com fundamento no art. 104, incs. II e III, da LC nº 709/93, pena de multa, cujo valor, em face do dano causado ao erário, foi fixada no valor correspondente a 1000 (hum mil) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.**

**Decidiu, por fim, seja encaminhada cópia do Acórdão e das respectivas notas taquigráficas ao Ministério Público, para as providências que a DD. Instituição reputar cabíveis, nos termos do deliberado, durante os debates, pelo E. Plenário.**

## EXECUÇÃO DE SERVIÇOS INTEGRADOS DE LIMPEZA PÚBLICA NO MUNICÍPIO

**• Representações formuladas por Empresas, contra os termos do Edital de Concorrência, instaurada por Prefeitura, com o fim de contratar empresa especializada na execução de serviços integrados de limpeza pública no Município, com fornecimento de todos os equipamentos, materiais e mão-de-obra necessária.**

(...) Inicialmente, de se observar que, embora o objetivo maior da Administração esteja concentrado na descrição dos serviços acima, traz em seu bojo atividade sem qualquer relação de dependência com a limpeza urbana. O Relator refere-se aos serviços de vigilância que a Prefeitura quer ver implantado no aterro sanitário da Cidade, e que só podem ser executados por empresas especializadas e estabelecimentos financeiros, que disponham de serviços organizados de vigilância ou quando contratem aquelas primeiras, nos termos do que dispõe a LF nº 7102/83 e suas alterações. A pretensão da Prefeitura em ver preservado o aterro sanitário deve ser satisfeita de forma a não impedir a competitividade na disputa pela execução dos serviços principais.

As demais atividades que integram o sistema de limpeza pública, listadas no subitem 1.2 do Edital, encontram respaldo na Lei Federal nº 11445/07, que traça diretrizes nacionais para o saneamento básico, daí porque o Relator não vê motivos para determinar a anulação do certame, mas apenas excluir do Edital as solicitações de prova de experiência anterior atinentes à vigilância e outras que com elas guardem correlação. Ainda que uma das Representantes entenda que o tratamento de resíduos de serviços de saúde restrinja o leque de potenciais interessados no pleito, são serviços coesos às demais atividades que compõem o objeto, sendo improcedente o pedido de sua divisão, mesmo que vedada a participação de empresas associadas em consórcio, escolha discricionária da Administração.

Relativamente à possibilidade, e não-obrigatoriedade, do reajustamento dos valores contratados, e da aferição da aceitabilidade dos preços, tanto durante o procedimento licitatório quanto na fase de execução contratual, podendo ensejar a desclassificação da proposta conforme consignado no Edital, apesar de as redações neles inseridas ter gerado dúvidas à licitante, o reajuste dos valores após doze meses, contados a partir da entrega das propostas, está assegurado nos subitens 13.1 e 13.2 do edital e cláusula 7ª da minuta contratual, a menos que decorra determinação diversa do Governo Federal. Quanto ao item 11, apesar de inusual, a Origem tratou no mesmo tópico a verificação da aceitabilidade das propostas, e de eventual necessidade de reequilíbrio dos preços durante a execução do ajuste, atos previstos na norma reguladora. Quanto a isso, é aconselhável à Origem que aperfeiçoe a redação, visando separar os dois assuntos.

Tal qual Órgão Técnico, o Relator nega a existência de ilegitimidade na cumulação de prova de capital social e garantia de participação, contudo, deve a Origem estabelecer tais valores com base no período da vigência dos créditos orçamentários, e não ter em mira somente o percentual legalmente estipulado.

A importância dada pela Prefeitura ao capital social das participantes, não deve extrapolar os limites do art. 31 da nor-

ma reguladora da matéria. Esta Casa tem condenado a exigência de capital integralizado, conforme julgado colacionado por Órgão Técnico, assim como a apresentação de certidão expedida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo também contrária nossa jurisprudência, razão porque devem ser extirpadas do Edital.

As cláusulas do edital que mais sofreram críticas relacionam-se às exigências voltadas à demonstração da capacidade técnica, identificadas no item 7.1.5, seus subitens e alíneas. E de fato, contém algumas imposições que dificilmente poderiam ser satisfeitas pelas licitantes, mormente diante da opção da Administração em vedar a participação de consórcios no certame, e por eleger como parcela de maior relevância atividade que, rotineiramente, pode ser executada por terceiros, sem qualquer prejuízo à Municipalidade, como é o caso dos serviços de esgotamento de fossas e sumidouros, inviabilizando a comprovação de experiência anterior pelas empresas participantes, além de extrapolar os quantitativos mínimos eleitos pela Súmula 24, caso das alíneas “b.1” e “b.11”, esta última reconhecida pela defesa, e “b.2” e “b.3”, que se encontram inadequadamente unificadas na planilha de quantitativos e preços que integra o Edital.

De se notar, ainda, nova censura a respeito das prescrições das alíneas “b.3” e “e. 3”, por condicionarem a prova de execução anterior em serviços de tratamento e destinação final dos resíduos provenientes dos serviços de saúde, acompanhado das respectivas licenças emitidas por órgão ambiental competente. Pensa o Relator não se tratar de burla ao conteúdo da Súmula nº14, já que nesta hipótese a licença não se refere a futuro contrato, mas a serviços já prestados, não havendo, em tese, qualquer dificuldade na sua apresentação, por empresa que já tenha prestado mencionado serviço. De qualquer maneira, a exigência é restritiva, na medida em que obriga aos licitantes que não possuam o local onde foram executados os serviços de tratamento e destinação final, socorrerem-se de documentos pertencentes a terceiros alheios à disputa.

Do mesmo modo, padecem de vícios as alíneas “e. 7” a “e.10”, por requisitarem do profissional experiência consistente no fornecimento de equipes de serviços e que, conforme julgado trazido por Órgão Técnico (TC-16589/026/08), esta prova há de recair sobre a empresa licitante.

Procedem, igualmente, as insurgências contra as regras expressas nas alíneas “j” e “m” do aludido subitem. A primeira, por designar data e horário específico para a realização da visita técnica, prática sistematicamente condenada por este Tribunal, agravada com a antecipação do cumprimento do preconizado pelo art. 30, inc. I, da LF nº 8666/93, já que estabelece a obrigatoriedade do responsável técnico da empresa licitante realizar esta tarefa, contrariando, neste aspecto, a alegação da defesa. A segunda, por solicitar declaração ou atestado expedido por órgão de controle do meio ambiente, passível de ser exigido tão-somente da contratada, nos termos da Súmula nº14.

A apresentação de metodologia de execução como critério de habilitação também não merece guarida, o que torna sem grande valia discutir o evidente subjetivismo inerente aos critérios de aceitabilidade do plano de trabalho a ser apresentado pelas proponentes e calcado nas premissas contidas nos subitens 7.1.5.1.1 a 7.1.5.1.3, até porque a tendência deste Tribunal têm sido banidas dos editais que não versem sobre serviços de alta complexidade e

vulto, como estes em causa. Neste sentido, há até a Súmula nº21 vedando a utilização de licitação do tipo “técnica e preço” para a coleta de lixo e implantação de aterro sanitário.

Em relação ao item subsequente, 7.1.6, “a”, e considerando o argumento da defesa, compete-lhe fazer as devidas adaptações, a fim de eliminar ambiguidades na interpretação da cláusula.

**TCs-24276/08, 24612/08, 24640/08, 24819/08, 24924/08 e 24941/08 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 6/8/08 - DOE de 21/8/08, págs. 58/66. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as representações intentadas pelas Empresas de Limpeza e Engenharia, Construções e Saneamento Ambiental, e procedentes aquelas deduzidas pelas: Construtora e Pavimentadora, Ambiental Serviços de Limpeza Pública e Privada e Comércio e Construções, determinando à Prefeitura que efetue as alterações destacadas no corpo do voto do Relator, sem prejuízo da recomendação proposta quanto ao item 11.**

**Decidiu, ainda, em face da inobservância ao disposto no art. 3º, § 1º, inc. I, da LF nº 8666/93, com fundamento no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, aplicar ao Prefeito, multa no valor correspondente a 500 (quinhentas) UFESPs.**

**Determinou, por fim, à Origem que reavalie todas as demais regras, a fim de verificar sua consonância com as normas de regência, jurisprudência e Súmulas desta Corte de Contas, com a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do art. 21, § 4º, da referida Lei Federal, para oferecimento das propostas.**

#### **INCLUSÃO DE DISPOSIÇÕES NO INSTRUMENTO QUE AINDA DEPENDEM DE REGULAMENTAÇÃO**

**• Representação formulada por Empresa, contra Edital de concorrência pública, instaurado por Prefeitura, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de segurança, apoio, administração e implantação de engenharia (*traffic-calm*) voltados ao sistema viário urbano do Município.**

(...) Não resta dúvida quanto à impropriedade de a Prefeitura incluir no instrumento disposições que dependam ainda de regulamentação por meio de convênio a ser firmado entre o Município e o Estado.

Conforme impugnado, o Sistema de Monitoramento Eletrônico Veicular de captura de imagens e etiquetas eletrônicas, por meio de fornecimento e instalação de Transponders; locação e instalação de unidade leitora de Transponder (TGA) e locação de unidade Transponder (TGA) embarcada, previsto no lote 02 (Planilha Estimativa do Anexo I e especificações técnicas do Anexo II) é objeto do chamado “*Projeto SINIAV Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos*”, cuja implantação é disciplinada na Resolução nº 212/06 do Conselho Nacional de Trânsito.

Assim, para que esse tópico específico fosse incluído no objeto pretendido no presente certame, seria necessária a observância da mencionada Resolução, que em seu parágrafo único do artigo 5º estabelece que a competência originária para implantação do SINIAV é dos Órgãos Executivos de Trânsito dos

Estados, podendo estes virem a estabelecer convênios com os Municípios, a fim de emprestar-lhes tal legitimação.

Mesmo após ter sido regularmente instada, a Prefeitura não trouxe aos autos, informações sobre o aludido convênio, ou mesmo sobre eventuais tratativas para sua a realização, limitando-se a dizer que irá formalizá-lo antes da implantação dos serviços.

Nessas circunstâncias, considerando que não existe certeza sobre a implantação do Sistema SINIAV ou sequer encaminhamento dessa questão em âmbito Municipal, o Relator não vê como deixar de acolher os argumentos impugnatórios suscitados na inicial no sentido de que a municipalidade age de forma prematura ao incluir no objeto licitado equipamentos e respectivos serviços que podem não ser utilizados, uma vez que dependem de convênio para sua legitimação.

De outra parte, a Prefeitura representada também deixou de contestar a irregularidade relatada pela representante no que tange a inobservância do art. 6º da mencionada Resolução nº 212/06 do CONTRAN no sentido da ausência, até o presente momento, da homologação pelo Departamento Nacional de Trânsito das características técnicas das antenas leitoras e das placas eletrônicas (TAG's), reforçando o entendimento de que é imprópria sua inclusão no Edital.

Ainda em relação a esse assunto, no que tange a existência de um possível direcionamento do certame à empresa específica, a prova constante dos autos não autoriza de forma inequívoca essa conclusão, restando prejudicada a alegação da Representante nesse sentido.

Prosseguindo no exame das questões suscitadas, concordo com o posicionamento dos Órgãos Técnicos, de que a Prefeitura deixou de proceder às determinações externadas na Decisão deste Plenário na Sessão de 5/3/08, referente ao TC-6832/026/08, no que toca a reavaliação do disposto no subitem 4.1.1, do Item XII do Anexo II do presente Edital, no que diz respeito à obrigação da contratada apresentar uma Central de Operações de onde partirá a coordenação dos trabalhos de campo da Cidade.

O Relator pensa dessa forma porque verifica que mesmo após a oportunidade que lhe foi conferida neste processado para dirimir eventual violação aos preceitos da Súmula nº 20 desta Corte, a Prefeitura não esclareceu com detalhamento necessário a forma de operação dessa Central, se ficará a cargo do Poder Público ou da contratada, limitando-se a afirmar que não existe no caso delegação de Poder de Polícia como repudiado no aludido enunciado.

Com efeito, quer parecer ao Relator que ao estabelecer essa obrigação contratual a Administração não dimensionou seus efeitos, tampouco tem conhecimento da extensão das obrigações exigidas da contratada por meio dessa cláusula, havendo, também, inobservância à determinação desta Corte no que toca à reavaliação do dispositivo, conduzida que é passível de sanção pecuniária, nos termos do inc. III do art. 104 de nossa Lei Orgânica.

**TC-25221/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 30/7/08 - DOE de 7/8/08, págs. 62/64. O E. Plenário julgou procedente a representação, determinando à Prefeitura que modifique o Edital da concorrência pública nos seguintes tópicos: a) exclua todas as disposições referentes ao Sistema de Monitoramento Eletrônico Veicu-**

**lar de captura de imagens e etiquetas eletrônicas (Lote 2), em especial no que diz respeito ao fornecimento e instalação de Transponders; locação e instalação de unidade leitora de Transponder (TGA) e locação de unidade Transponder (TGA) embarcada, bem como aquelas que configuraram implantação do chamado "Projeto SINIAV - Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos", cuja adoção depende de regulamentação de equipamentos pelo DENATRAN e convênio com o Estado, nos termos dos arts. 5º e 6º da Resolução nº 212/06 do CONTRAN - Conselho Nacional de Trânsito; b) retifique o subitem 4.1.1 do item XII do Anexo II, explicitando os limites das obrigações da contratada e deixando claro que todo poder decisório sobre a coordenação e demais atividades da Central de Operações é de exclusiva responsabilidade da Prefeitura; devendo, ainda, os responsáveis pelo certame, após procederem à retificação do instrumento, observar o disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com republicação do Edital e reabertura de prazo para oferecimento de propostas.**

**Decidiu, também, considerando que não houve a reavaliação do subitem 4.1.1 do item XII do Anexo II como determinado anteriormente por esta Corte de Contas no TC-6832/026/08, inexistindo justificativas plausíveis para sua manutenção no instrumento convocatório, fato que gerou nova impugnação sobre os termos do edital, aplicar ao responsável pelo certame, o Senhor Prefeito do Município, multa no valor correspondente a 300 (trezentas) vezes o valor da UFESPs, por não atendimento à determinação deste Tribunal, nos termos do inc. III, do art. 104, da LC nº 709/93, a ser recolhida no prazo de trinta dias, contados do trânsito em julgado da presente Decisão.**

**Determinou, por fim, seja oficiado ao Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão, encaminhando-se os autos, em seguida, à Diretoria competente da Casa, para servir de subsídio ao exame de eventual contratação que venha decorrer do procedimento impugnado.**

#### **INEXISTÊNCIA DO PROCEDIMENTO DE PRÉVIO CADASTRAMENTO DESFIGURA A MODALIDADE DA LICITAÇÃO ADOTADA PARA A CONTRATAÇÃO**

**• Representação formulada por Empresa, contra Edital de tomada de preços, do tipo menor preço por empreitada global, instaurada por Executivo Municipal, para a construção de creche pró-infância, nos termos de convênio celebrado com Fundação.**

As regras estipuladas concretamente para o cadastramento das licitantes não se ajustaram com perfeição à legislação de regência, notadamente diante da informação encaminhada pela Administração à Representante, ainda no início do procedimento, esclarecendo não possuir departamento específico para emissão de cadastro.

Em seguida, noticiou que *"não é obrigatório a apresentação de documentos para habilitação prévia"*.

Em juízo preliminar, destaca o Relator que essas impropriedades estariam supostamente em desacordo com a faculdade legal típica dessa modalidade de licitação e os demais

termos do Edital, notadamente os itens 3.3, 3.3.4 e 3.4, justificando a paralisação do certame.

Instada a se manifestar, a Origem nada esclareceu a respeito. Desta forma, sobrevive a alegada impropriedade, nos moldes em que fora deduzida pela Representante.

Continua convencido o Relator de que a inexistência do procedimento de prévio cadastramento desfigura a modalidade da licitação adotada para a contratação, já que a tomada de preços está definida pelo art. 22, § 2º, da Lei nº 8666/93 (...).

Sendo regra de procedimento positivada em lei, não cabe à Administração estabelecer forma diversa, por mais conveniente o fosse, sob risco de incorrer em vício de ilegalidade, seja no Edital ou em qualquer outro ato de esclarecimento que a esse esteja vinculado.

Nesta trilha, mostra-se inválida a declaração de que *“Não é obrigatório a apresentação de documentos para a habilitação prévia”*, o que tornaria o procedimento semelhante ao da concorrência, situação expressamente recusada pelo art. 22, § 8º, da Lei nº 8666/93.

Adverte o Relator que, se não está facultado o cadastramento, pela confessada impropriedade dos meios, a solução passaria pelo emprego da concorrência, consoante expressa previsão do art. 23, § 4º, da Lei nº 8666/93.

Também não encontrei justificativas plausíveis para não se exigir nenhuma prova de qualificação técnica, diante de obra pública e da regra do art. 27, II, da Lei nº 8666/93, não dispensada para Tomada de Preços, conforme proposição do art. 32, § 1º, do mesmo diploma legal.

Com relação aos vícios identificados no projeto básico e arquitetônico, diante das determinações estampadas no art. 7º da Lei de Licitações e por se tratar de ramo do conhecimento afeto à área de engenharia, acolho o posicionamento adotado por Órgão Técnico, devendo a Administração aprimorar os aspectos pontuados nos autos.

Evidentemente que por se tratar de despesa cuja aplicação está de certa forma condicionada aos termos do convênio celebrado com outra esfera de Governo, poderá ocorrer situação tal em que não reste margem de liberdade que permita estabelecer modificações significativas no projeto.

Isso não impede, todavia, que o Edital seja divulgado com elementos suficientes à exata compreensão do objeto, demonstrando, inclusive, a forma pela qual se exigirá o adimplemento da obrigação, consoante preconizado pela legislação de regência.

No ensejo, em razão da alegada inexistência de projeto executivo, assertiva corroborada pela não localização do anexo a que se refere o Edital, conforme identificado por Órgão Técnico cumpre à Administração promover as correções necessárias para instruir adequadamente o caderno licitatório.

Por fim, não há nenhuma justificativa para persistirem as incorreções nos custos indicados pela planilha orçamentária, documento exigido em lei (art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8666/93) e de fundamental importância para os demais atos do procedimento, podendo fundamentar, inclusive, desclassificação de propostas, na forma do art. 48, § 1º, “b”, do mesmo diploma legal.

**TC-1574/08 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 5/8/08 - DOE de 21/8/08, págs. 58/66. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada pela Construtora, confirmando-se os efeitos da liminar**

**concedida para, em consequência, determinar à Prefeitura que observe a norma do art. 22, § 2º, da LF nº 8666/93, permitindo o prévio cadastramento de licitantes ou adotando outra modalidade de licitação cabível, nos termos do art. 23, § 4º, do mesmo diploma legal; insira no Edital da tomada de preços exigência de experiência anterior compatível com o objeto licitado, em conformidade com os arts. 30 e 32, § 1º, da referida Lei de Licitações e enunciados nºs 23, 24, 25 e 30 das Súmulas de jurisprudência deste Tribunal, dentre outros; apimore, no quanto possível, o projeto básico e arquitetônico, nos termos propostos pela Assessoria Técnica desta Corte de Contas, sem prejuízo de instruir o caderno licitatório com projeto executivo da obra e demais elementos suficientes à exata compreensão do objeto e forma pela qual se exigirá o adimplemento da obrigação, consoante preconizado pela legislação de regência; e, finalmente, elimine as falhas indicadas da planilha orçamentária elaborada.**

**Determinou, ainda, que Representante e Representada sejam, por ofício, intimados deste julgado, em especial a Prefeitura, a fim de que, se e quando relançar o Edital à praça promova, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, a publicidade do instrumento convocatório em questão, que deverá vigorar com as modificações consignadas.**

**Consignou, outrossim, que a presente apreciação esteve circunscrita às impugnações lançadas na instrução processual, restando salvaguardado o exame aprofundado dos aspectos ora afastados para o momento da análise ordinária.**

**Determinou, por fim, antes do arquivamento, trânsito pela Auditoria competente para eventuais anotações.**

## LOCAÇÃO DE CAMINHÕES

**• Representação formulada por Empresa Ambiental, contra Edital de pregão, instaurado por Serviço Autônomo de Água, Esgoto e Meio Ambiente Municipal, tendo em vista a locação de dois caminhões destinados aos serviços de coleta e transporte de lixo seletivo, conforme convênio firmado entre Serviço e Cooperativa dos Recicladores da Cidade.**

Os pontos do Edital do pregão questionados pela Empresa Ambiental não contam com amparo na norma de regência.

Pacífico entre nós o entendimento de que a Administração deve se abster de inserir nos editais de licitação cláusulas que imponham restrição à participação de interessados, máxime aquelas que afetam a fase de habilitação, deles exigindo comprovações excessivas e desconformes com o que prescreve a norma.

Assim, absolutamente na contramão do enunciado da Súmula nº 14 da Corte, a exigência de realização de vistoria dos caminhões que serão locados, medida que, antes mesmo do início da disputa, impõe às empresas interessadas demonstração de propriedade desses veículos.

Da mesma forma, desarrazoada a vinculação da futura vencedora à apresentação de licença do IBAMA para o porte e uso de motosserra, exigência totalmente injustificada e divorciada do escopo contratual pretendido pelo Serviço Autônomo de Água, Esgoto e Meio Ambiente.

Tanto é assim, que a própria Representada, expressamente, reconheceu os vícios apontados, apresentando, inclusive,

versão modificada do instrumento, não mais consignando os itens atacados, o que, para o Relator, demonstra sinal de aquiescência daquela Administração relativamente à tutela antecipadamente concedida por esta Corte.

Isso, porém, não impede a valoração do mérito da representação, especialmente porque não veio aos autos indicação de que o processo houvesse sido anulado.

**TC-20985/08 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 18/6/08 - DOE de 26/6/08, págs. 57/60. O E. Plenário, confirmando a liminar concedida à Empresa Ambiental Serviços de Limpeza Pública e Privada, julgou procedente a representação formulada; determinando ao Serviço Autônomo de Água, Esgoto e Meio Ambiente a retificação do instrumento convocatório do pregão, com a exclusão dos itens 6.1.6 e 9.3, devendo Representante e Representada ser intimados nos termos regimentais; alertando-se, em especial o Serviço Autônomo de Água, Esgoto e Meio Ambiente para que, ao relançar o Edital à praça, observe previamente o disposto no art. 21, § 4º da Lei nº 8666/93, publicando o instrumento convocatório em questão com as modificações determinadas no referido voto.**

#### **OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAR CORRETOR ASSOCIADO À BOLSA BRASILEIRA DE MERCADORIAS**

• **Representação formulada por Companhia, solicitando a impugnação de Edital de pregão eletrônico, do tipo menor preço unitário por lote, processado para o registro de preços das aquisições de lubrificantes, destinados à Secretaria Municipal de Obras Públicas de Prefeitura.**

(...) No mérito, a representação se volta contra a obrigatoriedade de contratar corretor associado à Bolsa Brasileira de Mercadorias, imposta como condição de participação no certame, bem como há insurgência quanto ao pagamento de 1,5% incidente sobre o valor do contrato, cobrado pela utilização dos recursos de tecnologia da informação, defendendo que a fixação deveria ter sido em relação aos custos da operação.

De acordo com a jurisprudência, até então dominante nesta Corte, representações contra editais contendo as mesmas cláusulas ora impugnadas vinham sendo rejeitadas, sob o argumento principal de que a utilização da tecnologia oferecida pela associação se tratava de opção discricionária do Administrador, consoante a faculdade conferida pela Lei nº 10520/02, havendo, inclusive, fomento da competitividade com a ampliação do universo de competidores a partir da disputa à distância, em ambiente virtual ou eletrônico.

Recentemente, porém, este E. Plenário, nos autos do TC-15934/026/08, acolheu representação semelhante para determinar à Administração Municipal que, querendo dar seguimento ao certame, promovesse a alteração no Edital de pregão eletrônico – processado também por meio da Bolsa Brasileira de Mercadorias para aquisição de lubrificantes – estabelecendo, de forma expressa, a faculdade de a participação no certame ser direta ou por meio da *expertise* das Corretoras, bem como limitasse a cobrança de taxa ao custo de utilização de recursos de tecnologia da informação, nos exatos termos do

art. 5º, III, da Lei nº 10520/02, dentre outras providências e recomendações (...).

Em conformidade com o referido precedente e em companhia da instrução, o Relator passa a adotar o entendimento de que a melhor solução seja redefinir os termos do Edital relacionados com a regra de participação no certame, eliminando disposições editalícias que, direta ou indiretamente, obstruam a livre participação das licitantes sem a interveniência de corretores associados à Bolsa Brasileira de Mercadorias, como é o caso, por exemplo, dos itens 4.5, 4.6.1 e 5.1.

O Relator diz isso ainda que a cláusula 5.2.2 do mesmo Edital prescreva que a participação no pregão eletrônico se dará *“Através de acesso direto pela própria licitante”*, faculdade que, embora se coadune com o art. 1º, XIX, do Regulamento do Sistema Eletrônico de Licitações da BBM, está em aparente conflito com disposições editalícias imediatamente anteriores e, por isso, reclama aprimoramento.

Com isso, verifica que o conteúdo mandamental da decisão estará em harmonia com o princípio da ampla competitividade do certame, sem que isso possa, a partir de agora, interferir na competência para a definição de regras operacionais do sistema eletrônico, de competência exclusiva da BBM.

Resta, por fim, enfrentar a insurgência quanto à cobrança da chamada *“taxa pela utilização dos recursos de tecnologia da informação”*, devida pela licitante vencedora à razão de 1,5% do valor contratual ajustado, na forma dos itens 4.7 e 4.8 do Edital, matéria que também foi objeto de impugnação nos autos do mencionado TC-15934/026/08.

Tratando-se de preço pago a pessoa jurídica de direito privado, com personalidade distinta dos entes políticos da federação, não identifico em seu regime jurídico, partindo do sujeito ativo da relação jurídica, semelhanças suficientes que permitam aproximá-la à categoria da taxa, assim compreendida espécie do gênero tributo, cuja disciplina legal é inteiramente diversa.

Posto isto, recorda que é dever geral do Estado licitar obras, serviços, compras e alienações, em conformidade com o art. 37, XXI, da CF, garantindo a igualdade, em sua máxima efetividade, na seleção da sociedade empresária contratada.

A condução desse procedimento, predecessor ao contrato celebrado com a Administração, é informada pelo regime de direito público, regramento prescrito, no caso, pela Lei nº 10520/02 e, subsidiariamente, pela Lei nº 8666/93.

Não deve o Poder Público, sob pretexto de contratar particular em colaboração, subtrair a incidência de qualquer dessas regras, todas de caráter cogente.

Também não lhe caberia, de outra parte, transmutar a sistemática legal, aproximando as tratativas do contrato às transações de caráter mercantil, disciplinadas por regime jurídico essencialmente distinto, com predominância, inclusive, da autonomia da vontade e liberdade de contratar.

Assim, na deflagração de pregão eletrônico, o legislador cuidou de determinar ser vedada a exigência de *“pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação”* (art. 5º, III, da Lei nº 10520/02).

Desse modo, seja no pregão presencial ou no eletrônico, a ampla participação no certame está protegida pela vedação

legal à cobrança de taxas e emolumentos calculados acima do que a prestação do serviço efetivamente custar ao Estado.

Embora esse discurso obviamente pareça repetir a significação contida no texto legal, faço isso convencido de que se trata de atividade que não está livremente confiada aos particulares, que atuam em regime de colaboração em busca de vantagens econômicas, diante da expressa vedação à cobrança de tudo quanto exceda ao custo da atividade de realizar o procedimento licitatório, seja qual for a denominação atribuída pelo Edital.

Mesmo que eventual interveniente deva ser pessoa jurídica constituída sem fins lucrativos, como determina, aliás, a regra do art. 2º, § 3º, da Lei nº 10520/02, essa participação deverá estar condicionada às demais prescrições legais de regência, adequando o desempenho dessa atividade que, nos termos do art. 5º da Lei nº 10520/02, não enseja nenhuma vantagem econômica.

Com isso, a cobrança de emolumentos fixados em 1,5% sobre o valor do contrato não se apresenta em conformidade com o referido dispositivo legal. Se justificado estivesse o percentual adotado, vejo que a base de cálculo ilimitada realmente descaracteriza o sentido da norma.

Sobre essa questão, Órgão Técnico sugere que a cobrança devesse seguir limites mínimos e máximos, a exemplo do que ocorre com a taxa judiciária instituída pelo Estado de São Paulo, na forma da Lei Estadual nº 11608/03.

Se for certo afirmar que este Tribunal não tem competência para determinar modificações na sistemática de cobrança dos serviços prestados pela BBM, como de fato entendo ser, também está correto reconhecer que a ilegalidade de cláusula de edital de licitação é exatamente o objeto do Exame Prévio, onde a atuação desta Corte formula objetivamente soluções na direção de ver reintegrada a ordem jurídica violada, notadamente em face de possível cláusula que efetivamente desestimule ou iniba a competitividade da licitação, em flagrante ofensa ao direito público subjetivo de participar da disputa ao contrato administrativo.

Afinal, se o Edital apresentado contém disposição que representa exigência expressamente vedada pelo art. 5º, III, da Lei nº 10520/02, cabe à Administração demover a impropriedade, optando pela solução que melhor entender, desde que seja adequado o ato convocatório ao referido comando legal e às demais proposições pertencentes ao sistema normativo em vigor.

De outra parte, não devo me furtar de deixar consignado que tal cobrança acarretaria sensível acréscimo do valor contratado, especialmente diante de objetos cuja margem de lucro é estabelecida em seus patamares mínimos, como é o caso, por exemplo, dos combustíveis de veículos automotores.

Isso certamente faria com que o preço pago pela contratada à interveniente fosse diretamente incluído no valor da sua proposta, onerando o erário e depondo contra economicidade da despesa, aspecto ordinariamente examinado por este Tribunal, situação de certa forma agravada se confirmada à existência de plataformas eletrônicas disponibilizadas gratuitamente pelo próprio Estado, como é o caso, por exemplo, da Bolsa Eletrônica de Mercadorias.

Por fim, entendo justificada a providência deste Tribunal, mesmo que se trate do sistema de registro de preços, onde subsiste dever jurídico de contratar pelo valor consignado em

ata, desde que compatível com aquele praticado no mercado. Todavia, nada impede que a quantia contratada possa, ao menos em tese, mostrar-se ainda mais vantajosa, fruto da acirrada disputa no pregão, como invariavelmente tem ocorrido em procedimentos desta natureza.

**TC-24157/08 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 5/8/08 - DOE de 21/8/08, págs. 58/66. O E. Plenário, na conformidade das correspondentes notas taquigráficas, rejeitou a pretensão deduzida pela Bolsa Brasileira de Mercadorias, diante da inadequação da intervenção de terceiro no rito do exame prévio de edital e, no mérito, julgou procedente a representação formulada pela Companhia, confirmando-se os efeitos da liminar concedida e determinando à Prefeitura a readequação das regras do edital que, direta ou indiretamente, obriguem indevidamente a participação no certame mediante a contratação de corretoras associadas à Bolsa Brasileira de Mercadorias, sem prejuízo de ordenar que a cobrança pela participação na competição esteja limitada aos custos de utilização dos recursos de tecnologia da informação, conforme regra do art. 5º, III, da Lei nº 10520/02, cabendo à Administração demover a impropriedade, optando pela solução que melhor entender, desde que o ato convocatório não torne a agredir referido comando legal ou às demais proposições pertencentes ao sistema normativo em vigor. Determinou, ainda, que Representante e Representada sejam intimados, por ofício, acerca do teor da presente decisão, em especial a Prefeitura, a fim de que, se e quando relançar o Edital à praça promova, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, a publicidade do instrumento convocatório em questão, que deverá vigorar com as modificações consignadas.**

Consignou, outrossim, que a presente apreciação esteve circunscrita às impugnações lançadas na instrução processual, restando salvaguardado o exame aprofundado dos aspectos ora afastados para o momento da análise ordinária.

Determinou, por fim, ao Cartório do Relator que, com o trânsito em julgado, promova o desentranhamento dos documentos relativos ao expediente TC-28028/026/08, encaminhando-se, por ofício, à Subscritora, bem como, antes do arquivamento, trânsito pela Auditoria competente para anotações.

#### **OUTORGA DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO**

**• Pedido de Reconsideração, em sede de Exame Prévio de Edital, interposto por Prefeito, contra v. Acórdão que julgou procedente representação formulada por Empresa, tão-somente no que diz respeito aos critérios de julgamento das propostas técnicas.**

Ainda que se tenha formalmente estabelecido no Edital algum critério de julgamento das propostas técnicas, e que se afastado variação de pontos para um mesmo item avaliado, continuou a Administração a se valer de conceitos indeterminados - "insuficiente", "completa"- para a aferição das propostas técnicas, o que não se compatibiliza com a Lei de Licitações e Contratos e jurisprudência desta E. Corte. São conceitos vazios; fica a critério subjetivo da Comissão o que é,

ou não, “insuficiente”, “completa”. Embora não seja possível excluir alguma dose de subjetividade do julgamento, não se pode admitir que ele seja fundamentado em critério minimamente objetivo (...).

**TC-11942/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 2/7/08 - DOE de 17/7/08, págs. 52/56. O E. Plenário conheceu do Pedido de Reconsideração e, quanto ao mérito, em face da permanência de conceitos indeterminados para a aferição das propostas técnicas, o que não se compatibiliza com a Lei de Licitações e Contratos e jurisprudência deste Tribunal, negou-lhe provimento, mantendo-se sugestão de que se aproveite a oportunidade para revisar o Edital também no que diz respeito às exigências de habilitação, que devem guardar pertinência ao princípio de anualidade, uma vez que, à luz do mandamento constitucional, devem ser admitidas somente restrições indispensáveis à garantia do cumprimento da execução contratual.**

### **OUTORGA DE PERMISSÃO PARA INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CONJUNTOS TOPONÍMICOS**

• **Representação formulada por empresa, contra Edital de retificação de concorrência pública, objetivando a outorga de permissão para instalação e manutenção de novos conjuntos toponímicos com nomenclatura de ruas (...).**

(...) Procede à impugnação que aponta a permanência da falta de informações para a elaboração das propostas.

Assim pensa o Relator porque a simples leitura do decidido anteriormente não deixa dúvida sobre o alcance das retificações determinadas e desatendidas, levando-se em conta os termos do voto então proferido, observado o respectivo Acórdão que compôs o julgamento, como bem ressaltado pelos Órgãos da Casa, sem a interposição de quaisquer embargos.

A questão restante, a propósito da situação envolvendo a necessidade ou não de licenciamento, e de responsabilidade quanto aos direitos autorais dos equipamentos a serem fornecidos, igualmente merece a atenção e a correção por parte da Representada.

De fato, além da importância e da influência desse ponto para a elaboração das propostas, o processo administrativo desta feita juntado às justificativas, permitiu enxergar, conforme indicado por Órgão Técnico, a existência de contradição inaceitável sobre as especificações, pois ora a Origem dá a entender que o Interessado deverá ter seu protótipo específico, ora estabelece que o modelo é disponibilizado, admitidas pequenas alterações, sem especificá-las.

**TC-33492/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 8/10/08 - DOE de 16/10/08, págs. 65/67. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada pela Empresa de Painéis Publicitário, determinando à Prefeitura que retifique o Edital da concorrência pública nos pontos assinalados no referido voto, assim como os demais a eles relacionados, republicando-o para atender o disposto no art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

Decidiu, ainda, diante da inobservância de determinação anterior transitada em julgado, aplicar multa ao Sr. Secretário Municipal da Administração, no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, nos termos do art. 104, inc. III, da LC nº 709/93.

**Determinou, por fim, que, da presente decisão, sejam feitos os oficiamentos de praxe à Representante e à Representada.**

### **PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, EM EXAME PRÉVIO DE EDITAL, INTERPOSTO POR TERCEIRO.**

• **Pedido de Reconsideração interposto pela Bolsa Brasileira de Mercadorias, solicitando o seu ingresso nos autos na qualidade de terceiro interessado, tendo em conta seu interesse direto no deslinde da questão, haja vista ser “entidade gestora da plataforma eletrônica (sistema de pregão eletrônico) denominada BBMNET ([www.bbmnet.com.br](http://www.bbmnet.com.br)), cujo regulamento operacional e procedimento foram questionados”.**

Não se trata, porém, de inconformismo manifestado pela Administração sucumbente, mas pela Bolsa Brasileira de Mercadorias que, pretendendo participar na qualidade de *terceiro prejudicado*, quer ver reformada decisão que determinou à Administração limitar a cobrança de “taxa” pela utilização de recursos da tecnologia da informação aos exatos termos do art. 5º, III, da Lei nº 10520/02.

Para tanto, competir-lhe-ia, como prescreve o art. 135, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, demonstrar o nexo de interdependência entre o interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação do Tribunal. Evidentemente é insuficiente o interesse genérico de que prevaleça determinada tese na interpretação da Lei do Pregão.

Ocorre que a própria Administração, conformando-se à decisão desta Corte, optou por revogar a licitação, como informou nos autos e consoante publicação no Diário do Grande ABC de 7/8/08, tratando de adotar outras medidas necessárias à persecução do interesse público almejado.

Com a ulterior desconstituição do procedimento licitatório impugnado, não existe interesse processual que renda ensejo à reapreciação do tema de fundo desta demanda.

Por outras palavras, revogado o Edital sobre o qual incidiam as impugnações, o processo perdeu seu objeto. O Edital, definitivamente revogado, deixou de existir; já não comporta nem alteração, nem confirmação.

Portanto, não há interesse recursal. Nenhuma consequência prática poderá ter, sobre Edital já revogado, o resultado do recurso.

**TC-15934/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 1º/10/08 - DOE de 9/10/08, págs. 65/67. O E. Plenário não conheceu do apelo.**

**Vide na Seção Municipal o voto proferido pelo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga nos autos do TC-15934/08 - em “Exames Prévios de Edital. A Obrigatoriedade da Contratação de Corretoras como Intermediária no Procedimento Licitatório deve ser afastada”.**

### **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO AO GERENCIAMENTO DA EXECUÇÃO DE PROGRAMA DE SANEAMENTO**

• **Representação contra Edital de concorrência, instaurada por Executivo Municipal, objetivando a contratação de serviços técnicos de engenharia prestados por empresa de con-**

**sultoria técnica especializada, tendo como objetivo o apoio ao gerenciamento da execução do Programa de Saneamento para Todos no Município.**

O Relator entende assistir razão ao Representante quando reclama ausência efetiva das retificações determinadas por este E. Plenário, limitando-se a Administração a relançar o Edital *com sutis alterações que pouco interferem em seu conteúdo*.

Quando do exame do Edital, assinalou-se falta de clareza do objeto posto em disputa. E assim porque a imprecisão no tocante a *que* ou a *quantum* licitado obstava licitação segura e contratação vantajosa.

Salientou-se naquela oportunidade pretender o Programa contratar gerenciamento, contemplando canalização e recuperação de diversos empreendimentos. Constatou-se, entretanto, ausência de menção à extensão dos córregos, vazão, tipo de canalização, realização ou não dos serviços de modo simultâneo etc.

Soma-se que os projetos básicos/executivos, instrumentado contratual, repasse celebrado com Banco e demais Relatórios Técnicos, *tampouco integravam o corpo do Edital*, encontrando-se apenas na sede da Prefeitura para eventual consulta, e de que qualquer dúvida, no tocante ao Edital e respectiva elaboração de proposta, somente poderia ser encaminhada à Administração *até 10 dias antes da data de abertura do certame*, prazo que deixara de atender à imposição do art. 21, parágrafo 2º, inc. I, alínea “b”, da LF nº 8666/93 (45 dias).

Estas disposições repetiram-se, e para elas não houve defesa.

Igualmente mantiveram-se as cláusulas referentes à comprovação da aquisição da pasta e registro e quitação no CREA, apesar de flagrantemente contrárias aos enunciados das Súmulas 26 e 28 desta Casa.

Não obstante determinada a alteração de cláusulas relacionadas à pontuação das propostas técnicas por falta de parâmetros objetivos de avaliação, e contrariarem a Súmula 22 desta Casa e o disposto nos arts. 43, § 5º, e 46, § 1º, I da LF nº 8666/93, a Origem anuncia alterações superficiais limitadas a dados numéricos de pontuação e estabelecimento de conceitos valorativos “insuficientes”, “ruim”, “regular”, “bom” e “excelente”, igualmente dotados de subjetivismo. E no tocante à exigência da equipe limitou o tempo de formado dos técnicos, persistindo na irregularidade condenada por diversas vezes, a exemplo do decidido por este E. Plenário, quando da apreciação do TC-21632/026/04 (...).

Por fim, o Relator rejeita argumentos no tocante à legalidade das cláusulas impugnadas, porque ultrapassada em muito a fase de debates a respeito do tema, exaurida nos autos do TC-1230/05/08, de jeito que obstada a retomada do respectivo acerto ou erro do procedimento.

O que aqui se discute é o acatamento ou não do v. Aresto publicado em 6/8/08 (TC-1230/005/08), e quanto a este aspecto creio restar clara a flagrante afronta ao mérito da ordem emanada deste Tribunal Pleno.

**TC-2476/08 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 3/12/08 - DOE de 12/12/08, págs. 28/31. O E. Plenário julgou procedente a Representação formulada, determinando à Prefeitura que retifique o Edital convocatório da concorrência pública, nos termos enunciados no referido voto, bem como reavalie todas as**

**demais cláusulas que com eles guardem pertinência, com o fim de eliminar eventual afronta à legislação incidente, jurisprudência ou Súmulas deste Tribunal, com a consequente publicação do novo texto, observados os termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar multa ao Responsável, com fundamento no art. 104, inc. III, da LC nº 709/93, no valor equivalente a 800 (oitocentas) UFESPs, a ser recolhida no prazo de trinta dias.**

**Determinou, por fim, seja dada ciência do decidido ao Ministério Público.**

### **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO ADMINISTRAÇÃO E PROCESSAMENTO MENSAL DE CARTÕES MAGNÉTICOS**

**• Representação formulada por Empresa, contra possíveis irregularidades em Edital de pregão, objetivando a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de fornecimento, administração e processamento mensal de cartões magnéticos de alimentação e de refeição.**

A jurisprudência predominante neste Tribunal, acerca da matéria tratada na presente Representação, estabelece que a imposição de credenciamento de estabelecimentos para atender os servidores beneficiados com cartões de alimentação e refeição, deve ser vista como condição de contratação e não de qualificação, devendo alcançar apenas o vencedor do certame.

Essa foi a posição acatada pelo Egrégio Plenário nos TCS-402/006/07, 8834/026/07 e 454/006/07.

No presente caso, é desproporcional a exigência de credenciamento de quinhentos estabelecimentos conveniados para o atendimento de “cartões refeição” para um número de 23 usuários, e de setenta para o atendimento de “cartões alimentação” para o atendimento de 129 usuários.

Nessas circunstâncias, antes de determinar o número de estabelecimentos credenciados, a Origem deve realizar uma análise criteriosa, a fim de aferir a sua real necessidade, buscando dar ampla competitividade ao certame, de forma a evitar que somente as empresas de grande porte e também aquelas que já operem junto aos estabelecimentos do Município, possam apresentar suas propostas.

À luz dos princípios norteadores da Licitação Pública, a razoabilidade almejada não deve só levar em conta a quantidade de estabelecimentos credenciados, mas, também, a qualidade daqueles que podem oferecer preços e serviços vantajosos.

**TC-17659/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 28/5/08 - DOE de 5/6/08, págs. 64/68. O E. Plenário julgou procedente a Representação, determinando à Companhia de Habitação Popular que promova a revisão do Edital do pregão, em consonância com os aspectos desenvolvidos no corpo do referido voto, com a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do disposto no art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

**Determinou, ainda, sejam expedidos os ofícios necessários, encaminhando-se o processo, ao final, à Diretoria competente da Casa, para subsidiar eventual contratação decorrente do certame em tela.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PREPARO E DISTRIBUIÇÃO DE REFEIÇÕES E LANCHES A ESCOLARES

• **Representações formuladas por Empresas e Advogado, contra Edital de pregão eletrônico, instaurado por Prefeitura, visando à prestação de serviços de preparo e distribuição de refeições e lanches a escolares, envolvendo serviços correlatos de higienização e conservação das áreas de cocção e demais abrangidas, com fornecimento de materiais e equipamentos de higienização e materiais descartáveis de uso geral.**

(...) Há aspectos com evidente potencial de comprometimento da lisura do certame. Apesar de não enxergar defeitos no prazo estabelecido para a vigência contratual, aqui estimado em vinte meses, pois, em virtude da natureza continuada dos serviços, encaixa-se na exceção do inc. II do art. 57 do diploma licitatório, a cláusula 9.2 do Edital versando sobre a garantia de execução contratual, ainda que em percentual legalmente autorizado, deve ser retificada a fim de considerar como base de cálculo para a fiança o prazo de vigência dos créditos orçamentários (doze meses).

Quanto à imposição de apresentação de declaração de enquadramento aos percentuais mínimos de reabilitados da Previdência Social ou portadores de deficiência habilitados, embora escorada em lei federal, deve ser extirpada do instrumento convocatório porque o atendimento, ou não, a essa disposição federal como condição de participação não influi no sucesso da contratação em pauta, e depois por não pertencer tal requisito ao rol legal dos documentos aptos a comprovar a qualificação dos proponentes a prosseguirem na disputa.

Dou razão às licitantes “Empresa de Comercialização e Distribuição de Alimentos” e “Empresa de Serviços” porque, de fato, há certa incoerência entre o conteúdo das alíneas “b” e “b.2” do já mencionado subitem 5.1.4. Mediante a apresentação de atestados em nome da licitante que comprovem a execução de serviços pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação (“b”) pretende a Origem obter provas da qualificação técnico-operacional, o que é perfeitamente possível nos termos do inc. II do art. 30 da LF nº 8666/93, cabendo-lhe, todavia, atentar para os quantitativos a serem avaliados na oportunidade de análise desses documentos, em consonância com os percentuais considerados razoáveis pela Súmula nº 24. Não pode, entretanto, condicionar essas comprovações de experiência anterior aos respectivos registros no Conselho Regional de Nutricionistas por falta de suporte legal (...).

Ademais, ao aceitar através da alínea “b.2” a substituição desses atestados em nome do profissional, essa prescrição acaba afrontando o teor da Súmula nº 23 por não explicitar as parcelas de maior relevância e sugerir, ao mesmo tempo, que devam ser comprovadas quantidades o que é vedado tanto pelo Enunciado nº 23 quanto pelo art. 30, § 1º, inc. I, da norma geral incidente.

Deve se concluir, pois, imprescindíveis as reformulações em tais regras, não em face de descumprimento da Súmula nº 18 como pretende a Representante “Empresa de Serviços”, e sim pelas acima citadas, já que nortearão a disputa devendo ser melhor redigidas, a fim de evitar interpretações equivocadas

das tanto por parte dos licitantes quanto de sua aplicabilidade, pela Comissão Julgadora, no momento do julgamento desses pressupostos.

**TCs-41943/08, 42092/08 e 42215/08 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 3/12/08 - DOE de 12/12/08, págs. 28/31. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as representações deduzidas pela Empresa de Comercialização e Distribuição de Alimentos, Advogado e Empresa de Serviços, determinando à Prefeitura corrija o Edital do pregão eletrônico, na conformidade do referido voto, devendo a Prefeitura, após a correção, reavaliar todas as condições estipuladas no Edital, inclusive disposições que de alguma forma estejam vinculadas às retificações ora determinadas, a fim de deixá-las em plena sintonia com a jurisprudência, legislação e Súmulas desta Corte de Contas, antes de publicar o novo texto e reabrir o prazo legal, na forma estabelecida no art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, para oferecimento das propostas.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SEGURANÇA DE TRÂNSITO

• **Representação formulada por Empresa, solicitando a impugnação de Edital de concorrência, tipo menor preço, processada por Companhia para contratação de empresa especializada na prestação de serviços de segurança no trânsito, através da fiscalização de veículos, utilizando-se de Sistemas de Monitoramento Eletrônico Veicular de Captura de Imagens e Etiquetas Eletrônicas, e apoio à Administração, voltadas ao sistema viário urbano do Município.**

(...) Além da descrição conferida pelo item 2 e subitens do instrumento convocatório, que inclui administração e operação do pátio, serviços de guincho, controle e fiscalização do trânsito, remanesce menção à reforma para adequação do prédio em que se destinará o pátio de veículos, como se infere dos documentos constante dos autos, fato, aliás, reconhecido pelo próprio Presidente da Companhia.

Mantidas as imperfeições e não havendo justificativas plausíveis, a hipótese reclama solução unívoca deste Tribunal, no sentido de que também seja determinada a anulação da presente concorrência, outra vez por ofensa ao art. 23, § 1º, da Lei nº 8666/93.

Indo além e com base nas alegações deduzidas pela Representante, o Relator verificou que a sustação do certame mostra-se conveniente, dentre outras razões, para que pudesse ser apresentado suposto termo de convênio celebrado entre o Município e o Estado, ou qualquer outro instrumento legal em que a Administração tenha se amparado para divulgar o modelo de Edital impugnado.

Mediante suas justificativas, além de confessar a inexistência do referido instrumento, a Companhia alega que o convênio celebrado com a Secretaria de Segurança Pública seria o bastante para autorizar o Município a implantar o Sistema, o que, porém, não é o que parece, já que os objetos são absolutamente distintos.

Houve, ainda, insurgência da Representante quanto à falta de homologação, pelo DENATRAN, das características técnicas

de alguns componentes necessários a esse projeto, estando em discussão a definição da tecnologia e implantação do sistema, ainda em gestação.

Sobre o tema, destaca que este E. Plenário, nos autos do TC-25221/026/08, acolheu o r. voto proferido pelo eminente Relator Conselheiro Fulvio Julião Biazzi (...).

Com essa realidade normativa, não cabe, portanto, prosseguir licitação com o objeto descrito, sob o risco de fomentar indesejável instabilidade jurídica do futuro contrato, em franco prejuízo ao interesse público, certamente com repercussão contrária à efetividade da referida atuação estatal.

Em que pese esse entendimento, não obstante o anunciado desfecho da anulação do certame, a Representação também indicou incorreção na redação do item 8.4.5.1 do Edital, por exigir prova de capacidade técnico-profissional mediante a apresentação de atestados que incluam o “fornecimento” de alguns dos itens licitados, o que, diante do termo empregado, realmente deveria se referir à experiência técnico-operacional (TCs-35261/026/04, 35262/026/04, 35263/026/04, 35264/026/04 e 35265/026/04).

Por fim, a impugnação não merece acolhida quanto à regra de formação de consórcios, colocada nos termos do art. 33 da Lei nº 8666/93.

Porém, tal aspecto perde relevância diante das inúmeras irregularidades representadas a este Tribunal, que culminam, inclusive, com a anulação da concorrência.

**TC-26827/08 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 5/8/08 - DOE de 21/8/08, págs. 58/66. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a representação formulada pela Empresa, confirmando-se os efeitos da liminar concedida e determinando a anulação da concorrência, por ofensa ao art. 23, §1º, da LF nº 8666/93, sem prejuízo de ordenar à Companhia que, doravante, abstenha-se de divulgar Edital com objeto relacionado ao Projeto Sistema Nacional de Identificação Automática de Veículos, pela demonstrada falta de regulamentação normativa, bem como, desde que superados tais óbices mediante integração normativa superveniente, deixe de incluir regra de apresentação de atestados de capacidade técnico-profissional com o termo “fornecimento”, o qual deve se referir à experiência técnico-operacional.**

Determinou, ainda, que Representante e Representada sejam intimados, por ofício, deste julgado, em especial a Companhia, a fim de que, se e quando relançar o edital à praça promova, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, a publicidade do instrumento convocatório em questão, que deverá vigorar com as modificações consignadas.

Decidiu, ainda, pelo desacatamento à legislação, em especial o art. 23, § 1º, da Lei de Licitações, e também à decisão anterior deste Tribunal, na forma demonstrada no referido voto, aplicar, nos termos dos incs. II e III, do art. 104, da LC nº 709/93, multa ao Sr. Presidente da Companhia, de valor equivalente a 500 (quinhentas) UFESPs, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.

Consignou, outrossim, que a presente apreciação esteve circunscrita às impugnações lançadas na instrução processual, restando salvaguardado o exame aprofundado dos aspectos ora afastados ao momento da análise ordinária.

Determinou, por fim, antes do arquivamento, trânsito pela Auditoria competente para eventuais anotações.

## PREVISÃO EDITALÍCIA DE TRANSPORTE DE RESÍDUOS ATÉ PLANTA INDUSTRIAL, DEVIDAMENTE LICENCIADA PELA CETESB

• **Representação formulada por Empresa, contra Edital de tomada de preços, promovida por Prefeitura, objetivando a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de coleta de resíduos de serviços de saúde, abrangendo coleta, transporte, tratamento e destinação final dos resíduos que estejam sob a responsabilidade da Prefeitura.**

Precedente o questionamento que recai sobre o disposto na cláusula 1.1.1.3, relativo ao objeto, que prevê o transporte de resíduos até a planta industrial, devidamente licenciada pela CETESB (...).

Como a própria Municipalidade reconheceu essa previsão editalícia pode ocasionar o cerceamento da participação de empresas interessadas no certame, restringindo o caráter competitivo do procedimento, em afronta ao disposto no inc. I do § 1º do art. 3º da LF nº 8666/93.

Dessa forma, caberá a Municipalidade rever essa cláusula do Edital, deixando de indicar o local para onde serão transportados os resíduos dos serviços de saúde.

Também se mostra procedente a impugnação contra o subitem 6.2.3.2.2.1, referente à comprovação do vínculo empregatício entre o profissional responsável técnico e a licitante.

Referida previsão exige, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, a apresentação de documentos que demonstrem que a empresa possua em seu quadro permanente, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela Entidade competente, em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal consolidada na Súmula nº 25 (...).

A propósito, o Município reconheceu o equívoco praticado quanto a esse aspecto do Edital e informou que promoverá a devida alteração.

**TC-316/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 16/4/08 - DOE de 1º/5/08, págs. 57/60. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a representação, determinando à Prefeitura que: reveja a redação da cláusula 1.1.1.3, do instrumento convocatório referente à tomada de preços, relativa ao objeto, deixando de indicar o local para onde serão transportados os resíduos dos serviços de saúde, permitindo que um maior número de empresas participe do certame; e promova a alteração do subitem 6.2.3.2.2.1 na forma noticiada, adequando-o aos exatos termos da lei e da jurisprudência deste Tribunal, consolidada na Súmula nº 25; alertando-se ao Sr. Prefeito que, após proceder à retificação necessária no ato convocatório, deverá atentar para o disposto no § 4º, do art. 21, da LF nº 8666/93.**

Determinou, outrossim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão, devendo os autos ser encaminhados, ao final, à Diretoria competente da Casa, para subsidiar eventual contratação que venha resultar do procedimento licitatório.

## PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DE CRESCIMENTO

• **Representação formulada por Empresa, contra concorrência pública, promovida por Prefeitura Municipal, visando**

a “**contratação de empresa especializada para construção de setecentos apartamentos, centro de referência de assistência social, quadras poliesportivas, áreas verdes e de lazer, obras de infra-estrutura e execução de trabalho de acompanhamento social, objeto do Programa de Aceleração de Crescimento, em Município, incluindo mão-de-obra, equipamentos e materiais, nos termos do memorial descritivo que integra o Edital, pelo regime de execução indireta de empreitada por preços unitários**”.

(...) No que diz respeito às formalidades da visita técnica, prevista no subitem 2.3.6, o Edital deve ser retificado para o fim de excluir da aludida diligência a obrigatoriedade de sua realização pelo responsável técnico detentor de atestados de qualificação técnica, porquanto a referida regra implica na obrigatoriedade de vínculo do mencionado profissional para com a licitante em data anterior àquela fixada para formulação de propostas, não observando o disposto no inc. I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8666/93.

A aludida cláusula editalícia também deve ser adequada visando observar o lapso temporal mínimo entre a publicação do edital e a realização do evento, consoante preceitua a alínea ‘a’ do inc. II do § 2º do art. 21 da Lei de Licitações, ou ainda, se preferir a Prefeitura, facultar sua livre realização durante todo período imposto pela Lei, com o propósito de fomentar, ainda mais, a competitividade do presente certame.

Em relação à demonstração de metodologia de execução estabelecida no subitem 2.3.11 concordo com as ponderações dos órgãos instrutivos da Casa no sentido de que a natureza e o vulto das obras licitadas comportam a possibilidade de que a administração lance mão dessa verificação prevista no § 8º do art. 30 da norma de regência, como já decidiu este Plenário no Processo TC-9147/026/07 (...).

Todavia, a exemplo das conclusões externadas pelos Órgãos de Assessoramento deste Tribunal, penso que estão a merecer reparo os critérios pelos quais irão ser avaliadas as metodologias de execução apresentadas pelos proponentes, com a finalidade de que o instrumento passe a elucidar objetivamente a forma pela qual se dará a pontuação, identificando claramente o que será considerado para que a proposta atinja os conceitos estabelecidos (...).

Finalmente, em relação à impugnação que aponta como excessiva a demonstração de capital social mínimo prevista no subitem 2.4.4, fixado em valor igual ou superior a R\$3.800.000,00, a referida disposição comporta duas ponderações no sentido de sua retificação.

A primeira delas diz respeito à necessidade de que a aludida demonstração seja na forma do capital social *integralizado*, regra que extrapola a previsão dos parágrafos 2º e 3º do art. 31 da Lei de Licitações.

Já a segunda, incide especificamente sobre o valor mínimo a ser demonstrado, que a meu ver deve ser modificado, no propósito de ampliar o universo de potenciais proponentes em condições de oferecer propostas idôneas e executar satisfatoriamente o objeto, no caso de vencer o procedimento.

*Explica o Relator:*

Embora o aludido valor mínimo atribuído no edital, correspondente a R\$3.800.000,00 encontre, de certa forma, respaldo nas disposições do citado § 2º do art. 31 da norma, uma vez que é limitado em 10% do valor estimado de contratação, que gira em torno de R\$39.163.384,51, observa que o contrato

de construção das moradias se desenvolverá por vinte e quatro meses, conforme Cronograma de Desembolso, acostado pela Prefeitura nos autos, o qual prevê a execução e o pagamento de 50,40% do objeto no final dos doze primeiros meses, ou seja, uma previsão de gasto de R\$19.738.345,79.

Nessas condições, considera que a demonstração do capital social mínimo calculado sobre o gasto e execução contratual prevista para 12 meses amplia a competitividade do certame, e ao mesmo tempo é suficiente para garantir a idoneidade financeira das empresas que dele participam, sendo procedente o reclamo aduzido a esse respeito.

**TC-13202/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 30/4/08 - DOE de 8/5/08, págs. 60/64. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a Representação, determinando à Prefeitura - Secretaria Municipal de Obras, Habitação e Serviços Públicos a correção dos seguintes tópicos do instrumento convocatório da Concorrência Pública: a) exclua do subitem 2.3.6 do edital a obrigatoriedade da realização da visita técnica pelo responsável técnico da licitante, detentor de atestados de qualificação técnica, adequando ainda a cláusula para que observe o lapso temporal mínimo entre a publicação do edital e a realização do evento, ou, se preferir a Prefeitura, facultar sua livre realização durante todo o período estipulado pela Lei, com o propósito de fomentar a competitividade do presente certame; b) reveja os critérios pelos quais irão ser avaliadas as metodologias de execução apresentadas pelos proponentes, com a finalidade de que o instrumento passe a elucidar objetivamente a forma pela qual se dará a pontuação, identificando claramente o que será considerado para que a proposta atinja os conceitos estabelecidos como “suficiente” (grau A); “satisfatória” (grau B); “insatisfatória (grau C); e c) reveja o subitem 2.4.4, retirando a obrigatoriedade de apresentação do capital social na forma integralizada, reduzindo ainda seu valor ao percentual correspondente ao período de 12 (doze) meses da execução contratual.**

Determinou, igualmente, aos responsáveis pelo certame que, após procederem às retificações, atentem ao disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com a republicação do instrumento e reabertura de prazo para formulação de propostas.

Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários e, em seguida, os autos sejam encaminhados à Diretoria competente da Casa para subsidiar eventual contratação que venha decorrer do certame impugnado.

## REFORMA DE GINÁSIO DE ESPORTE MUNICIPAL

• **Representação formulada por Empresa, contra Edital de tomada de preços, do tipo menor preço global, destinada à reforma do ginásio de esportes do Município.**

Dentre as condições de habilitação do certame, o item 3.2.4, única cláusula do edital que foi impugnada pela Representante, exige a apresentação de “*Certidão Negativa de Débitos Salariais - Emitida pela Delegacia Regional do Trabalho*”.

Como destacou o Relator na decisão liminar de sustação da licitação, essa exigência já foi condenada por este E. Plenário no exame de representações voltadas contra termos de outros editais (TCs-38203/026/06, 549/007/08 e 618/008/08).

A Administração justificou que esse dispositivo serve para evitar futura responsabilização do erário em face de eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada.

Não há dúvida de que o rol de documentos inerentes à prova de regularidade fiscal está taxativamente prescrito no art. 29 da Lei nº 8666/93, o qual, evidentemente, não contempla nenhum documento relacionado com obrigações que não sejam de natureza tributária, com exceção do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

De outra parte, as condições de qualificação econômico-financeira também estão exaustivamente positivadas no art. 31 da mesma Lei nº 8666/93, dentre as quais não figura a certidão negativa de débitos trabalhistas.

A partir do exame dos motivos alegados para a inclusão do item impugnado no Edital, o Relator nota que a preocupação está calçada em eventual responsabilização patrimonial do Município, diante do descumprimento da legislação trabalhista pela executora da obra, em relação a seus empregados.

Quanto à responsabilidade do Poder Público em decorrência dos encargos resultantes da execução do contrato, independentemente do pronunciamento da Justiça Especializada, há a regra expressa do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (...).

Como se vê, sob a perspectiva do regime jurídico do Direito Administrativo, não há previsão de responsabilidade do Estado por débitos oriundos de contratos de trabalho celebrados entre a sociedade empresária e seus empregados, salvo com relação às contribuições previdenciárias, cuja regularidade deverá ser necessariamente comprovada, nos termos do art. 29, IV, da Lei nº 8666/93, e mantida durante toda a execução do contrato, sob pena de rescisão, soante disposição do art. 55, XIII, do mesmo diploma legal.

Também não encontra disposição legal determinando que a existência de débitos trabalhistas seja empecilho à contratação da sociedade empresária pelo Município, motivo pelo qual não considero que essa exigência deva, sequer, ser imposta à licitante vencedora da disputa.

Se o requisito combatido não foi imposto pelo legislador ordinário como condição necessária de habilitação, a inserção dessa obrigatoriedade, mesmo que seja no momento da contratação, também poderia limitar o universo de pretendentes à execução do contrato administrativo, afastando indevidamente sociedades que reunissem condições de qualificação técnica e econômica suficientes para o cumprimento das obrigações, afrontando o significado do art. 37, XXI, da CF e art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93.

E ao que parece, a Justiça do Trabalho não tem acolhido a tese de responsabilização solidária do Estado pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas. De acordo com a leitura do enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, poderá haver responsabilização subsidiária quando houver contratação de prestadores de serviços por empresa interposta, prática desestimulada pela Justiça Especializada.

No caso dos autos, porém, a Administração não pretende tomar prestação de serviços. Busca contratar típica *obrigação de fazer*, consubstanciada na realização de obra pública de reforma do ginásio municipal.

**TC-1340/08 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão**

do Tribunal Pleno de 16/7/08 - DOE de 24/7/08, págs. 17/20. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada pela Empresa, confirmando os efeitos da liminar concedida e determinando à Prefeitura a eliminação da obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa de débitos salariais, contida no item 3.2.4 do Edital da tomada de preços, devendo Representante e Representada serem intimados, por ofício, acerca do teor da presente decisão, em especial a mencionada Prefeitura, a fim de que, se e quando relançar o Edital à praça promova, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, a publicidade do instrumento convocatório em questão, que deverá vigorar com as modificações consignadas no referido voto.

Consignou, outrossim, que a presente apreciação esteve circunscrita às impugnações lançadas na instrução processual, restando salvaguardado o exame aprofundado dos aspectos afastados para o momento da análise ordinária.

Determinou, por fim, antes do arquivamento, trânsito pela Auditoria competente para eventuais anotações.

## REGISTRO DE PREÇOS DE “MATERIAIS DE LIMPEZA”

• **Representação formulada por Associação e Empresa, contra Edital de pregão eletrônico, realizado por meio da Bolsa de Valores de Mercadorias, visando o registro de preços para eventual aquisição de “materiais de limpeza”.**

(...) O Relator acolhe crítica acerca do critério de julgamento. Ausentes quaisquer justificativas por parte da Administração, parece-lhe relevante que se dissipe a aparente divergência entre o texto editalício (menor preço por lote) e o Anexo I (enumeração de itens), assegurando a correta formulação de propostas, bem como participação isonômica de licitantes.

Pelo mesmo motivo, ou seja, em virtude da falta de esclarecimento bastante por parte do ente licitante, também reputo procedente a queixa que recai sobre as especificações dos itens 89 e 90, a prejudicar a correta formulação de proposta e competição isonômica.

Sobre as regras de participação em certames promovidos por intermédio da Bolsa Brasileira de Mercadorias, como bem explorado pelos Órgãos Técnicos, as questões ora trazidas à colação merecem, de fato, ser revistas à luz de decisões recentes proclamadas por este Tribunal. Recorda que novas reflexões a respeito iniciaram-se em sessão do Plenário, de 25/6/08, ocasião em que foi acolhido voto proferido nos autos do TC-15934/026/08 (...). *Vide, na Seção Municipal, o voto proferido pelo Relator em “Exames Prévios de Edital - A Obrigatoriedade da Contratação de Corretoras como intermediária no Procedimento Licitatório deve ser afastada”.*

Considerando ser este um dos obstáculos aventados por aqueles que ora se insurgem contra as regras do Edital, aqui também se há de impor, tal como já decidido alhures, emendas a facultar a participação nos certames de forma direta, contribuindo para a ampliação do universo de licitantes.

Mesma sorte há de ter a questão da cobrança de taxa variável — na hipótese, 2,5% sobre o valor contratado para a utilização do sistema eletrônico (...).

Reafirma o entendimento segundo o qual, ao se instituir

taxa de 2,5% sobre a proposta vencedora, estar-se-ia incorrendo em hipótese desarrazoada de cobrança de valor distinto pela utilização de um mesmo sistema eletrônico, cuja operacionalização não sofre revés por conta da variação do valor estimativo do certame.

Bem por isso a exigência do item 4.7 deve render-se ao limite imposto pelo art. 5º, III, da Lei nº 10530/02.

Pelos mesmos motivos, cabe recomendar que a Administração não só promova todas as demais alterações que se fizerem necessárias, correlatas a esta questão, como também reveja os termos do acordo firmado com a Bolsa Brasileira de Mercadorias previamente à realização de demais certames que pretenda promover na modalidade pregão, em sua forma eletrônica.

**TCs-30669/08 e 30701/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 15/10/08 - DOE de 23/10/08, págs. 68/71. O E. Plenário, circunscrito às questões expressamente suscitadas, julgou procedente a representação interposta pela Associação e parcialmente procedente aquela oferecida pela Empresa, determinando à Prefeitura que, querendo dar seguimento ao certame, promova as alterações no Edital do pregão eletrônico, nos termos consignados no voto do Relator, devendo, também, estabelecer uma só ocasião para apresentação das propostas e realização da Sessão do Pregão. Uma vez alterado o Edital, deverá ser providenciada sua republicação, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

Recomendou, por fim, à Administração que, à vista de decisões reiteradas desta Corte de Contas, a partir do TC-15934/026/08, reveja os termos do acordo firmado com a Bolsa Brasileira de Mercadorias, no tocante ao apoio técnico e operacional para a realização de futuros certames que pretenda promover.

#### **REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA EM PRÉDIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS**

• Representação formulada por Empresa, objetivando o registro de preços para eventual prestação de serviços de limpeza nos prédios públicos municipais, com fornecimento de equipamentos e material.

(...) Não se desconhece acerca da possibilidade de prorrogação do prazo de validade da ata de registro de preços, consoante previsão expressa constante de decretos federal e estadual; quer-se crer, portanto, também haver autorização legal expressa a amparar o item editalício, cuja análise fica adstrita à fase do exame ordinário da matéria.

O Relator reitera, em seguida, que ao conceder a medida liminar desde logo afastou a impugnação feita à exigência de responsável técnico com qualificação de engenheiro inscrito no CREA. Esse item editalício já havia sido suprimido pela Administração.

Concentra-se, então, na disposição do subitem 9.1.4 “b” que se colocou em evidência, já que em descompasso com o enunciado da Súmula nº 30, deste Tribunal.

Na boa companhia de Órgão Técnico, também pensa não haver como acolher as justificativas da Administração no que concerne à demonstração de aptidão em atividade específica. Não se há negar a importância de ver demonstrada experiência anterior em atividades relacionadas à prestação de serviços de limpeza em unidades de saúde que, de fato, reúnem especificidades que a diferenciam das demais atividades, tal como alegado pela Representada.

Mas não se há restringir, por conta disto, a ampla participação de potenciais interessados que possam demonstrar, de maneira inequívoca, experiência em atividades semelhantes, tal qual se quis dar ênfase no Edital.

Recorda, a respeito do assunto, que o Plenário acolheu voto de sua relatoria, nos autos do TC-25446/026/08:

“... o processo licitatório admite, à luz do preceito da Constituição de 1988 “tão-somente exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” contratuais.

Ora. Se a Administração trata de bem delinear o objeto licitado, indicando, nos limites legais, parcelas de maior relevância, com quantitativos mínimos por serem observados, possibilitando, assim, julgamento objetivo, não há exceção feita às hipóteses tecnicamente justificáveis, porque não deixar ao alvedrio do licitante oferecer atestados que entenda bastantes para evidenciar sua aptidão técnica, cuja análise e aceitação ficarão a toda evidência a cargo da Administração.

**TC-29406/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 17/9/08 - DOE de 25/9/08, págs. 68/71. O E. Plenário rejeitou, em preliminar, a arguição da Assessoria Técnica e, circunscrito à questão expressamente suscitada, julgou procedente a representação formulada contra o Edital de pregão presencial, determinando à Prefeitura do Município, pretendendo dar seguimento ao certame, promova a alteração necessária no subitem 9.1.4 “b” do Edital, em conformidade com o referido voto, revendo “ad cautelam”, as demais regras do Edital, de jeito a deixá-las amoldadas à legislação incidente e jurisprudência deste Tribunal.**

Determinou ao Senhor Prefeito, ainda, que dê oportuno cumprimento ao que prescreve o art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.

## EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL ESTADUAL

### **AÇÃO DE REVISÃO**

#### **O ÔNUS DE COMPROVAR A PERFEITA REGULARIDADE DA DESPESA COM DINHEIRO PÚBLICO É DE QUEM PRESTA AS CONTAS, E NÃO DE QUEM AS TOMA**

• **Ação de Revisão proposta pela DD. Procuradoria da Fazenda do Estado, visando a desconstituir r. decisão, proferida nos autos TC-19848/026/98, que julgara regular prestação de contas.**

O parágrafo único do art. 73 da LC nº 709/93 permite, mas não exige que a falsidade do documento seja demonstrada “por meio de decisão definitiva proferida em Juízo Cível ou Criminal”. A literalidade do texto legal é clara que a falsidade também pode ser “deduzida e provada no processo de revisão, garantindo pleno direito de defesa”.

Acresce que, na peculiar jurisdição dos Tribunais de Contas, a comprovação da falsidade não exige demonstração tão cabal quanto à exigida para justificar as sanções que decorrem da condenação criminal (*Decreto-lei nº 201/67; arts. 304 e 299 do Código Penal*) ou da procedência de ação civil pública (*perda de direitos políticos, proibição de contratar com Poder Público, etc.*). *Esse entendimento vale, sobretudo, nos casos, como o de agora, em que o ônus de comprovar a perfeita regularidade da despesa com dinheiro público é de quem presta as contas, e não de quem as toma.*

No caso, as provas coligidas, múltiplas e convergentes, indicam a utilização de documento ideologicamente falso para comprovação da prestação de contas dos valores repassados à Prefeitura.

É o que resulta da documentação trazida a esta Corte por Cidadão e do que foi apurado pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica, pela Auditoria deste Tribunal e por Procuradoria Regional da Fazenda do Estado, bem assim de informações sobre ações em andamento no Poder Judiciário.

Tal conjunto probatório é suficiente para evidenciar a utilização de Portaria ideologicamente falsa na sustentação dos gastos realizados com recursos públicos repassados pela Secretaria Estadual de Esportes e Turismo.

Tanto era ideologicamente falsa a Portaria, não publicada, que utilizou o mesmo número já atribuído a outra Portaria, esta sim publicada, registrada e cumprida, concedendo à Servidora férias que foram gozadas e motivaram o pagamento do acréscimo remuneratório correspondente. Ademais, a Portaria ideologicamente falsa sequer consta dos arquivos mantidos pela Câmara Municipal, onde consta, a Portaria autêntica com tal numeração.

Em verdade, a Portaria ideologicamente falsa, prorrogando para período posterior ao programado os “Jogos da Primavera”, foi providenciada para dar credibilidade a lançamento contábil, no ano seguinte, de despesas com os Jogos, mas são, na verdade, despesas que se referem à transferência para entidade privada, estranha aos Jogos, de valor repassado.

A Procuradoria da Fazenda Estadual, com auxílio da Polícia Técnico-Científica e da Equipe de Fiscalização desta Corte (TC-4133/026/00), constatou que os materiais adquiridos para o evento foram registrados no almoxarifado somente em janeiro de 1998, bem como detectaram a ausência de registro formalizado dos recibos de prestação de serviços.

Examinando essa situação, o Eminentíssimo Desembargador Paulo Henrique Barbosa Pereira, Relator, ao proferir voto pelo recebimento da denúncia que instaurou ação penal contra o Prefeito responsável pela prestação de contas, utilizou argumentos contundentes, à vista da farta documentação referida e dos depoimentos de servidores da Prefeitura que depuseram a respeito: (...).

*Além do conjunto de provas que indicam a não realização dos Jogos da Primavera de 1997, não há qualquer registro dessa suposta compra nas listas mensais de entrada de material dos meses de outubro, novembro e dezembro.*

*E acrescenta*

*“É possível afirmar que a Portaria não é de 30/10/97, fato, aliás, comprovado pela prova pericial documentoscópica que indicou duplicidade de numeração com a verdadeira Portaria nº 295, essa sim de 30/10/97”*

O conjunto de documentos juntados aos autos desta Ação de Revisão permite, pois, concluir: não existe prova da efetiva realização do evento Jogos da Primavera de 1997; a Portaria apresentada para justificar o alegado adiamento dos Jogos é ideologicamente falsa; o suposto material esportivo adquirido não foi registrado regularmente no almoxarifado do Município no exercício para o qual foi programada a despesa. Foram contabilizados apenas no ano seguinte, 1998.

Os peritos criminais (TC-4133/026/00), da Superintendência da Polícia Técnico-Científica, detectaram que os valores pagos no montante de R\$6.633,20, a diversos fornecedores, foram, na verdade, depositados na conta de entidade privada, o Clube de Cavaleiros, estranha à execução do termo de convênio (TC-4133/026/00).

Assim, fica sem justificativa a realização de despesas depois do período da realização do evento previsto no termo de convênio.

Os registros contábeis das entradas e saídas dos materiais recebidos foram efetuados somente no exercício subsequente (janeiro de 1998) e de forma global, portanto, fora

da ordem cronológica, ferindo diversos princípios de contabilidade: da continuidade, da oportunidade e da competência, os arts. 95 e 104, da Lei nº 4320/64, agravado ainda pela não adoção de controle individualizado dos materiais estocáveis, bem como identificação da sua destinação devidamente formalizada.

Acrescente-se a não apresentação de relatórios e dos registros dos serviços recebidos.

Permanecem, ainda, as injustificáveis transferências de valores pagos através de endosso de cheques nominais aos fornecedores contratados para uma entidade privada estranha à execução do termo firmado.

Em suma, as prova colígida tem força suficiente para demonstrar a falsidade da ideológica da Portaria utilizada para comprovar as despesas realizadas.

Os controles internos (contábil e administrativo) da Prefeitura Municipal de Pradópolis não demonstram despesas realizadas com os “Jogos da Primavera”. Não dão, portanto, sustentação a ocorrência das mesmas. Antes, indicam arranjos de data, exatamente para criar comprovação do que não ocorreu.

Registro, por fim, que se trata de subvenção concedida há mais de dez anos e que esta ação rescisória tramita há quase cinco anos, não havendo porque retardar sua solução.

**TC-20634/03 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 26/3/08 - DOE de 3/4/08, págs. 60/63. O E. Plenário, em preliminar, conheceu da ação e, quanto ao mérito, julgou-a procedente, para desconstituir a r. sentença revidenda e julgar, nos termos do art. 33, III, “b”, da LC nº 709/93, irregular a prestação de contas dos valores repassados à Prefeitura, no exercício de 1997, condenando o Município a restituir ao erário a quantia de R\$10.000,00, com os devidos acréscimos legais, desde o seu recebimento.**

---

## CONTRATOS

### EXECUÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO DE UNIDADE DE INTERNAÇÃO DA FEBEM

• **Contrato celebrado entre Fundação e Empresa, objetivando a execução de obras de construção de unidade de internação da FEBEM, incluindo o fornecimento de material e mão-de-obra.**

No exame dos autos dois são os óbices suscitados, o primeiro acerca de planilhas indicativas dos itens a ser medidos a preço global; o segundo, à inobservância da Súmula nº 25 deste Tribunal.

Com relação ao primeiro não procedem às justificativas apresentadas pela FEBEM, o devido acompanhamento da execução das obras, estaria prejudicado no caso da indicação em planilha das quantidades e preços unitários efetivos de projeto.

Assim, entendeu aquela Assessoria que a Origem não cumpriu o estabelecido no art. 7º, § 2º, inc. II da Lei nº 8666/93, e que o acompanhamento da execução das obras, no caso de preço global, deve ser feito por medição em por-

centagem dos quantitativos estimados, e não apenas sobre os valores orçados.

Com relação ao segundo óbice apontado, que o item 4.5.11 esta em desacordo com a Súmula nº 25, igualmente sem sucesso se afigura a justificativa para o questionamento relativo ao vínculo empregatício, já que a instauração do pleito aconteceu em meados de 2005, época em que esta Corte já contava com a jurisprudência consolidada sobre a matéria.

**TC-4900/06 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 24/6/08 - DOE de 16/7/08, págs. 21/25. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, remetendo-se cópias à Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania, nos termos do inc. XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93, devendo o Sr. Secretário informar a este Tribunal, no prazo de sessenta dias, sobre as providências adotadas em relação às ilegalidades apontadas; e à Assembléia Legislativa, nos termos do inc. XV, do art. 2º, do mesmo Diploma Legal.**

## LOCAÇÃO DE MÁQUINAS FOTOCOPIADORAS

• **Termos Aditivos firmados entre Universidade e Empresa, objetivando a locação de máquinas fotocopadoras, com fornecimento de materiais de consumo e assistência técnica com fornecimento de peças de reposição para os Órgãos e Unidades da Universidade.**

A despeito dos bem lançados argumentos da Origem, não há considerar regulares os termos em apreço, porque sobre eles incidiram efeitos considerados por esta Corte danosos ao erário.

Demais disso, verifica-se que publicado o v. Aresto que condenara definitivamente licitação e instrumento contratual, em 6/4/06, e mesmo após obtenção de vista dos autos, prosseguiu a Origem com a execução contratual por meio da recomposição dos preços pactuados (28/6/06) e da celebração do Aditivo (26/10/06), prorrogando o ajuste até 16/11/07 (data informada de rescisão contratual), em flagrante insurgência contra o decidido pela Corte.

Some-se a isso, a instauração de Sindicância para apuração de responsabilidades somente sete meses depois da condenação definitiva do procedimento (24/11/06) que, a propósito, concluiu pela ausência “*de qualquer prejuízo ao erário público, sugerindo, apenas o arquivamento dos autos, medida que foi determinada pelo Magnífico Reitor*”.

**TC-3014/03 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 113/117. A E. Câmara julgou irregulares os termos de aditamento de 22/6/06, 9/9/05, 21/10/05, 8/2/06, 23/3/06 e 26/10/06, e de Concessão de Recomposição de Valores, de 28/6/06, acionando-se para a espécie as regras dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar ao Responsável, o Pró-Reitor, com fundamento no art. 104, inc. III, da referida Lei Complementar, multa no valor correspondente a 300 (trezentas) UFESPs, para recolhimento, na forma da lei, no prazo de trinta dias.**

## O VALOR DO CONTRATO TRIPLICOU NO PERÍODO DE DOIS ANOS

• **Contrato celebrado entre Companhia Energética e Empresa, objetivando a prestação de serviços de conservação geral e limpeza das áreas internas e externas de usina e almoxarifado.**

Conquanto à época da presente contratação ainda não houvesse a consolidação de nossas Súmulas para algumas das irregularidades apresentadas, já era do conhecimento geral a posição desta Corte, a respeito da exigência de atestados sem delimitação do máximo do objeto a ser comprovado e da exigência de índice acima do tolerado para verificação da condição financeira das empresas.

Aqui foi verificada restritividade à competição, que levou apenas duas empresas a participarem do certame (...).

Ressalto que na licitação anterior participaram cinco interessadas, e que o objeto da presente contratação teve a inclusão de serviços e de quantitativos, para os quais faltou comparativo de preços, sendo que o valor de um contrato para o outro, quase triplicou, num período de apenas dois anos, como se verifica nos apontamentos elaborados pela Auditoria.

**TC-1316/06 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 13/5/08 - DOE de 28/5/08, págs. 89/92. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial e o contrato em exame, determinando a aplicação do disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, fixando-se o prazo de sessenta dias, para que o Exmo. Sr. Secretário de Estado de Saneamento e Energia informe a este Tribunal sobre as providências adotadas para apuração das responsabilidades.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NUTRIÇÃO E ALIMENTAÇÃO HOSPITALAR

• **Contrato celebrado entre conjunto Hospitalar e Empresa, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar.**

Observa o Relator que o contrato adentrou a esta Corte em 13/4/07 sendo que o mesmo foi celebrado em 11/11/05, ou seja, quase dois anos depois, sendo totalmente contrário às Instruções desta Corte.

As irregularidades apontadas por Órgão Técnico afrontam as Súmulas 14, 17, 18 e 28, sem esquecer que estabeleceram um exíguo período de três dias de prazo para visita do local. Lembra o Relator que, mesmo não vigente à época do contrato, estas irregularidades já compunham o repertório jurisprudencial desta Casa.

Ressalta, ainda, a fragilidade das justificativas apresentadas, pois conhecemos os procedimentos adotados pelo Governo do Estado no Cadastro de Serviços Terceirizados, e sempre recomendamos aos Administradores que adéquem os seus instrumentos editais para que não afrontem as normas vigentes e às súmulas desta Corte.

Entende que ocorreu restritividade, pois o mercado referente ao objeto, ora contratado, é amplamente concorrido, possuindo diversas empresas atuando no setor, principalmente em contratos administrativos. O orçamento e o pre-

ço final teve uma diferença de apenas 0,069% equivalente a R\$374.036,25, demonstrando a falta de economicidade.

**TC-799/07 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 1ª Câmara de 2/12/08 - DOE de 10/12/08, págs. 92/99 - retificada no DOE de 19/12/08, p. 44. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial, o contrato e os termos de aditamento e de reajuste em exame, encaminhando-se, por conseguinte, cópias dos autos à Secretaria de Estado da Saúde, nos termos do inc. XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, devendo, ainda, o Sr. Secretário da Pasta, no prazo de sessenta dias, informar este Tribunal sobre as providências adotadas; e à Assembléia Legislativa, nos termos do inc. XV do art. 2º do mesmo Diploma Legal.**

## LICITAÇÃO

### AQUISIÇÃO DE DESFIBRILADOR

• **Contrato celebrado entre Secretaria e Empresa, objetivando a aquisição e instalação de desfibriladores.**

(...) O art. 37, XXI, da Constituição prescreve que “a lei somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Bem por isso, para a habilitação nas licitações, somente pode ser exigida a documentação expressamente relacionada nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8666/93. As exigências não podem ser ampliadas, como, aliás, evidencia a reiterada preocupação da Lei (“*exclusivamente*”, art. 27, caput; “*consistirá*”, arts. 28, caput, e 29, caput; “*limitar-se-á*”, art. 30, caput). Trata-se, aliás, de entendimento absolutamente pacífico, na doutrina e na jurisprudência.

No caso concreto, a Administração inseriu no Edital requisito de habilitação não previsto em lei. A irregularidade é grave, eis que se trata de exigência que se mostrou apta e inevitavelmente afastou competidores da licitação, frustrando a competitividade do certame em infração ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93 e, conseqüentemente, impedindo a Administração de obter o melhor preço, com afronta à economicidade.

Trata-se da exigência, como condição de *habilitação*, da apresentação de carta de *solidariedade* do fabricante, quando a licitante for revendedora ou representante, formulada no item V, “f”, do Edital. A exigência afronta a Lei e também a Súmula nº 15 da jurisprudência desta Corte, pois se trata de compromisso de terceiro, alheio à disputa. Exigir essa declaração específica e desnecessária de terceiro, como condição de participação no certame é criar entrave, que a lei não permite, à ampla competitividade do certame.

As justificativas apresentadas pela Administração foram insuficientes para afastar aludida falha. A exigência revela-se desarrazoada em face da responsabilidade solidária existente entre os fabricantes e os fornecedores de produtos, conforme preconiza o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. A solidariedade decorre da Lei e a garantia deve ser prestada pelo próprio licitante, que, eventualmente, poderá acionar o fabricante do equipamento, tendo em vista a solidariedade entre ambos.

Nota o Relator que a mesma exigência já foi objeto de recomendação em contratação anterior, realizada pela Secretaria de Saúde:

*“De fato, a Secretaria de Saúde deveria ter observado atentamente o disposto na Súmula nº 15 deste Tribunal, cujo conteúdo é resultado de reiteradas decisões acerca da impossibilidade de exigência de compromisso de terceiro alheio à disputa”.*

No caso em exame, não há como relevar a falha, eis que concorreu, concretamente, para a restritividade do certame. Quatro empresas se apresentaram; três delas foram impedidas de participar do certame, uma das quais exatamente pela exigência agora censurada. Com isso, o certame acabou por se restringir a licitante único.

**TC-37143/07 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 7/10/08 - DOE de 22/10/08, págs. 63/67. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial e o contrato, e ilegal o ato ordenador das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

### **CONCESSÃO DE USO PARA IMPLEMENTAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE ÁREAS EM ESTAÇÕES**

• **Contrato celebrado entre Companhia e Empresa, objetivando a concessão de uso, mediante remuneração e encargos, para implementação, administração e exploração comercial de áreas em estações com a finalidade de comercialização de créditos eletrônicos do bilhete único.**

(...) A exigência de comprovação na fase habilitatória de credenciamento da proponente junto ao SPTRANS, inserida no item 3 do Ato Convocatório, fere a Súmula 14 desta Casa.

Como bem destacou Órgão Técnico firmou-se entendimento nesta C. Corte no sentido de que exigência da espécie só pode ser requerida à vencedora do certame, bastando requisitar as participantes a declaração de que estão aptas a apresentá-la no momento oportuno.

De outra parte, a previsão editalícia constante do item 3.1 do Edital, a saber, apresentação de atestado comprovando estar a licitante habilitada a realizar cargas assistidas de créditos eletrônicos dos tipos comum e estudante, e recargas de vales transporte transgredem a Súmula 30 deste E. Tribunal, porquanto prevê a apresentação de atestado de experiência anterior específica.

Veja-se que quinze empresas retiraram o Edital e apenas uma participou efetivamente do certame. Portanto, as cláusulas 3 e 3.1 revelaram-se restritivas.

**TCs-14063/07 e 941/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 9/12/08 - DOE de 4/2/09, págs. 77/83. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência, o contrato e o termo aditivo, abrigados no TC-14063/026/07, bem como procedente a Representação (TC-941/026/06), no que tange à impugnação do item 3 do Edital, e ilegal o ato determinativo da correlata despesa, aplicando-se, em consequência, os termos do art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

**Fixou, ainda, o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o Responsável apre-**

**sente a este Tribunal as providências adotadas em face da presente decisão.**

**Determinou, outrossim, que, decorridos os mencionados prazos, cópias de peças dos autos sejam encaminhadas ao Ministério Público, para adoção das providências de sua alçada.**

**Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários, inclusive à Subscritora da representação.**

### **CONSTRUÇÃO DE AMBIENTES COMPLEMENTARES DE SALA DE AULA**

• **Contrato celebrado entre Fundação e Empresa, objetivando a construção de ambientes complementares, de sala de aula, com fornecimento, instalação, licenciamento e manutenção de elevador e reforma de prédio escolar.**

Ao apreciar a matéria objeto deste processo o Relator observa, mais uma vez, tratar-se de licitação realizada pela Fundação, na qual diversas proponentes foram desclassificadas em razão das condições impostas pelo Edital, quanto à aceitabilidade dos preços unitários considerados inexequíveis, embora os preços globais fossem mais vantajosos.

Conforme pode verificar, a Origem, em suas licitações julgadas pelo critério do menor preço global, não tem observado o disposto no art. 48 da lei de regência, que fixa as condições para que ocorra a desclassificação das propostas.

No caso em julgamento, a instrução dos autos indica que foram eliminadas as 12 primeiras propostas de menor preço, e classificada aquela colocada em 13º lugar, destacando-se que, dentre as afastadas do certame, onze o foram em razão da aferição da exequibilidade dos preços unitários.

Por esses motivos, o Tribunal tem reprovado a conduta adotada pela Fundação quanto ao critério de julgamento das propostas nas licitações da espécie, por contrariar o disposto no 3º da LF nº 8666/93, conforme decisões proferidas nos autos dos TCs- 24910/026/04, 27085/026/04, 24713/026/05, 1973/026/07, 805/026/05, 29151/026/97, 21241/026/00, 28697/026/03, 15775/026/04, 31501/026/03 e 12823/026/04, que tratavam de licitações desse tipo, e que foram julgadas irregulares, por apresentarem, em especial, as mesmas falhas encontradas neste processo, no que tange à aferição da exequibilidade das propostas.

**TC-10588/07 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 2ª Câmara de 9/9/08 - DOE de 17/9/08, págs. 65/68. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato em exame, bem como ilegais os atos determinativos das respectivas despesas, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

### **CONSTRUÇÃO DE CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA**

• **Contrato celebrado entre Secretaria e Empresa, objetivando a execução de obras e serviços de construção do Centro de Detenção Provisória Vertical.**

(...) Todas as possibilidades de defesa foram conferidas às partes Contratantes, para que não remanescessem quaisquer

dúvidas quanto ao mérito de todos os procedimentos avaliados durante a longa instrução processual conduzida pelos Órgãos Técnicos e Jurídicos desta Corte e, com critérios igualmente bem fundamentados, pela douda PFE.

Todavia, o conjunto das falhas apuradas persiste com peso suficiente à desaprovação da matéria, assim como mostra corrente majoritária formada pelas consecutivas manifestações desfavoráveis da Auditoria, dos Órgãos Técnicos e PFE.

Houve problemas desde o início dos preparativos para a licitação em pauta, até o desfecho frustrado de um contrato que teve de ser rescindido, por conta da irrefutável inadimplência de obrigações assumidas pela única empresa declarada, pela Administração, técnica e economicamente capaz para a execução da obra, contra a qual trabalharam as desarrazoadas e quase intratáveis exigências editalícias destinadas ao credenciamento de empreiteiras que compõem o grande universo de empresas da construção civil.

**TC-13875/03 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 10/6/08 - DOE de 18/6/08, págs. 58/61. A E. Câmara, pela violação cometida contra os princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da economicidade e da eficiência, julgou irregulares a concorrência, o Contrato e os sete termos aditivos em exame, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

Decidiu, outrossim, conhecer do teor do Termo de Rescisão do Contrato, porque dele adveio o substrato legalmente exigível para o nascedouro da posterior contratação direta e emergencial, que houve de ser firmada em legítimo socorro das obras então abandonadas, avença que, junto com a prévia dispensa de licitação, foi julgada regular por esta Segunda Câmara, em Sessão de 16/10/07, consoante r. decisão e v. Acórdão acostados nos autos do TC-15075/026/05.

Determinou, por fim, seja dada ciência da presente decisão ao Ministério da Justiça e ao seu Departamento Penitenciário Nacional, para eventuais providências.

### **CONSTRUÇÃO DE COBERTURA DE QUADRA EM ESTRUTURA MISTA EM ESCOLAS MUNICIPAIS**

• **Contrato celebrado entre Fundação e Construtora, objetivando a construção de cobertura de quadra em estrutura mista (pilares pré-moldados de concreto e tesouras metálicas) em diversas escolas.**

Os autos revelam a prática de irregularidades pela Administração no momento da classificação da melhor proposta.

Com efeito, estabelece o art. 48, inc. II, da Lei nº 8666/93, que serão desclassificadas as propostas desde que o valor global seja superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis. Assim, não pode a Administração proceder ao exame dos custos unitários de apenas alguns itens para desclassificar propostas sob o argumento de que não foi verificada a exequibilidade dos mesmos.

Em sua defesa, a Administração teceu considerações acerca da necessidade de se verificar a exequibilidade das propostas, sustentando a regularidade do procedimento adotado, discorrendo ainda, sobre a diferença entre critério de julgamento e exame de exequibilidade das propostas.

No entanto, tal atitude, levada a cabo pela Administração, revela arbitrariedade e subjetividade no momento da classificação das propostas, vez que o critério de julgamento adotado apresenta-se bastante restritivo. Além disso, acaba por ferir os princípios da isonomia e da vantajosidade, contrariando o disposto no “caput” do inc. XXI do art. 37 da CF.

No caso em exame, o preço praticado foi R\$117.196,55 maior que o da primeira colocada, e 4,98% maior que o da 2ª colocada, desclassificada, situação que também evidencia o prejuízo causado ao erário, em função do afastamento de propostas mais vantajosas para a Administração (...).

No mesmo sentido, o Relator proferiu decisão no TC-34762/026/06 (...).

**TC-1139/07 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 1º/7/08 - DOE de 16/7/08, págs. 25/28. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, e ilegais os atos ordenadores das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

Decidiu, ainda, impor multa ao Diretor de Obras e Serviços, responsável pela homologação e também signatário do contrato, no valor de 500 (quinhentas) UFESPs, nos termos do art. 104, inc. II, da mencionada Lei Complementar.

Determinou, por fim, a remessa de cópia do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas ao Ministério Público, para eventuais providências.

### **DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPONENTES COM PREÇOS MENORES**

• **Contrato celebrado entre Fundação e Empresa, objetivando a construção de prédio escolar em estrutura pré-moldada de concreto com fornecimento, instalação, licenciamento e manutenção de elevador, compreendendo a provisão de todos os materiais e execução de todos os serviços.**

A matéria encontra-se irregular visto que não restou devidamente justificado o critério adotado para aferir a exequibilidade das propostas das empresas desclassificadas no procedimento licitatório.

Este assunto não é novo na Casa e tem sido objeto de rejeição, pois mencionado critério impede a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, violando o art. 3º da Lei nº 8666/93.

Conforme destacado por Órgão Técnico todas as propostas apresentadas eram exequíveis conforme dispõe o art. 48 da Lei de Licitações, a conduta adotada pela Fundação comprometeu a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, eis que o preço global oferecido pela Contratada - R\$2.650.522,47 ficou classificado inicialmente em 3º lugar, enquanto a proposta da Empresa que apresentou o menor preço - R\$2.545.796,01 restou desclassificada, após aplicação dos indevidos critérios adotados para apuração da exequibilidade dos preços.

O procedimento adotado pela Fundação desclassificando as duas proponentes com os dois menores preços é absolutamente irregular.

**TC-38300/06 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 29/4/08 - DOE de 7/5/08, págs. 50/56. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem**

como ilegais os atos determinativos das despesas decorrentes, determinando a aplicação do disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, com os oficiamentos que se fizerem necessários, fixando o prazo de sessenta dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, que é de quinze dias, para que a Prefeitura informe a esta Corte de Contas acerca das medidas adotadas diante do ora decidido. Transcorrido o prazo recursal, bem como aquele fixado para adoção das medidas cabíveis, cópias de peças dos autos serão encaminhadas ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.

Recomendou, outrossim, à Fundação para o Desenvolvimento da Educação que em futuros procedimentos observe as Súmulas desta Corte de Contas.

## ELABORAÇÃO DE PROJETO DE ENGENHARIA

• **Contrato celebrado entre Empresa de Desenvolvimento e Empresa de Engenharia, objetivando a elaboração dos projetos de recuperação ou manutenção das estruturas das obras de arte especiais, de estabilidade das encostas, da integridade das obras de drenagem e das pistas de rolamento dos sistemas jurisdicionados ou integrados aos sistemas da Empresa de Desenvolvimento.**

As irregularidades suscitadas pelos Órgãos de Instrução não puderam ser afastadas pelas justificativas apresentadas. O Relator considera, com isso, que há elementos capazes de comprometer a integralidade do procedimento licitatório, que conheceu tão-somente duas propostas, dentre o expressivo número de interessados que obtiveram cópias do ato convocatório.

Há imperfeição no item 2.3.16 do Edital ao não permitir que a vinculação do profissional se dê por intermédio de contrato de prestação de serviço, conforme disposto no art. 30, I, § 1º c/c § 10, da Lei nº 8666/93 e Enunciado nº 25 da Súmula de jurisprudência deste Tribunal.

Por se tratar da elaboração de projetos de engenharia, verifica que os termos da cláusula 2.3.15 proporcionaram restritividade indevida, injustificada em face da ausência de complexidade dos serviços, contrariando o requisito da ampla competitividade consagrado nos arts. 37, XXI, da CF e 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93, reproduzido na Súmula nº 30 desta Corte.

De sua vez, a regra definida pelo 3.1.4 do Edital permitiu que as licitantes alcançassem pontuação na proposta técnica por atestados de experiência anterior, posto que já exigidos como condição de qualificação técnica na fase de habilitação. Isso impediu a avaliação das qualidades técnicas das propostas, contrariando frontalmente o sentido da licitação do tipo “técnica e preço”, consoante a Súmula nº 22 deste Tribunal.

Ainda que essa falha não interferisse no resultado da disputa ocorrida, não há dúvida que a sistemática desestimulou a participação de outras interessadas que, ao não somarem essa pontuação, já estariam em franca desvantagem para o triunfo na competição.

Por fim, a exigência de visto no CREA/SP foi colocada indevidamente como requisito de habilitação na concorrência, porquanto deveria ter sido submetida apenas à licitante vencedora, como condição de assinatura do instrumento contratual, em conformidade com a jurisprudência pacífica deste Tribunal.

Ao lado de todas essas incorreções, verifica que o comparecimento de apenas duas licitantes corrobora o descompasso do modelo do edital, em franco prejuízo à competitividade. Distanciou-se, com isso, do escopo de se selecionar a melhor proposta para a execução do contrato administrativo, não permite a relevação das falhas.

**TC-18161/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 17/6/08 - DOE de 25/6/08, págs. 61/64. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência e o contrato, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.**

## EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICAÇÕES ATRAVÉS DE LAUDOS EMITIDOS POR LABORATÓRIOS DE RECONHECIMENTO INTERNACIONAL

• **Contrato celebrado entre Companhia Energética, objetivando o fornecimento e instalação de rede de comunicação de dados.**

(...) Não há como condescender quanto à exigência de qualificação técnica, contida no item 5.5.1, alínea “b”, do Edital, que *reclama das licitantes, apresentação de certificações, através de laudos emitidos por laboratórios de reconhecimento internacional.*

O art. 37, XXI, da Constituição prescreve que “*a lei somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Bem por isso, para a habilitação nas licitações, somente pode ser exigida a documentação expressamente relacionada nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8666/93. As exigências não podem ser ampliadas, como, aliás, evidencia a reiterada preocupação da Lei (“*exclusivamente*”, art. 27, caput; “*consistirá*”, arts. 28, caput, e 29, caput; “*limitar-se-á*”, art. 30, caput).

As exigências para habilitação são apenas “*as previstas em lei*”. Exigências não previstas em lei não podem ser estipuladas como requisito de habilitação, ainda que sejam fáceis de obter, que tenham custo reduzido ou que até traduzam, realmente, alguma vantagem para a Administração. Quando muito, poderiam ser reclamadas como requisito de contratação, exclusivamente ao vencedor do certame.

Nesse sentido a jurisprudência pacífica desta Corte, consolidada na Súmula nº 14 desta Corte.

A mera participação no certame licitatório deve ser admitida à vista do atendimento apenas das exigências previstas em lei, pena de desestimular maior participação de interessados e, conseqüentemente, a competitividade. A exigência formulada, se realmente necessária, teria — reiterar-se — que ser feita apenas ao vencedor do certame.

Aliás, o art. 3º da mesma Lei nº 8666/93 é taxativo (...).

No caso concreto, a restrição à competitividade do certame ficou evidenciada pela circunstância de que 27 empresas adquiriram o Edital, mas apenas duas ofereceram proposta.

**TC-31409/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 29/4/08 - DOE de 7/5/08, págs. 57/60. A E. Câmara julgou irregulares o pregão, o contrato e ilegais os atos ordenadores das decorrentes despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, ciente este Tribunal, em sessenta dias, das providências adotadas.**

## IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO À DISTÂNCIA

• **Contrato celebrado entre Central de Abastecimento e Empresa de Informática, objetivando aquisição de equipamentos e prestação de serviços, com mão-de-obra especializada, para instalações elétricas, mecânicas e civis, para implantação de um Sistema de Monitoramento Eletrônico à Distância, por circuito fechado de televisão digital.**

A imposição de autorização do fabricante para a atuação no ramo de CFTV, na fase de habilitação, extrapola o rol taxativo constante dos arts. 28 a 31 da LF nº 8666/93, constituindo-se, ainda, em matéria sumulada na jurisprudência desta Corte (Enunciado nº 14).

Da mesma forma, a adjudicação e contratação por valor superior ao inicialmente orçado depõem contra a adequação da planilha de custos estimados e a economicidade do ajuste. A existência de outras propostas superiores ao ajustado, *não consideradas para a estimativa inicial*, carece de força para conferir regularidade ao ato.

Ressalte-se que a jurisprudência somente tem aceito circunstâncias tais quando demonstrada a efetiva competitividade do certame. No caso concreto, houve uma única proposta habilitada, o que afasta a possibilidade de relevação.

**TC-1986/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 25/11/08 - DOE de 3/12/08, págs. 61/67. A E. Câmara julgou irregulares a licitação na modalidade concorrência e o termo de contrato em exame, aplicando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

## OBRAS DE RECUPERAÇÃO E REFORÇO EM VÃO DE NAVEGAÇÃO SOBRE RIO

• **Contrato celebrado entre Departamento e Empresa, objetivando a execução das obras de recuperação e reforço de travessas superiores de apoios, reforço de pilares e reposicionamento e reforço das proteções flutuantes de pilares, do local provisório atual, para os pilares no vão de navegação definitivo, da PTC sobre Rio (...).**

(...) O Departamento, tal como no certame examinado nos autos do TC-17773/026/05, adotou edital de licitação padronizado, dispondo, dessa maneira, sobre as mesmas cláusulas de natureza restritiva e contrárias à jurisprudência que ora vigora nesta Corte.

É certo, de um lado, que o atentado à competitividade há de ser constatado em concreto, sendo possível, nessa medida, que certame repleto de proponentes, suficiente o bastante para a formação de amostra de preços compatível com o mercado e ensejadora de contratação vantajosa para a Administração, acabe por recomendar a relevação de eventuais vícios, por absoluta inoccorrência de prejuízo ao interesse público.

A análise do presente, entretanto, indica a inabilitação de licitantes por desatendimento a exigência de qualificação técnica desmesurada e injustificada, o que, ao ver do Relator, define a orientação do julgamento.

Além de coincidentemente exigir para a prova de qualificação e execução dos serviços de “Recuperação de obras de arte

especiais”, paradigma cuja execução deveria estar limitada ao mesmo prazo de dez meses previsto para o então futuro contrato, o instrumento convocatório igualmente condicionou quantidades adstritas ao máximo de dois contratos passados.

Isso foi suficiente para inabilitar duas das cinco empresas que compareceram com propostas: a Empresa de Construções, que demonstrou as quantidades exigidas por meio de quatro atestados e o Centro Tecnológico de Controle de Qualidade, que o fez por meio do somatório de três atestados.

Não bastasse, a terceira inabilitada, A Construtora, o foi por não ter juntado ao envelope de documentos de habilitação atestado relacionado a obras rodoviárias, hipótese claramente condenada pelo enunciado da Súmula nº 30.

Mais ainda, a disputa entre as empresas remanescentes resultou preço vencedor apenas 4% abaixo do orçamento elaborado pelo Departamento, o que reforça, para mim, que a restrição à competitividade operou em absoluto desfavor da obtenção da maior vantagem econômica possível para a Administração.

Mesmo que não decisivos para a inabilitação das licitantes, o Relator também considera contrários ao melhor entendimento da matéria a comprovação de qualificação técnico-profissional de forma limitada e a demonstração da disponibilidade de equipamentos, o que, no contexto em exame, corroboraram a condenação do processo licitatório e, por acessoriedade, de todos os atos a ele correlatos e posteriores.

**TC-36573/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 10/6/08 - DOE de 18/6/08, págs. 58/61. A E. Câmara julgou irregulares concorrência, o contrato e os termos de aditamento nele incidentes, aplicando-se o disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEATENDIMENTO RECEPTIVO E ATIVO

• **Contrato celebrado entre Companhia e Empresa, objetivando a prestação de serviços de teleatendimento receptivo e ativo a ser implantado nas instalações da contratada, estimando-se a quantidade de até 30.000 ligações/dia, sendo que no início das operações estima-se 9.500 ligações/dia, num total de 247.000 ligações.**

Não há como condescender com as exigências de habilitação pautadas no prazo contratual estimado em 30 meses. Já se decidiu mais de vez que a regra do art. 57 da Lei nº 8666/93, relativa à duração do prazo contratual, deve ser interpretada à luz de todo o ordenamento jurídico; em especial, do princípio da anualidade do orçamento público (...).

Não se desconhece que, no caso da prestação de serviços de forma continuada (art. 57, II), a duração poderá eventualmente ser prorrogada visando à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração.

Mas tal previsão não autoriza alterações outras que possam de alguma sorte, prejudicar a competitividade do certame. A preocupação é pertinente porque o prazo contratual fixado dita o valor total contratual estimado; este, por sua vez, reflete no valor da garantia das contratações de obras, serviços e compras (no máximo 5% do valor do contrato, art. 56, § 2º) e naquele relativo ao capital social mínimo (10% do valor total

do contrato, art. 31, § 3º), utilizado para comprovação da idoneidade econômico-financeira dos licitantes.

No caso, como se verificou, a irregularidade apontada afetou a competitividade do certame. Basta ver que, embora 29 interessados tenham retirado o Edital, somente quatro ofereceram proposta. E uma dessas quatro, exatamente a que ofereceu o menor preço, veio a ser inabilitada, exatamente em decorrência da exigência de habilitação formulada ao arrempeio da Lei e da jurisprudência desta Corte. Portanto, a ampla competitividade do certame foi limitada por essa indevida exigência, impedindo a obtenção pela Administração da melhor proposta, em afronta ao princípio da economicidade. A irregularidade constatada teve, pois, o condão de viciar toda a licitação realizada pela PRODESP, pois a exigência editalícia acabou por restringir e comprometer a ampla competitividade do certame, em afronta ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8666/93.

A exigência, pelo subitem 9.4.2.1 de até dois atestados para comprovação da capacidade técnico-operacional também correu para restringir a competitividade do certame.

Trata-se, no caso, de exigência inaceitável.

A jurisprudência desta Corte tem entendido que a limitação do número de atestados não está prevista no art. 30, II, da Lei nº 8666/93 e, como restringe a competitividade do certame, e só excepcionalmente pode ser admitida, deve que devamente justificada:

É impertinente a “fixação de número máximo de contratos, situação que tem sido coibida por esta Corte, a exemplo do decidido nos processos TCs-9835/026/04 e 5572/026/06 (...).

No caso dos autos, o objeto contratual nada tem de excepcional, nem de invulgar complexidade. Trata-se de prestação de serviços de teletendimento receptivo e ativo a ser implantado nas instalações da própria contratada, sem nenhum componente de especial complexidade para as empresas que se dedicam habitualmente a esse mister.

A exigência é restritiva e contraria o art. 3º da Lei nº 8666/93, tanto mais que esses dois atestados devem se referir a “serviços semelhantes”, e não apenas “compatíveis”, como prescreve o art. 30, II, do mesmo diploma legal.

Não é de estranhar, bem por isso, que, apesar do grande número de empresas prestadoras de serviços de teletendimento que operam em São Paulo, tenha sido mínimo o número de licitantes, vindo a ser contratada empresa que já prestava esses serviços à PRODESP, aliás, mediante contrato julgado irregular por esta Corte (TC-15110/026/ 01).

**TC-867/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 19/8/08 - DOE de 27/8/08, págs. 63/68. A E. Câmara julgou irregulares o pregão presencial e o contrato, e ilegais as despesas decorrentes, assinando à Administração o prazo de sessenta dias, para que seja este Tribunal informado acerca das medidas consequentemente adotadas, nos termos dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS EM RECUPERAÇÃO DE TRENS

• **Contrato celebrado entre Companhia e Empresas, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados em re-**

**cuperação de trens, com fornecimento integrado de engenharia, materiais, insumos, equipamentos e assistência técnica.**

(...) Pontos de controvérsia anteriormente vistos aqui se repetem, mais ainda porque a licitação aqui instruída foi processada sob o rito do julgamento da melhor técnica aliada ao melhor preço.

Nesse sentido, para o questionamento à exigência de comprovação de capacitação técnico-profissional baseada na execução de determinada quantidade de serviço, o argumento de que o Edital pediu o mínimo que seria possível pedir para comprovar capacitação para a execução dos contratos não me sensibiliza.

Isso porque a controvérsia se instalou no item 8.3.2 do Edital que, para o Relator, impôs às licitantes condição de demonstração tanto de qualificação técnica operacional, como profissional.

Refere-se não apenas ao aludido item, que trata da CAT do profissional detentor do atestado, mas também ao que dispôs a primeira parte do subitem 8.3.2.4, no qual se veiculou a hipótese de atestado de capacidade técnica em nome de profissional e que, a partir da combinação com o disposto no 8.3.2.1, estabeleceu regra em que a experiência do profissional demandaria comprovação da execução de serviços conforme prazos máximos (“data de início e término dos serviços”) e quantidades mínimas (“pelo menos um Trem Unidade Elétrico”), o que definitivamente não encontra amparo na parte final do inc. I, do § 1º, do art. 30 do Estatuto.

Nunca é demais lembrar que, ainda que a capacitação operacional da empresa decorra do acervo técnico dos profissionais que a integram, não há de se exigir que os mesmos parâmetros de aferição de qualificação operacional constem das Certidões de Acervo Técnico que irão qualificar a experiência daqueles profissionais.

Disso decorreu outro ponto cuja controvérsia remanesceu na instrução dos autos, qual seja aquele relacionado às formas de demonstração do vínculo do responsável técnico ao quadro permanente da licitante.

Tanto na fase de habilitação, como na fase de apreciação da proposta técnica, a mim ficou claro que somente as situações do empregado e do sócio ou diretor da empresa licitante foram admitidas.

Também insubsistentes as razões apresentadas para a repetição, na fase de julgamento das propostas técnicas, de critério tipicamente destinado à habilitação das licitantes, consistente na atribuição de notas para os atestados de qualificação técnica.

A documentação carreada aos autos para mim é clara a demonstrar que os mesmos atestados de capacitação que serviram para habilitar as licitantes foram igualmente empregados na valoração das propostas técnicas, violando, assim, o princípio da Lei de Licitações (art. 43, § 5º, da Lei de Licitações).

Sobre a visita técnica, consigno que o tema já foi objeto de recomendação à Companhia nos precedentes aqui mencionados, razão que me leva a também impugnar essa parte da matéria.

Por fim, os argumentos para a exigência do visto do CREA/SP nos atestados apresentados por empresas sediadas em outra Unidade da Federação, ainda que amparada em norma especial, não serve como critério de habilitação em certame licitatório, assente, entre nós, inclusive, que a medida somente se aplica ao vencedor do certame.

É o que enuncia, inclusive, a Súmula nº 22, perfeitamente aplicável ao caso.

Tudo isso se completa com o apontado pela auditoria em seu laudo, no sentido de que quarenta e oito empresas retiraram o instrumento convocatório, ao passo que a disputa cingiu-se a apenas três, o que definitivamente limitou a amostra e não assegurou a obtenção de proposta vantajosa.

TCs-27461/05, 27458/05 e 27460/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 7/10/08 - DOE de 15/10/08, págs. 55/58. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência (analisada no TC-27461/026/05), os contratos e os aditivos decorrentes, aplicando-se ao caso os efeitos dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

### SERVIÇO DE REFORMA E MODERNIZAÇÃO DE PÓRTICO

• **Contrato celebrado entre Companhia e Indústria Mecânica, objetivando a prestação de serviços de reforma e modernização de pórtico rolante de tomada de água das UG's principais e auxiliares de Usina.**

No presente caso, parece ao Relator evidente que o objeto em análise não possui característica de serviço comum, passível de ser licitado por meio de Pregão.

A própria Companhia defendeu por várias vezes nos autos a especificidade exigida para a prestação dos serviços de reforma e modernização do pórtico, bem como a complexidade de operação do equipamento a ser reformado, o que justificaria, inclusive, a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional correspondente a 100% do objeto licitado contida no subitem 5.4.1 do edital.

Além disso, “as próprias características de operação do pórtico rolante, cujo projeto é específico e único, evidenciam que o serviço a ser realizado demanda elaboração de um projeto técnico para a sua consecução, tanto é que previsto no item 3 do Anexo I do Contrato 5 como obrigação da Contratada e, portanto, não se trata de objeto que foi prévia e objetivamente definido no Edital” (...).

Nesse sentido, foram às considerações proferidas no TC-26559/026/06 (...). Por fim, consoante asseverado pelos órgãos instrutivos e técnicos da Casa, a falta de uma ampla pesquisa de preços impossibilitou a aferição da economicidade do ajuste, distanciando a Administração do escopo se selecionar a melhor proposta.

TC-8414/07 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 25/11/08 - DOE de 3/12/08, págs. 57/61. A E. Câmara julgou irregulares o pregão e o contrato celebrado, aplicando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

Decidiu, ainda, aplicar aos responsáveis, Srs. Diretor de Gestão Oeste e Diretor Administrativo, individualmente, multa no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, nos termos do art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, porque desrespeitadas as disposições do art. 1º, parágrafo único, da LF nº 10520/02, bem como do art. 3º, “caput”, da LF nº 8666/93.

Após o trânsito em julgado, ao Cartório para cumprimento ao disposto no art. 86 da LC nº 709/93. Findo o prazo, sem comprovação do recolhimento, cópias dos autos serão à PFE para cobrança judicial.

## DISPENSA DE LICITAÇÃO

### PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SUPORTE E CONSULTORIA ATUARIAL, JURÍDICA E ORGANIZACIONAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE PREVIDÊNCIA

• **Contrato celebrado entre Instituto de Previdência Estadual e Instituto, objetivando a prestação de serviços de suporte e consultoria atuarial, jurídica e organizacional para implementação de Previdência, entidade gestora única do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargo efetivo e de Regime Próprio de Previdência de Militares, instituída por Lei Complementar.**

O enquadramento da Contratada nos quesitos estipulados no inc. XIII do art. 24 da LF nº 8666/93 não se afigura, por si, suficiente para a dispensa de licitação. Há que se verificar o nexo entre sua finalidade estatutária e o objeto da contratação; e, ainda, a obediência aos critérios definidos nos incisos aplicáveis do parágrafo único do art. 26 da mesma lei.

No caso concreto restaram desatendidos estes últimos, especificamente os incs. II e III.

Um porque o critério “confiança”, dado como justificativa única da escolha, carece de objetividade, vindo alargar exageradamente a esfera discricionária do Administrador. Nem se diga estar tal “critério” calcado no desempenho em contratações anteriores, posto que tal entendimento tende à criação de verdadeira “reserva de mercado” à instituição que primeiro contratasse com a Administração.

O outro, pois, além de mencionada “tabela” ser apresentada pela contratada, deixando de configurar verdadeira aferição dos preços de mercado; referir-se a período muito anterior (julho de 2006); ainda seu elaborador atesta que “A pesquisa *não tem rigor metodológico* e serve apenas como sinalizador”.

TC-28965/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 14/10/08 - DOE de 7/11/08, págs. 113/117. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o decorrente contrato, aplicando-se à espécie as disposições dos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

### SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS PARA DESENVOLVER AÇÕES DE APOIO A ALUNOS DA REDE PÚBLICA

• **Contrato celebrado entre Coordenadoria e Fundação, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados para desenvolver ações de apoio a alunos da rede pública estadual, matriculados na terceira série do ensino médio regular, interessados em participar de concursos de acesso ao ensino superior público, mediante atividades de reforço escolar.**

(...) Dois aspectos debateram-se ao longo da instrução: *economicidade do ajuste* (art. 70 da CF), considerada a possibilidade de celebração de convênio suscitada pela Chefia da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Educação, e a *necessidade da contratação*.

Muito embora anterior aos estudos efetuados pela Corte e definidos pelo E. Plenário no TC-31187/026/01 (publicado na

íntegra na edição nº 113 desta Revista, págs. 107/110), oportunidade em que se definiram requisitos necessários à contratação direta com fundamento no art. 24 inc. XIII da LF nº 8666/93, o ajuste em apreço, ainda assim, vincula-se ao quanto disposto do art. 26, § único, inc. II que impõe ao processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento de certame a devida motivação tanto para a escolha da contratada (inc. II) quanto para o preço pactuado (inc. III), bem como o devido detalhamento dos serviços em planilhas, para correta estimativa dos gastos, a teor do disposto no art. 7º, § 2º, incs. I a III da referida norma.

Destes elementos ressentem-se os autos.

Como veiculado pela própria Consultoria Jurídica da Administração, e constatado ao longo do procedimento, não há razão bastante para intermediação de Fundação entre duas entidades da Administração Pública que poderiam perfeitamente realizar os serviços por meio de convênio.

Observe-se que a própria exposição de motivos da Manifestação Prévia para realização das despesas encaminhada às Secretarias da Fazenda, Economia e Planejamento enunciava expressamente: “ Contratação da Fundação de Apoio à Faculdade de Educação para a prestação de serviços técnicos especializados da USP...”.

E esta intermediação exsurge das razões expendidas pela Administração, ao arrolar os serviços efetivamente prestados pela Contratada que se resumem em atividades de ordem financeira, ou seja, controle de pagamentos, movimentação bancária, pagamento de bolsas a estagiários, recolhimento de tributos, pagamento de direitos autorais e negociações com gráficas encarregadas da produção do material didático de apoio.

Ora, extraídos os serviços a cargo da Fundação, restam então as atividades consignadas na cláusula segunda, § 1º, do instrumento contratual e que correspondem a 90% do objeto. *Portanto, aquelas não realizadas pela Fundação, mas pela Universidade de São Paulo* que sequer comparece no ajuste como anuente.

Não sem razão decidiu o E. Plenário no mencionado TC-31187/026/01 (...).

E a toda evidência à Fundação coube apenas gerir financeiramente o ajuste, inclusive intermediando a mão-de-obra advinda da USP. Logo, não há relação direta entre 90% do objeto contratado e a Fundação.

A agravar o panorama desfavorável acresça-se a falta de proposta de trabalho da Fundação, em que pese chamada a explicar-se.

Por fim, há considerar outro aspecto relevante: a economicidade do ajuste.

Observado especificamente o papel gerenciador desempenhado pela Fundação na execução do ajuste, não há justificativa bastante para alicerçar sua escolha dentre a gama de entidades existentes no mercado hábeis em realizar as mesmas tarefas. E tanto é assim que há nos autos pesquisa de preços junto a três universidades públicas, uma privada e duas empresas atuantes em cursos pré-vestibulares.

**TC-7358/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 25/11/08 - DOE de 3/12/08, págs. 61/67. A E. Câmara julgou irregulares o ato que dispensou o ajuste e o decorrente instrumento contratual, acionando-se à espécie o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**Decidiu, ainda, aplicar à responsável, a senhora Coordenadora, com fundamento no art. 104, inc. II, do mencionado Diploma Legal, multa no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESPs, para recolhimento no prazo de trinta dias.**

**Determinou, por fim, seja dada ciência da presente decisão à Procuradoria Geral de Justiça.**

## **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

### **AQUISIÇÃO DE PERIÓDICOS INTERNACIONAIS**

• **Contrato celebrado entre Universidade e Empresa, objetivando a aquisição de periódicos internacionais para o sistema de bibliotecas de Universidade.**

(...) As Representantes dos editores internacionais configuraram-se como empresas nacionais e, como tais, submetidas à legislação pátria. Nesse sentido, em que pese à argumentação expendida pela origem, necessária a atenção ao disposto no parágrafo 3º do art. 195 da CF, que impõe a demonstração de regularidade com o sistema de seguridade social para validar a contratação por órgão público.

No mesmo diapasão, a comparação de preços realizada pela Contratante demonstra a viabilidade de competição entre as Representantes Nacionais dos Editores Externos.

Cumpra mencionar que sua congênera Universidade de São Paulo tem realizado licitações para as aquisições da espécie.

Nessa conformidade, por não configurada a inviabilidade de competição; e diante do desatendimento à imposição do § 3º do art. 195 da CF.

**TC-1103/07 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 25/11/08 - DOE de 3/12/087, págs. 61/67. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o decorrente termo de contrato, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.**

**À margem da decisão, recomendou à Universidade que passe a promover o competente certame prévio às contratações da espécie.**

---

## **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

### **CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL TENDO POR OBJETO A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA PARA AMPLIAÇÃO DA CAPACIDADE DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ÁGUA E OUTROS SERVIÇOS**

• **Representações formuladas por Empresas, contra Edital de licitação, na modalidade de concorrência internacional, do tipo técnica e preço, instaurada por Companhia de Saneamento Básico, tendo como objeto a Parceria Público-Privada, por meio de concessão administrativa, para ampliação e melhoria do Sistema Produtor do Alto Tietê, compreendendo os serviços de manutenção de barragens; inspeção e manutenção de túneis e canais; manutenção civil e eletromecânica em unidades integrantes do Sistema; tratamento e disposição final do lodo gerado na produção de água tratada; serviços auxiliares relacionados à adução**

**e entrega; implementação de melhoria da eficiência energética; e ampliação da capacidade de produção da Estação de Tratamento de Água, bem como construção das adutoras e de outras utilidades.**

(...) O exame das propostas *técnicas*, para fins de qualificação ou julgamento, deve ser feito por meio de ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no Edital, consoante o § 2º do art. 12 da Lei das PPP's.

E a condição para que haja alguma certeza de objetividade está no momento em que o julgamento técnico (que é subjetivo) preveja um peso bem menor àquele estabelecido para o julgamento de preço (que é objetivo).

Só assim, “não estará violado o princípio do julgamento objetivo, contemplado no art. 3º da Lei nº 8.666/93 que se aplica às disposições da Lei nº 11079/04 e, como consequência, o princípio da igualdade dos concorrentes, previsto no art. 37, inc. XXI, da CF” (...).

**TC-35716/06 e 35856/06- Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 7/2/07 - DOE de 15/2/07, págs. 27/32. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as representações, determinando à Companhia de Saneamento Básico que elimine do instrumento convocatório a subjetividade no julgamento das propostas técnicas; a atribuição de notas ao número de atestados apresentados, em desacordo com a Súmula nº 22; e a comprovação da experiência anterior, envolvendo serviços que não fazem parte do objeto licitado, reabrindo o prazo para formulação de propostas.**

**Consignou, ainda, alerta à Companhia para que observe os recentes julgados sobre a contratação direta, nos termos do inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8666/93, caso decida manter o propósito de contratação de Fundação Pública ou Privada para a revisão do fluxo de caixa.**

**Determinou, outrossim, seja oficiado às Representantes e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.**

**Determinou, por fim, o encaminhamento dos autos à Diretoria competente da Casa a fim de subsidiar a contratação que venha decorrer do procedimento impugnado.**

---

## **PRESTAÇÃO DE CONTAS**

### **A FUNDAÇÃO PERTENCE AO ROL DAS ENTIDADES FISCALIZADAS POR ESTA CORTE**

#### **• Prestação de contas de Fundação.**

A questão relacionada à submissão da Fundação à fiscalização do Tribunal não é nova.

Como exposto, com minúcias, nos Acórdãos juntados aos autos, todas as contas anteriores a 1999 foram prestadas pela Fundação, auditadas por esta Corte e depois julgadas regulares.

Sem que qualquer alteração fática ou jurídica houvesse ocorrido, a Fundação resolveu que, a partir de 1999, não mais prestaria suas contas ao Tribunal.

As razões que invocou para tanto foram *exaustivamente* examinadas nos autos que trataram das contas dos exercícios seguintes, todas julgadas irregulares porque não prestadas:

TCs-2565/026/99, 3280/ 026/00, 2027/026/02, 3643/026/03, 3502/026/05 e 3929/026/06.

Nos Acórdãos proferidos no pedido de exclusão da Fundação do rol de entidades sujeitas à sua fiscalização, esta Corte *esmiuçou*, ainda uma vez, os fundamentos do indeferimento do pedido.

Rebateu, um a um, todos os seus argumentos, afastando-os com apoio na Constituição e na legislação de regência.

Relatou os *imensos* aportes financeiros da Administração Estadual para formação do patrimônio da Fundação.

Demonstrou que, além dos recursos das empresas controladas pelo Estado, sua Secretaria da Fazenda ainda promove transferências de recursos à Fundação.

Nesse contexto, peço vênias para me reportar aos fundamentos longamente expostos nos votos referidos nos itens 1.4 e 1.8, *supra*, nos quais a inaceitável resistência da Fundação foi devidamente considerada.

Destaco, porém, que é firme a jurisprudência dos Tribunais brasileiros em que fundações da espécie estão sujeitas à fiscalização dos Tribunais de Contas (...).

A Fundação já tentou, várias vezes, perante o Poder Judiciário do Estado, se desligar da fiscalização deste Tribunal.

Em nenhuma delas obteve sucesso (...).

Os princípios estabelecidos pela Constituição Federal para a fiscalização exercida pelo E. Tribunal de Contas da União se aplicam, nos termos do artigo 75, aos Tribunais de Contas dos Estados.

Bem por isso, a Constituição Paulista define, para este Tribunal, a mesma atividade fiscalizatória dos bens e recursos públicos, como está explícito, sobretudo, em seus arts. 32 a 34.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado (Lei Complementar estadual n. 709/93) prevê atividade fiscalizatória similar à outorgada pela legislação correspondente ao E. Tribunal de Contas da União.

A fiscalização da Fundação *é dever* que a Constituição atribui a esta Corte.

As normas de fiscalização das quais reclama já existem há muito tempo. Anteriormente foram cumpridas. Não faz sentido que a Fundação pretenda, agora, impor ao Tribunal de Contas, Instituição com assento constitucional, a forma pela qual esta deve realizar suas atribuições constitucionais.

Mais do que ninguém, a Fundação conhece as normas que disciplinam a prestação de suas contas, tanto que as prestou, obtendo julgamento de regularidade, em relação a todos os exercícios anteriores a 1999.

A Fundação sabe, perfeitamente, como deve prestar suas contas.

Cabe ao Tribunal de Contas, e não a ela, disciplinar o serviço administrativo de auditoria, a fim de que a Instituição cumpra sua função constitucional.

Esses serviços estão há muito tempo disciplinados pelo Tribunal, como prescrito na Constituição Federal, art. 73, “*caput*”, combinado com o art. 96, I.

Os procedimentos de fiscalização adotados pelo Tribunal são de conhecimento público. Foram amplamente divulgadas pelo Diário Oficial as Instruções Consolidadas TCESP nº 1/02, vigentes à época em que as contas em exame deveriam ter sido prestadas (...).

Essas Instruções estão atualizadas pelos arts. 276 a 299 das

Instruções nº 1/07, também amplamente publicadas no Diário Oficial e inseridas no sítio eletrônico deste Tribunal.

Não é por não saber como deve proceder que a Fundação deixa de prestar contas a esta Corte.

Restrições à atuação desta Corte, como a Fundação pretendem impor, ferem a Constituição (...).

Não faz sentido, portanto, pretender a Fundação que a atividade de fiscalização e controle de uma Instituição prevista na Carta Política do País fique condicionada à intermediação de determinada Secretaria de Estado, esta, também, sujeita à fiscalização deste Tribunal.

Não faz sentido pretender a Fundação impor parâmetros à atuação de Instituição que tem o dever de fiscalizar o uso que faz de recursos de grande vulto que lhe foram transferidos pelo Estado.

A Fundação sabe que essa fiscalização sempre foi realizada com o devido cuidado, consoante normatização há muito vigente; foi o que aconteceu em todas as contas anteriores a 1999.

Pretender que se delegue à Secretaria de Estado fiscalizada pelo Tribunal de Contas atividade que a este conferiu a Carta Política, é, pois, atentar contra o sistema constitucional.

Por todos esses motivos, a omissão e resistência da Fundação em prestar contas a esta Corte caracteriza, em tese, improbidade administrativa, nos termos do art. 11, VI, Lei nº 8429/02 (...).

**TC-3993/04 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 16/9/08 - DOE de 1º/10/08, págs. 61/64. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, "a", da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Fundação, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com alerta à Fundação.**

**Determinou, ainda, com fundamento nos arts. 36, parágrafo único, e 104, I e IV, da mesma Lei Complementar, impor ao Diretor Presidente, responsável pelas contas, pena de multa, fixada no valor equivalente pecuniário a 2000 (duas mil) UFESPs, à vista do valor dos recursos públicos envolvidos, do dano potencial ao erário e da reiterada resistência no cumprimento do dever de prestar contas, devendo ser recolhido no prazo de trinta dias.**

**Determinou, também, sejam expedidos ofícios: ao Ministério Público, à Secretaria da Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social e a Secretária Estadual de Saneamento e Energia, encaminhando-se cópia do Acórdão e das correspondentes notas taquigráficas, conforme os itens assinalados no relatório apresentado pelo Conselheiro Relator, na conformidade com o referido voto.**

**Determinou, ao final, que o expediente anexo, TC-3993/126/04, continue acompanhando estes autos.**

## **CONCESSÃO E APLICAÇÃO DE VERBAS SOB REGIME DE ADIANTAMENTO**

### **• Prestação de contas de Secretaria.**

(...) As imperfeições referentes à concessão e aplicação de verbas sob regime de adiantamento ganharam vulto na análise das presentes contas.

As Unidades Gestoras e Executoras de Gabinete do Secretário e Divisão incorreram em deslizamentos nesse campo, quais se-

jam: efetuar despesas em montante que exigia a formalização de procedimento licitatório e deixar pendentes prestações de contas.

Nos casos especificados no relatório de auditoria, os agentes públicos despenderam quantias elevadas para contratação de serviços de manutenção, limpeza e vigilância, bem como para a realização de eventos.

A situação afronta as premissas legais disciplinadoras do regime de adiantamento, quais sejam: a despesa não ser passível de subsunção ao processo ordinário ou, ainda, a cobertura de gastos extraordinários ou urgentes.

Os argumentos de defesa mostraram-se frágeis, haja vista que eventos comemorativos e inaugurações são, ou deveriam ser ações previstas na agenda ordinária da Secretaria, não se justificando contratar emergencialmente para atender a tais finalidades e, pior, custear os gastos com recursos de adiantamento.

Bem assim, subsistem processos de adiantamento em aberto, que reclamam a devida prestação de contas.

Analogamente, a Unidade Gestora e Executora da Administração da Coordenadoria de Esporte e Lazer abriga como impropriedades pendência na prestação de contas de auxílios/subvenções e gastos de verbas do Fundo Especial de Despesas, sujeitos à licitação, mas também processados sob a forma de adiantamento.

Assinala o Relator que, apesar dos erros flagrantes, os fatos são pontuais e não têm o condão de implicar todo o processado, mas impedem a quitação dos responsáveis, além de comportarem reprimenda.

Remanescem, ainda, questões trazidas pelos expedientes que acompanham estes autos.

A cessão de bem imóvel está jungida à pendência judicial sobre o terreno, que impede a conclusão do protocolo de intenções entre a Secretaria e o órgão beneficiário.

Por ora, não se vislumbra prejuízo ao erário, de modo que o deslinde da questão há de ser acompanhado pela equipe de fiscalização, em futuro roteiro.

Mais. Expedientes noticiam que, no apagar das luzes do exercício de interesse, estavam em discussão medidas aplicáveis para recuperação das verbas despendidas a título de convênios rescindidos.

Curiosamente, constam nos expedientes indagações a esta Corte sobre o julgamento da prestação de contas e eventual aplicação de sanção pecuniária.

Neste ponto, convém assentar que compete ao órgão concesso acompanhar a aplicação dos recursos que confiou ao beneficiário, receber a prestação de contas e adotar, em caso de descumprimento das cláusulas pactuadas, as medidas administrativas previstas no termo de convênio.

Aliás, o art. 116, § 6º, da Lei de Licitações é cristalino ao estabelecer que, na hipótese de não restituição de saldo financeiro remanescente, caberá a imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

Posto isto, o Relator determina que a Auditoria, em próxima inspeção, busque informações sobre o andamento da matéria e adicione os resultados ao relatório.

**TCs-2412/05 a 2417/05 e 9696/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 29/7/08 - DOE de**

6/8/08, 61/65. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. II, da LC nº 709/93, julgou regulares com ressalva as contas da Secretaria, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, quitando-se os Responsáveis pela Pasta, nos termos do art. 35 do referido diploma legal, e liberando-se os responsáveis por Almojarifado, identificados nos respectivos processos, em face da ausência de impropriedades no setor; ficando liberados, igualmente, os responsáveis por adiantamentos declinados no voto do Relator, juntado aos autos, que não tiveram os processos maculados por impropriedades, conforme relações constantes dos Anexos; não alcançando a liberação, contudo, os ordenadores das despesas e os responsáveis por adiantamentos elencados no referido voto.

Decidiu, ainda, considerando que os atos praticados pelos indigitados servidores afrontam as disposições do art. 68 da LF nº 4320/64, bem como atingem os ditames do art. 2º da LF nº 8666/93, com fundamento no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93, aplicar-lhes multa no valor correspondente a 100 (cem) UFESPs para cada um, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.

O Relator recomenda, por oportuno, à Administração da Secretaria que atente para os mandamentos legais norteadores das despesas sob regime de adiantamento; observe os prazos de remessa de documentos a esta Corte; não prescinda de enviar relações da cronologia de exigibilidades; bem como exija do favorecido a prestação de contas de valores disponibilizados a qualquer título.

Após o trânsito em julgado, ao Cartório para serem providenciadas as notificações dos Apenados, na forma prevista no art. 86 da LC nº 709/93 e, caso decorra o prazo sem comprovação do recolhimento das multas, ser encaminhada a documentação pertinente à PFE, para promover a cobrança judicial.

Determinou, também, seja oficiado aos Subscritores dos expedientes TCs-4815/026/08, 4816/026/08, 22384/026/08, 4996/026/06, 22387/026/08, 12328/026/04, 21548/026/05 e 12329/026/04, cientificando-os desta decisão.

Determinou, por fim, seja dada ciência do teor do voto do Relator ao Senhor Secretário da Pasta, por ofício.

---

## RECURSOS

### ATO ADMINISTRATIVO TENTANDO MODIFICAR CONTRATO JÁ DECLARADO IRREGULAR

• **Recurso Ordinário interposto por Fundação, contra r. sentença que julgou irregular termo aditivo.**

A tese recursal, efetivamente, não comporta a condescendência desta Corte.

O Relator permite-se lembrar o claro entendimento prolatado no julgamento de apelo constante dos autos TC-1038/003/03, repisa que ato administrativo que intente modificar contrato já declarado irregular está, em verdade, confirmando sua conduta inicial, razão pela qual se sujeita, por conta de sua indistigável acessoriedade, à mesma e inevitável censura.

TC-28962/03 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão

da 2ª Câmara de 3/6/08 - DOE de 11/6/08, págs. 54/56. A E. Câmara conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, confirmando-se inteiramente a r. sentença.

### AUSÊNCIA DE “REAL DISPUTA DE PREÇOS ENTRE NÚMERO CONSIDERÁVEL DE PROPONENTES”

• **Recurso Ordinário interposto por Departamento, contra r. sentença que julgou irregulares tomada de preços e contrato.**

Os fundamentos da r. decisão impugnada não foram abalados pelas razões de inconformismo da Autarquia Recorrente.

A exigência do item 12.3.b.3 do Edital (“Será admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados referentes a obras rodoviárias, de forma a atender, simultaneamente, a todo o conjunto de itens.”) tem sido avaliada neste Tribunal, como expressamente expôs o E. Julgador, tendo em conta a efetiva participação nos respectivos certames e a constatação da “*real disputa de preços entre número considerável de proponentes para a aprovação do procedimento do Departamento*”.

Nessa linha de argumentação, Órgão Técnico asseverou que as “razões ofertadas não são suficientes para alterar o quadro... em especial no que se refere ao caráter restritivo do item editalício...; apenas duas licitantes participaram do certame, tendo sido uma delas habilitada, o que revela a total ausência de competitividade”.

Não ocorreu, portanto, “*real disputa de preços entre número considerável de proponentes*”.

Quanto aos julgados invocados pela Autarquia Recorrente, prevalece a observação de Órgão Técnico. Eles “*em nada socorrem ao Recorrente, não se justificando seu pedido... de tratamento equânime, mesmo porque tais decisões reservam peculiaridades próprias, que precisariam ser vistas uma a uma, para não se cair nas armadilhas derivadas das análises superficiais, as quais consideram idênticas, hipóteses apenas semelhantes*”. Nos casos apontados, a licitação, apesar das exigências excessivas, houve efetiva disputa entre interessados; no caso concreto, isso não aconteceu, situação em que a jurisprudência desta Corte tem reprovado a conduta da Administração.

Nesse sentido existem vários precedentes desta Corte, como o Acórdão proferido no TC-17773/026/05 (...).

TC-7182/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 1º/4/08 - DOE de 9/4/08, págs. 60/63. A E. Câmara conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento.

### CADASTRAMENTO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS DE NATUREZA JURÍDICA

• **Recurso interposto por Procuradoria da Fazenda do Estado, contra r. decisão da E. Primeira Câmara que julgou improcedente representação e regulares o Edital, as contratações diretas e os atos determinativos das despesas.**

A matéria recorrida tem a ver, essencialmente, com a contratação direta, pela Administração Pública, de serviços de natureza jurídica.

O assunto é latente em nossa jurisprudência, que o trata de forma casuística, uma vez que, regra geral, admite-se a contratação de profissional ou de sociedade de profissionais do Direito, desde que a eles se atribua notória especialização e o objeto pretendido não seja plural.

O caso em questão, além disso, apresentaria mais uma nuance, ou seja, a realização de credenciamento de sociedades de advogados para posterior contratação com inexigibilidade de licitação.

Compreende o Relator, de início, que a questão do credenciamento está devidamente justificada nos autos e não configura controvérsia a ser enfrentada.

Trata-se de instituto previsto na norma que, portanto, a ela se subsume (art. 34 c/c art. 114 da Lei nº 8666/93).

Passível de devolução, portanto, apenas a questão da singularidade dos serviços contratados pelo Banco, sobre o que a Recorrente colacionou jurisprudência de escol.

A descrição dos serviços, de fato, não anima o Relator a concordar que se trate de serviços singulares, os quais, como tal, demandariam a atuação de profissional notoriamente especializado para serem executados.

Afinal, trabalhos advocatícios destinados ao contencioso cível e trabalhista, bem assim à análise de documentos tendo em vista a concessão de financiamentos imobiliários parecem, *prima facie*, intimamente relacionados às atividades cotidianas e instrumentais de qualquer instituição financeira que, dessa maneira, deve estruturar-se para o atendimento de tais demandas.

Reconheço, de outra parte, que tais serviços, na atualidade, têm-se caracterizado por serem executados de forma massiva, exigindo, no mais das vezes, o emprego de mão-de-obra em proporções maiores do que a comportada pelos departamentos jurídicos internos das empresas.

Não acredita que a situação do Banco seja diferente, sofrendo a instituição, seguramente, com milhares de demandas judiciais que reclamam a terceirização do patrocínio das causas, como também, dos serviços de assessoramento jurídico na concessão de crédito imobiliário.

Talvez tal raciocínio não valesse para determinada Prefeitura ou Autarquia, cujo volume de demandas se encaixe no tamanho dos correspondentes departamentos jurídicos.

Tratando-se de instituição financeira, porém, a situação é outra e a quantidade de ações normalmente é significativamente maior.

Vale acrescentar que o Banco, ainda que de capital controlado pelo Estado de São Paulo, é pessoa jurídica de direito privado inserida em mercado de seletiva competição, sendo natural, nessa medida, que sua Diretoria procure dimensionar seus custos operacionais da forma eficiente, não só com o propósito de atender ao interesse público, mas também para posicioná-la de forma adequada no sistema financeiro nacional.

Assim sendo, compreende, tal e qual o julgado recorrido, que o credenciamento de sociedades de advogados e a posterior contratação sem licitação justificam-se, mormente por ser a atividade de advogado sujeita a um sem-número de normas e princípios ético-disciplinares que, no mais das vezes,

tornam o processo de contratação incompatível com a competição licitatória.

Por último, o efeito devolutivo, naturalmente existente no recurso em questão, permite consignar recomendação para que o Banco selecione as sociedades credenciadas de forma objetiva e equilibrada, conferindo-lhes tratamento isonômico na distribuição dos serviços, sob pena, inclusive, de invalidar os correspondentes negócios.

**TC-21429/06 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 5/8/08 - DOE de 21/8/08, págs. 58/66. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, confirmando-se, por seus integrais fundamentos, o v. Aresto combatido.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NUTRIÇÃO E ALIMENTAÇÃO HOSPITALAR

• **Recurso Ordinário interposto por Diretora Técnica de Departamento de Saúde, contra r. decisão da E. Primeira Câmara que julgou irregular licitação na modalidade pregão presencial e contrato.**

A decisão recorrida está irretocável e não há, nas alegações recursais, elementos que justifiquem qualquer alteração no v. Acórdão da e. Primeira Câmara.

Como bem salientou o eminente Relator originário, o Edital do pregão presencial foi processado mediante cláusulas restritivas que afetaram a competitividade da disputa. O primeiro indício fático dessa assertiva está na apresentação de apenas duas propostas. Inibidoras da participação são as exigências editalícias, para a fase de habilitação, de declaração atestando serem as licitantes detentoras de cozinha central na região do Hospital ou nas proximidades e de licença de funcionamento.

Ademais, não se discute aqui a relevância da demanda apresentada pela Administração, mas, sim, o momento de sua imposição, tendo em vista que o procedimento licitatório antecipou para a fase da habilitação requisitos que dizem respeito a condições pertinentes ao momento da celebração do contrato, a serem atendidas, portanto, exclusivamente pela licitante vencedora.

Ao ver do Relator, a Administração não resguardou a obtenção da proposta mais vantajosa ao interesse público, maculando os princípios da isonomia, vantajosidade e eficiência, disposto no art. 37, “caput”, da CF e do art. 3º, “caput”, da Lei de Licitações.

**TCs-11064/05 e 11698/05 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 16/4/08 - DOE de 1º/5/08, págs. 57/60. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

• **Recurso Ordinário interposto por Companhia, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou irregulares concorrência e contrato.**

Ausentes razões para reforma do v. Acórdão recorrido. Efe-

tivamente constaram previsões no Edital que não se coadunam com o entendimento sedimentado neste Tribunal.

Pontuação da proposta técnica em razão da quantidade executada de serviços pela licitante afronta Súmula nº 22 - experiência anterior é quesito afeto à condição de habilitação; não se presta à avaliação da proposta técnica que deve se voltar inteiramente e objetivamente para o escopo do que se pretende contratar.

De igual modo, o visto do CREA/SP em certificados de registro expedidos por seus congêneres de outras regiões do país é requisito de habilitação refutado pela atual jurisprudência da Casa, pois extrapola rol taxativo do art. 30 da Lei nº 8666/93; há ser cobrado por ocasião da assinatura do contrato.

E a respeito da representação, a recorrente confirma que, com exceção dos serviços de *Help Desk*, o Edital não fez nenhuma menção sobre o local de execução dos demais trabalhos, *obscuridade* que causou inabilitação da Representante, portanto indevida.

**TC-20375/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 15/10/08 - DOE de 23/10/08, págs. 68/71. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEATENDIMENTO

• **Embargos de Declaração opostos por Companhia, em face da r. decisão da E. Primeira Câmara que julgou irregulares licitação e contrato.**

Para o Relator não há omissão a suprir.

A petição expondo os “*novos argumentos*” da Companhia foi protocolada em 12/8/08 e chegou ao Gabinete deste Relator em 13/8/08. Naquela oportunidade, os autos já haviam sido remetidos à Mesa às 19h15min de 5/8/08 (a informação consta do sistema integrado de controle de protocolo), para julgamento em 19/8/08, o que impunha cumprir os prazos para inclusão na pauta, bem como para sua elaboração e publicação no DOE.

Daí porque, ao receber e determinar a oportuna juntada da petição mencionada aos autos, o voto condutor do Acórdão embargado já estava, obviamente, redigido, sem que fosse possível aludir a documento sequer existente.

Ao tomar ciência do teor do memorial, na véspera do julgamento, nele não encontrou, como não encontra agora, ar-

gumento relevante para alterar a convicção exposta no voto referido.

Ora, “*o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos*” (RJTJESP, 115/207).

Em verdade, os embargos pretendem rediscutir o mérito da questão, o que, evidentemente, extrapola à sua finalidade.

**TC-867/06 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão da 1ª Câmara de 7/10/08 - DOE de 22/10/08, págs. 63/67. A E. Câmara rejeitou os Embargos de Declaração.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PATRIMONIAL NAS DEPENDÊNCIAS DE COMPLEXO HOSPITALAR

• **Recurso Ordinário interposto por Instituto de Assistência Médica, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que julgou irregulares dispensa de licitação e contrato.**

As Razões invocadas mostram-se frágeis diante do fundamento da decisão atacada.

Implicitamente reconhecem a demora no início do necessário processo licitatório, somente iniciado após a formalização do primeiro contrato emergencial.

Também insustentáveis os motivos apontados para a paralisação do procedimento.

Como lembrado por PFE “*(...) o serviço público não pode, nem deve, sofrer solução de continuidade, ainda que haja alteração de comando. É de se exigir, ainda que minimamente, alguma atenção para que se programe com antecedência necessária a abertura de procedimento licitatório a tempo*”.

Desnecessário, da mesma forma, o aguardo de publicação de tabela base e manual para realização de orçamento na forma já regulamentada por Decreto (nº 48326/03, arts. 3º e 4º), como menciona Órgão Técnico.

**TC-24169/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 15/10/08 - DOE de 23/10/08, págs. 68/71. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se íntegro o v. Acórdão guerreado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.**

## EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL ESTADUAL

### APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS EM MOMENTO INADEQUADO

• **Representação formulada contra Edital do pregão presencial, do tipo menor preço por lote único, lançado por Centro Odontológico da Polícia Militar - Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública, visando a “compra de material de consumo de osteossíntese para cirurgias de buco maxilo facial, para o centro odontológico (...)”.**

(...) Recai impugnação contra o item 5 do Edital no que tange à “Apresentação de Amostras”, já que o Órgão licitador exige que sejam ofertadas em data anterior àquela fixada para abertura do certame.

Essa regra contraria a jurisprudência desta Corte de Contas Consolidada na Súmula 19 (...).

A par de considerar procedente a impugnação quanto a essa exigência, ressalta o Relator que, mesmo em se tratando de pregão presencial, onde se poderia supor a legalidade da exigência antecipada de amostras, uma vez observado o prazo de oito dias da abertura, como ocorre no caso concreto, haja vista que publicação do extrato do chamamento ocorreu em 11/3, à entrega das amostras foi fixada para 19/3 e a abertura da licitação para 25/3, há que se considerar que essa exigência, em que pese à natureza do objeto, não deve prosperar, porque, se assim não fosse, a Administração, em período anterior a abertura do certame teria conhecimento de quais e quantos seriam os participantes do certame, fato não salutar para o bom andamento da licitação.

Ou seja, *na hora da apresentação das amostras, os próprios proponentes e a Administração já teriam informações indicativas dos participantes.*

Por outro lado a exigência de apresentação antecipada das amostras conflita com os itens 7 e 8 do inc. V do Edital que prevêem, respectivamente, que no caso de não apresentação de amostras ou sua inadequação às exigências do Edital, ensejará, no ato do pregão, a desclassificação da empresa e, bem assim, que o Parecer de Homologação atestando a qualidade do material será emitido no prazo máximo de 2 dias.

Daí se concluir que entregues as amostras, antecipadamente, e sendo marcada a abertura do pregão para seis dias após esse evento, até mesmo antes do Ato de Abertura do Pregão já seriam conhecidas as empresas que seriam desclassificadas, bem como, aquelas que, efetivamente participariam da disputa (...).

Ainda com relação ao inc. V, o representante lança seu inconformismo contra as quantidades de amostras exigidas, conforme indicações das alíneas “a” a “g”.

Tais amostras se referem à: Placa de Reconstrução Mandibular em Titânio (...).

Frise-se que as quantidades exigidas de amostras são idênticas àquelas que serão adquiridas, conforme Anexo I do Edital.

Aqui, da mesma forma que Órgãos Técnicos, o Relator entende que as quantidades devem ser reduzidas, a fim de não onerar, demasiadamente os proponentes. Até porque, como aduziu Unidade Gestora Executora em suas razões de defesa, *“o que normalmente ocorre é que, via de regra, quando o produto é de qualidade superior, apenas 1 ou 2 itens são utilizados no teste, sendo os demais devolvidos sem serem sequer manipulados”* e, mais, que *“os testes de adaptabilidade e maleabilidade, normalmente, não causam qualquer dano ao material, que pode ser utilizado posteriormente, sem qualquer restrição”*, sendo que apenas os materiais de qualidade duvidosa é que podem apresentar problemas em mais de uma amostra, podendo ser desclassificados.

Nesse contexto deverá a Administração reduzir o número de exemplares de cada amostra ao mínimo necessário à verificação de sua qualidade e adequação às características especificadas no instrumento convocatório, a fim de não acarretar ônus desnecessário aos eventuais interessados, favorecendo, assim, a mais ampla participação na disputa (...).

Por fim, quanto ao inc. VI que cuida do conteúdo do Envelope “Documentos para Habilitação” o que se vê é que o item 1.5 ao tratar de “Outras Comprovações”, em sua alínea “c”, dispõe sobre a necessidade de apresentação de *“Declaração subscrita por representante legal da licitante, em que se vencedora do certame, dispõe ou reúne condições de apresentar Licença/Alvará expedida pela Divisão de Produtos Controlados do Departamento Estadual de Polícia Científica da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo ou por quem lhe faça às vezes, para realização de atividades com produtos químicos controlados para fins comerciais, depósito fechado, transporte e vistoria, em seu nome, em plena validade, conforme Anexo 11”*.

A exorbitância da exigência foi reconhecida pela Administração que noticia providências para sua exclusão do texto editalício.

Em que pese essa assertiva o Relator tem por procedente a representação nesse quesito uma vez que os materiais odontológicos de consumo, manufaturados com titânio, não integram a Portaria nº 17/04 do Ministério da Defesa, a quem compete classificar os produtos controlados.

**TC-11620/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 16/4/08 - DOE de 1º/5/08, págs. 57/60. O E. Plenário, restringindo-se aos pontos impugnados, julgou parcialmente procedente a Representação formulada contra o Edital do pregão presencial, determinando ao Centro Odontológico da Polícia Militar - Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública que: faça a adequação da data**

de apresentação das amostras, a fim de que coincida com a apresentação das propostas, em observância à Jurisprudência deste Tribunal, consolidada na Súmula de nº 19; reveja as quantidades de amostras fixadas por item, reduzindo-as ao mínimo necessário, para não impor ônus desnecessário aos licitantes e garantir maior competitividade ao certame; e exclua do Edital a exigência constante do inc. VI, subitem 1.5, alínea “c”, por não apresentar amparo legal, na conformidade do já noticiado pela própria Origem; devendo, feitas as alterações, ser republicado o Edital, em consonância com o disposto no art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, e reaberto o prazo para formulação de propostas.

Determinou, outrossim, seja oficiado ao Representante e ao Representado, dando-se-lhes ciência da presente decisão, encaminhando-se os autos, após, à Diretoria competente da Casa, para subsidiar a análise de eventual contratação que decorrer do procedimento.

### AQUISIÇÃO DE FILME PARA RX

• **Representação formulada por Empresa, contra Edital de pregão eletrônico, instaurado por Secretaria, objetivando a aquisição de filme para RX.**

A impugnação apresentada pela Representante contra a exigência de “...Certificado de Boas Práticas de Fabricação, ...” no Edital do pregão eletrônico instaurado pelo Complexo Hospitalar

A Direção de o Complexo Hospitalar afirmou haver revogado o certame por ter concordado com a impugnação. Não comprovou a revogação e não enviou o reclamado e legalmente exigido parecer jurídico sobre o Edital, afirmando que não o possui dado tratar-se de certame para material de consumo e inferior a R\$650.000,00 (...).

A representação é procedente, conforme reconhece a própria Representada.

**TC-36977/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 22/10/08 - DOE de 6/11/08, págs. 178/181. O E. Plenário julgou procedente a representação, determinando à Direção do Complexo Hospitalar que retifique o Edital do pregão eletrônico para eliminar da letra “a”, do subitem 1.4, a exigência de apresentação do Certificado de Boas Práticas de Fabricação, devendo a Origem, ainda, na eventual reabertura do certame, reanalisar todas as cláusulas com o fim de eliminar possível afronta à legislação e à jurisprudência deste Tribunal, atentando para o prazo legal, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

Considerando, ainda, a ausência de comprovação da revogação do certame, bem como a de informações no primeiro prazo concedido à Representada, fato que poderia eliminar a autuação do presente processo, e, ainda, o desatendimento à Súmula nº 17 deste Tribunal, aliado à confissão de descumprimento do parágrafo único do art. 38 da LF nº 8666/93, que exige aprovação do edital pelo órgão jurídico da Administração, o E. Plenário aplicou pena de multa a Sra. Diretora Técnica de o mencionado Complexo Hospitalar, no valor equivalente a 150 (cento e cinquenta) UFESPs, a ser reco-

lhida no prazo de trinta dias, comprovando, em igual prazo, nos presentes autos.

### AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS

• **Representação contra Edital de pregão presencial, promovido por Centro de Suprimentos e Manutenção de Material de Motomecanização, objetivando a “aquisição de gêneros alimentícios”.**

(...) A alínea ‘b’ do subitem 3 do inc. V, está a estabelecer a necessidade de apresentação de comprovações de qualidade na fase habilitatória, o que é vedado pela legislação de regência, conforme entendimento jurisprudencial desta Casa, consolidado na Súmula de nº 17.

Também não encontra respaldo na norma de regência a previsão contida na alínea ‘c’ do subitem 1.4 do inc. VI, a qual exige que os atestados de comprovação de qualificação técnica venham acompanhados da respectiva nota fiscal.

Observa o Relator que disposição semelhante já foi objeto de repúdio por parte desta Corte em decisão proferida no Processo TC-30937/026/05 (...).

Deve ser alterado também o disposto no subitem 2.1.1 do inc. VI, no que diz respeito à necessidade de apresentação pelas proponentes de prova de inscrição no CNPJ e no Cadastro de Contribuintes Estaduais, independente de possuírem Certificado de Registro Cadastral.

A própria defesa reconhece a impropriedade desse aspecto do Edital, que importa na exigência em duplicidade de documentos de empresas que já possuem o Cadastramento para participação em licitações junto à Administração Pública.

Prosseguindo no exame das questões suscitadas, acolhe o pronunciamento de Órgão Técnico no sentido da necessidade de modificação do subitem 4.1 do inciso VII - Do Procedimento e do Julgamento que prevê a seleção da proposta considerando o preço total do “Agrupamento de Item”.

Sem embargo do disposto no inc. IV do art. 15 e no § 1º do art. 23 da Lei nº 8666/93, que determinam o parcelamento das obras e aquisições efetuadas pela Administração visando ampliação da competitividade dos procedimentos e da economia de escala, o fato é que a defesa não conseguiu justificar o motivo da utilização do mencionado critério adjudicatório de menor preço por agrupamento de item, já que a aglutinação pretendida abrange produtos que, isoladamente, não interferem na operacionalidade e, da forma que se apresentam, impedem a obtenção da melhor proposta, uma vez que será desclassificado o licitante que não apresentar proposta para todos os itens.

Como bem consignou a Assessoria, para as pretensões deduzidas pela Administração, melhor seria estabelecer a adjudicação de menor preço por item, critério que assegura economicidade e competitividade.

Por fim, no que concerne ao requisito de apresentação de amostras, independente da incongruência das datas fixadas no Edital, a qual foi reconhecida pela própria defesa, o Edital deve observar o entendimento consolidado na Súmula 19 deste Tribunal, que determina que a referida entrega seja concomitante à entrega das propostas.

No caso de Pregão Presencial o instrumento deve definir

dia e hora únicos para entrega de propostas e amostras, como preceitua a legislação do pregão que estabelece a realização de sessão única.

Verificada a impossibilidade de análise das amostras na aludida sessão, esta será suspensa, devendo ser retomada após a verificação de conformidade dos produtos oferecidos com os requisitos do edital, passando-se em seguida às fases de negociação, julgamento do certame e análise dos documentos habilitatórios, sistemática que, ao ver do Relator, atende melhor as prescrições da norma de regência.

**TC-13141/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 7/5/08 - DOE de 15/5/08, págs. 56/60. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a Representação, determinando ao Centro de Suprimentos e Manutenção de Material de Motomecanização - Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública a correção dos seguintes tópicos do instrumento lançado: a) exclua a alínea “b” do subitem 3 do inc. V, que exige impropriamente apresentação de certificados de qualidade; b) exclua da alínea “c” do subitem 1.4 do inc. VI do Edital a obrigatoriedade de que os atestados de comprovação da qualificação técnica das proponentes venham acompanhados da respectiva nota fiscal; c) exclua do subitem 2.1.1 do inc. VI a obrigatoriedade das licitantes que já possuem Certificado de Registro Cadastral apresentarem inscrição no CNPJ e inscrição no Cadastro de Contribuintes Estadual; d) reveja o critério de julgamento do certame previsto no subitem 4.1 do inc. VII de menor preço por agrupamento de item; e) reveja o prazo para apresentação de amostras fixado no Anexo I, de modo a observar o entendimento consolidado na Súmula nº 19 deste Tribunal.**

Determinou, ainda, aos responsáveis que, após procederem às retificações determinadas, atentem ao disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com a republicação do instrumento e reabertura de prazo para formulação de propostas.

Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários e, em seguida, encaminhados os autos à Diretoria competente da Casa para subsidiar eventual contratação que venha decorrer do certame impugnado.

#### **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO E GERENCIAMENTO DE CRÉDITOS DISPONIBILIZADOS EM CARTÃO ELETRÔNICO**

• **Representações formuladas por Empresas, contra Edital de pregão, instaurado por Companhia de Saneamento Básico, objetivando contratar serviços de administração e gerenciamento de créditos disponibilizados em cartão eletrônico, para utilização de seus funcionários, em estabelecimentos comerciais especializados em gêneros alimentícios e medicamentos na Região Metropolitana de São Paulo, Interior e Litoral deste Estado.**

(...) Procede o inconformismo da Representante no tocante ao teor do item 4.1 do instrumento convocatório. Levando em consideração o número de empregados beneficiados, o Edital excede ao exigir, como prova de experiência anterior, declaração de que o licitante disponibiliza e gerencia créditos em, no mínimo, 12.000 cartões/mês. Deve, pois, a Origem, ade-

quar aludido quantitativo aos patamares eleitos pela Súmula nº 24 deste Tribunal. Também há de ser revista a redação do item 4.2, para dele eliminar qualquer nódoa de restritividade ou favorecimento a determinados licitantes, por prever, na fase habilitatória, que as empresas comprovem o credenciamento de quatro grandes redes de hiper ou supermercados, e de drogarias, a exemplo daqueles expressamente indicados. Exigir prova de credenciamento de estabelecimentos na fase habilitatória, é prática condenada por este Tribunal, já que tal condição deve ser cumprida exclusivamente pela contratada, sob pena de afastar empresas que, mesmo aptas à consecução do objeto, sejam obrigadas a credenciar os estabelecimentos almejados pela Administração, ainda que não sejam vencedoras do certame. Trata-se de obrigação relacionada à fase de execução do ajuste e, mesmo em se tratando da modalidade pregão, onde as fases são invertidas, como ressaltou D. PFE, o imediatismo para o cumprimento da exigência, nos termos do item 4.2 e respectiva nota nº 1, obriga a todos indistintamente, restringindo uma ampla participação no certame.

**TCs-20202/08 e 1008/08 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 18/6/08 - DOE de 26/6/08, págs. 57/60. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as representações intentadas pela Empresa de Administração e Serviços e Empresa de Administração, determinando à Companhia de Saneamento Básico, que retifique os itens 4.1 e 4.2 do Edital do pregão on-line, adequando-os aos termos consignados no referido voto, e reavalie todas as demais regras, a fim de verificar sua consonância com as normas de regência, jurisprudência e Súmulas desta Corte de Contas, com a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, para oferecimento das propostas.**

#### **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE AVALIAÇÃO ATUARIAL E CONSULTORIAS ATUARIAL, JURÍDICA E CONTÁBIL**

• **Representação formulada por Escritório, contra Edital de tomada de preços, do tipo técnica e preço, lançado por Instituto para a contratação de serviços de avaliação atuarial e consultorias atuarial, jurídica e contábil.**

Segundo a Representante, o objeto da licitação é a prestação de serviços voltados especialmente para a área atuarial, sendo que a consultoria jurídica e contábil tem caráter subsidiário, causando-lhe estranheza a regra de que apenas os contabilistas possam ser contratados como profissionais autônomos, nos termos do item 1.16 do ato convocatório, faculdade que não foi conferida ao modo de vinculação dos advogados, os quais deverão fazer parte do quadro efetivo da empresa, consoante a disposição do item 2.3 do mesmo edital.

A alegação guarda manifesta relação de pertinência lógica com a descrição do objeto licitado, na medida em que eventual aglutinação indevida de serviços de naturezas distintas já imprimiria restritividade descabida à participação no certame, independentemente do alargamento do vínculo profissional dos responsáveis técnicos de cada sociedade civil.

Assim, a amplitude do objeto definida no edital representa

questão prejudicial para o exame das impugnações oferecidas, tornando-se necessário identificar, com o maior número de elementos possíveis, o grau de determinação contido no ato convocatório (...).

Na descrição do objeto, a minuta do contrato, documento integrante do Edital (art. 40, § 2º, III, da Lei nº 8666/93), reproduz esses mesmos termos, salvo a referência feita, somente agora, ao Anexo, o qual detalha as atribuições da contratada e, bem assim, identifica os serviços pretendidos pela Administração.

É com base nesse Anexo I que visualizo, além da prestação de serviços do atuário (avaliações anuais dos planos de benefícios, relatórios acerca dos dados levantados e diversas análises e pareceres indicativos da viabilidade do regime previdenciário), a atuação reservada pela Lei nº 8906/94 ao profissional da advocacia, que deverá se dar mediante o esclarecimento de dúvidas e orientações jurídicas em questões relacionadas à Previdência Complementar e aos Planos de Benefícios do Instituto, emissão de manifestações jurídicas solicitadas pelo Instituto e participação em processos administrativos e judiciais relacionados aos Planos de Benefícios do Instituto.

Observa o Relator que se exige, também, contabilista para o esclarecimento de dúvidas e orientações sobre normas e procedimentos contábeis e administrativos relativos à Previdência Complementar e aos Planos de Benefícios do Instituto.

É inegável que haja certa relação entre o âmbito de atuação de cada profissional, resultando em relativa aproximação dos serviços, especialmente porque estão sendo tomados para a consecução de objetivo típico da uma mesma entidade contratante.

Isso não implica admitir, entretanto, que esteja terminantemente proibida a separação dos contratos em licitações distintas, o que, ao contrário, é a regra determinada, de modo imperativo, pelo art. 23, § 1º, da Lei nº 8666/93.

O certo é que a alegada dependência absoluta entre o trabalho de atuários e advogados não tem razão de ser. Ainda que unidos pelo cenário do regime previdenciário de forma episódica, suas formações partem de objetos diametralmente opostos, cabendo às ciências atuariais o estudo, inclusive, de teorias e aplicações matemáticas. Ademais, ambas são profissões regulamentadas por lei.

Embora o objetivo final do Instituto realmente exija esforço multidisciplinar, verifica o Relator que essa relação de dependência não se apresenta decisiva para a função de cada prestador de serviço, que, em hipótese alguma, poderá exceder os limites de sua formação, sob pena de incorrer no exercício irregular da profissão (...).

Apenas permitir que o vínculo da equipe jurídica fosse estendido para contratos de prestação de serviço, como realmente exige o art. 30, § 1º, I, c/c § 10, da Lei nº 8666/93 e Enunciado nº 25 da Súmula de jurisprudência deste Tribunal, não solucionaria o impasse do objeto aglutinado, já que, ainda assim, estaria impedida a participação de sociedades de advogados interessadas na prestação de serviços de consultoria e/ou assessoria em matéria de legislação previdenciária, que envolve, inclusive, atuação em processos administrativos e judiciais relacionados. Do mesmo modo, estariam excluídas as sociedades de contabilistas. Aqui reside a identificada relação lógica entre a alegação do Representante e a imprópria descrição do objeto licitado.

(...) Seria exatamente nessa natureza diversa dos serviços que haveria espaço para maior demanda, cabendo à Administração segregar o objeto em direção à maior disputa e, naturalmente, das melhores propostas.

Sucedo que cumpre ao Poder Público fomentar a maior competitividade possível, fator indispensável para se eleger a melhor oferta ao contrato administrativo, assegurando o que de mais caro se extrai da locução *“igualdade de condições a todos os concorrentes”*, contida no art. 37, XXI, da Constituição da República.

Por fim, contribuiu para o convencimento o fato de que os documentos juntados pela Representada indicaram que a sustação do certame, determinada por este Egrégio Plenário, foi comunicada tão-somente a três sociedades, incluindo a Representante, que já admitiu não reunir as condições de participação.

Com essas considerações, caracterizado o defeito do Edital que, ao lado da vedação à formação de consórcios, torna definitivamente comprometida a competitividade do certame, cabendo determinar sua anulação (...).

**TC-20837/08 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 18/6/08 - DOE de 26/6/08, págs. 57/60. O E. Plenário, restrito aos aspectos contidos na inicial, decidiu declarar nula a tomada de preços, determinando ao Instituto que proceda à separação do objeto posto em licitação, apartando os serviços atuariais, jurídicos e contábeis, a fim de que a competitividade dos futuros certames possa ser ampliada, com o melhor aproveitamento dos recursos existentes no mercado, com recomendação à origem; devendo, antes do arquivamento dos autos, Representante e o Representado serem oficiados acerca da presente decisão, transitando o processo para a Auditoria competente, para eventuais anotações.**

## CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO

**• Representação formulada por Empresa, contra edital de concorrência, instaurado por Departamento, objetivando a contratação de “execução dos serviços de engenharia de tráfego, ensaios técnicos de controle de qualidade, levantamentos topográficos...”.**

A impugnação a respeito da restrição da participação de empresas do ramo de sinalização viária ensejou o encaminhamento dos autos ao Órgão Técnico especializado desta Casa.

Em seu parecer exarado estritamente sob o ponto de vista técnico de engenharia, aquela Assessoria acolheu a tese de que o Edital aglutinou indevidamente os serviços da implantação da sinalização horizontal, com os serviços de engenharia de tráfego, ensaios de controle de qualidade, levantamentos topográficos, elaboração de “As Built” e emissão de relatórios técnicos.

Da análise inicial, desmembraram-se ainda, outras questões importantes, levantadas por Órgão Técnico, dentre as quais a falta de estabelecimento dos custos e quantidades estimadas dos serviços especificados no Termo de Referência do Anexo XXVII, que, à primeira vista, podem comprometer e colocar em risco a execução do futuro contrato.

Assim, considerando o vulto da contratação que envolve toda a malha viária administrada pelo Departamento no Estado de São Paulo, dividida em quatorze lotes, a matéria deve ser analisada com muita cautela.

O Relator destaca de início, a impossibilidade da participação de empresas na forma de consórcio, o que a princípio já elimina a possibilidade de participação no certame, de determinada empresa que não executa a totalidade dos serviços pretendidos.

Recentemente, nos autos dos TCs -35579/026/08, 35588/026/08 e 35635/026/08, o Relator teve a oportunidade de se manifestar a respeito da aglutinação de serviços, que se permite agora lembrar.

O art. 23, § 1º da Lei de Licitações é claro ao determinar “que as obras (...) serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se a licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”. O § 2º, seguinte, é ainda mais enfático ao afirmar que há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Assim, tem-se como regra o fracionamento, traduzindo a vontade de ampliar a competitividade do certame e o número de possíveis interessados.

Ademais, as empresas que realizam a totalidade dos serviços pretendidos podem perfeitamente participar das licitações, se forem realizadas de forma individualizada.

Ao ver do Relator, o Departamento não conseguiu apresentar alegações suficientes que demonstrem a viabilidade técnica e econômica da aglutinação dos serviços.

Dessa forma, entende que a melhor solução é a divisão do objeto de forma que as empresas do ramo de sinalização viária que não possuam a qualificação para a execução de ensaios técnicos de controle de qualidade, possam participar da licitação, em sua área específica.

**TCs-42186/08 e 42389/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 17/12/08 - DOE de 5/12/09, págs. 61/65. O E. Plenário julgar parcialmente procedente a representação formulada pela Empresa de Sinalização e Conservação de Rodovias, determinando ao Departamento anulação da concorrência.**

**Determinou, ainda, ao Departamento que, ao reestudar a matéria, observe e avalie todos os aspectos levantados pelos Órgãos Técnicos, referentes aos demais pontos impugnados, na conformidade do referido voto, e também das outras importantes questões levantadas pela Assessoria Técnica e sua Chefia.**

## **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS PARA A MANUTENÇÃO CORRETIVA DE VEÍCULOS OFICIAIS**

• **Representações formuladas por Empresa, contra possíveis irregularidades nos Editais de pregão eletrônico, que tem por objetos a contratação de serviços especializados visando à manutenção corretiva dos veículos oficiais com fornecimento de peças e materiais.**

São dois os Editais em exame e só permitem a participação de empresas que estejam situadas no perímetro de 100 km da Unidade Prisional.

O principal argumento da Origem para justificar essa limitação é evitar longos deslocamentos das viaturas para eventuais manutenções durante o período de garantia dos serviços. Com isto estaria buscando a economicidade, evitando gastos com combustível e servidores.

O que observa o Relator é que os Editais estabelecem a obrigação da empresa contratada retirar, no Presídio, as viaturas para conserto, mas isto não fica claro, no caso dos serviços prestados no período de garantia. Logo, supõe-se seja adotado o mesmo critério para a prestação dos serviços iniciais e na garantia. Assim, a justificativa apresentada perde a razão de ser.

Por fim, não está convencido de que essa exigência possa trazer economia para a Administração, pois é possível que uma empresa situada numa distância maior que 100 km se interesse e ofereça um preço menor do que uma localizada no perímetro fixado.

**TCs-437/08 e 438/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 2/4/08 - DOE de 10/4/08, págs. 56/59. O E. Plenário julgou procedentes as representações formuladas, determinando ao Centro de Detenção Provisória que retifique os Editais dos pregões eletrônicos nos pontos indicados no referido voto, republicando-os para atender o disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93.**

**Determinou, por fim, seja oficiado à Representante e ao Representado, dando-se-lhes ciência da presente decisão.**

## **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE MONTAGEM DE VIATURAS**

• **Representação contra possíveis irregularidades em Edital de pregão eletrônico, objetivando a contratação de serviço de montagem de viaturas unidade de resgate.**

(...) No mérito, o único ponto que gerou contradição entre os Órgãos da Casa foi a questão referente à falta de exigência de regularidade fiscal estadual.

A princípio, verificando o objeto do Edital “contratação de serviço de montagem de dezesseis viaturas de resgate”, fica a impressão de tratar-se de mera prestação de serviços, não se justificando a necessidade de prova de regularidade fiscal estadual.

Porém, como salientou Órgão Técnico, existe a previsão no Edital de que a empresa vencedora do certame apresente garantia de fornecimento de peças de reposição pelo período mínimo de dez anos, o que, devido a esse longo prazo, provavelmente, acarretará na necessidade de futura emissão de documento fiscal controlado pela Secretaria da Fazenda.

Assim, faz-se necessária a inclusão de exigência de comprovante de inscrição estadual e a respectiva prova de regularidade fiscal com a fazenda estadual (...).

**TC-14114/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 28/5/08 - DOE de 5/6/08, págs. 64/68. O E. Plenário, diante do exposto no voto proferido pelo Relator em sessão plenária de 14 de maio de 2008, e**

na conformidade com as correspondentes notas taquigráficas, afastou, em preliminar, com base no § 1º do art. 113 da LF nº 8666/93, o pedido feito pela Representada, de arquivamento do processo, e, no mérito, julgou parcialmente procedente a Representação, determinando à Diretoria de Finanças da Polícia Militar que retifique o Edital de pregão eletrônico, nele incluindo a exigência de comprovante de inscrição estadual e a respectiva prova de regularidade fiscal com a Fazenda Estadual, devendo o Edital ser retificado nos demais pontos relacionados à mencionada exigência, bem como republicado para atender o disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93.

Determinou, ainda, sejam expedidos os ofícios necessários.

## CONTRATAÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS

• **Representação formulada por Advogados, contra os termos de Edital de concorrência pública, instaurada por Fundação, com o fim de contratar sociedade de advogados para a prestação de serviços técnicos especializados de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais, sob o regime do preço unitário.**

Além dos aspectos editalícios que motivaram o endereçamento das representações a este Tribunal, outras discussões foram provocadas por certa preocupação demonstrada pelos Órgãos Técnicos da Casa, a respeito de possíveis transgressões à regra constitucional preconizada no art. 37, inc. II, e normas expressas no Estatuto e Código de Ética e Disciplina da OAB, com a suposta terceirização dos serviços advocatícios, e critério de julgamento estribado exclusivamente no menor preço e, neste particular, o Relator julga oportuno rememorar o tratamento dado por esta Corte acerca dos temas.

(...) Não se cuida aqui da hipótese de inexigibilidade da licitação, porquanto ausentes os requisitos legais estabelecidos para que se declare a inviabilidade da competição, e nem poderia, já que a presente análise cinge-se exatamente sobre regras que nortearão o certame. Por tais razões, nem por isso a contratação desses serviços, mediante a realização de prévia licitação, pode ser contestada, pois, conforme demonstrado pela Origem, mesmo possuindo advogados em seu quadro permanente, estes atuam na esfera administrativa, de sorte que a contratação de um escritório especializado contribuiria para a redução de parte considerável da demanda suportada por seus funcionários, mormente com a dedicação exclusiva daquele ao contencioso, onde o número de ações em que a Fundação figura como parte é expressivo. Além disso, conforme consignado nos autos dos TCS-6752/026/01 e 016529/026/03 “(...) esta Corte já examinou múltiplos exames prévios de edital e contratos do gênero, eventualmente censurando questões pontuais, mas não vendo ilegalidade no recurso à licitação”.

Vê-se, pois, que a pretensão do Órgão licitante está relacionada à satisfação de interesses extraordinários, sazonais, competindo-lhe desse modo avaliar sua oportunidade e conveniência, ante o risco de manter empregados ociosos em seu quadro de pessoal.

Obviamente, caberá à equipe de auditoria responsável, em momento oportuno, avaliar a veracidade das alegações ofere-

cidas com a efetiva atuação destes profissionais na área priorizada, se contratados.

Quanto ao segundo ponto, há decisões favoráveis deste Tribunal em processos análogos, onde o critério de julgamento eleito foi o menor preço, assemelhando-se, a meu juízo, à prévia pesquisa de preços de que deve se valer a Administração ao contratar sob o manto da dispensa ou inexigibilidade de licitação, onde a razoabilidade dos preços também há de ser observada.

Ainda que não se mostre o mais adequado, em face da natureza intelectual dos serviços pretendidos, na modalidade licitatória em pauta as propostas são fechadas, não se equiparando ao processamento do certame na modalidade pregão, com fase de negociação perfeitamente delimitada (inc. VIII do art. 4º da LF nº 10520/02), e aí sim passível de caracterizar prática vedada pelo art. 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB, a exemplo do decidido nos autos do TC-9834/026/06. De se observar, contudo, que a recente decisão deste Tribunal citada por Órgão Técnico julgando regular a adoção do pregão considerou superada a discussão em torno dos preços praticados naquele caso, e que “o exame da participação dos advogados nos certames, sob o enfoque profissional, é questão que escapa às atribuições desta Corte e será superiormente resolvida pela própria Ordem dos Advogados do Brasil”.

Entretanto, à exceção da impugnação que recai sobre a vedação à comprovação do exercício da atividade jurídica mediante mera inscrição da OAB, improcedente conforme exposto nas manifestações pretéritas, e a antecipada correção do item 7.4, inc. I, do Edital, as condições exigidas como prova de qualificação técnica das licitantes, especialmente as descritas no item 7.3, inc. I, sinalizam o anseio da Origem em aliar a excelência dos serviços com o melhor preço, aspiração difícil de ser alcançada sem esbarrar na restritividade da disputa, sobretudo porque o critério escolhido é o de menor preço.

Em certames que enfatizem a técnica, seguramente a pós-graduação seria um fator pontuável, por critério objetivo, e, portanto, imparcial. Neste caso, mostra-se descabida exigência do sócio, até por não ser crível que a titulação exigida garanta a execução de serviços de maior qualidade, ou que todos os processos, aliás, em número considerável, sejam acompanhados exclusivamente por este único profissional.

A par destas considerações, e a fim de dar fiel observância aos princípios insculpidos no art. 3º, “caput”, da LF nº 8666/93, inclusive ao teor da Súmula nº 25 desta Corte, e propiciar a participação de experientes profissionais que decidam unir-se em sociedade, ou de sociedades que busquem fora do seu corpo social o profissional detentor da imposta titularidade, o que por consequência mitigaria o impacto da prescrição da alínea “b” do mesmo inciso, é que deve a Origem excluir a limitação ao sócio, bem assim a condição temporal estabelecida no aludido item, porque flagrantemente contrária ao disposto no § 5º do art. 30 da mesma Lei, ainda que os quantitativos exigidos na alínea “a” do inc. II do item 7.3 estejam em consonância com a Súmula nº 24.

Aproveito os argumentos expendidos por Órgão Técnico e encampados pela douta PFE e Chefia, para considerar procedente a impugnação relacionada a omissões de elementos que caracterizem perfeitamente o objeto, e possibilitem a formulação de propostas.

TCs-24499/08, 24862/08 e 2116/08 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 30/7/08 - DOE de 7/8/08, págs. 62/64. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as representações intentadas pelos Representantes, determinando à Fundação corrija o Edital da concorrência pública em seu item 7.3, inc. I, e item 2.1.1 do Anexo I do texto convocatório, adequando-os aos termos consignados no referido voto.

Determinou, outrossim, à Origem que reavalie todas as demais regras, a fim de verificar sua consonância com as normas de regência, jurisprudência e Súmulas desta Corte de Contas, com a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, para oferecimento das propostas.

• Representação formulada por Advogado, contra licitação na modalidade pregão presencial, instaurada por Empresa, com vistas à contratação de sociedade de advogados para a prestação de serviços técnico-jurídicos de natureza consultiva e preventiva, bem como para o patrocínio e/ou defesa de causas judiciais ou medidas administrativas, de interesse da Empresa, em todas as áreas do direito, exceção feita à área do direito do trabalho.

*Pregão* é modalidade de licitação voltada à “*aquisição de bens e serviços comuns*”, “*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*”, conforme definido na Lei nº 10520/02.

Os trabalhos relativos ao “*patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas*” são considerados “*serviços técnicos profissionais especializados*”, nos termos do art. 13, V, da Lei nº 8666/93.

Não há admitir, portanto, que a “*prestação de serviços técnico-jurídicos de natureza consultiva e preventiva, bem como para o patrocínio e/ou defesa de causas judiciais ou administrativas de interesse da Empresa*” - objeto do certame - seja licitada por meio de *pregão*.

Agora a impossibilidade de se alocar o objeto da licitação dentre os “*serviços comuns*” - sob qualquer ângulo e malgrado interpretações elásticas do definido na Lei que instituiu a modalidade *pregão* - por razões óbvias, inerentes ao grau de especialização e intelectualização prevaletentes na prestação dos serviços, persiste incontornável o franco conflito em se instaurar o procedimento seletivo, em face do disposto no Estatuto da OAB (Lei nº 8906/94) e seu Código de Ética e Disciplina, que veda expressamente a mercantilização e o aviltamento da remuneração dos serviços, circunstâncias que a sistemática do *pregão*, no caso, fatalmente atropelaria.

Demais disto, o instrumento convocatório é, de fato, impreciso e incompleto quando não regulamenta - sendo inflexível para - por exemplo, incontáveis possibilidades de alterações qualitativas e quantitativas na prestação dos serviços ao longo da vigência do contrato (de 12 meses, prorrogáveis), obstando o conhecimento do real dimensionamento do objeto e, consequentemente, a formulação de proposta.

TC-9834/06 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 24/5/06 - DOE de 1º/6/06, págs. 32/35. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada, determinando à Empresa a retificação da modalidade

de licitação para seleção de prestador de serviços advocatícios, bem como as correções necessárias ao Edital do pregão presencial, nos termos do voto do Relator, com reabertura de prazo legal para formulação de propostas.

Determinou, outrossim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

#### CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE O GOVERNO DO ESTADO E MUNICÍPIO PARA EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DE SISTEMA VIÁRIO

• Representações formuladas por Construtoras, contra Edital de “*pré-qualificação para concorrência, instaurado por Desenvolvimento Rodoviário, em regime de execução indireta, tipo menor preço, empreitada por preço global, para execução das obras e serviços do Programa de Desenvolvimento de Sistema Viário Estratégico Metropolitano decorrente de Convênios celebrados entre o Governo do Estado de São Paulo e a Prefeitura do Município de São Paulo.*”

(...) A extensão do objeto posto em disputa, que pretende a contratação do empreendimento (...), prevendo a execução de obras e serviços, divididos em dois lotes específicos.

Não resta dúvida da relevância da contratação a ser firmada, cujos contratos somados atingem um total estimado de 516 milhões de reais, ou seja, um valor extremamente significativo que demanda da Administração responsável pelo seu desembolso uma atuação cautelosa no sentido de sopesar todas as variáveis que poderão advir das opções que serão tomadas no estabelecimento das regras de disputa e, em última análise, das regras contratuais propriamente ditas.

Com efeito, o lançamento de um empreendimento desse porte deve ser precedido de um amplo estudo que além da execução dos serviços analise e considere as diversas nuances do segmento empresarial envolvido na contratação, diminuindo, com essa providência, eventuais riscos de execução defeituosa o objeto, ou mesmo seu retardamento ou sua completa inexecução.

Nos últimos tempos os contratos envolvendo grandes empreendimentos da Administração Pública têm padecido de uma infinidade de ocorrências que, embora não podem ser atribuídas unicamente aos defeitos de projeto inicial, possuem nesse aspecto traço comum, que prejudica sua execução na medida em que dificultam a verificação, pelo Poder contratante do cumprimento das especificações técnicas exigidas inicialmente e o atingimento satisfatório de metas e prazos.

O objetivo dessa ponderação é chamar a atenção para a essencialidade de um projeto bem elaborado, que repete o Relator, deve levar em conta todas as variáveis a ele incidentes.

(...) Nas representações anteriores (TCs-35579/026/08, 35588/026/08 e 35635/026/08), incidentes sobre a versão antiga do Edital ora em questão, confessa o Relator que empreendeu análise na qual considera insubsistente questionamento que propugnava pela necessária divisão do objeto, por entender que, naquela ocasião, havia por parte do Desenvolvimento Rodoviário justificativas plausíveis quanto à extensão do contrato pretendido, conforme voto proferido na Sessão Plenária de 15/10/08.

A partir da argumentação do eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini que pediu vista da matéria, trazendo sobre o assunto novas ponderações (voto proferido na Sessão de 22/10/08), entendeu o Relator necessário reconsiderar suas conclusões iniciais, para uma melhor reflexão, tendo em conta os fundamentos que amparavam as conclusões de Sua Excelência.

A reanálise pretendida pelo Relator restou frustrada em face da revogação do procedimento por parte da Representada, ocasionando o arquivamento dos autos sem julgamento de mérito, nos termos da Decisão deste Tribunal Pleno na Sessão de 5/11/08.

Não obstante, diante da relevância do assunto, fiz questão de encaminhar ao Diretor Presidente da Representada cópia dos votos expedidos nos aludidos feitos, dando ênfase ao voto do eminente Conselheiro Decano, que abordou com propriedade a matéria relativa ao objeto da licitação, conforme Ofício, entregue via Oficial de Comunicação, que atestou seu recebimento nos autos do TC-35579/026/08.

A menção dessas ocorrências processuais anteriores serve para demonstrar que a sua convicção sobre o assunto não foi consolidada de forma definitiva, tanto é que houve de minha parte uma solicitação de retirada de pauta dos processados para uma maior reflexão, que só não foi possível em face da revogação da licitação anterior.

Dessa forma, a superveniência de novas impugnações ora em análise, abordando esse aspecto específico da matéria possibilitou que o Relator realizasse um novo estudo da questão como anteriormente pretendia, avaliando detidamente as opiniões contrárias e favoráveis quanto à manutenção do objeto da licitação na forma em que se encontra.

E bem assim, diante dos elementos que compõem os processados, antecipa conclusões de que, a seu ver, esse aspecto contestado na Representação merece acolhida.

As diversas posições doutrinárias colacionadas pela defesa e pelos Órgãos de Assessoramento da Casa, em relação à regra disposta no § 1º do art. 23 da Lei nº 8666/938, abordam esse aspecto da legislação chamando a atenção que a obrigatoriedade do fracionamento imposto pelo aludido dispositivo legal se torna relativa, devendo respeitar limites de ordem técnica e econômica, caso contrário deve se manter o objeto como um todo, em benefício ao interesse público.

Pois bem, para que haja um juízo a esse respeito é necessário que os órgãos públicos, responsáveis por licitações, empreendam um estudo que aponte a melhor opção em termos de divisão ou não da contratação pretendida, principalmente em casos como o presente, que objetiva ajustes de valores significativos.

No mesmo sentido, são os precedentes jurisprudenciais citados no decorrer da instrução processual, que pressupõem um estudo de viabilidade técnica e econômica para opção de concentração de serviços em um mesmo certame.

Os elementos contidos nestes autos autorizam a conclusão de que essas providências antecedentes à abertura do procedimento não foram adotadas pelo Órgão promotor da licitação.

Ao encaminhar, na Sessão passada, voto preliminar no sentido da suspensão da licitação impugnada, pretendi que a Representada trouxesse aos autos os estudos técnicos e econômicos que são de fundamental importância para uma licitação que busca contratar um empreendimento dessa magnitude.

Não foi o que efetivamente ocorreu.

No relatório, o Relator fez questão de transcrever “ipsis litteris”, a defesa apresentada sobre esse assunto, que singelamente limitou-se a atribuir a definição do objeto, a um juízo de discricionariedade da Administração, argumento diminuto, tendo em mira a relevância da licitação.

É inadmissível que num procedimento em que se discute tão importante opção, tenha o órgão público perdido a oportunidade de demonstrar os estudos que empreendeu antes de lançar a licitação.

O Relator quer crer que tal conduta não decorreu de um desconhecimento sobre a extensão da impugnação, porquanto o voto acolhido que determinou a suspensão do certame, relata claramente a preocupação desse Tribunal em relação à questão, na medida em, além da impugnação propriamente dita, transcreve ponderações levadas a efeito pelo eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini em relação ao assunto, que já eram de pleno conhecimento da Representada, conforme Ofício acima mencionado.

Não é o caso de se dizer que as justificativas da Representada foram deficitárias, a seu ver, tecnicamente, elas sequer existem, sendo que essa omissão deixa dúvidas quanto à efetiva realização de um estudo preliminar antecedente à instauração do certame.

Inexistem, também, justificativas para definição de diversos serviços em um mesmo procedimento que, em contra-senso, permite a subcontratação de 30% de seu todo, demonstrando que a obra pode ser executada por mais empresas.

Tendo em perspectiva a situação vertente, penso que não deve subsistir a ponderação de órgão Técnico no sentido de que a Representante não trouxe aos autos indícios de que o parcelamento almejado seria viável sob o ponto de vista técnico e econômico.

Isso porque, a preocupação sobre esse assunto não se originou unicamente da Representação intentada, mas também de opiniões expressas do Relator e do Eminente Conselheiro Decano, o que impõem a Representada o dever de justificar sua opção, sobretudo se considerada a magnitude da licitação.

Ainda em relação a esse assunto, faz consignar que não se trata de exigir do Órgão licitante a comprovação de uma proposição negativa, ou seja, que não tomou determinada providência, mas sim, a comprovação de que empreendeu os estudos necessários antes de instaurar relevante procedimento, conclusão evidenciada no preâmbulo do Voto.

Por essas razões, à míngua de maiores fundamentos técnicos por parte da Origem, entende que a Representada deve proceder a um estudo no sentido de dividir o objeto licitado em quantas parcelas se mostrarem tecnicamente viáveis para consecução dos serviços, quer pela cisão daquelas atividades que permitem essa divisão, quer pelo parcelamento do objeto pretendido em mais lotes, como sugere a manifestação de Órgão Técnico, garantindo uma maior competitividade ao procedimento.

Quanto aos demais aspectos de impropriedade suscitados, pensa que está a merecer acolhida apenas aquele incidente sobre o subitem 5.5.3. c.c o subitem 9.4.3, no sentido de que cada um dos integrantes do consórcio deve comprovar individualmente os índices econômicos financeiros estipulados no Edital.

Referida disposição contraria o princípio do inc. III do art. 33 da LF nº 8666/93, que prevê a possibilidade, para efeitos de qualificação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação.

A cláusula, como prevista, conflita com a possibilidade de participação em consórcio, conclusão essa que decorre das próprias razões ofertadas pela defesa.

A propósito, nesse sentido foi a decisão proferida por este Tribunal nos autos dos TCs-17959/026/04 e TC-14278/026/08 (...).

No que concerne aos questionamentos remanescentes, ao ver do Relator, não subsiste a questão relacionada à comprovação da capacidade técnica operacional, por meio da apresentação de, no máximo, dois atestados.

A matéria já foi objeto de análise por este Tribunal em várias oportunidades, em que foi considerada legal tal exigência, em face da complexidade do objeto e ainda diante da circunstância de que os quantitativos solicitados correspondem a 50% dos serviços licitados, atendendo a jurisprudência consolidada em Súmula deste Tribunal (...).

**TCs-43940/08 e 44791/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 17/12/08 - DOE de 5/2/09, págs. 61/65. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a Representação formulada no TC-43940/026/08 e improcedente a Representação formulada no TC-44791/026/08, determinando à Representada que revise o Edital da pré-qualificação para concorrência, nos seguintes aspectos do instrumento impugnado: a) Revisão da extensão do objeto posto em disputa, a fim de proceder a um estudo no sentido de sua divisão em quantas parcelas se mostrarem tecnicamente viáveis para consecução do objeto, nos termos da Lei; b) Revisão da redação do subitem 5.5.3 c. c. o subitem 9.4.3, adequando-os aos exatos termos do inc. III do art. 33 da LF nº 8666/93, que prevê a possibilidade, para efeitos de qualificação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação.**

Recomendou ao Licitante, ainda, consoante disposto no voto do Relator, que reanalise todas as cláusulas do instrumento, em especial no tocante aos subitens 1.3 e 5.1, que prevêem, apenas, a participação de empresas nacionais, novamente com a finalidade de conferir maior competitividade à licitação.

Determinou aos Responsáveis pelo certame que, após procederem às adequações determinadas, atentem ao disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com a republicação do instrumento.

Determinou, por fim, seja oficiado às Representantes e à Representada, dando-se-lhes ciência do decidido, encaminhando-se os autos, em seguida, à Diretoria competente da Casa para subsidiar eventuais contratações que venham decorrer do certame impugnado.

Vencido em parte o Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, que votou pela improcedência da impugnação referente ao subitem 5.5.3 c. c. subitem 9.4.3 do Edital, formulada por Construtora no TC-43940/026/08, na conformidade com as respectivas notas taquigráficas.

## EXECUÇÃO DE OBRAS DE INTERCEPTOR, ESTAÇÕES ELEVATÓRIAS E EMISSÁRIOS

• **Representação formulada por Empresa, contra edital de concorrência pública, instaurada por Companhia, objetivando a execução de obras de Interceptor, Estações Elevatórias e Emissários e Interligações a Coletores Contribuintes do Sistema de Esgotamento Sanitário.**

Impugnação feita às disposições da “Planilha de Orçamento” e correspondente “Planilha de Preços de Referência”, em especial a atividade compreendida na “Execução de Conduto em Método Não-Destrutivo, incluindo os respectivos poços de visita DH 1.200mm”, constante da Regulamentação de Preços e Critérios de Medição trata de aspecto eminentemente técnico da área de engenharia e, por esta razão o Relator valhe-se do atestado pela Assessoria Técnica competente que assim se pronunciou:

*“As investigações geotécnicas são tão importantes para a obra como, por exemplo, o levantamento topográfico. Sem conhecer o solo, grandes erros podem ser cometidos, levando uma obra à falência. Para melhor conhecer o solo, existe um amplo espectro de sondagens e ensaios, que devem ser escolhidos e utilizados conforme a situação da obra e do terreno. E assim a Sabesp o fez, apresentando a sondagem de reconhecimento da natureza do terreno pontualmente, de maneira a garantir a execução dos serviços.*

*Mesmo em se tratando de subterrâneo, diante dos elementos técnicos constantes do edital, as características do solo na extensão do conduto são conhecidas, permitindo que a planilha orçamentária seja elaborada de modo a garantir a exequibilidade do objeto pretendido e dentro de padrões de unidades coerentes.*

*A diferença de preço unitário para escavação em caso de terreno com rocha, com uso de explosivo, é bastante significativa comparada com a escavação de solo”.*

E concluiu: “por entendermos que à Companhia cabe a elaboração do orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (art. 7º, parágrafo 2º, inc. II, da Lei nº 8666/93) e que os elementos técnicos apresentados no Edital permitem tal elaboração, consideramos procedente a presente Representação no tocante às irregularidades apontadas na Planilha de Orçamento e Regulamentação de Preços e Critérios de Medição”.

A exigência de apresentação de certidões negativas de débitos para comprovação da regularidade fiscal das proponentes, como prevista no Edital, deixa dúvidas sobre a possibilidade de aceitação de certidões positivas de débito conforme disposições do Código Tributário Nacional. A matéria já foi discutida neste Tribunal que firmou jurisprudência no sentido de determinar a correção do item impugnado.

**TC-32922/08 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 15/10/08 - DOE de 23/10/08, págs. 68/71. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada por Empresa de Engenharia e Construções, determinando à Companhia que retifique o Edital da concorrência pública, na conformidade com o referido voto, com a republicação do texto convocatório e reabertura do prazo para a entrega das propostas, nos termos do § 4º, do art. 21, da LF nº 8666/93.**

## EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO DE PENITENCIÁRIA

• **Representação formulada por Construtora, contra Editais de licitação de Secretaria, objetivando execução de obras e serviços de construções de penitenciárias femininas em diversos Municípios.**

(...) Tratando-se de Representações intentadas às vésperas da abertura dos procedimentos, como é o caso em questão, a garantia do exame das cláusulas editalícias impugnadas e eventual determinação de retificações somente se viabilizaria com a suspensão dos procedimentos, mesmo porque o mencionado dispositivo legal (§ 2º do art. 113 da Lei nº 8666/93) estabelece como prazo final para requisição de editais por parte desta Corte, o dia útil anterior à data de recebimento das propostas da respectiva licitação.

Superados tais aspectos preliminares, passo ao exame de mérito das impugnações propostas, para antecipo conclusões de que, ao ver do Relator, se mostram parcialmente procedentes (...).

Embora a alínea 'b' do mesmo dispositivo editalício já tenha previsto as parcelas de maior relevância para efeitos de comprovação de experiência anterior das licitantes, o estabelecimento de comprovações complementares, em pelo menos três das cinco atividades eleitas na indigitada alínea 'b.1', não afrontam os preceitos da norma de regência, porquanto dizem respeito a serviços que fazem parte do objeto licitado, sendo certo que para essas parcelas não se impõem a demonstração de qualquer quantitativo comprobatório.

Não obstante esse juízo favorável acerca dos termos dos editais, o Relator pensa que merece acolhida a impugnação remanescente, incidente sobre a observação constante na alínea 'b' do subitem 3.2.2, que permite a soma de atestados de comprovação da qualificação técnica, desde que os aludidos documentos comprobatórios se refiram a contratos executados simultaneamente.

Chega a essa conclusão por entender que a disposição contestada ofende a previsão do § 5º do art. 30 da norma de regência, que veda a comprovação de aptidão com limitações de tempo ou época.

Aliás, em ocasiões anteriores, este Plenário considerou impróprias disposições análogas, examinadas nos TCs-34076/026/08, 34077/026/08, 34824/026/08 e TC-21438/026/08 (...).

**TCs-41382/08 a 41384/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzini - Sessão do Tribunal Pleno de 26/11/08 - DOE de 4/12/08, págs. 91/95. O E. Plenário, no aspecto preliminar, não acolheu a arguição apresentada pela Secretaria, no tocante à ilegalidade da determinação de suspensão dos procedimentos licitatórios, sem a oitiva prévia do Órgão promotor do certame, e, no mérito, julgou parcialmente procedentes as representações; determinando à mesma Secretaria a correção de disposição comum nos editais em exame, com a revisão da "Observação" constante da alínea "b" do subitem 3.2.2, para excluir a necessidade de que as licitantes comprovem capacitação técnica operacional, nos serviços eleitos como parcelas de maior relevância em contrato único ou contratos executados de forma simultânea; devendo os Responsáveis**

pelos procedimentos, após procederem às retificações necessárias, atentar para o disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com a retificação dos instrumentos e reabertura de prazo para formulação de propostas.

Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão e, em seguida, sejam encaminhados os autos à Diretoria competente da Casa para eventuais contratações que decorram dos procedimentos impugnados.

## EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

• **Representação formulada por Associação e Empresa, contra os editais de concorrências públicas, lançadas por Companhia, objetivando contratações de empresas para execução de obras e serviços de engenharia, inclusive elaboração de projetos executivos para empreendimentos.**

(...) Embora o Edital permita a participação de empresas em consórcio, a necessidade de que as licitantes comprovem experiência anterior em serviços de obras de edificações de habitações, e 'acompanhamento social', com apoio a remoção ou transferência de famílias, reduzem, ao ver do Relator, o caráter competitivo do certame.

Isso porque as referidas atividades de acompanhamento não são comumente executadas por empresas de engenharia, que representam o segmento empresarial principal do objeto pretendido, como foi a conclusão externada por este Plenário no Processo TC-21438/026/08 (...).

A permanecerem como se encontram, ao contrário da faculdade que emerge da redação do art. 33 da Lei nº 8666/93, as regras do Edital impõem que os interessados participem, obrigatoriamente, em regime de consórcio.

Tal impropriedade não ocorreria se o Edital permitisse a subcontratação dos aludidos serviços, sem, contudo exigir dos interessados demonstração de capacitação técnica nesse particular, no meu sentir, única forma de aglutinar num mesmo procedimento atividades de natureza diversa, considerando que a Companhia não abre mão da contratação conjunta, pelos aspectos de interesse público e social que trouxe a colação nestes feitos.

Do mesmo modo, considerando o decidido por este Plenário no mencionado TC-21438/026/08, considera também imprópria a comprovação da capacitação técnica em contrato único, ou contratos simultâneos, (alíneas "b.1" e "b.2" do subitem 12.1.3) restrição que não foi afastada pela permissão de participação de consórcios, pelos motivos acima referidos.

Quanto às parcelas de maior relevância, observa que os serviços eleitos para tal demonstração integram o objeto posto em disputa, não cabendo censura aos termos do Edital no que toca a esse aspecto, cuja definição se insere no rol de discricionariedade do ente licitante.

Ainda em relação à capacitação técnica-operacional, concorda com a opinião externada por Órgão Técnico, no sentido de que a imposição de que as comprovações estejam acompanhadas do Certificado de Acervo Técnico expedidos pelo CREA, não se amolda às demonstrações de aptidão da empresa, mas sim dos profissionais do setor, não sendo admissível também que a referida entidade reguladora da atividade profissional

(CREA) expeça registro da atividade de remoção e transferência de famílias.

Finalmente, no que concerne ao regime de execução, acolhe o pronunciamento de Órgão Técnico que a questão trazida se revela preocupante, na medida em que objetos aparentemente idênticos apresentam regimes de execução distintos (empregada por preço unitário e empregada integral, respectivamente), devendo a Companhia rever o regime adotado, com vistas à obtenção de propostas mais vantajosas, inclusive porque cada um deles irá refletir na forma de pagamento e, por consequência, na formulação de postostas.

**TCs-34076/08, 34077/08 e 34824/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazi - Sessão do Tribunal Pleno de 8/10/08 - DOE de 16/10/08, págs. 65/67. O E. Plenário julgou parcialmente procedentes as Representações intentadas contra os Editais das concorrências, da Companhia, determinando a correção dos textos editalícios nos aspectos assinalados no voto, devendo os Responsáveis pelos procedimentos, após procederem às retificações necessárias, atentar para o disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com a republicação dos instrumentos e reabertura de prazo para formulação de postostas.**

**Determinou, por fim, após a expedição dos ofícios, o encaminhamento dos autos à Diretoria competente da Casa para subsidiar o exame da contratação que eventualmente venha decorrer dos certames impugnados.**

#### **EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE MELHORAMENTOS NOS DISPOSITIVOS DE ENTRADA E SAÍDA DE BUEIROS**

• **Representações contra Editais de tomadas de preços de Departamento, objetivando, respectivamente, a execução de obras e serviços de melhoramentos nos dispositivos de entrada e saída de dois bueiros e a execução de obras e serviços de regularização da camada de rolamento para posterior recapeamento do acesso a Balneário e Bairro.**

(...) A disposição da alínea 'b.1' do subitem 12.2 extrapola, ao ver do Relator, os ditames da norma de regência.

A julgar pelas justificativas apresentadas pela defesa a exigência de apresentação de Certidão da Corregedoria do Estado de Origem, para as proponentes com sede em outros Estados, indicando os Cartórios de Distribuidores de Falência e Concordata, objetiva confirmarem as informações prestadas na Certidão Negativa apresentada, vez que somente em São Paulo a distribuição encontra-se centralizada, servindo como certidão que confirma certidão.

Nessa perspectiva, entendo que a referida obrigação não tem razão de ser, uma vez que é exigida Certidão da sede da licitante, mostrando-se o documento apenas um entrave burocrático à participação de interessados na licitação.

No que se refere aos requisitos de qualificação técnica previstos na alínea 'b.3' do subitem 12.3, o Relator inicia sua análise sobre a questão elucidando um aspecto que gerou controvérsia nos termos da impugnação trazida no TC-17116/026/08.

O Representante alega em sua inicial que os atestados comprobatórios devem indicar experiência anterior num período

de três meses, entretanto, a cópia do Edital por ela juntada, estabelece que o mencionado período é de quarenta dias.

De outra parte na defesa apresentada o Departamento refuta a impugnação, afirmando que o Edital não faz menção a qualquer período de comprovação exigido, o que demonstra por meio da cópia juntada.

À vista dessa ocorrência, sou forçado a considerar prejudicado esse aspecto da representação deduzida naquele feito, vez que o documento oficial, juntado pelo Órgão Público promotor do certame, não deixa dúvidas que o Edital não contempla esse requisito comprobatório referente a período mínimo.

No entanto, mesmo tratamento não pode ser dado à tomada de preços (TC-16339/026/08), onde existe no Edital a estipulação que a referida comprovação se dê em período específico de três meses, disposição que entendo não encontrar respaldo na Lei de Licitações, conforme § 5º do art. 30, devendo ser excluída daquele ato convocatório.

No que tange a limitação ao número de atestados que serão aceitos (no máximo dois), acolhe a opinião de Órgão Técnico no sentido de que a disposição se mostra restritiva.

Como bem ressaltado por aquele órgão opinativo a regra geral da Lei de Licitações não estabeleceu nenhuma hipótese de limitação máxima ou mínima ao número de atestados, entendimento este convalidado em decisão desta Corte no Processo TC-40823/026/07.

Assim sendo, deve ser suprimida dos Editais a exigência de número máximo de atestados de comprovação.

Por fim, no que tange à visita técnica marcada para um único dia e obrigação de ser realizada por Engenheiro Civil da licitante, previamente credenciado junto ao Departamento, as necessárias correções que deverão ser feitas nos editais, conforme especificado no presente voto, o Relator anima-se a determinar que a Autarquia responsável pelas licitações também reveja esse aspecto dos instrumentos, permitindo que o mencionado evento seja realizado durante todo o período entre a publicação dos editais e o prazo para a entrega de propostas, ampliando o caráter competitivo dos certames, conforme entendimento deste Plenário no Processo TC-14814/026/07.

Quanto à formação técnica do profissional que realizará o evento, penso que não cabe à Administração disciplinar esse aspecto da disputa, exigindo nos editais que o referido evento seja realizado por um Engenheiro da proponente, credenciado previamente.

Como se denota, a diligência é de interesse exclusivo das participantes dos certames, que devem enviar os profissionais de sua equipe que melhor possam estimar os aspectos técnicos e os custos da proposta que será efetuada, que é de sua inteira responsabilidade, independente do preposto que realizará a visita, sendo necessária a supressão desse requisito editalício.

**TCs-16339/08 e 17116/08 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazi - Sessão do Tribunal Pleno de 4/6/08 - DOE de 12/6/08, págs. 63/66. O E. Plenário, em face do disposto no § 1º do art. 113 da LF nº 8666/93, inicialmente rejeitou a preliminar suscitada pelo Procurador Chefe Substituto da Procuradoria da Fazenda Estadual no TC-16339/026/08, e, no que tange ao mérito das questões arguidas, julgou parcialmente procedentes as Representações, determinando ao Departamento a correção dos seguintes pontos dos Editais das tomadas de preços: a) exclua a alínea b.1 do subitem 12.2, a qual deter-**

mina que as empresas com sede fora do Estado de São Paulo apresentem Certidão da Corregedoria de seu Estado indicando os cartórios de distribuidores de falência e concordata; b) reveja a disposição contida na alínea b.3 do subitem 12.3, para excluir o número máximo de dois atestados comprobatórios e limitação de período específico, esta última constante apenas da tomada de preços nº 8/08; e c) adequa a alínea e. 1 do subitem 12.3, para que a visita técnica possa ser realizada durante todo período entre a publicação dos Editais e a data estipulada para formulação de propostas, nos termos da jurisprudência desta Corte, excluindo também a obrigatoriedade de credenciamento de um Engenheiro para a realização da referida diligência.

Determinou, ainda, aos responsáveis pelos certames que, após procederem às retificações determinadas, observem o disposto no § 4º do art. 21 da LF nº 8666/93, com a republicação dos instrumentos e reabertura de prazo para formulação de propostas.

Determinou, por fim, sejam expedidos os ofícios necessários, devendo os autos, ao final, seguir para a Diretoria competente da Casa a fim de subsidiar eventual contratação que decorrer dos certames impugnados.

#### EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEATENDIMENTO NA ÁREA DE SAÚDE

• **Representação formulada por Advogada, contra Edital de pregão eletrônico, visando à “contratação de empresa especializada para execução de serviços de teleatendimento, consistentes em implantação, operação, manutenção, administração e supervisão de uma central de atendimento”, sob o regime de empreitada por preços unitários.**

(...) O item 6.6 do Anexo I, que prevê a realização de certa “quantidade de campanhas” aos funcionários da Contratada, visando à motivação e solução de problemas de atendimento, merece reparo, tal como, por sinal, admitido pelo próprio Instituto.

À Contratante compete somente formular exigência e fiscalização quanto à boa execução dos serviços prestados, nos exatos termos em que fora contratado.

Deve ser excluído também, do rol de detalhamento dos serviços do Nível 1 (item 5.1), a expressão genérica “outros que se fizerem necessários”.

É que, além de gerar insegurança ao licitante, não se presta para o fim pretendido pela Administração. Para as hipóteses de “situações atípicas e imprevisíveis”, a própria Lei de Licitações e Contratos já se encarregou de prever alterações contratuais, cujas regras e limites devem ser observados pela Administração.

**TC-37034/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz de Alvarenga - Sessão do Tribunal Pleno de 12/11/08 - DOE de 27/11/08, págs. 72/75. O E. Plenário, circunscrito às questões expressamente suscitadas, julgou parcialmente procedente a representação, determinando ao Instituto de Assistência Médica que, caso queira dar andamento ao certame referente ao pregão eletrônico, adote as medidas corretivas expostas no referido voto, devendo a Administração, após, republicar o Edital, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

#### EXIGÊNCIA DE ATESTADO DANDO CONTA DE EXPERIÊNCIA CONCERNENTE AOS SERVIÇOS DE ACOMPANHAMENTO SOCIAL DE FAMÍLIAS

• **Representação formulada por Empresa, contra possíveis irregularidades em Edital de concorrência, instaurada por Companhia de Desenvolvimento Habitacional, destinada à contratação de empresa de engenharia para execução de obras e serviços de infra-estrutura urbana, construção de empreendimento habitacional de interesse social, acompanhamento social e demais obras complementares para realização de Projeto.**

(...) A Companhia de Desenvolvimento Habitacional exige que as licitantes igualmente apresentem atestados dando conta de experiência concernente aos serviços de acompanhamento social de famílias.

Como bem descrito no objeto da licitação, inegável que a obra pretendida pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional implicará a urbanização de ocupações irregulares, o que certamente demandará esforços especializados na remoção e no acompanhamento de famílias inteiras, impondo à empresa de engenharia vencedora o desenvolvimento de interface com profissionais da área de assistência social.

Isso, contudo, não confere à Administração o poder de erigir tal circunstância à condição de critério de aferição de qualificação técnica, com o propósito de, assim, inabilitar empresas de engenharia que não tenham em seu acervo técnico a execução de obras nas mesmas características e com as mesmas exigências.

O Relator prefere, neste ponto do Edital, compreender que a regra é exorbitante.

Primeiro, porque o acompanhamento social não se confunde com o escopo social das empresas dedicadas à engenharia, delas não havendo de se exigir, portanto, a apresentação de acervo técnico com tal nível de especificação.

Segundo, o acompanhamento social que se fará necessário vem minuciosamente descrito no “termo de referência para a produção do trabalho social”, o qual divide os serviços em três conjuntos de atividades (acompanhamento e suporte às obras de urbanização; sustentabilidade da intervenção e fomento à organização comunitária; monitoramento e avaliação), ao preço estimado de R\$1.170.000,00, dimensionando demanda cujo atendimento claramente não poderá ser singelamente executado por assistente social, mas sim, ao contrário, por amplo corpo técnico.

Dessa maneira, inválida, igualmente, a parte da justificativa da Companhia de Desenvolvimento Habitacional no sentido de que, diante da possibilidade de delegação dos serviços de acompanhamento social a profissional da área de assistência social, a exigência impugnada não servirá para inabilitar licitantes.

O dispositivo do instrumento convocatório é claro, não admitindo, para o Relator, interpretação diversa da que a licitante não dotada da experiência exigida não poderá prosseguir na disputa.

Terceiro, e último, não se justifica condicionar a exigência de qualificação à prova de execução dos serviços em um contrato ou contratos simultâneos, seja porque todas as demais

exigências de comprovação de qualificação admitem mais de um atestado, seja porque a própria especificidade dos serviços de acompanhamento social, agregados aos de engenharia, ensejariam flagrante restrição à competição caso condicionados a número mínimo ou máximo de contratos.

Na oportunidade, recorda o Relator, que já teve a chance de relatar situação assemelhada, envolvendo exame prévio de edital de licitação da mesma Companhia de Desenvolvimento Habitacional, ocasião em que o acompanhamento social de famílias servia como critério de aferição de nota técnica, sem, contudo, implicar necessária discriminação ou desclassificação de licitantes desprovidas do requisito (TCs- 38121/026/07, 38122/026/07, 38123/026/07 e 38124/026/07).

Por tal razão, o Relator, apenas, compreendeu válido dispositivo da espécie.

O caso dos autos, porém, é outro, uma vez que a comprovação da experiência na execução de obra de urbanização de áreas irregularmente ocupadas, com o aludido acompanhamento social, impõe-se como condição de habilitação a qualquer interessado.

Definitivamente, portanto, tais serviços não podem ser confundidos com o objeto social das empresas de engenharia, significando vício que deve ser corrigido.

**TC-21438/08 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 2/7/08 - DOE de 17/7/08, págs. 52/56. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a representação, determinando à Companhia de Desenvolvimento Habitacional que retifique o Edital da concorrência em seu item 12.1.3, alínea “b.1.1”, tanto para se admitir a comprovação da experiência pretérita das licitantes por meio de número indeterminado de atestados ou contratos, como para se excluir da parte final da cláusula a necessidade de demonstração de experiência na execução conjunta do acompanhamento social nas obras de urbanização de áreas irregularmente ocupadas.**

**Determinou, ainda, que Representante e Representada, na forma regimental, sejam intimados deste julgado, em especial a Companhia de Desenvolvimento Habitacional, a fim de que promova, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, a publicidade da íntegra do instrumento convocatório em questão, que deverá vigorar com as modificações consignadas.**

#### **EXIGÊNCIA DE LICENÇA DE OPERAÇÃO DEFINITIVA DE INCINERADOR**

**• Representação formulada por Empresa, contra possíveis irregularidades no Edital de pregão eletrônico, que tem por objeto a contratação de empresa para prestação de serviços de coleta, transporte e incineração de resíduos químicos perigosos (grupo B).**

Inobstante o esforço da Origem em demonstrar a necessidade de exigir Licença de Operação Definitiva do Incinerador emitida pelo Órgão ambiental competente, não existe possibilidade de aceitação diante das inúmeras decisões proferidas, corroboradas pelas disposições contidas na Súmula nº 14 desta Corte.

Esse entendimento se estende para a exigência de apresentação de Carta de Anuência do Incinerador, pois ainda que não

aventada na inicial, conforme bem verificou Órgão Técnico, também não pode ser aceita.

**TC-427/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 26/3/08 - DOE de 3/4/08, págs. 60/63. O E. Plenário julgou procedente a Representação, determinando ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade que altere o Edital do pregão eletrônico nos itens indicados no referido voto, de modo a exigir dos proponentes tão-somente declarações de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno, devendo, em decorrência, republicar o texto editalício, para atender o disposto no art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

**Determinou, ainda, seja oficiado à Representante e ao Representado, dando-se-lhes ciência da presente decisão.**

#### **EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO PÚBLICA**

**• Representação contra Edital de licitação, tipo menor preço, instaurada por Centro de Suprimento e Manutenção de Material de Motomecanização, objetivando a contratação de “serviços de empresa especializada na manutenção de veículos oficiais, do tipo viatura policial”.**

(...) Acerca da regularidade fiscal, como requisito de habilitação em licitação pública, o Relator pede vênias para manter posicionamento já externado em outras oportunidades, ao menos até que se ultime os estudos promovidos por Órgão Técnico, sob a coordenação do E. Conselheiro Robson Marinho, consoante decisão deste E. Pleno, em sessão de 14 de maio próximo passado.

Recorda, de início, que temos tido a oportunidade de analisar a questão da regularidade fiscal sob diversos aspectos, que merecem cada qual, enfoque distinto:

a) necessidade de se exigir comprovação de regularidade fiscal estadual (ICMS) e municipal (ISS) nas hipóteses em que o objeto licitado envolver tanto fornecimento de bens quanto prestação de serviços;

b) necessidade de que o edital especifique que a regularidade fiscal deve ser comprovada pelo executor do contrato;

c) desnecessária exigência de regularidade fiscal, em face da expressão “quando for o caso”, do art. 4º, XIII, da Lei nº 10520/02;

d) necessidade de comprovação de regularidade fiscal estadual (ICMS) não só da sede, como também de *todas* as filiais localizadas no Estado de São Paulo;

e) necessidade de comprovação de regularidade fiscal perante o Estado de São Paulo, na hipótese de a empresa contar com sede ou domicílio em estado diverso;

f) necessidade de comprovação de regularidade fiscal perante o Município de São Paulo, para empresas que não tenham sede ou domicílio no município de São Paulo;

Atem-se, nesta oportunidade, tão-somente aos aspectos suscitados na peça inaugural: comprovação de regularidade do domicílio ou sede da licitante e, se existentes, de *todos* os demais estabelecimentos localizados no Estado de São Paulo (subitem 6.1.2.4); regularidade fiscal perante o Estado de São Paulo, das empresas situadas em estados diversos (subitem 6.1.2.4.1) e regularidade fiscal perante o Município de São

Paulo, para empresas situadas em municípios diversos (subitem 6.1.2.6.1).

Ao juízo do Relator, tais exigências são desarrazoadas, por não se compatibilizarem com o nosso ordenamento jurídico. A despeito dos argumentos e preocupação externada pela Administração, quanto à tentativa de se evitar contratar eventual devedor do Estado, considera que a *licitação não é o instrumento adequado para fiscalizar o pagamento das obrigações tributárias*, mesmo porque não foi elaborada para tal mister.

Aliás, a vedação de se utilizar a licitação para outros fins, a exemplo de se prestar como mecanismo de incremento de arrecadação, já foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, ao acolher voto do Ministro Eros Grau (ADI 3.070, julgamento em 29/11/07, DJ de 19/12/07):

(...) É que a Lei nº 8666/93 definiu, em seu art. 3º, que a licitação destina-se a *garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração*. Estipulou requisitos de habilitação no intuito de selecionar licitantes aptos a com ela contratar, dentre os quais está a demonstração de regularidade fiscal. O limite para as exigências de habilitação emana do próprio art. 37, XXI, da CF, segundo o qual *“somente”* se permitirá *“exigências de qualificação técnica e econômica* indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Essa restrição irradia-se na Lei nº 8666/93, a exemplo do que demonstram os próprios arts. 27, 28, 29, 30 e 31. À luz dessa disciplina constitucional e legal é que a jurisprudência desta Corte *limitou* a exigência da regularidade fiscal àquele incumbido da execução contratual, de acordo com a natureza do objeto licitado, independentemente da identidade da Administração contratante — matriz ou filial. É que, sob a ótica do Direito Civil, a sociedade empresária é pessoa jurídica que pode ter estabelecimentos empresariais diversos. No entanto, para fins de tributação, incide o disposto no art. 127, II, do CTN, segundo o qual cada estabelecimento — matriz ou filial — é considerado *autonomamente* e, segundo o art. 12, § 3º, c/c o art. 13, da Instrução Normativa nº 200/02, cada qual deve contar com inscrição própria no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda.

Ora. Se a finalidade do art. 29, III, da Lei nº 8666/93 é averiguar a habilitação do licitante, visando à segurança na contratação, não há como dele valer-se como restrição de direitos outros que não aquele estabelecido pela própria norma legal. Basta que demonstre regularidade fiscal aquele que pretende ser parte da relação contratual, obrigando-se, se depois efetivamente contratado, a manter estas condições de habilitação durante toda a execução contratual, consoante dicção do art. 55, XIII, da Lei nº 8666/93.

Se o administrador nortear-se pelos parâmetros e diretrizes ditados pela lei de regência, afasta a hipótese de eventual contratação inadimplente, sem deixar de garantir a busca da melhor oferta e a observância do princípio constitucional da isonomia, já que impede os devedores - com menores custos por não recolher obrigações fiscais - de competir em desigualdade com aqueles cumpridores de suas obrigações fiscais.

Mesmo raciocínio há de prevalecer para as exigências vazadas nos termos dos subitens 6.1.2.4.1 e 6.1.2.6.1, porque a Lei de Licitações e Contratos — que se limita a exigir prova de regularidade fiscal do *domicílio ou sede do licitante* — não

ampara a que se exija comprovação de regularidade fiscal, perante o Estado de São Paulo, daqueles licitantes sediados em estado diverso que, atendendo a um chamado da Administração Paulista, aqui pretendam prestar serviços ou comercializar seus bens.

E nem se há escorar tal exigência no art. 193, do CTN, segundo o qual a Administração Pública estaria impedida de contratar ou aceitar proposta daquele que não demonstrar quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada. Primeiro, porque não condiz com a própria Constituição Federal; segundo, porque, a toda evidência, pelo princípio da especialização da norma, a Lei de Licitações e Contratos, por específica, superpõe-se ao CTN, lei de caráter geral.

Não se desconhece que nosso ordenamento tenha consagrado o *“mecanismo indutor de regularidade fiscal”*, expediente onde a regularidade fiscal é exigida para o exercício de certos direitos, a exemplo do que dispõem o art. 195, § 3º, da Constituição e o próprio art. 29, da Lei nº 8666/93. Mas certo é que estas técnicas legais de indução de regularidade fiscal devem ser adotadas com a devida precaução, porque inaceitável que tais exigências impliquem em interferência desarrazoada no desenvolvimento da atividade econômica. É o que apontam as Súmulas n. 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal.

Nesta ordem de idéias é que o Relator reputa abusivas as exigências constantes do Edital, de que só poderiam participar do certame licitantes que demonstrassem contar com regularidade fiscal de *todos* os estabelecimentos (sede e filiais) situados no Estado de São Paulo e, se estabelecidos em outros Estados, comprovassem não ter débitos tributários inscritos na dívida ativa dos respectivos entes (Estado e Município de São Paulo), porque seria emprestar ao procedimento licitatório papel fiscalizador do cumprimento das obrigações tributárias, em desfavor aos princípios e regras que o norteiam e na contramão do comando da Constituição (...).

**TCs-10514/08, 10988/08, 10990/08, 12213/08, 12217/08, 12215/08 e 12216/08 - Cons. Rel. Cláudio Ferraz Alvarenga - 1ª Sessão Extraordinária de 25/6/08 - DOE de 3/7/08, págs. 31/32. O E. Plenário, restrito exclusivamente às questões suscitadas, julgou parcialmente procedentes as representações, determinando ao Centro de Suprimento e Manutenção de Material de Motomecanização, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que, querendo dar prosseguimento ao certame relativo aos pregões presenciais exija comprovação de regularidade fiscal tão-somente do licitante que irá efetivamente executar o contrato, independentemente de ser sede ou matriz, situado ou não no Estado de São Paulo, devendo a mesma orientação ser aplicada para a demonstração de regularidade municipal (subitens 6.1.2.4, 6.1.2.4.1, 6.1.2.6.1); retire exigência de que o responsável / encarregado deva demonstrar formação específica em “mecânica em geral” com, no mínimo, dois anos de comprovada experiência na atividade (subitem 6.1.4.1 “b”); reveja exigência de comprovação de qualificação técnico-profissional (engenheiro mecânico) atrelada aos valores das propostas (subitem 6.1.4.6); e afaste exigência, para fins de habilitação, de credenciamento junto a organismos expedidores de certificados de qualidade (INMETRO, ASE-Brasil, IQA, SOBATEMA subitem 6.1.4.6 “2”), dando-se, em seguida, cumprimento ao que prescreve o art. 21, § 4º, da Lei de Licitações.**

## PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS DE MATERIAL DE USO TÉCNICO-HOSPITALAR

• Representação formulada por Empresa, objetivando o registro de preços de material de uso técnico-hospitalar - saco plástico confeccionado em polietileno de baixa densidade e alta resistência, para acondicionamento e transporte de roupas sujas.

A Representante alega existência de exigências que a seu ver comprometem o certame chegando a afirmar que algumas delas só podem ser atendidas por no máximo duas empresas. Alegou, também, que o Edital deixou de exigir o certificado do produto e de laudo do laboratório, previstos na Lei nº 6360/75.

A análise dos autos permite ao Relator acolher o posicionamento dos Órgãos Técnicos, para considerar parcialmente procedente a representação.

Com efeito. Restou demonstrado ser improcedente a impugnação no ponto em que a Representante pretendia viesse a ser exigido o certificado de produto ou laudo de laboratório. O Hospital comprovou que a ANVISA lista o produto entre os não considerados para saúde.

Procedente é, porém, quanto às demais exigências.

**TC-30702/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 3/9/08 - DOE de 11/9/08, págs. 73/76. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a Representação formulada, determinando ao Hospital que retifique o anexo II do Edital do pregão presencial, de modo a eliminar as exigências descabidas, na conformidade com o referido voto, fazendo nova publicação que atenda o prazo do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

**Ressaltou, por fim, que a análise procedida circunscreveu-se às impugnações feitas, devendo a Origem, na retificação, atentar para que as demais cláusulas não afrontem a legislação ou jurisprudência deste Tribunal.**

## PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DE ELEVADOR

• Representação informando possíveis irregularidades em Edital de pregão eletrônico, instaurado por Procuradoria Regional, objetivando contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de um elevador, instalado no Prédio da Procuradoria Regional do Município.

(...) Procede à censura dirigida a alínea 'b' do referido subitem (1.2), pois, sendo objetivo do procedimento a prestação de serviços cuja competência tributária é do Município, não tem cabimento requerer inscrição no Cadastro de Contribuintes Estadual, segundo, aliás, já se decidiu em sede de Exame Prévio.

De igual modo, em respeito à pacificada jurisprudência desta Corte, deverá a Administração retificar o subitem 1.4, excluindo-se imposição habilitatória de visto no CREA/SP para empresas sediadas em outras regiões, posto configurar obrigação que deve ser dirigida unicamente ao vencedor da disputa.

**TC-13767/08 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 30/4/08 - DOE de 8/5/08, págs. 60/64. O E. Plenário julgou parcialmente procedente**

a Representação, determinando à Procuradoria Regional do Município que, caso pretenda levar adiante o certame, corrija os subitens 1.2 e 1.4 do Edital do pregão eletrônico, conformando-os aos termos da legislação e da jurisprudência, procedendo-se à republicação do novo texto, com observância do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.

Determinou, outrossim, seja oficiado ao Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

## PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO AO TRABALHADOR

• Representações formuladas por Empresas, contra Edital de pregão, instaurado por Fundação, destinado a oferecer aos empregados da Fundação meios eletrônicos de apropriação dos benefícios decorrentes do programa de auxílio-alimentação.

A Fundação concede aos seus empregados auxílio-alimentação, segundo forma definida em atos do Ministério do Trabalho e Emprego que regulam o Programa de Alimentação do Trabalhador.

O PAT foi instituído pela LF nº 6321/76, e tem por objetivo a melhoria da situação nutricional dos trabalhadores, visando a promover sua saúde e prevenir as doenças profissionais (Portaria nº 3/02). A pessoa jurídica que aderir ao programa obtém incentivos fiscais do Governo Federal, mediante o cumprimento das condições por este definidas.

Uma dessas condições é que a beneficiária mantenha serviço próprio de refeições ou distribua alimentos, por si ou por intermédio de terceiros (Dec. federal nº 5/91) que, assim como ela própria, estejam registrados no programa e possua responsável técnico pela sua execução, devendo ser este um profissional legalmente habilitado em Nutrição (Portaria 3/02). Tais condições esclareçam-se recaem até mesmo sobre a administradora de documento de legitimação que se destine à aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais.

Segundo a Resolução CFN nº 378/05, a qual dispõe sob auspício da Lei federal nº 8234/1991, assim como do Decreto nº 84444/1980, sobre o registro e cadastro de Pessoas Jurídicas nos Conselhos Regionais de Nutricionistas, estão obrigadas ao registro no Conselho Regional de Nutrição as empresas de refeição-convênio que fornecem alimentação por intermédio de credenciamento de terceiros, desde que tenham registro no PAT. Assim, qualquer atestado de capacidade técnica cujo teor verse sobre atividade realizada por essas empresas no âmbito do programa, para ter validade, deve estar associado a um nutricionista responsável técnico, de modo que o seu registro perante o órgão de classe, conforme determina o item 4.3.1, h, do Edital, assoma razoável e natural, em virtude até de tal atestado destinar-se a comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características com o objeto da licitação (art. 30, II, e § 1º da Lei nº 8666/93).

Juízo igualmente positivo, porém, não se pode fazer do item 4.3.1, i, do Edital. Exigir, para efeito de validade da proposta, que ela se faça acompanhar de *Declaração dos estabelecimentos credenciados atestando o recebimento do cartão eletrônico de benefício alimentação com sistema on-line* em todas as localidades por onde estão distribuídos os emprega-

dos da Fundação Hemocentro, constitui burocracia tão desnecessária quanto injustificável, por não corresponder a norma que o autorize. Diga-se o mesmo, aliás, em relação à exigência de que também acompanhe a proposta a *Relação de todos os estabelecimentos credenciados com a licitante, aptos para fornecimento pelo cartão eletrônico de benefício alimentação* (nas cidades que especifica), *constando nome e endereço, separados por tipo de estabelecimento (...), cujo contrato de credenciamento esteja em vigor*, uma vez que se trata, aqui, de antecipar condições específicas de execução do contrato para a fase de licitação, procedimento esse incompatível com os fins deste mecanismo administrativo, conforme dá a entender o disposto no § 6º, *in fine*, do art. 30 da Lei nº 8666/93.

Em vez de condicionar a validade da proposta a tais requisitos, melhor fará a Administração para cumprir os propósitos da Lei de Licitações se fixar em Edital, como obrigação contratual, a área e o cronograma de implantação da rede de estabelecimentos que se fizer suficiente para garantir o fornecimento de gêneros alimentícios *in natura* aos seus servidores e operar com o documento de legitimação classificado como de menor preço. Franqueará, assim, acesso à licitação a um maior número de interessados, já que nem todos contam com rede de estabelecimentos “conveniados” em operação, e aumentará, com isso, a probabilidade de deparar com a proposta mais vantajosa para si, por simples razão de escala.

Por inserir-se entre as condições eleitas de execução do contrato, apesar de encontrar-se, no Edital, entre os requisitos de validade da proposta, a imposição para que o futuro prestador de serviços mantenha vínculo comercial com um hipermercado enquanto durar aquela tem real propósito. É expectativa razoável da Administração que hipermercados, dado o seu porte econômico, disponham de maior estoque e variedade de produtos, bem como condições excepcionais para vender mais barato. A solução pode-se inferir a partir daí, tem grande potencial de proporcionar vantagem concreta à Administração, por meio da satisfação de seus servidores, como, aliás, já reconheceu precedente submetido a juízo deste Tribunal Pleno, TC-3011/026/08.

**TCs-489/08, 506/08 e 11359/08 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 16/4/08 - DOE de 1º/5/08, págs. 57/60. O E. Plenário, determinou à Fundação Hemocentro que corrija o Edital do pregão e dele exclua**

**as exigências impróprias identificadas no referido voto, bem como, se houver interesse em continuar a licitação, reitere a convocação pública de interessados pelos mesmos meios usados na primeira ocasião e devolva-lhes o prazo integral destinado à preparação da proposta.**

**Determinou, por fim, seja oficiado às Representantes e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.**

### **SERVIÇO DE CONFECÇÃO E INSTALAÇÃO DE PORTÃO DESLIZANTE**

• **Representação contra possíveis irregularidades em Edital de pregão presencial, objetivando o serviço de confecção e instalação de portão deslizante para a entrada principal do Departamento.**

Procede a impugnação relativa ao prazo estipulado para a vistoria obrigatória. De acordo com o item 21. “a” do Edital, foram estipulados três dias para a realização dessa vistoria, o que contraria a jurisprudência desta Casa que indica como momento adequado para a vistoria o decurso de prazo entre a data da publicação do Edital e a de recebimento das propostas.

Também é procedente a impugnação referente à regularidade fiscal. Não procede a justificativa apresentada pelo Departamento no sentido de que somente exigiu a apresentação de certidão de regularidade perante o INSS e FGTS, diante do baixo valor da contratação. O Edital destina-se a prestação de serviços com fornecimento de material, impondo a necessidade de prova de regularidade perante o Estado e o Município (...).

**TC-16985/08 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 28/5/08 - DOE de 5/6/08, págs. 64/68. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a representação, determinando à Divisão Regional do Departamento, a retificação do Edital do pregão presencial nos pontos indicados no referido voto, assim como os demais a eles relacionados, republicando o texto editalício para atender o disposto no art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.**

Determinou, ainda, sejam expedidos os ofícios necessários, encaminhando-se os autos, ao final, à Diretoria competente da Casa, para subsidiar eventual contratação decorrente do certame em tela.

