



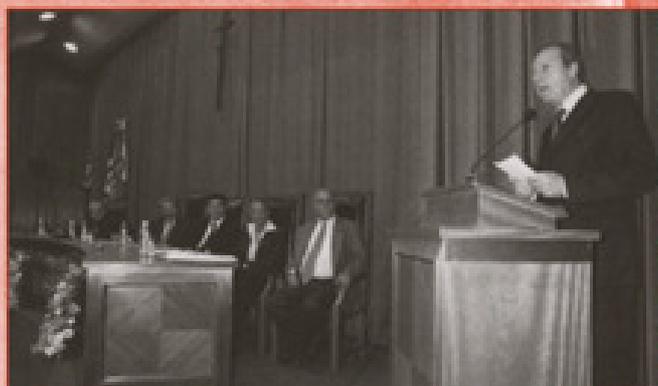
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO



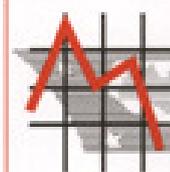
Nº 115 - Julho/Agosto/06

4ª SEMANA JURÍDICA. O TCE REFORÇANDO CONHECIMENTOS

TRIBUNAL INSTALA "ESCOLA
DE CONTAS PÚBLICAS" COM
PALESTRA DO MINISTRO
ENRIQUE LEWANDOWSKI,
DO STF



Presidente Robson Marinho
lançou o "Programa de Redução
de Custos e Otimização da
Eficiência Administrativa"



PROGRAMA DE REDUÇÃO DE CUSTOS E
OTIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

NOTICIÁRIO 9

DOCTRINA 37

VOTOS 65

JURISPRUDÊNCIA 125



“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)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PLENO

(Reúne-se às 4as feiras às 11h)

CONSELHEIRO PRESIDENTE
CONSELHEIRO VICE-PRESIDENTE
CONSELHEIRO CORREGEDOR

Robson Riedel Marinho
Antonio Roque Citadini
Eduardo Bittencourt Carvalho

CONSELHEIROS

Edgard Camargo Rodrigues
Fulvio Julião Biazzi
Cláudio Ferraz de Alvarenga
Renato Martins Costa

COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS

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

CONSELHEIROS
Eduardo Bittencourt Carvalho - Presidente
Edgard Camargo Rodrigues
Cláudio Ferraz de Alvarenga

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

CONSELHEIROS
Antonio Roque Citadini - Presidente
Fulvio Julião Biazzi
Renato Martins Costa

Secretário-Diretor Geral

Sérgio Ciquera Rossi

PROCURADORIA DA FAZENDA ESTADUAL

Procurador-Chefe

Luiz Menezes Neto

Procuradores

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



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
Fone: (0XX11) 3292-3266 - ramais 3210 e 3275 - São Paulo - SP - Brasil
Telefax: (0XX11) 3105-4423 - INTERNET: www.tce.sp.gov.br E-MAIL: revista@tce.sp.gov.br

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO DA REVISTA

Coordenador: Conselheiro Antonio Roque Citadini
Comissão: José Roberto Fernandes Leão - supervisor
Adélia da Silva Milagres
Herly Silva de Andrade Galli
João Prado de Almeida Pacheco
Marilena Lehmann Pimentel
Neusa Caldas Castiglioni

FOTOGRAFIAS

Marco Antonio Pinto, arquivo “Revista do TCESP” e Unidades Regionais.

JORNALISTA RESPONSÁVEL

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

NOTAS DA REDAÇÃO

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

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)



SUMÁRIO



NOTICIÁRIO

4ª Semana Jurídica. O TCE reforçando conhecimentos.....	9
Tribunal instala “Escola de Contas Públicas” com palestra do Ministro Enrique Lewandowski, do STF.....	12
Acordo de Cooperação TCE/TCU para fiscalizar recursos federais em São Paulo.....	17
Plano de Cargos e Salários, para motivar ainda mais	17
Presidente Robson Marinho lançou o “Programa de Redução de Custos e Otimização da Eficiência Administrativa”	18
Presidente do TCE, no Congresso dos Municípios: “ <i>Não há desculpa para conta ruim</i> ”... ..	20
Promoex está assinado: TCs entram em nova era	21
Projeto AUDESP avança: oito Eventos na Capital e Interior	22
Tribunal começou seu Ciclo-2006 de orientação aos Municípios por Taguaí	24
TCE vai a todas as regiões do Estado, inclusive com Conselheiro, para se aproximar mais dos Municípios	24
10º Ciclo Anual de Aperfeiçoamento do Pessoal da Auditoria: um êxito planejado	28
Em poucos meses Tribunal perdeu três ex-Conselheiros.	
Faleceram Nicolau Tuma, Antonio Carlos Mesquita e Olavo Drummond.	32



DOCTRINA

O ESTADO “KATRINA” É A SOLUÇÃO?	
Antonio Roque Citadini.....	37
CONVÊNIOS. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS E ASPECTOS DE INTERESSE	
Sérgio Ciquera Rossi e Sérgio de Castro Jr.	39
PREVIDÊNCIA E REGIME PRÓPRIO. DEVOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONTRIBUIÇÕES INDEVIDAS. A APOLOGIA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO	
Ivan Barbosa Rigolin	49
REFLEXÕES SOBRE A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO NOVO CÓDIGO CIVIL – O DIREITO DE CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCEDENTES	
Celina de Sampaio Góes.....	58



VOTOS

Conselheiro Antonio Roque Citadini	65
Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho	70
Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues	79
Conselheiro Fulvio Julião Biazzi.....	91
Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga	100
Conselheiro Renato Martins Costa	114



JURISPRUDÊNCIA

Novas Súmulas do TCESP.	125
Jurisprudência por assuntos - Municipal.....	129
Jurisprudência por assuntos - Estadual.....	154

Noticiário



4ª SEMANA JURÍDICA. O TCE REFORÇANDO CONHECIMENTOS

A abertura da 4ª Semana Jurídica do TCESP foi no dia 7 de agosto. Tradicional evento no calendário do Tribunal desde 2003, foi a primeira sob coordenação da Escola de Contas Públicas.

De 7 a 11 de agosto oito juristas ilustres, todas personalidades de destaque do Direito Público fizeram palestras, atingindo plenamente o objetivo de reciclar, atualizar, apontar tendências, enfim reforçar os conhecimentos dos participantes, funcionários da Casa, especialmente os ligados à área jurídica, além de convidados como procuradores da Procuradoria da Fazenda Estadual junto ao TCE, do Ministério Público, Casa Civil do Governo do Estado, Assembleia Legislativa, Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Município de São Paulo, Procuradoria-Geral do Estado, assim como representantes de órgãos públicos de outros Estados, dirigentes de entidades representativas de classe, advogados e estudantes de Direito. O Auditório José Luiz de Anhaia Mello esteve lotado todos os dias, durante as exposições, até o encerramento no dia 11/08, homenageando aquela data representativa do mundo jurídico.



Após cada exposição foi aberto um espaço para considerações temáticas onde platéia e palestrantes interagiram através de debates e esclarecimentos, enriquecendo ainda mais as apresentações.

“Aos funcionários, que esta semana sirva de estímulo e incentivo”, disse o presidente Robson Marinho na solenidade de abertura do evento, após a execução do hino nacional, completando *“este foro de palestras e debates ligados às atividades da Casa, com a presença de ilustres mestres do Direito, é mais uma ação em direção a um Tribunal cada vez melhor preparado para cumprir a sua missão”*.

Os palestrantes foram recepcionados pelo Presidente, pelos Conselheiros Antonio Roque Citadini, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Renato Martins Costa e pelo Diretor-Geral Sérgio Rossi, que também participaram dos debates.

No encerramento, o Vice-Presidente Roque Citadini reafirmou a importância e o êxito do evento: *“O Tribunal ganhou pela presença de professores tão ilustres, pelo enriquecimento do seu quadro de Pessoal e pela contribuição à Administração, em vista do significativo número de agentes convidados”*.

TEMAS ADEQUADOS, PALESTRANTES ILUSTRES

2ª feira, 07/08

PROF. DR. JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR
“Pregão Presencial”

**“O Gestor tem que ser eficiente! O Gestor não pode se esquivar de ser eficiente! ...
Minha proposta é jurisprudenciar a eficiência.”**



Dr. Jessé Torres Pereira Jr. e o Pres. Robson Marinho

Desembargador do TJ-RJ, mestre e doutor em Direito Público pela UFRJ.

3ª feira, 08/08

PROF.^a DR.^a MARIA GARCIA
“O Tribunal de Contas e o Estado de Direito”



Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP, professora livre-docente na PUC-SP, onde leciona Direito Constitucional e Direito da Educação, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

3ª feira, 08/08

PROF. DR. BENEDICTO PORTO NETO
“Novas Tendências nas Licitações” -

**“O Regime burocrático e formalista precisa acabar!
A grande mudança é o Pregão!”
“Os bons resultados não são só da lei, mas também do aperfeiçoamento da atuação dos órgãos públicos como o TC!”**



Dr. Benedicto Porto Neto recepcionado pelo Cons. Renato M. Costa

Advogado, mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP, diretor da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

4ª feira, 09/08

PROF.^a DR.^a MÁRCIA WALQUÍRIA BATISTA DOS SANTOS
“Processo e Procedimentos das Licitações -
Panorama Atual e Futuro”

**“Antes trabalhava-se com o Decreto-Lei 2300 e o valor dado para as empresas eram para conhecimento delas somente. Então contratava-se”.
“A Doutrina é bonita no papel, mas viabilizar os resultados é o que interessa à Administração”.**



Dr. Sérgio Rossi recepcionou Dra. Márcia W. B. dos Santos

Doutora em Direito Público pela USP, procuradora da USP, professora titular de Metodologia da Pesquisa Jurídica na FAAP.

4ª feira, 09/08

PROF.^a DR.^a MARIA NAZARÉ LINS BARBOSA
“3º Setor X Controle do Estado”



Advogada, mestre e doutoranda em Administração Pública e Governo pela FGV, professora de Ética e Legislação do Terceiro Setor na FGV.

5ª feira, 10/08

PROF. DR. SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL
“Consórcios Públicos e a Experiência da Lei 11.107/05”

“Acredito num Federalismo de cooperação. Não se consegue a isonomia tratando os desiguais de maneira igual”.
”A preservação da autonomia das Unidades Federativas assegura o preceito constitucional. A lei assegura isso.”



Dr. Sebastião B. de Barros Tojal e Cons. Cláudio Alvarenga

Advogado, mestre e doutor em Direito do Estado pela USP, professor da Faculdade de Direito da USP, membro do Conselho Deliberativo do Tribunal Arbitral do Comércio de São Paulo, representando a Junta Comercial do Estado de São Paulo, presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-SP.

5ª feira, 10/08

PROF. DR. MARCELO FIGUEIREDO
“Improbidade Administrativa – Uma Visão Geral da Lei e da Jurisprudência”

“Na interpretação da lei, deve-se observar com cuidado a distinção entre legalidade e moralidade. Nem todo ato ilegal atinge a moralidade administrativa.”



Diretor da Faculdade de Direito da PUC-SP, mestre, doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP, professor titular de Direito Constitucional na PUC-SP, diretor da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP);

6ª feira, 11/08

PROF. DR. JOSÉ RENATO NALINI
“Ética e Responsabilidade Social na Realização da Justiça”
“O homem contemporâneo vê o mundo como um todo, sem tempo de ver os detalhes... não tem tempo de olhar de perto, com um ‘micro-olhar’.”
“A intensidade do mal nos faz crer que o bem já não existe, mas ele se esconde e ainda resiste”.



Vice-Pres. Roque Citadini no encerramento com Dr. J. Renato Nalini

Desembargador do TJ-SP, mestre e doutor em Direito Constitucional pela USP, membro da Academia Paulista de Letras, professor de Ética Profissional da Faculdade de Direito da FAAP.



Mesa solene de abertura



TRIBUNAL INSTALA “ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS” COM PALESTRA DO MINISTRO ENRIQUE LEWANDOWSKI, DO STF

Ele qualificou a iniciativa como “ *muito importante* ”, manifestando seu integral apoio às ações pedagógicas e orientadoras do TCE. Discorreu sobre o tema “O Princípio Republicano” dizendo que o escolheu, dentre outros motivos, por ser consentâneo com a “*nobilíssima função* ” desempenhada pelos Tribunais de Contas.

Na sessão plenária do dia 22 de março passado, o presidente Robson Marinho oficializou o início efetivo da Escola de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, instituída na gestão do presidente Renato Martins Costa, pela Resolução 11/2004, “*para incentivar a prática da orientação e da prevenção como forma de concorrer para a redução das irregularidades dos atos administrativos, bem como promover o permanente desenvolvimento dos recursos humanos da Casa*” anunciando os nomes dos funcionários Pedro Arnaldo Fornacialli, Chefe do GTP - Gabinete Técnico da Presidência, como secretário-executivo e de Prazeres Augusta Pereira de Souza, diretora da CCA - Coordenadoria de Cursos e Aperfeiçoamento, como coordenadora da nova repartição.

A Escola consolidará as regras já utilizadas na orientação aos jurisdicionados, especialmente através da promoção de encontros técnicos com os agentes públicos e políticos, e reestruturará as atividades voltadas para a capacitação interna, matéria prestigiada pela Constituição no seu artigo 39, parágrafo 2º.

A aula inaugural foi uma palestra do ministro do Supremo Tribunal Federal Enrique Ricardo Lewandowski sobre “O Princípio Republicano”. O evento deu-se no dia 5 de maio, com a presença dos conselheiros Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzini, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Renato Martins Costa, Sérgio Ciquera Rossi, na ocasião substituindo Edgard Camargo Rodrigues, do procurador-chefe da Fazenda Estadual, Luiz Menezes Neto, da professora Mônica Herman Caggiano, representando o governador Cláudio Lembo, do procurador-geral de Justiça, Rodrigo César Rebello Pinho, do presidente do TCM Antonio Carlos Caruso, do conselheiro do TCM Maurício Farias, representando

a Atricon, Associação dos Tribunais de Contas do Brasil, dos desembargadores José Gonçalves Resteri e Antonio Huly Jr., representantes, respectivamente, da Apamagis e da Escola Paulista da Magistratura e de funcionários do Tribunal e de outros órgãos e entidades, em cerimônia comandada pelo presidente Robson Marinho e realizada no Auditório José Luiz de Anhaia Mello.

Na abertura, o dr. Robson fez um breve relato sobre a Escola, lembrando que foi criada em 2004, na gestão do presidente Renato Martins Costa, com o objetivo de incentivar práticas de orientação e prevenção como formas de concorrer para a redução de irregularidades dos atos administrativos, bem como para o permanente desenvolvimento dos recursos humanos do Tribunal.

“Esta presidência, por sua vez, elegeu como prioridades o treinamento, a capacitação e o aperfeiçoamento dos servidores do nosso quadro, bem como dos gestores e operadores da Administração Pública estadual e municipal, que também terão oportunidade de participar de cursos promovidos pela Escola de Contas do Tribunal paulista.

É nessa linha que a Escola deverá pautar suas ações, para atingir a meta de um quadro funcional atualizado, qualificado e motivado a desempenhar com eficiência e responsabilidade o papel que cabe a cada servidor desta Casa.”

Para concluir, reiterou, como havia feito no início, “*a satisfação, o orgulho, que nós, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sentimos com a presença do ministro Enrique Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, para proferir a aula inaugural da nossa Escola*” e transferiu a palavra para o conselheiro Renato Martins Costa, em nome do Colegiado, fazer a saudação ao palestrante.

Escola e Futuro andam juntos, diz o Conselheiro Renato Martins Costa



Conselheiro Renato Martins Costa (dir.) saúda o palestrante na banca da com os Conselheiros Fulvio Biazzi e Eduardo Bittencourt Carvalho



Conselheiro Decano Roque Citadini, Dr. Sérgio Rossi, na ocasião substituindo o Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Conselheiro Cláudio Alvarenga e Dr. Luiz Menezes Neto, Procurador-Chefe da Procuradoria da Fazenda

“Não há qualquer possibilidade de futuro senão por meio da educação, por intermédio da capacitação de nossa população pelo ensino universal e de qualidade”.

O conselheiro Renato Martins Costa, que como presidente, em 2004, assinou a Resolução da criação da Escola de Contas Públicas, iniciou seu discurso de saudação e apresentação do palestrante convidado dando ênfase à importância desta nova área do Tribunal lembrando que ela faz parte do rol de iniciativas que ao longo do tempo caracterizam a Corte de Contas paulista como integrante da linha de frente em favor de permanentes melhorias na Educação do País.

Citou recente relatório da Unesco apontando o Brasil como um dos países de maior deficiência na área educacional para emendar que *“a Educação, no seu sentido mais amplo, envolve não apenas o aprendizado formal e curricular, mas também o aperfeiçoamento dos já graduados, a constante atualização de conhecimentos, pela própria evolução do pensamento humano...”*

“No que nos diz respeito mais particularmente, sempre foi uma preocupação deste Tribunal propiciar a seu corpo de servidores, especialmente aqueles voltados à atividade-fim, qual seja, o exercício do controle externo, com todas as suas nuances e peculiaridades próprias desse oceano de atribuições e especificidades, constante atualização profissional e periódica reciclagem de práticas e rotinas...”

“Igualmente nos voltamos para os administradores públicos, em permanente diálogo que se materializa em reuniões de trabalho extremamente produtivas, nas quais o enfoque didático e preventivo de nossa atividade

é o tom marcante. Apenas neste ano, temos agendados 44 encontros dessa natureza...”

“Assim, nada mais natural e apropriado do que cristalizar, em uma estrutura formal, aquilo que substancialmente vimos fazendo com dedicação e bom nível de qualidade ao longo dos anos. Nasce, dentro desse espírito, a Escola de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.”

“UM COMEÇO AUSPICIOSO”

A forma escolhida pelo conselheiro Renato Martins Costa para qualificar a aula inaugural da Escola de Contas Públicas foi simples, com a utilização de apenas três palavras: *“Um começo auspicioso”*, disse ele, para apresentar o palestrante, ministro do STF Enrique Ricardo Lewandowski, *“de trajetória exemplar na esfera acadêmica e riquíssima experiência e conteúdo na sua vida pública.”*

Mestre, doutor, livre-docente e professor titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, tendo sido chefe do Departamento de Direito do Estado; igualmente mestre em Relações Internacionais pela Fletcher School of Law and Diplomacy da Tufts University, administrada em cooperação com a Universidade Harvard; advogado de origem e formação, integrou-se ao Poder Judiciário pelo quinto constitucional da OAB, tendo sido juiz do Tribunal de Alçada e posteriormente desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, a partir deste ano, ministro do Supremo Tribunal Federal.

O dr. Renato citou ainda qualidades como “*autor prolífico*” e “*palestrante destacado*”, observando também que o ministro Lewandowski reúne o que chamou de “*magnífica circunstância, em que a dignidade do cargo é ainda mais engrandecida pela dignidade e pelas virtudes daquele que o ocupa.*”

“*O ministro Enrique Ricardo Lewandowski tem o porte, o intelecto, a vivência e mais do que tudo, as virtudes do bom juiz, da ponderação, da visão abrangente de Estado, da compaixão, da grandeza em face das mazelas pessoais, da firmeza de convicções, sem sectarismos de qualquer natureza.*”

E anunciou: “*Temos a oportunidade de ouvir um dos grandes da República; um dos onze que formam o pilar forte, altivo e democrático do Poder Judiciário nacional, o STF.*”

Antes de entrar no tema da sua palestra, “O Princípio Republicano”, o ministro Enrique Ricardo Lewandowski elogiou a iniciativa do Tribunal de criar sua Escola de Contas, manifestando seu apoio “*ao espírito de que os TCs não devem ser um órgão apenas repressivo, mas fundamentalmente pedagógico e orientador.*”

Agradeceu as deferências que lhe foram feitas pelo presidente Robson Marinho e pelo conselheiro Renato Martins Costa e disse sentir-se numa “*Casa de Amigos*”, lembrando a amizade com muitos dos ali presentes, entre os quais citou o conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga e Eduardo Bittencourt Carvalho – que recepcionou o ministro nas dependências do Tribunal.

Sobre o tema, observou que devido à sua abrangência (“*um tema magno, imenso, oceânico*”) e à sua importância (“*um princípio basilar da nossa Constituição*”), a noção de República necessita de muita reflexão para ser entendida no seu todo e que, por isto, não traria à palestra posições acabadas, mas sim de compartilhamento com a platéia que qualificou de preparada.

“O PRINCÍPIO REPUBLICANO”

“*No Brasil, o Princípio Republicano apareceu pela primeira vez de forma oficial na Constituição Federal de 1891, já no seu artigo 1º, ao lado dos princípios Federativo e Democrático, que desde aquela época definem a estrutura basilar da nação brasileira. São princípios de efeito na realidade prática, na vida das pessoas.*”

“*O Princípio Republicano nasceu na Roma Antiga, no Império Romano; a palavra República é derivada de “res publica”, coisa pública. O primeiro pensador a interpretar este princípio de forma mais profunda foi Cícero, tribuno reconhecido, que afirmava ser a República não apenas uma congregação de pessoas, mas uma congregação organizada de pessoas, com um fim comum.*”

“*Com o fim do Império Romano, no ano 476 depois de Cristo, a humanidade viveu 1.000 anos de escuridão, a*

Idade Média, até 1453, quando se deu a invasão de Constantinopla pelos otomanos e se iniciou a Idade Moderna, a Era Moderna.

“*As idéias sobre República voltaram a aparecer. Em 1513, Maquiavel utilizou pela primeira vez a palavra “Estado” no sentido de Nação, de congregação de pessoas com um fim comum. Mas foi Jean Jacques Rousseau, no século 18, quem mais se aproximou de Cícero, quem ecoou as idéias de Cícero. Seu livro, “O Contrato Social”, exprime a idéia da supremacia do interesse público, bem como do conceito de igualdade, liberdade, democracia. Rousseau foi o precursor dos jacobinos da Revolução Francesa.*”



“*Ele pregava a democracia direta, certamente por pensar em realizá-la na sua Genebra, cidade-estado em que nasceu. Ali poderia ser possível, mas não em países de maior densidade territorial, como França ou Portugal. Em contrapartida surgiu a democracia representativa, idéia que teve Emanuel Kant como um dos expoentes, ao lado de outros pensadores ilustres.*”

“*A idéia de representação popular, representantes, deputados, se firmou nos Estados Unidos, que declarou sua independência em 1776. Com ela veio também o Federalismo, cuja voz forte foi delineada nos artigos assinados com o pseudônimo de “O Federalista”, escritos por Madison, Jay e Hamilton. Foi nessa mesma época e na esteira de idéias desses pensadores que se estabeleceu a separação dos poderes (Madison, baseando-se em Montesquieu), os mandatos por tempo limitado e outros mecanismos de contenção dos poderes que demarcam o sistema de freios e contrapesos garantidores da República e da Democracia.*”

“*No Brasil, República e Federalismo nasceram juntos, na Constituição de 1891, assim como a divisão dos poderes da maneira como é vista hoje e a separação entre Igreja e Estado. Antes, entre a proclamação da Independência, em 1822, e a queda do Império, em 1889, existia o Poder Moderador do imperador, acima dos outros, imposto pela Constituição de 1824.*”

Um dos expoentes da elaboração da Constituição de 1891 foi Rui Barbosa, um dos pais da República, defensor e incentivador da máxima de que o governo deve ser exercido pelo povo, para o povo e voltado aos interesses do povo.

É relevante destacar também o livro “A República”, do professor Geraldo Ataliba, com reflexões sobre o Princípio Republicano, em que ele coloca como características básicas da República a eletividade, a temporariedade dos mandatos e a responsabilidade, em contraponto com as da Monarquia, quais sejam, a vitaliciedade, a hereditariedade e a irresponsabilidade. Esta última, incorporada à doutrina britânica, propiciou o surgimento do parlamentarismo – regime em que o chefe de Estado (o rei, na Inglaterra) não erra, mas sim, o chefe de Governo, que é quem cai nas ocasiões de crise.

O professor Geraldo Ataliba fala também em voto direto, sufrágio universal como suporte da legitimidade dos mandatos no regime democrático e republicano.

Com relação à época atual, fim do Século 20 e início do 21, é de se pensar que deverá ficar marcada pelo fortalecimento das associações, das ONGs e que os indivíduos vão ser eclipsados.

Prevalecerão os direitos sociais, além de deveres como os de tolerância, de solidariedade e a obrigatoriedade de servir ao bem comum.

Devem ganhar força ações de preservação do meio ambiente bem como as consultas populares, tipo plebiscitos e referendos, como ocorreu em 1993 no Brasil em relação ao regime (monarquista ou republicano), à forma de governo (presidencialismo e parlamentarismo) e, mais recentemente, sobre o porte de armas.

Lembro que a Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, como a qualificou o inesquecível Ulysses Guimarães, embora derivada de emenda constitucional, pode ser vista como originária, porque veio da repulsa ao Movimento Militar, de exceção, e também de sentimentos de repúdio à exclusão social de passado mais remoto, em que a elite dominante tinha visão caciquista, excludente. Ela traz do mesmo modo em seu bojo um projeto de desenvolvimento que busca superar as desigualdades, efetivar os direitos fundamentais e consolidar a Democracia.

Como espécie de sub princípios do Princípio Republicano, a Constituição de 1988 traz normas que os funcionários do Tribunal de Contas conhecem bem porque têm função de defendê-las. São os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Cito ainda, para encerrar, um constitucionalista alemão muito em voga atualmente, Robert Alexi, que destaca a prevalência dos princípios constitucionais sobre quaisquer outras normas ou regras, colocando-os numa dimensão mais elevada.

É preciso dizer, para terminar, que a força imperativa do

Princípio Republicano, assim como do Democrático, depende diretamente do grau de maturidade dos cidadãos e dos governantes. E também da consciência que tenham de que não são apenas titulares de direitos, mas também e sobretudo de deveres e obrigações em face da coletividade”.

O PRIMEIRO CURSO, PARA A ATJ - ASSESSORIA TÉCNICA JURÍDICA



Presidente Robson Marinho, Francisco Roberto da Silva Jr. (E), Chefe da ATJ e Angelo Scatena Primo, Secretário-Diretor Geral Substituto

Instalada oficialmente a Escola, o primeiro curso iniciou-se já na semana seguinte - 1º Ciclo de Aperfeiçoamento do Pessoal da Assessoria - destinado aos assessores jurídicos da ATJ - Assessoria Técnica Jurídica, integrantes dos Gabinetes dos Conselheiros e Diretores de Fiscalização especialmente convidados.

O curso começou dia 11 de maio, com apresentação do presidente Robson Marinho e duas aulas direcionadas aos assessores jurídicos, ministradas, a primeira, pelo chefe da ATJ, Francisco Roberto da Silva Júnior (“Processos no TCESP, recursos, prazos, ações - questões relevantes”) e a outra pelo diretor-geral Sérgio Rossi (“Súmulas do TCESP”). Depois de cada apresentação foi aberto um espaço para perguntas e debates.

Os encontros prosseguiram às quartas e quintas-feiras sempre abordando um tema sob a ótica da assessoria, com enfoque nos aspectos mais polêmicos e as decisões já adotadas sobre o assunto.

As aulas foram dadas pelos funcionários da própria Casa e pela professora Vera Monteiro, da PUC/SP, especialmente convidada.

Na abertura do Ciclo o presidente Robson Marinho manifestou sua satisfação pelo início das atividades da Escola de Contas Públicas e também pelo fato de o primeiro curso ser direcionado “aos funcionários mais credenciados deste Tribunal, para que tenham a oportunidade de reciclar os seus conhecimentos”.



Francisco R. Silva Jr



Sérgio Rossi



Marcelo Pereira



Flavio C. Toledo Jr



Silvana de Rose



Prof. Vera Monteiro

Aproveitou a presença maciça dos assessores para falar da importância do trabalho deles para o Tribunal:

“Ao emitir um parecer, os senhores sinalizam uma possível direção a ser dada no julgamento do processo que lhes é submetido, com o que atraem para si enorme responsabilidade”, disse ele, para acrescentar uma observação à qual deu significativa ênfase:

“Por isso, não obstante a relevância da opinião pessoal de cada um no caso analisado, é sumamente importante que também tragam no parecer o entendimento consolidado da Corte, ainda que com este possam não concordar.

Justifiquem, fundamentem suas posições a respeito da matéria. Tentem convencer o relator com seus argumentos, mas não deixem de consignar também a orientação jurisprudencial já sedimentada”, afirmou o presidente.

Lembrou que a Escola visa ao treinamento não só dos servidores do Tribunal, mas de toda a Administração Pública estadual e municipal e pediu a colaboração dos assessores, com sugestões, críticas e afirmações.

Finalmente, elogiou a disposição dos que se prontificaram a fazer palestras aos colegas – *“uma demonstração de que estamos aqui para aprender e para ensinar, o que é bom para todos.”*

O chefe da ATJ, Francisco Roberto da Silva Júnior fez a primeira palestra, falando sobre os Recursos no TCE, abordando, entre outros assuntos, os concernentes à legitimidade das partes, peculiaridades sobre a contagem de tempo, efeitos dos recursos, pedidos de reconsideração, ações de revisão e rescisão etc.

O diretor-geral, Sérgio Rossi, falou sobre as Novas Súmulas do TCE, editadas no final do ano passado. Analisou uma-a-uma, citou exemplos e ressaltou a sua importância para o destravamento das atividades do Tribunal, solucionando situações de variedade de entendimentos sobre o mesmo assunto.

O 1º Ciclo de Aperfeiçoamento do Pessoal da Assessoria prosseguiu no dia 18/5 com a exposição do Substituto de Conselheiro Marcelo Pereira explanando sobre “Admissão de Pessoal”, “Lei de Responsabilidade Fiscal – Aspectos Polêmicos”, no dia 25/5 (Assessor Flavio Correia de Toledo Jr).

Os “Repasse Públicos ao Terceiro Setor” foram abordados no dia 1º/6 pela Diretora da 6ª DF Silvana de Rose.

No dia 22/6 foi promovido um Fórum de Debates sobre PPP – Parcerias Público Privadas – coordenado por

Francisco Roberto da Silva Jr, mesmo tema da exposição da Professora Vera Monteiro, da PUC/SP, no dia 29/6.

UNIDADE DE ECONOMIA

Os Assessores da ATJ – Economia também cumpriram extenso programa no curso promovido pela Escola de Contas Públicas.

Os expositores, assessores da própria Unidade apresentaram seus temas com brilhantismo e muita objetividade.



Alan Roberto Hoffmeier



Adilson Marçal Elias



Luiz Devez Jr.



Araldo Gomes de Lima

Dia 17/5 – “Índices Econômicos” – Alan Roberto Hoffmeier.

Dia 24/5 – “Análise dos Resultados Contábeis” – Adilson Marçal Elias.

Dia 31/5 – “Análise das Contas das Câmaras Municipais” – Luiz Devez Júnior.

Dia 07/6 – “Reajustes Contratuais” – Alan Roberto Hoffmeier.

Dia 21/6 – “Equilíbrio nas Concessões” – Araldo Gomes de Lima.

NO SEGUNDO SEMESTRE

A extensa programação, para completar a agenda pré-estabelecida, planejada para que todos os temas fossem abordados, desenvolver-se-á até 26/10/06, com início sempre às 14:30hs.

Dia 24/08/06 – “PREGÃO” – Expositor: Luiz Manoel Gerales.

Dia 31/08/06 – “LICITAÇÕES – FASE INTERNA – EDITAL”
Expositores: Abílio Augusto Martins e Rosy Maria O. Leone.

Dia 14/09/06 – “LICITAÇÕES – FASE DA HABILITAÇÃO E MODALIDADES LICITATÓRIAS” – Expositor: Germano Fraga Lima.

Dia 21/09/06 – “REGRAS GERAIS PARA COMPRAS, OBRAS E SERVIÇOS” – Expositoras: Sandra Maia de Souza, Ana Marta B. Andrade e Giselle de S. Lotti e Silva.

Dia 28/09/06 – “CONCESSÕES E PERMISSÕES” – Expositor convidado: Dr. Marcelo Palavéri.

Dia 05/10/06 – “DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO” – Expositores: Abílio Augusto Martins e Rosy Maria O. Leone.

Dia 19/10/06 – “CONTRATOS” – Expositor: Francisco Roberto Silva Jr.

Dia 26/10/06 – “PONTOS POLÊMICOS DAS LICITAÇÕES”
Expositor convidado: Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto.



ACORDO DE COOPERAÇÃO TCE/TCU PARA FISCALIZAR RECURSOS FEDERAIS EM SÃO PAULO

Os Tribunais de Contas do Estado de São Paulo e da União assinaram acordo objetivando estabelecer formas de cooperação na área da fiscalização da aplicação de recursos federais em São Paulo, na forma do artigo 71, inciso VI da Constituição Federal. Os recursos referidos, diz o acordo, são os repassados aos entes dos governos do Estado e dos municípios paulistas.

Do convênio consta, até como conseqüência natural da busca do melhor desempenho possível, esforços para a capacitação dos servidores de ambos os tribunais, sendo esta uma das prioridades da atual Presidência do Tribunal paulista, através da Escola de Contas Públicas, implantada recentemente

Dentre as várias formas de cooperação previstas,

destaca-se também a instalação e manutenção de um sistema de comunicação especial para troca, com a agilidade e o dinamismo esperados, de informações mútuas sobre o andamento dos trabalhos, fornecendo ambos os órgãos, entre si, relatórios e demais orientações pertinentes.

As falhas detectadas pelo TCE serão comunicadas à SECEX/SP (divisão do TCU no Estado) que, por sua vez, se comunicará com o órgão federal repassador dos recursos para providências.

Além disso, Tribunal de Contas paulista e Tribunal de Contas da União poderão fazer auditorias conjuntas, condicionadas, é claro, à existência de oportunidade e interesses recíprocos das partes.



PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS, PARA MOTIVAR AINDA MAIS

Em mais uma medida para estimular os funcionários e, por conseqüência, dar mais qualidade aos serviços prestados pelo TCE, o presidente Robson Marinho oficializou o início dos estudos para a implantação de um Plano de Cargos e Salários na Casa – nomeando uma comissão de funcionários para tal finalidade, composta por Pedro Arnaldo Fornacialli, chefe do GTP - Gabinete Técnico da Presidência, como coordenador, e, como membros, Angelo Paulatti Neto e Antonio Roberto Carrião, ambos do GTP, Daisy Simões Netto, do DGA - Departamento Geral de Administração, e Gilmar Belluzzo Bolognani, diretor de Despesas de Pessoal. Para secretariar a comissão foi designada a servidora Márcia Fratin, do DGA.

O presidente deu prazo de 90 dias para a comissão concluir seu estudo e apresentar proposta. Observou ser o Plano de Cargos e Salários um antigo desejo do Tribunal e uma das exigências do Promoex.

Data-base – O Tribunal de Contas enviou à Assembléia Legislativa projeto de lei fixando uma data-base anual, 1º de março, para a revisão dos salários dos seus servidores. Na exposição de motivos, o presidente considera que a fixação da data-base assenta-se em disposição constitucional, convém à administração e vai ao encontro das expectativas dos servidores.





PRESIDENTE ROBSON MARINHO LANÇOU O “PROGRAMA DE REDUÇÃO DE CUSTOS E OTIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA”



“Queremos ser exemplo para os nossos jurisdicionados; fiscalizar com a moral de quem sabe fazer”

Mesmo sendo reconhecido como órgão de excelência na Administração Pública paulista, e também por isto, o Tribunal de Contas lançou no dia 2 de junho próximo passado o “Programa de Redução de Custos e Otimização da Eficiência Administrativa”, em solenidade comandada pelo presidente Robson Marinho, que o instituiu em ato assinado dia 26 de abril.

A solenidade foi realizada no auditório José Luiz de Anhaia Mello e contou com a presença de todos os diretores da Casa, da Capital e do Interior.

O programa objetiva alcançar um ainda melhor aproveitamento dos recursos orçamentários, materiais e humanos postos à disposição do Tribunal para o cumprimento da sua missão constitucional.

“Sempre é possível reduzir custos e nós, pela nossa própria atividade, temos de dar exemplo. Medidas singelas, providências modestas podem contribuir. É possível gastar menos energia com ar condicionado, apagando a luz etc. Podemos economizar no xerox, na água, no telefone. Este sentimento tem de existir no servidor público. Afinal, os donos do dinheiro somos nós mesmos”.

Ele até contou um fato acontecido em 2000, quando foi presidente do Tribunal pela primeira vez. Revelou que recebeu um telefonema do então governador Mário Covas relatando que ele, Covas, havia passado em frente do Tribunal às 9 da noite e que as luzes do prédio estavam acesas.

“Tomamos providência imediatamente, muitos aqui se lembram. Mas ficou a lição de que sempre há jeito de evitar desperdício.”

META: MENOS 7%

O presidente anunciou ao grupo diretivo do Tribunal que a meta inicial do programa é reduzir os custos em 7% em relação aos gastos de 2005, conclamando a participação e a colaboração dos presentes.

Marcou nova reunião para dali a 30 dias, ocasião em que, enfatizou, *“com as sugestões de todos vocês, o comitê de coordenação do programa estará apresentando o Primeiro Plano de Ação.”*

Para incentivar idéias e resultados, informou, o Tribunal estabelecerá uma sistemática de prêmios aos funcionários durante as etapas do programa.

“Nesse contexto, todos os servidores são importantes. Queremos que todas as nossas ações tenham sempre o sentido de atingir a qualidade necessária, sem exagero e desperdício. Queremos ser exemplo para os nossos jurisdicionados; fiscalizar com a moral de quem sabe fazer”, concluiu o dr. Robson, para, em seguida, anunciar o grupo gestor do programa.

GRUPO GESTOR

O “Programa de Redução de Custos e Otimização da Eficiência Administrativa” será comandado por um Conselho Gestor, composto pelos assessores Antonio Carlos Rodrigues, representando a Presidência, Cláudio Antonio Plaschinsky, pela Secretaria-Diretoria Geral e Carlos Magno de Oliveira, Diretor Geral de Administração.

O coordenador será o assessor Pedro Alves da Costa Filho. Haverá 13 unidades gestoras, as 11 unidades regionais, cujos responsáveis serão os diretores, cada um por sua UR, o prédio Sede juntamente com o Anexo I, a cargo de Eduardo Takashi Sumita, e o Anexo II, sob a responsabilidade de Osmar Luiz da Silva Ferreira.

AUDIOVISUAL



Após a manifestação do presidente o coordenador do programa, Pedro Alves, fez uma apresentação audiovisual sobre o plano de ação que os gestores terão como base para desenvolver esta atividade.

A abertura, com o título *Gestão Econômica*, dá idéia do conteúdo do “Primeiro Plano de Trabalho”.

“A gestão econômica apresenta-se como uma poderosa ferramenta para a moderna administração pública. As despesas tendem a crescer em função do próprio desenvolvimento e, em função disto, os custos devem ser gerenciados de forma eficaz, para que não se tornem obstáculos, mas sim um fator de progresso. Sem a pretensão de criar novas estruturas, o TCE vai implantar um sistema para que cada setor possa contar com funcionários capazes de gerenciar a utilização de recursos. Para definir a amplitude do programa, é necessário avaliar os recursos, a articulação política e o tempo certo para desenvolver e implantar o tripé que está embasado em medidas administrativas, tecnológicas e da praxe do dia-a-dia.”

O Plano está composto por vários itens, que representam os passos a serem dados, tais como Identificação do Perfil dos Custos, Priorização das Ações, Estabelecimento de Metas, Mobilização, Participação, Conscientização, Divulgação dos Resultados.

“Temos que nos aproximar dos chamados prédios inteligentes, processo que elimina o supérfluo e provoca o bom funcionamento do necessário” comparou.

Unidades regionais terão, cada uma, a sua biblioteca básica

O presidente Robson Marinho destinou R\$ 300 mil para a instalação de bibliotecas básicas nas 11 Unidades Regionais. O valor foi calculado levando-se em conta as sugestões dos servidores do Interior e a apuração dos preços dos livros, assinaturas de publicações, revistas, equipamentos etc.

“Este projeto também vai ao encontro de uma das nossas prioridades, a de melhorar as condições de trabalho dos funcionários. A verba sairá do nosso Fundo Especial e também do orçamento”, informou o dr. Robson em primeira mão aos diretores que se encontravam reunidos para o lançamento do Programa de Redução de Custos e Otimização da Eficiência Administrativa.

O presidente revelou também (e depois realizou, através da Resolução 03/06, publicada no Diário Oficial de 8/6/06) o seu desejo de integrar a Biblioteca José de Moura Rezende à Escola de Contas recém instituída, para que ela proporcione ainda mais apoio à Casa.

A biblioteca, que se localiza no 14º andar do prédio-sede, já é uma das riquezas do Tribunal paulista, pelo seu acervo e modernidade.

A parte da Doutrina, hoje com 9.948 títulos, está informatizada. O usuário obtém pela Intranet a informação sobre o livro, se pertence ao acervo (ano, edição), se está ou não disponível.

A biblioteca é especializada em Direito, podendo ser encontrados também livros de Contabilidade, Economia, Informática e outras matérias relativas às atividades do Tribunal.

Tem também setores de Jurisprudência, Legislação Estadual e Legislação Federal, formando um acervo invejável.

O usuário encontra, por exemplo, acórdãos dos TCE (além de atas das sessões, relatórios e votos, por exemplo), do TCU, do Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, de outros tribunais, a Revista de Direito Administrativo desde o seu nº 1 até sua extinção recente com a morte do jurista Caio Tácito, seu fundador e editor de sempre, publicações de leis da Lex, informes do IOB, da NDJ, Diário Oficial do Estado, da União e do Município de São Paulo, códigos, enciclopédias de alto gabarito, como Barsa, Delta Larrouse e Mirador, Atlas, livros de História do Brasil.

Encontram-se também na Biblioteca do TCE os anais de todos os Congressos de Tribunais de Contas realizados no Brasil, desde o primeiro deles, promovido em abril de 1958 pelo Tribunal paulista.

Há ainda uma segunda biblioteca, circulante, informam a chefe Magali Mírian da Assunção as atendentes Marly Silva de Andrade, Ana Alice Lopes de Oliveira, Maria Helena Farnezi de Castro, Luciana Silveira Claudino e Denise Garcia da Cunha Duarte, mais descompromissada, composta de livros e publicações doados por funcionários. Trata-se da Biblioteca Júlio Geraldo de Andrade Arantes, com livros de História, Geografia, Português, romances, poesias.





PRESIDENTE DO TCE, NO CONGRESSO DOS MUNICÍPIOS: “NÃO HÁ DESCULPA PARA CONTA RUIM”

No Congresso dos Municípios, presidente Robson Marinho contesta tese que tenta desculpar gestão desequilibrada.



O presidente Robson Marinho afirmou, no 50º Congresso Estadual dos Municípios, que o Tribunal de Contas não concorda com a tese de que eventuais distorções no Pacto Federativo justifiquem administra-

ções desequilibradas e que estas vão, sim, continuar recebendo pareceres desfavoráveis quando da apreciação das suas contas. Destacou, ao mesmo tempo, a vontade efetiva do Tribunal de orientar, esclarecer, fazer parceria com os municípios em direção da conta boa.

“É o que todos queremos, contas boas” afirmou ele na abertura do evento realizado na semana entre 20 e 25 de março no Guarujá e que, para marcar seu jubileu de ouro, foi o maior de todos, segundo os dirigentes da entidade organizadora, a APM - Associação Paulista dos Municípios.

O presidente prosseguiu seu discurso dizendo concordar que os municípios realmente estão tendo suas atribuições aumentadas, em razão do crescimento das demandas sociais no País, sem a necessária contrapartida em repasses, mas nem por isso o Tribunal vai aceitar a desculpa defendida por alguns líderes municipalistas de que “assim vai ser difícil atender às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal”.

“O bom administrador tem meios para buscar novos recursos. Tem de saber usá-los, precisa estar atento às possibilidades de arrecadação que a lei lhe faculta. É uma questão de empenho, de procura do conhecimento. Posso dizer que o Tribunal de Contas vem dando esse tipo de orientação e que neste ano, já estão marcados 36 encontros com tal finalidade, em 36 municípios.”

O dr. Robson utilizou também outro argumento, numérico, para mostrar que a legislação pode, sim, ser cumprida, apesar das dificuldades. Das 644 contas municipais apreciadas no ano passado, referentes ao exer-

cício de 2003, 389 receberam parecer favorável, ou seja, a maioria.

“É uma questão do administrador ser competente, preparado, disposto a acertar” disse ele, lembrando que o melhor cartão de visita do agente político hoje em dia, com tanta informação disponível, é a administração equilibrada, aquela que não gasta mais do que arrecada.

O bom senso administrativo também foi defendido pelo presidente do TCE com relação às câmaras municipais. Ele destacou, por exemplo, que os vereadores podem participar de congressos, mas com parcimônia nos gastos.

“O presidente da Câmara não pode custear com dinheiro do município as despesas de todos os vereadores da Casa. Seria uma afronta a princípios como os da economicidade e da razoabilidade. Um ou dois vereadores podem representar plenamente uma Câmara Municipal e podem relatar aos demais o que aconteceu”.

Lembrou também de um caso ocorrido em Foz de Iguaçu para fazer uma advertência.

“Ainda nestes dias saiu uma notícia de que havia inúmeros vereadores em Foz de Iguaçu, onde se realizava um congresso, que até as lojas do Paraguai se assustaram com tanto movimento. Muitas dessas Câmaras vão ter suas contas julgadas irregulares por causa de despesas anti-econômicas, excessivas, impróprias.”

O Diretor-Geral Sérgio Rossi participou como palestrante no “Curso de Atualização em Administração”, sob a coordenação geral do Dr. Antonio Sérgio Baptista, dissertando sobre o tema “Controle Externo e o Poder Executivo Municipal – Tribunal de Contas e o Poder Legislativo”. O Curso contou ainda com a explanação do Dr. Clodomiro Correa de Toledo (“Controle Interno

do Poder Executivo Municipal”) e Dr. Samir Mauricio de Andrade (“O Controle Jurisdicional da Administração Pública”).



A exemplo do Presidente do TC advertiu prefeitos e vereadores sobre despesas impróprias, citando frase da palestra proferida anteriormente: *“Como disse o palestrante que me antecedeu nesta tribuna, o Dr. Clodomiro, ajam certo para ter uma continuação de vida tranqüila, caso contrário a velhice será bem difícil”*.

O 50º Congresso Estadual de Municípios realizou-se no Guarujá, entre 20 e 25 de março, sob o tema “Comemorando o passado e projetando o futuro”, uma tradicional realização da Associação Paulista de Municípios, através seu presidente Celso Giglio e toda a diretoria, com participação efetiva do coordenador Antonio Sérgio Baptista e dra. Dalva Christofolletti Paes da Silva.

Para finalizar, o diretor do Tribunal de Contas paulista deixou um recado para os prefeitos e vereadores.

Para os prefeitos: *“uma conta não é analisada apenas nos itens específicos, como ensino, pessoal, saúde, previdência e outros. É também pelo seu todo, pelo seu equilíbrio, pelo endividamento, se crescente ou não, a receita...”*

Para os vereadores: *“é preciso participar da elaboração do orçamento e depois da execução; é preciso deixar de lado as picuinhas com os adversários, a denúncia miúda, a conversa pequena”*.

Inelegibilidade - A APM, através de sua assessoria, alertou os agentes políticos presentes ao 50º Congresso dos Municípios sobre as alterações que vêm sendo feitas na legislação em nome da modernização do Estado Brasileiro. Um dos exemplos citados foi o instituto do agravo, com disposições já adulteradas, seguido de observações de que podem estar com os dias contados as liminares com efeito suspensivo do Poder Judiciário por contas rejeitadas pelos tribunais de contas. Neste caso, o agente político não poderá em hipótese alguma candidatar-se a qualquer cargo até o julgamento definitivo das suas contas.



PROMOEX ESTÁ ASSINADO; TCS ENTRAM EM NOVA ERA

O Projeto de Modernização dos Tribunais de Contas do País tornou-se realidade no dia 3 de abril próximo passado, quando, em reunião do BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento com o Ministério do Planejamento, a ATRICON – Associação dos Tribunais de Contas do Brasil e o Instituto Rui Barbosa, realizada em Belo Horizonte, os presidentes de todos os TCs, entre eles o de São Paulo Robson Marinho, assinaram o convênio do Promoex (Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros) – cuja essência é *“o fortalecimento institucional dos Tribunais de Contas pelo incremento da eficácia, eficiência e efetividade das ações de controle e dos mecanismos de articulação social.”*

Este convênio começou a desenhar-se para os Tribunais de Contas em 2001, quando o Instituto Rui Barbosa, então presidido pelo conselheiro paulista Antonio Roque Citadini organizou as primeiras reuniões de TCs com essa finalidade, entendeu-se com o BNDES e contratou a FIA-USP para realizar estudo de viabilidade, complementado depois por outro, da Fundação Getúlio Vargas.

O TCE-SP participou de todas as ações do Promoex pela sua Unidade de Execução Local, composta por representantes das áreas de fiscalização, administração e informática. O diretor Alexandre Carsola esteve presente em todas as reuniões.

Efetivamente, ao TCE-SP o Promoex prevê repasses, em três anos, de R\$ 4.850.250,00. Neste primeiro ano, serão R\$1.317.393,00, com uma contrapartida na ordem de R\$ 597.199,01, totalizando quase R\$ 2 milhões para o desenvolvimento de ações de fortalecimento e integração dos TCs no âmbito nacional, além de outras a nível local, compreendendo o redesenho de métodos, técnicas e procedimentos de controle externo, planejamento estratégico e aprimoramento gerencial, desenvolvimento da política e da gestão da tecnologia da informação e a adequação da política e da gestão de pessoal.

“Se já estávamos investindo bastante em modernização, com investimentos próprios do nosso Fundo, rapasas especiais do governo do Estado e o convênio assinado com a Nossa Caixa, agora mais ainda.” afirmou o presidente do TCE.



PROJETO AUDESP AVANÇA: OITO EVENTOS NA CAPITAL E INTERIOR

O “Ciclo de Orientação para Contabilistas – Projeto Audesp” desenvolveu-se através de oito encontros realizados nas cidades de Ribeirão Preto, englobando jurisdicionados daquela Unidade Regional e da UR-10 Araras, Bauru, juntamente com UR Marília, Sorocaba, com a UR Campinas, em São José dos Campos, dois na Capital, em São José do Rio Preto, juntamente com a UR Fernandópolis e Araçatuba, também com fiscalizados da UR Presidente Prudente.

O Ciclo teve por finalidade consolidar a premissa contábil que envolve a estrutura de códigos e informações contábeis para acompanhamentos orçamentários e financeiros, objetos da atividade final do Tribunal, quanto aos sistemas informatizados de contabilidade pública.

Os eventos registraram a presença de 2506 participantes, dentre representantes de jurisdicionados, empresas de Software e funcionários da fiscalização do TC. Os trabalhos iniciaram-se às 09:30 com término às 17 horas, aproximadamente. Foram utilizados recursos áudio visuais (multimídia) e distribuídas apostilas, sendo que na parte teórica foram abordados temas alusivos a Fontes de Recursos e Códigos de Aplicação, Acompanhamento Financeiros, Abertura e Encerramento de Exercícios. Na parte prática foram revisados Modelo de Balancete, Abertura, Movimentação e Encerramento de Exercício e Principais Anexos da Lei 4320/64.

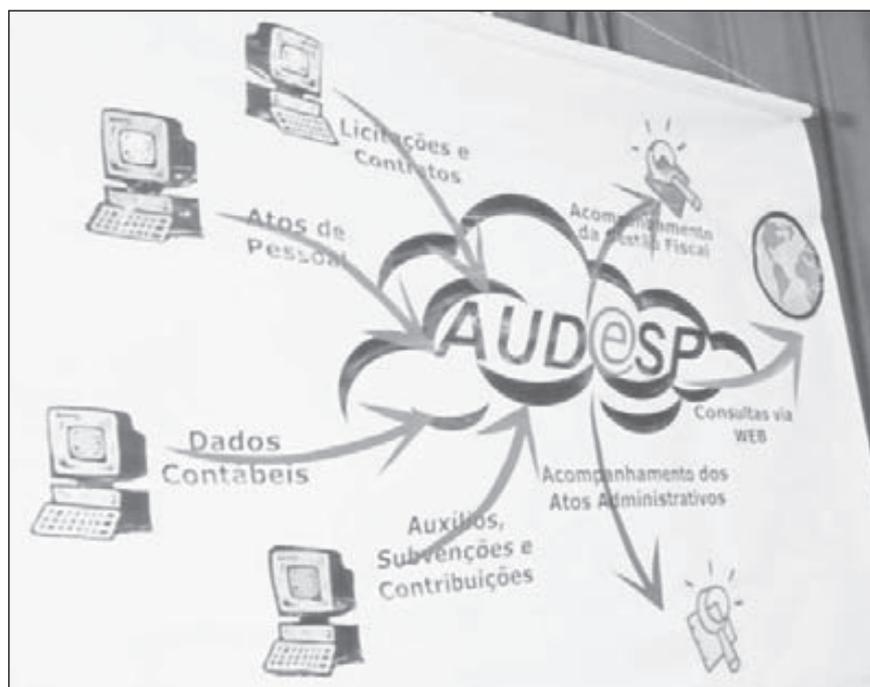
A elaboração e revisão do material esteve a cargo da Equipe do Projeto AUDESP(DSF's/SDG), composta por: Paulo Massaru Uesugi Sugiura, Maurício Queiroz de Castro, Eugênio Pereira de Lima, Maria de Fátima Reitembach de Castro, Marcos Portella Miguel e Oscar Maximiano da Silva, contando ainda com a revisão ortográfica da Apostila por Luciana Beltrão Espinola Palma (Escola de Contas Públicas).

A explanação nos eventos ficou a cargo dos servidores Eugênio Pereira de Lima e Marcos Portella Miguel, com participação na abertura, encerramento e debates de Maurício Queiroz de Castro e Paulo Massaru Uesugi Sugiura.

Foi registrada a expressiva representatividade das empresas de desenvolvimento e/ou fornecimento de sistemas de contabilidade nos eventos, lembrando que as mesmas são responsáveis pelo fornecimento de Softwares a 80% dos órgãos públicos, conforme pesquisa efetuada, sendo ainda as principais

responsáveis pela qualidade e segurança das informações contábeis que serão futuramente remetidas ao Tribunal.

A Prefeitura Municipal de Presidente Prudente apresentou no 8º Ciclo - Araçatuba a sua experiência no processo de adequação ao Projeto AUDESP, ressaltando os desafios, as oportunidades e os benefícios alcançados até o momento com a metodologia e padrões estabelecidos pelo Projeto.





Ribeirão Preto (com Araras). Dia 4 de maio no auditório do Centro de Convenções Ribeirão Preto. Diretores Abadão Sebastião da Silva e Celso Atílio Frigeri.



Bauru (com Marília). Dia 11 de maio no auditório da Instituição Toledo de Ensino. Diretores Milton Jerônimo Bonifácio da Silva e Nivaldo Liguori.



Sorocaba e Campinas. Dia 1º de junho no Teatro Municipal Teotônio Vilela, em Sorocaba. Diretores Eduardo Abrame e Otávio de Oliveira Azevedo.



São José dos Campos. Dia 5 de junho no auditório da Câmara Municipal. Diretor Fernando Antunes Filho.



São Paulo – Capital. Dias 8 e 9 de junho. Auditório Nobre José Luiz de Anhaia Mello. Os participantes dos eventos foram recepcionados pelos funcionários da Escola de Contas Públicas.



São José do Rio Preto e Fernandópolis. Dia 23 de junho no auditório da Instituição Casa de Portugal, em Rio Preto. Diretores Renato P. Sellitto e Paulo César da Silva Neves.



Araçatuba e Presidente Prudente. Dia 29 de junho no auditório da UNIP – Universidade Paulista, em Araçatuba. Diretores Francisco Carlos Grancieri e Rosa Yaeko Matsukawa Carvalho.



TRIBUNAL COMEÇOU SEU CICLO-2006 DE ORIENTAÇÃO AOS MUNICÍPIOS POR TAGUAÍ

Noventa e oito agentes estiveram presentes, dia 18 de abril. Dois dias depois, outros 108 compareceram ao encontro de Botucatu. Em nome da boa conta, o TCE trabalha para prevenir erros e melhorar a aplicação dos recursos públicos.



Taguaí



Botucatu

O Tribunal abriu com êxito, no pequeno município de Taguaí, 7.500 habitantes, na região da Alta Paulista, o Ciclo-2006 de Encontros com Dirigentes Municipais, iniciativa que tem trazido significativos resultados para a Administração paulista, dada a melhoria crescente das contas públicas do Estado. Ao evento, realizado no dia 18 de abril, compareceram 98 dirigentes, representando os 21 municípios convidados.

Ainda em abril, dois dias depois, o Tribunal deslocou-se com a mesma finalidade para Botucatu, obtendo dos convidados retorno semelhante: 108 agentes municipais marcaram presença. Dos municípios convidados, Areiópolis e Pratânia não se fizeram representar; já Bocaina, Pardinho, Ubirajara e Jaú, listados para encontros em cidades de outras micro-regiões, enviaram dirigentes a Botucatu, certamente por fidelidade ao lema “quanto mais se aprende, melhor”.

O encontro de Taguaí foi coordenado pela Unidade Regional de Marília, que, por coincidência, realizou também o último evento do ano passado, em Fartura. O de Botucatu foi organizado pela Unidade Regional de Bauru.

Os temas dos eventos de Taguaí e Botucatu foram os mesmos, assim como acontecerá nos próximos 34: Ensino, Saúde, Endividamento/Precatórios, Terceiro Setor e Projeto AUDESP, expostos, em Taguaí, pelos agentes da Fiscalização Financeira Francisco Carlos Matilla, Eduardo Athaide Leite, José Paulo Nardone e José Márcio Ferreira e, em Botucatu, Érica Alves de Souza, Antonio Donisete Stancari, Aparecido Donizeti Galli, Fernando Rodrigues Camacho e Luciana Maria Assad.

Dos temas apresentados, o mais procurado, questionado, foi o relativo aos repasses do Terceiro Setor, por se tratar de um assunto ainda novo. A conclusão dos expositores e dos diretores da UR-2/Bauru, Milton Jerônimo da Silva, e da UR-4/Marília, Nivaldo Liguori, foi a de que o Tribunal está a cada dia mais acreditado nas suas ações preventivas de erros administrativos e de atos de má-gestão.

Estiveram presentes nestes eventos, além de secretários, diretores, contabilistas e outros agentes públicos, os prefeitos de Taguaí, Botucatu, Ubirajara, os presidentes de Câmara Municipal de Taguaí, Botucatu, Coronel Macedo, Itaporanga, Piraju, Timburi e Cândido Mota.



TCE VAI A TODAS AS REGIÕES DO ESTADO, INCLUSIVE COM CONSELHEIRO, PARA SE APROXIMAR MAIS DOS MUNICÍPIOS

Depois dos dois primeiros encontros de orientação aos municípios, em Taguaí e Botucatu o Tribunal deslocou-se para mais doze cidades do Interior, até junho/06, com a mesma finalidade. Esteve em Mirandópolis, na Alta Noroeste, Itatiba, na Baixa Mogiana, Espírito Santo do Pinhal, na fronteira leste com Minas Gerais, Serrana, na Alta Mogiana, Aparecida, no Vale do Paraíba, além de Mogi das Cruzes, Cândido Mota, Ibirá, Tatuí, Ilha Solteira, Brotas e Tarumã. A receptividade foi a de sempre – especialmente em Pinhal e Tatuí, pela presença

do conselheiro Antonio Roque Citadini, e também em Serrana e Aparecida, que contaram com a participação do diretor-geral Sérgio Rossi.

Os agentes mostraram-se atentos e agradecidos pelo empenho do Tribunal em colaborar para o bom andamento de suas gestões, quer à frente de prefeituras, câmaras, autarquias, empresas públicas, fundações, empresas do Terceiro Setor e outros órgãos identificados nas listas de presença, nos 12 encontros, por representantes dos 210 municípios convidados.



Espírito Santo do Pinhal



Tatuí

Em Pinhal, o Tribunal e a cidade, através do prefeito Paulo Klinger Costa, homenagearam o filho da terra e funcionário aposentado do TCE, Roberto Mendes Porto, convidando-o para participar da mesa de abertura dos trabalhos ao lado do conselheiro Citadini, do prefeito e presidente da Câmara de Pinhal, do diretor-geral Sérgio Rossi e do diretor da UR-10/Araras, organizadora do evento, Celso Frigeri.

O conselheiro Citadini iniciou dizendo que o tema que havia escolhido para abordar era “A relação do Tribunal de Contas com os Jurisdicionados”, um tema importante “*porque nada melhor para fiscalizar do que conhecer o fiscalizado*”, tornando mais clara a relação.

“Ainda mais no Brasil, cujas leis estão sempre mudando. É muito bonito fazer lei lá em Brasília, longe de tudo. Mas aplicar a lei é difícil e a missão do Tribunal é fazer com que se aplique a lei. Como o nosso Tribunal não tem medo de pôr a cara para bater, estamos aqui, junto aos jurisdicionados, para falar, debater, interpretar e, por fim, aplicar a lei de maneira correta”.

Lembrou que esse pioneirismo em trabalhar “de pronto” para a implantação das leis já se tornou uma característica do Tribunal de Contas paulista, citando os esforços, efetuados nesse sentido em relação à Lei Calmon, à de Licitações, de Responsabilidade Fiscal, emendas constitucionais como a do Fundef, a da aplicação obrigatória na Saúde.

Defendeu as aplicações vinculadas também em Tatuí (*“Este gasto muitas vezes mal humorado resolve muita coisa. A Educação do País só melhorou depois da vinculação, iniciada pela Lei Calmon e aperfeiçoada pela Constituição de 1988, que proporcionou condições para a implantação da Lei de Diretrizes e Bases, do Fundef e agora do Fundeb”*), assim também os limites de gastos,

como os com Pessoal e aqueles previstos no artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Disse que gostaria que se vinculasse, também, investimentos obrigatórios com Segurança Pública.

Citou ainda como mecanismo de defesa da administração o exame prévio de edital, instituto ainda não muito conhecido mas muito importante porque evita erros e encaminhamentos de má-fé. Aproveitou a ocasião para observar que o próprio Tribunal de Contas ainda é desconhecido da sociedade, embora seja muito presente na Administração.

Esta é uma das razões, afirmou, para a realização de encontros como estes, uma vez que também há agentes públicos que desconhecem a força do Tribunal, tanto no sentido de ajudar como no sentido de punir.

O diretor-geral Sérgio Rossi abriu os trabalhos dos encontros de Pinhal, Serrana e Aparecida constatando a ausência de muitos prefeitos.

“Para cada encontro, enviamos convites a perto de 15 municípios. Quase todos mandam representantes, mas prefeitos são poucos. Além disso, aos muitos que nos procurarem para resolver problemas concretos, vamos responder: isto nós abordamos no encontro de tal cidade, para o qual o senhor foi convidado e não compareceu...”

Em Pinhal, 15 municípios convidados, quatro prefeitos assinaram a lista; em Serrana, 17 municípios e três prefeitos; em Aparecida, três prefeitos, em Mirandópolis, dois; e em Itatiba, cinco de 11 convidados.

Os que compareceram ouviram as recomendações do Tribunal para que adotem o pregão como forma de licitação. O diretor citou exemplos de economia, como num pregão da Polícia Militar, em que com a verba disponível foi possível comprar muitos veículos a mais do que o previsto.



Mirandópolis – 4/5 – Câmara Municipal. 20 Municípios convidados, três não enviaram representantes. Total de 98 participantes. Somente 2 Prefeitos e 1 Presidente de Câmara (Os anfitriões e Prefeito de São João do Pau D'Alho). Organização da UR-1 – Araçatuba.



Itatiba – 11/5 - Auditório da Secretaria Municipal de Educação. 11 Municípios convidados num total de 125 participantes. Somente o Município de Pedra Bela não se fez representar, embora agentes políticos de Americana, Artur Nogueira e Sumaré (inclusive o Prefeito Municipal), que não estavam convidados para este evento estiveram presentes. Prefeitos: 5, Presidentes de Câmara: 2. Organização da UR - 3 – Campinas..



Serrana – 19/5 – Fundação Cultural. 17 municípios convidados, três não enviaram nenhum representante. Total de 106 participantes. Cinco prefeitos e 5 presidentes de Câmara. Organização da UR-6 – Ribeirão Preto.



Aparecida – 25/5 – Plenário da Câmara Municipal. 19 municípios convidados, 97 participantes, sendo 3 prefeitos, um vice-prefeito e 7 presidentes de Câmara. Somente um município (Cunha) não enviou representante. Organização da UR-7 - São José dos Campos.



Mogi das Cruzes – 25/5 – 19 municípios convidados, todos representados, num total de 155 presenças. Dois prefeitos e 2 presidentes de Câmara. Organização das 9ª, 10ª e 11ª Diretorias de Fiscalização, da Capital, Diretores Eduardo Paravani, Paulo Massaru Sugiura e Dilson Cláudio Pereira.



Cândido Mota - 02/06 - Salão Paroquial Nossa Senhora das Dores. 20 municípios convidados. Total de 211 participantes, com a participação de 17 prefeitos e 11 presidentes de Câmara, inclusive com a presença da vice-prefeita de Cândido Mota. Organização da UR-4 – Marília.



*Ibirá – 02/06 - Auditório da Casa da Cultura.
20 municípios convidados, 76 participantes, sendo 8 prefeitos
e 3 presidentes de Câmara.
Todos os municípios registraram presença.
Organizou o 10º Encontro do Ciclo de Debates com Agentes
Políticos e Dirigentes Municipais a UR-8 – São José do
Rio Preto.*



*Ilha Solteira – 08/6 – Plenário da Câmara Municipal
18 Municípios convidados, 111 participantes, entre os quais
uma Prefeita e 5 Presidentes de Câmara. Não registraram
presença representantes de quatro municípios. O 12º
Encontro foi organizado pela UR-11 – Fernandópolis.*



*Brotas – 09/06 – Grêmio Literário e Recreativo Brotense.
17 Municípios convidados, 93 participantes, sendo 4 prefeitos e
4 presidentes de Câmara. Não enviaram representantes dois
municípios, porém compareceram três que não foram convida-
dos para esta data. Organização da UR-2 Bauru.*



*Tarumã – 28/6 – Câmara Municipal.
17 Municípios convidados, 99 participantes, 5 prefeitos e 6
presidentes de Câmara. Seis municípios dos 17 convidados
não enviaram representantes. Organização da UR-5 -
Presidente Prudente.*



10º CICLO ANUAL DE APERFEIÇOAMENTO DO PESSOAL DA AUDITORIA: UM ÊXITO PLANEJADO



O 10º Ciclo Anual de Aperfeiçoamento do Pessoal da Auditoria do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo alcançou seu objetivo. Os perto de 500 auditores, das 11 Diretorias de Fiscalização sediadas em São Paulo e das 11 Unidades Regionais localizadas no Interior conviviam durante quatro dias, pessoal e profissionalmente, com a finalidade de se familiarizar com as linhas de trabalho do Tribunal-2006.

Ou seja, reuniram-se para aperfeiçoar o trabalho de uma instituição que quer sempre evoluir, na busca de melhores resultados para a Administração Pública paulista.

Diferentemente dos nove ciclos anteriores, este 10º, por sua data marcante, foi realizado em uma turma só e, por isto, num ambiente maior, o Memorial da América Latina. O evento durou quatro dias, de 13 a 16 de fevereiro e foi enriquecido por palestras dos Conselheiros

Antonio Roque Citadini, Cláudio Ferraz Alvarenga e Renato Martins Costa, além da proferida pelo Presidente, Robson Marinho.

Estes seminários de início de ano foram idealizados para manter os funcionários da linha de frente do TCE sempre bem preparados, atualizados, prontos para executarem suas duas principais vertentes de atuação, a fiscalizatória e a pedagógica.

Na sua palestra “Procedimentos de Auditoria e Tramitação Processual” o diretor-geral Sérgio Rossi destacou a importância da “*permanente atualização do nosso pessoal*”, lembrando, por exemplo, que no ano passado, por ter sido o último da administração municipal, o Tribunal recomendou atenção redobrada ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

“*Já neste ano, vamos focar mais a arrecadação, a execução orçamentária e os resultados financeiros. Observem que estamos na era dos resultados.*”

O dr. Sérgio deu ênfase também aos Relatórios de Auditoria, que, como disse, com as modificações do ano passado, melhoraram muito, “*mas precisam continuar melhorando, evoluindo. Atendem para os pontos fulcrais, os pontos-chave, porque é nestes que os conselheiros vão buscar subsídios para analisar a conta*”, advertiu.

Ainda nesse sentido o diretor-geral e os diretores supervisores da área, Pedro Tsuruda e Alexandre Carsola, fizeram ver aos auditores a necessidade de estarem atentos às decisões do Tribunal.



Pres. Robson Marinho no 10º Ciclo Anual, juntamente com o Decano Roque Citadini, Cons. Edgard C. Rodrigues e Dir. Geral Sérgio Rossi

“É preciso acompanhar as tendências e passá-las aos fiscalizados”.

O Projeto AUDESP também foi focalizado pelos Diretores Rodrigo Andrés Barros Villalobos, Geraldo Checon Filho, Paulo Massaru Sugiura e Marcos Portela Miguel, na exposição “Projeto AUDESP – Posicionamento, Aspectos Técnicos e Tecnológicos”.



Dr. Sérgio Rossi ladeado por Alexandre Carsola (DSF II), Prazeres de Souza e Pedro Tsuruda (DSF I)

Presidente anuncia vantagens para os bons funcionários

Um dos pontos marcantes do seminário dos auditores, talvez o mais marcante para os bons funcionários, foi o anúncio do presidente Robson Marinho de que Tribunal vai ampliar, de maneira significativa, o espaço para programas de treinamento dos seus servidores.

“Vamos utilizar para tanto os recursos existentes no Fundo Especial de Despesas”, explicou o presidente.

“Queremos investir na reciclagem, no aperfeiçoamento, na capacitação, fornecendo Bolsa de Estudos aos funcionários interessados, aos funcionários que querem melhorar, que não se acomodaram. Queremos distingui-los, valorizá-los, mostrar que o Tribunal precisa deles para atingir a excelência que todos nós, conselheiros e funcionários, desejamos.”

Referindo-se especificamente ao evento, observou que ele surgiu para incrementar a integração dos servidores, que, com a descentralização do Tribunal e a implantação das unidades regionais, acabaram sofrendo um certo isolamento em relação aos órgãos centrais da Corte.

“A descentralização mostrou-se ao longo do tempo altamente proveitosa e esse certo isolamento foi sendo resolvido com várias medidas, entre elas este Fórum de Aperfeiçoamento, que entra o seu 10º ano de sucesso, graças ao esforço de inúmeros servidores desta Casa, os quais saúdo no nome do diretor-geral, dr. Sérgio Rossi”.

Como resultado destes e outros seminários de orientação e aperfeiçoamento, o dr. Robson disse que atualmente o Tribunal possui verdadeiros especialistas em todas as matérias importantes tratadas pela Casa, como Ensino, Saúde, Previdência, Lei de Responsabilidade

Fiscal etc., reiterando que “esses funcionários podem ter certeza de que chegarão ainda mais alto com os recursos do Fundo Especial de Despesas.”

Também para marcar sua participação no evento-maior da auditoria, o presidente fez questão de afirmar aos funcionários a sua satisfação por pertencer aos quadros do Tribunal de Contas paulista há nove anos, definindo-a como o coramento de uma carreira política iniciada aos 18 anos, como vereador, “numa época em que vereador não era remunerado”, e que se desenvolveu só com idealismo, especialmente em defesa do estado de direito democrático.

Destacou, do mesmo modo, que os outros dois conselheiros presentes na cerimônia de abertura, Antonio Roque Citadini e Edgard Camargo Rodrigues, estiveram do mesmo lado nessa empreitada.

Dr. Cláudio: natureza, atuação e futuro dos tribunais de contas



Para reforçar o alicerce do conhecimento dos auditores, o conselheiro Cláudio Alvarenga escolheu um tema sempre atual: a natureza, a missão, a atuação e o futuro dos Tribunais de Contas utilizando durante toda a sua explanação, e não somente para efeitos didáticos, o vocábulo LIMPE, formado pelas primeiras letras dos cinco princípios básicos que devem conduzir a Administração Pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

“A missão do Tribunal de Contas é fiscalizar a Administração no sentido de que todos os seus atos devem seguir essa linha, a linha do LIMPE, quer prevenindo, corrigindo ou mesmo eliminando os atos contrários ao Direito”, disse ele, lembrando que a Democracia é sustentada por um sistema de freios e contrapesos e que o Tribunal de Contas é um dos mais significativos mecanismos desse sistema.

Observou que o TC é um órgão de natureza consti-

tucional; afirmou sua autonomia, destacando que não integra nenhum dos Três Poderes; mostrou as diferenças entre controle interno e controle externo, enfatizou a independência deste último; discorreu sobre as formas de controle do TC e trouxe da história a função daqueles que, na platéia, ouviam atentamente.

“A primeira forma de auditoria no Brasil, advinda do modelo continental europeu, focado mais na legalidade dos atos, foi a do registro prévio, que só liberava o ato se fosse registrado antes. Caiu porque emperrava a administração. Aí veio a auditoria póstuma ou “a posterior”, que precisa existir sempre até para punir quem errou. Mas não pode ser a única, porque pressupõe o prejuízo já consumado. As formas mais modernas de auditoria, originárias do modelo anglo-saxão, voltado mais a resultados, são a cautelar e a concomitante, que pressupõem exatamente o contrário, ou seja, prevenir erros. Daí os exames prévios de editais, os ciclos de orientação, os avisos de alerta. O que se pretende hoje é resultado, sem, entretanto, deixar de dar atenção à legalidade dos atos.”

Disse que o Projeto AUDESP é uma grande solução nesse sentido.

“É preciso fazer a máquina trabalhar para dar mais tempo para o auditor desenvolver soluções intelectuais no sentido de se atingir o grande objetivo da nossa atividade-fim, os três Es: eficiência, eficácia e efetividade.”

Dr. Roque: ensino no Brasil, história e atuação do TCE



Antes de entrar no tema que escolheu para abordar, Ensino, o conselheiro vice-presidente, Antonio Roque Citadini, agradeceu à Fiscalização *“pelo convite para participar do evento que dá seqüência a uma*

das atividades mais importantes que o Tribunal vem realizando nos últimos anos, a de orientação, capacitação, atualização” – observando que a força para esse e outros novos caminhos seguidos pelo TCE foi dada pela Constituição de 1988:

“Não basta atribuir competências se o órgão não está preparado. O Tribunal percebeu isso e saiu a campo também para se reciclar, para melhorar a qualidade do seu trabalho. Este encontro tem o sentido de nossa contínua preocupação com a melhoria dos nossos serviços”.

Serviços que, como disse, podem ser sentidos no Ensino desde que essa área passou a ter uma atenção especial do Estado:

“A Educação é uma área fundamental, mas só começou a ser tratada no Brasil como tal há muito pouco tempo. A obrigatoriedade do Ensino Primário só veio com a Constituição de 1874, quase 400 anos depois da descoberta da América”.

O tom de desaprovação do conselheiro não parou aí:

“Aí veio a Constituição de 1937, aquela do Estado Novo do Getúlio Vargas, e tirou a Educação, assim como a de 1967, do Castelo Branco. Ou seja, a Educação no Brasil só foi ganhar a importância devida no final do Governo Figueiredo, anos 1980, com a Lei Calmon, que foi a primeira a vincular verba obrigatória para a Educação. Foi um passo importantíssimo, depois confirmado e melhor definido pela Constituição de 1988 no tocante ao Ensino Puro.”

Hoje, 20 anos depois, afirmou o dr. Roque, dá para perceber os resultados que a vinculação, a aplicação obrigatória dos 25% trouxe para o País.

E o Tribunal de Contas paulista tem colaborado significativamente para esta melhora, destacou o conselheiro, porque foi um dos primeiros a levar a Lei Calmon adiante, assim como todas as evoluções que se fizeram no mesmo sentido, como a Lei Camata, a de Diretrizes e Bases, o Fundef.

“O nosso Tribunal editou sua primeira Instrução sobre a vinculação no Ensino já em 1988. Tocou para frente, orientou, esclareceu, pressionou, fiscalizou. Foi importantíssimo para que a lei pegasse e evoluísse.”

Observou que essa coragem do TCE pode ser sentida também em outras leis importantes, citando as recentes LRF, a das OSs, das PPPs.

“Sai lei, o nosso Tribunal bota a cara. Regulamenta, orienta, faz manual, fiscaliza... Em quase tudo acertamos, porque conhecemos a administração melhor do que os outros.”

Dr. Renato: “Novas Súmulas, aspectos da jurisprudência dominante”



O conselheiro Renato Martins Costa discorreu sobre “As Novas Súmulas do TCE”, publicadas nesta edição no Capítulo “Jurisprudência”, exposição que o diretor-geral Sérgio Rossi definiu como “*uma aula magna sobre Licitação*”. Ou, como observou o próprio dr. Renato, “*uma explanação para mostrar que as Súmulas do Tribunal, em nome do interesse público, têm como norte ampliar as possibilidades de participação de empresas nas licitações, obviamente de conformidade com o texto legal*”.

As novas Súmulas, editadas no final do ano passado, tratam de assuntos dos mais variados com um ponto em comum: são jurisprudência fechada entre os conselheiros. Um dos assuntos abordado na Súmula 16 refere-se à distância que a usina de asfalto da empresa contratante deve ter da cidade em que será utilizado o asfalto.

“*A Súmula 16 veda qualquer distância. Este não pode ser um problema do Poder Público, mas sim da empresa proponente. Exemplo: uma única usina de asfalto na cidade a 300 metros do marco zero e um edital exigindo distância não superior a 300 metros. Sem dúvida, uma licitação dirigida*”.

Outra Súmula nova enfatizada pelo conselheiro, devido aos seus efeitos no bolso do cidadão, foi a 20, que trata de radar de trânsito. Através dela o Tribunal veda a possibilidade de o Poder Público contratar uma empresa particular para comprar e operar radares em troca de uma porcentagem nas multas:

“*Imaginem quantas multas uma empresa particular importaria. Seria uma verdadeira corrente da felicidade, onde só o cidadão perderia. Ganharia a empresa e*

a indústria de multas do Poder Público. A edição dessa Súmula foi uma vitória do cidadão”, destacou o dr. Renato, que comentou as 16 Súmulas mais recentes do Tribunal, de números 14 a 30, definindo posição sobre aspectos de documentação, certificação, capacitação técnico-profissional, certidões, fornecimento de produtos, lixo etc.

Destacou duas Súmulas mais antigas, a 12 e a 13, por terem sido atualizadas, devido a fatos vitais supervenientes. A 12 trata de combustíveis, agora sem o monopólio da Petrobrás; e a 13, que impede a Administração de se valer dos serviços de terceiros para contabilizar Dipans, que, como disse o Conselheiro, “*não deixaram nenhuma saudade*.”

Encerrou sua palestra com um alerta não só aos auditores que estavam na platéia, mas a todos os funcionários do Tribunal e, por que não, a todas as pessoas, independente de cargos ou profissões:

“*Ou você fica ligado aos objetivos propostos, tornando-se um elemento participativo, útil, relevante, forte ou você tende a perecer. Nós somos os responsáveis pelo que plantamos. Se trabalhamos numa instituição temos que respeitá-la para que ela seja respeitada e nós sejamos reconhecidos*”.

Encerramento



Para o encerramento, após quase uma semana de intensos trabalhos, foi convidado o Professor Rodrigo Cardoso para ministrar a palestra motivacional “Descobrimo sua Força”, onde o engenheiro e psicólogo, com incrível habilidade de comunicação descontraíu e interagiu com a platéia, numa verdadeira lição de otimismo, motivação e resultados.



EM POUCOS MESES TRIBUNAL PERDEU TRÊS EX-CONSELHEIROS. FALECERAM NICOLAU TUMA, ANTONIO CARLOS MESQUITA E OLAVO DRUMMOND

Nicolau Tuma, um exemplo que deixou saudades

Nicolau Tuma deixou saudades por todos os lugares que passou – e passou por muitos, tanto pela sua longa existência de 95 anos, como por seu dinamismo diferenciado, que o fez exercer muitas atividades, dentre elas ministro e conselheiro do Tribunal de Contas, entre 1968 e 1981. Exerceu a presidência da Casa por uma vez. Nesta ocasião, tramitava na Assembléia Legislativa um projeto de lei reduzindo de dois para um ano o mandato do presidente do Tribunal e Tuma, fiel à ética, renunciou ao cargo quando sua presidência completou um ano.

O Tribunal prestou-lhe homenagem póstuma na sessão plenária do dia 15 de fevereiro último, em palavras ditas pelo conselheiro decano, Antonio Roque Citadini, que destacou um trecho da saudação à chegada de Nicolau Tuma feita pelo ministro Camilo Ashcar. Referindo-se à escolha do novo ministro pelo governador Abreu Sodré, Ashcar afirmou:

“Seguramente quis o governador premiar as poliformes qualidades de Vossa Excelência, ministro Nicolau Tuma, e aplaudir a larga sementeira de sua carreira pública, que reúne o jornalista ao radialista, o advogado ao administrador, o técnico ao político, o vereador ao deputado federal, o parlamentar ao homem de bem...”

Nicolau Tuma agradeceu elogiando a Corte de Contas ao finalizar o seu pronunciamento:

“Com este meu passado, trago, acima de tudo, a mi-



nha vontade de bem servir a esta Casa, a este Estado e ao meu povo.”

Tuma coroou como conselheiro do Tribunal de Contas uma carreira que, radialista, anunciou a deflagração da Revolução Constitucionalista de 1932, pela Rádio Record; administrador, criou o Código Nacional de Trânsito e o Código Brasileiro de Comunicações (este em vigor até hoje); advogado, vereador e deputado federal por três mandatos, exerceu com maestria a função de julgador das contas públicas paulistas.

O ministro Nicolau Tuma, demonstrando seu apreço ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, frequentou a Casa até seus últimos dias. Sua simpatia e sua integridade intelectual fazem parte do exemplo que deixou saudades.

Homenagem póstuma ao Conselheiro Antonio Carlos Mesquita

O conselheiro aposentado Antonio Carlos Mesquita faleceu no dia 13 de março último, aos 61 anos de idade. Atuou na Corte de 1988 a 1994, tendo sido presidente em 1991. Como homenagem póstuma, o Tribunal cancelou as sessões ordinárias das Câmaras no dia do falecimento, uma terça-feira.

No velório, realizado em Limeira, o conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho ressaltou o traço conciliador de Mesquita, que para muitos amigos foi sua marca registrada.

Na sessão plenária da quarta-feira, dia 14, o conselheiro decano, Antonio Roque Citadini, fez um pronunciamento



enaltecendo as qualidades de homem público de Mesquita, destacando a competência, a dedicação e a lealdade do antigo companheiro.

Mesquita foi secretário de Estado da Administração no governo de Franco Montoro e da Casa Civil (Governo) na gestão de Orestes Quéricia, deputado estadual por três legislaturas e vereador em Limeira, sua cidade natal.

Chegou ao Tribunal em julho de 1988, na vaga aberta pelo falecimento do conselheiro Aécio Menucci.

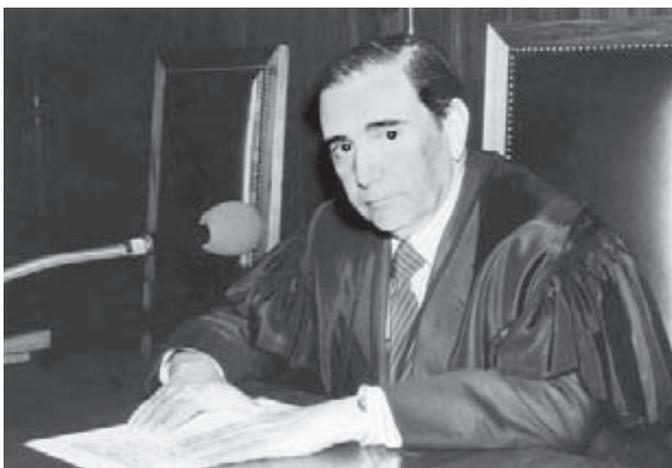
Assumiu a presidência em 13 de janeiro de 1991 observando que não tinha pretensão de inovar, mas de seguir os presidentes que o antecederam no sentido de o Tribunal de

Contas “*continuar cumprindo intensamente suas incumbências constitucionais*”.

Aposentado precocemente para, como deixou claro em seu discurso de despedida, integrar-se à campanha de Orestes Quéricia à presidência da República, Mesquita deixou saudade no TCE. Na sua sessão de despedida foi homenageado pelo Colegiado nas palavras do conselheiro Cláudio Alvarenga:

“*Sua Excelência destacou-se como julgador dedicado ao seu mistér, lúcido, sereno. Soube ser ponderado sem ser tímido; ser enérgico sem assomos de cólera; ser contundente sem exacerbamento; ser reservado sem ser omisso. Sempre aplicou o bom senso na solução dos litígios.*”

Olavo Drummond, Jornalista, Advogado, Poeta, Deputado, Prefeito, Procurador, Conselheiro, Ministro... Amigo



O conselheiro aposentado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e ministro aposentado do Tribunal de Contas da União Olavo Drummond faleceu aos 80 anos no dia 9 de maio último. Foi homenageado pelo TCE na sessão plenária do dia 10 de maio, com apurtes do conselheiro decano, o vice-presidente Antonio Roque Citadini, e do segundo conselheiro mais antigo, corregedor Eduardo Bittencourt Carvalho, que substituiu Drummond quando deixou o TCE para assumir no TCU.

Era um homem diferenciado, como deixaram consignado os conselheiros que o homenagearam. Além dos cargos nos Tribunais de Contas, foi ainda deputado estadual e federal por Minas Gerais, prefeito de sua cidade natal, Araxá, procurador da Fazenda Nacional, procurador da República junto ao Supremo Tribunal Federal e,

em atividades regidas pelo Direito Privado, secretário da Presidência do Banco do Brasil e diretor da Vasp - Viação Aérea São Paulo.

Advogado e jornalista, foi também escritor consagrado, com cinco livros publicados e poeta de reconhecido valor, virtudes que lhe asseguraram a imortalidade na Academia Mineira de Letras, na vaga deixada pelo presidente Tancredo Neves. Amigo e aliado do ex-presidente Juscelino Kubitscheck, foi um dos fundadores e curador do Memorial JK, um dos monumentos marcantes, se não o mais de todos, de Brasília.

Realmente, afirmou o dr. Roque, o único dos atuais Conselheiros que conviveu com Olavo Drummond no Tribunal de Contas, “*raras vezes se concentraram numa só pessoa tantas qualidades, tantas virtudes, tantos serviços prestados e tantos êxitos nas carreiras que abraçou.*”

Emocionado, o dr. Bittencourt leu em plenário trechos da carta que enviou à esposa e aos filhos de Drummond, tais como “*Homem de inteligência privilegiada, voltada para o bem comum. Solidário. Inspirado poeta, escritor reconhecido, excepcional artista, sensível colecionador de obras de arte. Amigo. Amigo a ponto de Juscelino Kubitscheck tê-lo assim definido: Olavo Drummond, profissão Amigo.*”

Olavo Drummond tomou posse como Conselheiro do TCE em 24 de dezembro de 1981, exercendo o cargo por quase nove anos. Foi Corregedor e Vice-presidente.

Quando deixou São Paulo para assumir em Brasília, deixou consignado, como disse o dr. Roque, verdadeira página de poesia em prosa lida pelo então presidente Conselheiro Anhaia Mello: “*Sob o fragor das*

novas tarefas não deixarei que morram em mim as lembranças tecidas pelo tempo aqui passado. Hei de recordar, orgulhoso e agradecido, dos colegas juizes, do corpo digno e qualificado de funcionários, de todo um universo de obstinada competência de que tanto me vali. Se, porventura, não consegui despertar sentimentos iguais, rogo, senhor Presidente, receber e estender aos julgadores, minhas humildes escusas. Procurei ser integralmente fiel a mim e a minha cir-

cunstância; procurei fazer cintilar sempre a verdade como forma indeseiável de convivência, para com ela construir o mundo com que enfeitarei as minhas saudades.”

O presidente Robson Marinho, também mineiro, concluiu as homenagens do plenário afirmando:

“Os mineiros dizem que Olavo Drummond era um mineiro que levava Minas além de Minas”.



Doutrina



O ESTADO "KATRINA" É A SOLUÇÃO ?

ANTONIO ROQUE CITADINI

O furacão Katrina, que recentemente abateu a cidade de New Orleans, nos Estados Unidos, trouxe discussão acirrada entre defensores e opositores à grande mania das últimas décadas, alimentadas pelo mercado financeiro, para as mudanças do papel do Estado, objetivando sua substancial redução.

Para os defensores do Estado-mínimo este estava muito alargado, com atribuições e áreas de atuação além de suas capacidades e com isto invadia esferas que deveriam ser melhores atendidas pela iniciativa e instituições privadas.

Reformas empreendidas preconizavam e incentivavam - quando não forçavam - as privatizações, terceirizações, concessões de exploração de certas atividades e eliminação de empresas estatais.

O Estado devia reduzir-se quase somente ao núcleo do poder, preocupar-se apenas com a moeda, com as relações exteriores e, um pouco, com a segurança pública (esta, mesma, grande parte "terceirizada" para as empresas privadas de segurança).

A lógica de tal mudança seria reduzir o Estado, deixá-lo de tal maneira pequeno, de modo que ficasse o "mercado" encarregado de resolver todas as demais carências da sociedade.

Quase todos os países adotaram este modelo de reforma, alguns de forma radical, outros menos fundamentalista.

Lembremos que a ação do Estado cresceu, não por vontade determinada do próprio Estado, mas, sim, por necessidade de construir uma infra-estrutura de modo a poder atender e prover às necessidades da parcela mais fraca das populações.

Assim, o Estado cresceu para socorrer os carentes, parte dos hoje conhecidos como excluídos, aos quais não eram dadas oportunidades para se instruírem, habitavam onde não havia escolas, estradas e outros recursos que lhes possibilitasse o exercício da cidadania.

É importante considerar que as conseqüências do Estado-mínimo, radical, fundamentalista, por tantos defendido, afetam mais as pessoas marginalizadas (à "margem do mercado", diz-se), e não aparecem diariamente na mídia. Aparecerão - e aparecem, realmente, - nos momentos mais agudos de crises na sociedade.

O exemplo mais significativo, e mais negativo e brutal, deste Estado-mínimo apareceu recentemente, na região de New Orleans.

Abatidos por uma terrível catástrofe, os Estados Unidos foram surpreendidos com uma imagem que não acreditavam existir.

Para fugir do caos, os ricos de New Orleans pegaram seus Cherokees, seus Mitsubishes, seus Chryslers, seus aviões particulares ou seus helicópteros e evadiram-se dos locais que habitavam porque estavam sendo atingidos pela tragédia que se abatera sobre a então magnífica cidade.

Em contrapartida, os pobres e os sem maiores recursos tiveram que ser socorridos pelo Estado. E o foram pelo Estado-mínimo que os amontoou nos ginásios, sem condução para sair da cidade, não lhes restando senão assistir e enfrentar as intempéries, mal-acomodados, em total promiscuidade, mal-alimentados, mal-agasalhados. Mal-assistidos em suas necessidades de atendimento médico, espiritual etc.

Estava bem centralizada a foto do darwinismo social: os ricos sobrevivendo em regiões afastadas e os fracos lutando pela vida em condições tão adversas.

O mais grave ocorreu depois da passagem do furacão, quando a solução e atuação do governo orientaram-se por dois eixos: o exército, utilizado para impedir saques e entidades particulares de caridade, para socorrer os atingidos.

O que se viu, então, foi que ao Estado-mínimo americano, tão louvado por vezes, faltou até estrutura para "contar os mortos". E hoje, decorrido um ano da tragédia, ainda supõe-se 3000 desaparecidos em New Orleans, falando-se em 10.000 no Estado, segundo ONGS, americanas e internacionais.

A situação se mostrou caótica, pois o Governo não tinha meios nem para retirar os mortos que boiavam ao léu. Foi preciso requisitar geladeiras de açougues para guardar corpos, em meio a pedras de gelo.

Hoje, um ano depois, algumas das áreas atingidas, que foram abandonadas, ainda estão sem energia elétrica, sem água encanada, sem esgoto, sem calçamentos ou vias carroçáveis, sem serviços essenciais, sem praças e equipamentos públicos.

O Estado-mínimo brutal mostrou, assim, sua face mais perversa: o Estado inexistente !

Para suprema humilhação, a única ajuda pública foi a caridade da Cruz Vermelha.

Essa desastrosa situação é quase surrealista quando se constata que o governo federal americano vem gastando bilhões e bilhões de dólares tudo sem resultado e sem organização adequada.

Guardadas as proporções tivemos no Brasil o caso das enchentes no Acre, recentemente, e Santa Catarina, há alguns anos. Felizmente a população teve melhor assistência.

Catástrofes como estas fazem aflorar a grande discussão: se vale a pena reduzir o Estado a essas proporções. Por certo a resposta é negativa, pelo menos da forma como se tem pretendido fazer.

A redução do papel do Estado há de guardar muita coerência com o mínimo exigível para que possa atender às necessidades básicas da população, combinando isto com a permanente preocupação do governo não só na melhoria da qualidade de vida de seu povo, mas, também, no aparelhamento necessário à prevenção e atendimento de situações inesperadas.

É preciso que haja previsão e efetiva exigência do governo para que os particulares que assumem atividades antes geridas só pelo Estado estejam preparados para, nas situações adversas, dar à população respostas adequadas e a tempo.

O Estado tem sempre o dever de agir preventivamente e no acompanhamento efetivo para que haja normalidade na vida da sociedade. Ao permitir que particulares exerçam determinadas atividades deve fazê-lo sem se descuidar do controle que lhe cabe ter sobre as ações que trazem conseqüências na vida da população. Assim,

a energia elétrica não pode faltar porque a companhia particular está discutindo com as seguradoras a indenização de seu prejuízo.

Não é possível aceitar que o particular tenha concessões e permissões para realizar atividades essenciais, obtendo lucros desarrazoados e deixando ao Estado e à população os custos financeiros e irreparáveis nas situações adversas que surjam. Tê-los razoáveis exige efetuar gastos de manutenção necessários à permanente condição de aceitabilidade dos serviços prestados e à previsão de ações de emergência, indispensáveis para a normalidade da vida da população.

É inaceitável, assim, que enquanto o permissionário/concessionário não mexe em seu lucro porque não realiza ações até indispensáveis, preventivas e de manutenção, o Estado seja chamado a agir quando ocorre uma situação inesperada, e aí tenha de dispender recursos que deveriam ser destinados às áreas fundamentais, como saúde, educação, habitação.

Reformar o Estado é muito importante, mas sem caminharmos para um Estado-Katrina !

ANTONIO ROQUE CITADINI - citadini@citadini.com é o Conselheiro decano e atual Vice Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e autor de livros, entre os quais “O Controle Externo da Administração Pública” e “Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas” - ed. Max Limonad, SP.



CONVÊNIOS. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS E ASPECTOS DE INTERESSE

SÉRGIO CIQUERA ROSSI E SÉRGIO DE CASTRO JR.

INTRODUÇÃO

O Estado, para que não se volte mais no tempo, nos termos das disposições trazidas pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967¹, organizou sua Administração decompondo-a em Direta e Indireta.

Enquanto a Administração Direta constitui-se, no âmbito federal, dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios (*logo, por equiparação, no âmbito estadual, dos Governos Estaduais e suas Secretarias; no municipal, das Prefeituras Municipais e suas Secretarias*), a Administração Indireta compreende as Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações Públicas.

Assim, num primeiro momento, observa-se a estruturação da Administração em dois segmentos bem definidos: o Governo, propriamente dito, representante direto do Estado e maior provedor das necessidades de uma coletividade, e as categorias de entidades acima nominadas, todas dotadas de personalidade jurídica própria e cuja definição encontra-se expressamente prevista no artigo 5º do mencionado diploma legal². Conclui-se, dessa forma, que a Administração Pública, por meio da união de esforços das Administrações Direta e Indireta, tem por desígnio maior atingir o bem comum, através da execução de atividades e prestação de serviços voltados à satisfação do interesse público.

O TERCEIRO SETOR

Todavia, diante dos freqüentes insucessos na tarefa de prestar serviços públicos com qualidade, surge, nesse contexto, o chamado “Terceiro Setor”, que reúne organizações privadas, porém, sem fins lucrativos, voltadas para o desenvolvimento de ações de interesse público, na tentativa de solucionar as mazelas sociais que, muitas vezes, não foram satisfatoriamente sanadas pelo Estado.

“Terceiro Setor” é, portanto, expressão largamente utilizada para designar a área de atuação composta por entidades da sociedade civil, mas sem fins lucrativos e de finalidade pública; é uma zona que coexiste com os chamados “Primeiro Setor” – Estado e “Segundo Setor” – iniciativa privada. Trata-se, em suma, do desempenho de atividades de interesse coletivo, embora por iniciativa privada, tendo por característica marcante, além da negação do lucro, a solidariedade social. Daí porque, em decorrência de suas atividades de fomento às ações públicas, muitas vezes, as entidades integrantes de tal setor recebem subvenções e auxílios por parte do Estado.

ORGANIZAÇÕES QUE INTEGRAM O TERCEIRO SETOR

São exemplos de organizações que integram o Terceiro Setor: as Associações Cívicas; as Fundações Privadas; as chamadas “ONGs” - Organizações Não-Governamen-

¹ Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

² Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. **(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)**

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. **(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)**

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. **(Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)**

tais; as Entidades Filantrópicas; as “OS” - Organizações Sociais e as “OSCIPS” - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

As **Associações Civis** são formato jurídico amplamente utilizado pelas entidades que compõem o Terceiro Setor, posto que a Constituição Federal (artigo 5º, incisos XVII a XXI) estabelece que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, independente de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. O Código Civil, em seus artigos 53 e seguintes dispõe acerca das Associações, estabelecendo que “constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Para sua constituição, os interessados providenciarão, através da realização de uma Assembléia Geral, a aprovação das características principais da Associação (denominação, finalidades, duração etc), a eleição dos seus dirigentes e a elaboração do Estatuto Social, o qual deverá ser registrado no competente Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, ato que conferirá personalidade jurídica à Associação.

De igual modo, as **Fundações** são também regulamentadas pelo Código Civil (artigos 62 a 69), sendo que, para sua criação, seu instituidor fará dotação especial de bens livres, através de escritura pública ou testamento, especificando os fins para os quais se destina, que somente poderão ser religiosos, morais, culturais ou de assistência.

No que toca às **ONGs**, trata-se de figura sem previsão legal específica, mas de existência inegável e amplamente reconhecida. Segundo Miguel Darcy de Oliveira³, *O primeiro documento de trabalho, em que esta nomenclatura é claramente assumida, circula entre ONGs do Rio de Janeiro no contexto de um seminário latino-americano promovido pela FAO. Assinado por Rubem César Fernandes, este texto só será publicado em 1988 como introdução ao primeiro catálogo de ONGs brasileiras, editado sob o título Sem Fins Lucrativos - as Organizações Não-Governamentais no Brasil. Neste documento, constata-se o surgimento na América Latina de um fenômeno novo. “Trata-se de microorganizações não-governamentais, sem fins lucrativos, que canalizam uma parcela da ‘Ajuda Internacional’ para um sem-número de projetos. (...) Essas ‘Organizações Não-Governamentais’ já ganharam um nome (uma sigla) no jargão das agências da Ajuda Internacional. São as ONGs. (...) Além de serem jovens, elas são relativamente estranhas ao cenário institucional latino-americano.*

Manipulam somas vultosas, mas não visam ao lucro. Mobilizam a dedicação voluntária, mas não são igrejas. Insistem na gratuidade do serviço, mas não são centros de filantropia. Mexem muito com a política, mas não são partidárias e, via de regra, querem-se distantes do Estado. Promovem o desenvolvimento mas não se especializam em ‘produtividade’. Fazem pesquisa, mas não são acadêmicas.”

Sendo entidades civis sem fins lucrativos, as ONGs, para efeitos legais, podem constituir-se quer como Associações quer como Fundações. Preferem, no entanto, a primeira forma, a qual não implica a existência de um patrimônio prévio, nem de um instituidor. Segundo os dados da Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais – ABONG, quanto ao formato jurídico, cerca de 95% das ONGs registradas constituíram-se como associações civis sem fins lucrativos, que se caracterizam por menores exigências burocráticas para a sua criação.

As **Entidades Filantrópicas**, por sua vez, são aquelas que se dedicam à prestação de serviços de caráter assistencial às populações excluídas socialmente; caracterizam-se por possuírem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEAS. O Decreto Federal nº 2.536, de 06 de abril de 1998, em seu artigo 2º, estabelece as principais características da Entidade Beneficente de Assistência Social, classificando-a como pessoa jurídica sem fins lucrativos que atue no sentido de: proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; amparar crianças e adolescentes carentes; promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências; promover, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde e promover a integração ao mercado de trabalho. Tais entidades caracterizam-se, ainda, por gozarem de imunidades e isenções tributárias, nos termos previstos pela Constituição Federal⁴.

Finalmente, tem-se as duas mais recentes qualificações jurídicas para entidades do Terceiro Setor: as **Organizações Sociais (OS)** e as **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)**. Tais figuras surgiram num contexto onde a importância do Terceiro Setor para o desenvolvimento do País tem sido demonstrada a cada dia, vez que já se confirmou que o Estado não tem mais condições de arcar, sozinho, com o financiamento e execução dos serviços ditos públicos. Nessa conjuntura, as OS e OSCIPS vêm à tona como uma tentativa de superação das insuficiências dos títulos anteriores,

³ In “ONGs, sociedade civil e terceiro setor em seu relacionamento com o Estado no Brasil”, disponível em http://www.rits.org.br/idadac_ongs_2.html

⁴ Artigo 150, VI, ‘c’ e § 4º.

de uma forma mais consentânea com a atual realidade social brasileira. As OS e OSCIPS têm por escopo final transferir (ou compartilhar) a gestão de função, órgão ou entidade pública para a iniciativa privada e encontram-se regulamentadas pelas Leis Federais nºs 9.637, de 15/05/98 e 9.790, de 23/03/99, respectivamente.

CONVÊNIOS

Feita uma breve análise acerca da forma de organização da Administração Pública, bem como do fortalecimento do Terceiro Setor no desenvolvimento de atividades que, precipuamente, caberiam ao Poder Público, convém analisar a maneira pela qual se dá, efetivamente, o repasse de recursos financeiros destinados a subsidiar ações públicas desenvolvidas em conjunto, qual seja, o *Convênio*.

PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Não procede a afirmativa de que a Constituição Federal não faz referência a convênios; em diversos dispositivos o texto constitucional revela a adoção de tal mecanismo de colaboração: em seu artigo 23, parágrafo único, prescreve que lei complementar fixará normas para a *cooperação* entre os entes federados, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; o artigo 39, § 2º do texto constitucional autoriza a celebração de *convênios* entre os entes federados para que mantenham escolas de governo visando à formação e ao aperfeiçoamento de seus servidores; o artigo 71, inciso VI, prevê que ao Tribunal de Contas da União compete fiscalizar quaisquer recursos repassados pela União mediante *convênio*, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, Distrito Federal ou a Município; o artigo 199, § 1º, dispõe que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, mediante contrato de direito público ou *convênio*, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos; finalmente, o artigo 241 da Constituição estabelece que os entes federados disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os *convênios* de cooperação entre si, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

Já o Decreto-Lei Federal nº 200/67, em seu artigo 10, § 1º, 'b', estabelece que a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada sendo que uma das formas de descentralização dar-se-á da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante *convênio*; os artigos 10, § 5º, 156, § 2º, 160 e

166 do referido Decreto-Lei também aventam hipóteses de celebração de convênio.

Finalmente, tem-se como fundamento legal para a celebração de Convênios a Lei Federal nº 8.666/93 que, em seu artigo 116, estabeleceu que se aplicam as disposições da mencionada lei, no que couber, aos *convênios*, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Registre-se, por oportuno, a existência de importante instrumento a subsidiar o estudo dos Convênios: a Instrução Normativa STN nº 01, de 15 de janeiro de 1997, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências.

CONVÊNIOS E INSTITUIÇÕES PRIVADAS

Instrumento de cooperação onde há interesses convergentes, posto que a todos os convenientes anima o mesmo propósito de servir ao interesse público, o Convênio, desde já é necessário consignar, pode ser firmado entre entes e entidades públicas, como também envolver pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, por exemplo, é possível que dois Municípios venham a firmar convênio objetivando a demarcação dos limites municipais; ou que Estado e Município assinem convênio para a realização de projetos ligados à Educação; pode ocorrer, ainda, que o objeto pretendido, apesar de encarnar um interesse público, seja plenamente desempenhado pela iniciativa privada, caso em que um dos partícipes do convênio poderá ser pessoa particular – é o que ocorre com os Convênios celebrados entre Estado e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços relacionados à área da Saúde (conforme previsto no artigo 199, § 1º, da Constituição Federal).

Desse modo, não obstante tenha sido criado historicamente como um modelo a ser celebrado entre entes de direito público, o convênio também pode aproveitar entidades privadas, figurando como uma das mais usuais formas de participação da sociedade civil na execução de atividades públicas. Note-se que, nessa hipótese, não estará ocorrendo **delegação** de serviços públicos, mas tão-somente **fomento** a uma atividade privada que, direta ou indiretamente, contribui para a o interesse público.

Essa forma de incentivo à iniciativa privada se dá, via de regra, pela concessão de auxílios ou subvenções, formalizados mediante convênio. Acerca do tema, merece destaque a lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁵ ao registrar que *o serviço prestado pelo particular não*

⁵ In "Parcerias na Administração Pública", 5ª ed., Atlas, p. 250.

perde a natureza de serviço privado para transformar-se em público, ele continua sendo prestado como privado, porém sujeito ao controle e fiscalização do Poder Público, não só com base no poder de polícia que se exerce normalmente sobre todas as atividades na área da saúde, mas também sobre a utilização dos recursos públicos, que deverá ser feita de acordo com as normas ajustadas no convênio.

Propõe-se no convênio, portanto, que um ente público repasse recursos financeiros para que outro ente, entidade vinculada ou empresa privada realize projeto de interesse público de competência comum ou concorrente, a nenhum deles movendo o fim de lucro, figura de todo estranha ao convênio.⁶

CARACTERÍSTICAS E DEFINIÇÕES BÁSICAS

De início, faz-se imprescindível distinguir Convênio de Contrato. Ainda que haja quem alegue ser aquele gênero deste⁷, o convênio, não obstante tenha em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades, possui características próprias.

Tanto é assim que a Lei n.º 8.666/93, no art. 116, *caput*, dispõe que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”; segundo observa Di Pietro⁸, se os convênios tivessem natureza contratual não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos arts. 1º e 2º.

Assim, o principal aspecto a diferenciar os convênios dos contratos parece ser, de fato, o concernente aos *interesses* que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos e confluentes. Nesse sentido, vale a pena citar a lição de Hely Lopes Meirelles⁹, para quem convênio é acordo, mas não é contrato:

“No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários) uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc), ou-

tra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.”

Feita essa distinção, convém estabelecer algumas definições básicas para melhor compreensão do funcionamento do Convênio.

Caracterizado pela ausência de interesses contrapostos, diz-se que o Convênio apresenta **partícipes**, e não partes. Assim, os partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) possuem uma prerrogativa amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência: podem, a qualquer tempo, denunciar o convênio e dele retirar-se, respondendo pelas obrigações já assumidas e auferindo as vantagens até então advindas, posto que a denúncia gera efeitos *ex nunc*. Desse modo, qualquer cláusula que possa restringir a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes não é admitida¹⁰.

A Instrução Normativa STN n.º 01/97 traz algumas definições de termos usualmente adotados em matéria de Convênios, os quais, ainda que estritamente relacionados com a execução descentralizada no âmbito da Administração Federal, merecem destaque:

- **Concedente:** órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, responsável pela transferência dos recursos financeiros ou pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio;
- **Conveniente:** órgão da administração pública direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera do governo, ou organização particular com a qual a administração federal pactua a execução de pro-

⁶ Cf. Jessé Torres Pereira Junior, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”, 6ª ed., p. 950.

⁷ Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9ª ed., p. 606) afirma que também os convênios podem ser tidos como contratos, já que uma possível divisão entre eles, na esteira do Direito Privado, os classificaria em comutativos e cooperativos; estes últimos seriam os convênios. Odete Medauar (Convênios e Consórcios Administrativos – BDA, agosto/95, p. 456) conclui que contrato e convênio administrativo tratam-se de figuras da mesma natureza e cita José Afonso da Silva, para quem os convênios e consórcios realizados pelos municípios teriam natureza contratual.

⁸ In “Parcerias na Administração Pública”, Atlas, 5ª ed., p. 246.

⁹ In “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros, 21ª ed., p. 358.

¹⁰ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RTJSP, 95:61).

grama, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio;

- **Interveniente:** órgão da administração pública direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, ou organização particular que participa do convênio para manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio.
- **Executor:** órgão da administração pública direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, ou organização particular, responsável direta pela execução do convênio.

REQUISITOS PARA FORMALIZAÇÃO – NECESSIDADE DE UM PERFEITO PLANO DE TRABALHO – A QUESTÃO DA INEXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO E DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

Segundo Diógenes Gasparini¹¹, a formalização do convênio se dá através de *termo*, que, embora simples, deve ter preâmbulo, texto e encerramento, a ele se aplicando, no que couber, as disposições relativas aos contratos administrativos.

Os artigos 6º e 7º da Instrução Normativa STN nº 01/97 pormenorizam quais as informações que deverão constar do preâmbulo do termo de convênio bem como todas as suas cláusulas necessárias, dentre elas: o objeto e seus elementos característicos com descrição detalhada, objetiva, clara e precisa do que se pretende realizar ou obter, em consonância com o plano de trabalho, que integrará o Convênio; as obrigações de cada um dos partícipes; a vigência do convênio e condições para prorrogação; a classificação funcional-programática e econômica da despesa, mencionando-se o número e data da nota de empenho ou nota de movimentação de crédito; as obrigações do interveniente e do executor, quando houver.

Vale notar, ainda, que o artigo 38, parágrafo único, da Lei de Licitações expressamente prevê que as minutas dos convênios devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração; tal previsão tem por escopo evitar a apuração tardia de eventuais vícios, sendo que ao órgão ou entidade concedente caberá proceder à competente análise preliminar do termo convenial, por sua assessoria jurídica.

No que tange ao **plano de trabalho**, a Lei 8.666/93, em seu artigo 116, § 1º, dispõe que “*A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades*

da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada (...)”, estabelecendo em seus incisos I a VII as informações que o plano de trabalho deverá conter: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - etapas ou fases da execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas e VII - tratando-se de serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se essa responsabilidade recair a entidade ou órgão descentralizador.

Dessa forma, o plano de trabalho consubstancia-se em documento destinado a estabelecer as diretrizes que deverão nortear o convênio que se pretende firmar; trata-se, basicamente, de um estudo destinado a demonstrar a conveniência, a viabilidade e a maneira pela qual se desenvolverá o convênio.

No tocante à necessidade, ou não, da realização de **certame licitatório** para firmar convênios, não obstante a Lei nº 8.666/93 silencie a respeito restringindo-se a dispor que “*Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios (...)*”, parece-nos que a celebração de convênio independe de prévio certame licitatório. Nesse sentido, é a lição de Di Pietro¹², para quem não há viabilidade de competição quando se trata de mútua cooperação; não se cogita de remuneração que admita competição.

De fato, não há obrigações entre cooperados; pelo menos, não no sentido jurídico da expressão. O convênio não é vínculo jurídico, oriundo de ato da vontade, que compele alguém a dar, a fazer ou não fazer algo economicamente apreciável, em proveito de outrem. Ademais, não é abrangido pela norma prevista no artigo 2º da Lei de Licitações, já que referido dispositivo fala em obras, prestações de serviços, compras etc da Administração Pública “*quando contratadas com terceiros*”, definindo em seu parágrafo único o que vem a ser contrato, caracterizando-o como acordo de vontade para a formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas, figura de todo estranha aos convênios.

Por outro lado, é evidente que os convênios não podem ser utilizados para contratar serviços junto à iniciativa privada, os quais, por sua natureza, estariam sujeitos ao ordinário processo de licitação; não se admite a utilização da “forma” convênio para, indevidamente, se evadir da obrigatoriedade de rea-

¹¹ In “*Direito Administrativo*”, Saraiva, 5ª ed., p. 368.

¹² In “*Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*”, Malheiros, 4ª ed., p. 312.

lização do devido certame licitatório, sob pena de infringência à norma constitucional prevista no artigo 37, inciso XXI da Carta Republicana. Nesse sentido, Medauar¹³ entende que, *se a Administração quiser realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos particulares, deverá ser realizada licitação*.

Em se tratando de relações com particulares, a solução talvez esteja na adoção, como regra geral, da assinatura de **contrato** precedido do devido procedimento licitatório, reservando-se a celebração de **convênio** somente para aqueles casos onde restar irrefutavelmente evidenciado o caráter cooperativo da relação, devendo o respectivo plano de trabalho trazer todas as razões que justifiquem a celebração do convênio com determinada entidade de direito privado, evidenciando, inclusive, a especificidade do objeto e da finalidade; por outro lado, se do ajuste resultarem interesses contrapostos e obrigações recíprocas, ter-se-á contrato, independentemente do *nomen juris* adotado, e, por consectário lógico, a licitação será obrigatória.

Outra questão de relevante interesse a ser analisada é a concernente à necessidade ou não de **autorização legislativa** para que se possa firmar um convênio. O artigo 116, § 2º da Lei de Licitações estabelece que “Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva”.

Não obstante opiniões contrárias¹⁴, no sentido de que a assinatura de convênio depende de autorização legislativa, o § 2º do artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93, conforme assinalado com propriedade por Pereira Júnior¹⁵, parece ter posto termo à tendência que se observou quando da promulgação de diversas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais que subordinaram a celebração de convênio à prévia autorização legislativa¹⁶.

A redação do § 2º torna claro que convênio é matéria estritamente administrativa e que a Administração, após estabelecê-lo, tão-somente dará **ciência** ao Legislativo. A regra do artigo 116, § 2º da Lei de Licitações é reproduzida, ainda, pela Instrução Normativa STN nº 01/97 que, em seu artigo 11, estabelece que “*assinado o convênio, a entidade ou órgão concedente dará ciência do mesmo à*

Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva do conveniente, quando for o caso”.

Ademais, o STF já se pronunciou acerca da matéria e vem decidindo que é inconstitucional a norma que exige autorização legislativa para que se firme um convênio, notadamente, por ferir a independência dos Poderes:

*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado de Minas Gerais. Artigo 181, incisos I e II. Acordos e convênios celebrados entre Municípios e demais entes da Federação. Aprovação prévia da Câmara Municipal. Inconstitucionalidade. Art. 2º da Constituição Federal. Este Supremo Tribunal, por meio de reiteradas decisões, firmou o entendimento de que as normas que subordinam a celebração de convênios em geral, por órgãos do executivo, à autorização prévia das Casas Legislativas estaduais ou Municipais, ferem o princípio da independência dos Poderes, além de transgredir os limites do controle externo previsto na Constituição Federal. Precedentes: ADIN nº 676/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso e ADIN nº 165/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Ação direta que se julga procedente. (ADIN 770, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20/09/2002)*¹⁷

Conforme observado por Maria Thereza C. de Souza Gouveia¹⁸, alinhados à posição do STF, notadamente por entenderem que a obrigatoriedade de prévia autorização legislativa fere o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes, estão Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Jessé Torres Pereira Júnior, Carlos Pinto Coelho Motta, Marcos Juruena Villela Souto e Toshio Mukai.

Todavia, é de se destacar que, com o advento da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a destinação de recursos para cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atendendo às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e estar prevista na Lei Or-

¹³ In “Convênios e Consórcios Administrativos” – BDA, agosto/95, p. 459.

¹⁴ Para Hely Lopes Meirelles, o convênio e o consórcio são sempre atos gravosos que extravasam dos poderes normais do administrador público e, por isso, dependem de aquiescência do Legislativo; nesse mesmo sentido, Diógenes Gasparini.

¹⁵ In “Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”, 6ª edição, p. 951.

¹⁶ Nesse sentido, o artigo 20, inciso XIX, da Constituição do Estado de São Paulo.

¹⁷ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>

¹⁸ In “Autorização Legislativa para celebração de convênios: inconstitucionalidade da exigência em Leis Orgânicas”; BDM – Junho/98, p. 373.

çamentária Anual (LOA) ou em seus créditos adicionais; nesse sentido é o artigo 26 do citado diploma legal¹⁹.

Note-se que o dispositivo em comento regula a destinação de recursos públicos para a iniciativa privada, nada mencionando acerca da celebração de convênios, razão pela qual não conflita com o entendimento sufragado pelo STF; ou seja, a autorização legal reclamada pela LRF não é exigência para a assinatura do convênio, mas sim para determinadas espécies de repasses para o setor privado, como se verá a seguir.

Ao falar em autorização mediante *lei específica*, não nos parece que a redação dada ao artigo 26 da LRF teve por escopo regular situações decorrentes de convênios firmados com o chamado “Terceiro Setor” para fomentar ações públicas, mas sim subordinar à prévia autorização legal algumas espécies de repasses ao setor privado: aquelas destinadas a cobrir **necessidades de pessoas físicas** ou **déficits de pessoas jurídicas**.

Assim, a destinação de recursos para cobrir necessidades de pessoas físicas só poderá se concretizar, além da previsão na LDO e na LOA, mediante lei específica, podendo se viabilizar através de determinados programas, como o Renda-Mínima e o Bolsa-Escola; da mesma forma, a destinação de recursos para cobrir déficit de pessoas jurídicas também deverá ser precedida de lei específica, até mesmo porque não há como prever, quando da elaboração da LDO, a ocorrência ou não de déficit de uma determinada pessoa jurídica, tampouco sopesar sua quantificação. Nessas situações, a obrigatoriedade de lei específica mostra-se salutar, por constituir instrumento de transparência da gestão governamental, em estrita observância aos princípios da legitimidade, moralidade e publicidade, evitando-se, assim, que entidades “fantasmas” ou altamente lucrativas sejam beneficiadas em detrimento de outras sem fins lucrativos e de caráter filantrópico.

Por outro lado, outras espécies de repasses não alcançadas pelo art. 26 da LRF parecem prescindir de lei específica, desde que devidamente previstas na LDO e na LOA: é o caso das destinações de recursos para entidades de caráter social, cuja atividade é voluntária e sem finalidade lucrativa, situação em que os repasses estatais configuram verdadeiro fomento a ações de interesse público.

Destinações de recursos a tais entidades, realizadas preferencialmente mediante prévia celebração de con-

vênio, parecem dispensar lei específica, desde que haja a necessária previsão na LDO e na LOA, identificando a instituição beneficiária e especificando o valor do repasse; registre-se que tal previsão, entretanto, confere à entidade mera expectativa, e não direito de recebimento, já que a programação do orçamento não vincula o ordenador da despesa, conforme já restou decidido pelo STF²⁰.

A LRF prevê, ainda, em seu artigo 62, que os municípios só contribuirão para o custeio de despesas de competência de outros entes da Federação se houver autorização na LDO e na LOA, sendo necessário, também, a existência de convênio, acordo, ajuste ou congênere.

Vê-se, portanto, que o mencionado dispositivo refere-se especificamente a convênios firmados entre entes de direito público, não fazendo qualquer menção à lei específica, não lhes dispensando, todavia, a necessária previsão na LDO e na LOA.

DIRETRIZES DA LEI Nº 8.666/93 APLICÁVEIS AOS CONVÊNIOS – ALTERAÇÕES PERMITIDAS – PUBLICIDADE COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA

Conforme já foi visto, a Lei de Licitações, é o estatuto que estabelece as principais diretrizes a serem observadas quando da celebração de convênios. Além das questões já analisadas, o artigo 116 traz ainda, em seus §§ 3º a 6º, normas a serem observadas no tocante à liberação, utilização e aplicação dos recursos repassados, bem como da prestação de contas por parte dos responsáveis.

O artigo 116, § 3º, prevê uma espécie de vinculação na aplicação das parcelas do convênio, as quais somente serão liberadas em estrita conformidade com o cronograma de aplicação, exceto nos casos previstos nos incisos I a III do referido parágrafo (*falta de comprovação da regular aplicação da parcela anteriormente recebida; desvio de finalidade na aplicação dos recursos; atraso não justificado; práticas atentatórias aos princípios da Administração Pública; inadimplemento com relação a cláusulas conveniais básicas; não adoção, pelo executor, das medidas saneadoras apontadas pelo repassador*). O artigo 116, § 4º, prevê a obrigatoriedade de

19 Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidade de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 1º O disposto no caput aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições próprias, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital.

²⁰ Recurso Extraordinário no 34.581-DF, in RT no 282, p. 859.

aplicação financeira dos saldos de convênio, enquanto não utilizados, em caderneta de poupança de instituição oficial (se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês) ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo (quando a utilização dos mesmos se verificar em prazo inferior a um mês).

Já o § 5º do artigo sob análise determina a integral aplicação das receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior no objeto do convênio, exclusivamente.

Por fim, o artigo 116, § 6º estabelece que, no caso de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, eventuais saldos financeiros deverão retornar ao órgão ou entidade concedente, no prazo improrrogável de 30 (trinta dias) sob pena de instauração de tomada de contas especial do responsável.

No tocante a eventuais **alterações** que se façam necessárias no convênio, a Instrução Normativa STN nº 01/97, em seu artigo 15, estabelece que “*o convênio, ou plano de trabalho, este quando se tratar de destinação por Portaria Ministerial, somente poderá ser alterado mediante proposta do conveniente, devidamente justificada, a ser apresentada em prazo mínimo, antes do término de sua vigência, que vier a ser fixado pelo ordenador de despesa do concedente, levando-se em conta o tempo necessário para análise e decisão*”; no mais, parece ser o caso da regra geral de que aos convênios aplicam-se, no que couber, as regras da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Gasparini²¹ destaca, ainda, que, por entendimento comum dos partícipes, o convênio pode ser alterado, através de *termo de alteração*.

Outro importante aspecto a ser considerado é o da **publicidade** como condição de eficácia dos convênios. Nos termos do preceito constitucional basilar que orienta todo e qualquer ato da Administração Pública – artigo 37 da Carta Magna – conclui-se que o princípio da publicidade deve ser observado também no que toca à celebração de convênios.

A esse respeito, a Instrução Normativa STN nº 01/97, em seu artigo 17, dispõe que “*a eficácia dos convênios e de seus aditivos, qualquer que seja o seu valor, fica condicionada à publicação do respectivo extrato no ‘Diário Oficial’ da União, que será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, devendo esta ocorrer no prazo de vinte dias a contar daquela data, contendo os seguintes elementos: (...)*”, e relaciona, em seus sete

incisos, quais os dados que devem constar da publicação, tais como: espécie, número e valor do instrumento; denominação, domicílio e inscrição cadastral dos partícipes; resumo do objeto; crédito pelo qual correrá a despesa; prazo de vigência e data da assinatura, dentre outros. Conforme se verifica, a Instrução Normativa STN nº 01/97 reproduziu, aqui também, regra da Lei de Licitações, no caso, aquela inculpada no artigo 61, parágrafo único, que prevê a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial como condição indispensável para sua eficácia.

FISCALIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE CONTAS – FORMAS DE EXTINÇÃO – RESPONSABILIZAÇÃO DOS EXECUTORES DOS CONVÊNIOS POR DANOS DECORRENTES DA MÁ EXECUÇÃO

É usual que a execução dos convênios fique sob a responsabilidade de uma das entidades participantes, ou de comissão nomeada para tanto que, num ou noutro caso, denomina-se, nos termos da Instrução Normativa nº 01/97, “*executor*” – responsável direto pela execução do objeto do convênio. Portanto, na qualidade de responsável, o executor deverá demonstrar que os valores recebidos estão sendo utilizados em consonância com os objetivos estipulados. Conforme ensina Di Pietro²², *como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado. (...) Por essa razão, o executor do convênio é visto como alguém que administra dinheiro público; como tal, está obrigado a prestar contas não só ao ente repassador da verba, como também ao Tribunal de Contas, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, e art. 32, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo.*

Assim, sem prejuízo do sistema de controle interno existente nos órgãos e entidades da Administração Pública, ao Tribunal de Contas competente cabe realizar o controle das despesas decorrentes de convênios; esse, inclusive, é o teor do artigo 113 da Lei de Licitações²³.

Dessa forma, vê-se delimitada a competência dos Tribunais de Contas para acompanhar, fiscalizar e julgar convênios, sendo que a Lei Complementar nº 709, de 14 de janeiro de 1993 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, estabelece, em seu artigo 2º, incisos X e XVII:

²¹ In “*Direito Administrativo*”, Saraiva, 5ª ed., p. 368.

²² In “*Parcerias na Administração Pública*”, 5ª edição, p. 251.

²³ “Art. 113 - O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente (...).” (g.n.)

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

(...)

X – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres;

(...)

XVII – julgar convênios, aplicação de auxílios, subvenções ou contribuições concedidos pelo Estado e pelos Municípios a entidades particulares de caráter assistencial ou que exerçam atividades de relevante interesse público.

Ao órgão da Administração Pública concedente caberá apresentar **parecer conclusivo** sobre a prestação de contas oferecida pelo órgão ou entidade que recebeu recursos, devendo atestar, dentre outros aspectos: o cumprimento das cláusulas do ajuste; a correta contabilização das transações envolvidas; a conformidade com a legislação que rege a matéria; o cumprimento das metas estabelecidas e a regularidade dos gastos efetuados.

Destaque-se, ainda, que há outras formas de controle diversas daquela realizada pelas Corte de Contas (inclusive quando incitadas por cidadãos ou entidades civis, nos termos do artigo 74, § 2º da Constituição Federal), tais como o controle parlamentar (previsto no artigo 49, inciso X da Constituição Federal e comumente reproduzido nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais), bem como o controle jurisdicional que, através das cabíveis ações previstas no ordenamento jurídico, poderá ser desencadeado pelos cidadãos, associações e Ministério Público.

No tocante à **responsabilização** dos executores, Medauar²⁴ destaca que os convênios sujeitam-se a todos os princípios e normas incidentes sobre as atividades da Administração Pública, deles decorrendo as sanções previstas no ordenamento, tais como ressarcimento ao erário e responsabilização por improbidade administrativa, sendo possível, ainda, cogitar-se de responsabilização dos executores por danos a terceiros ou danos decorrentes de má execução.

No que toca à **extinção** do convênio, já foi visto que os convenientes, a qualquer tempo, podem denunciar o convênio e dele se retirar, sendo vedada qualquer cláusula que possa restringir tal prerrogativa; dessa forma, é

possível que o convênio se encerre com a retirada de um ou mais partícipes.

O convênio também se extingue com a expiração do prazo de vigência que eventualmente tenha sido pactuado pelos partícipes, bem como com a plena consecução do objeto a que se destinava; assim, aprovada a prestação de contas apresentada pelo conveniente responsável pela execução (ou, quando houver, pelo executor) o ordenador de despesa da unidade concedente emitirá parecer conclusivo, declarando expressamente que os recursos transferidos tiveram boa e regular aplicação.

Conforme aduz Gasparini²⁵, com ou sem prazo, o convênio pode ser extinto a qualquer momento pela vontade das partes; acertada a extinção, lavra-se o *termo de extinção* ou de *rescisão*.

A Instrução Normativa STN nº 1/97, em seu artigo 36, estabelece, ainda, que constitui motivo para rescisão do convênio, independentemente do instrumento para sua formalização, o inadimplemento de quaisquer cláusulas pactuadas, notadamente: a utilização dos recursos em desacordo com o Plano de Trabalho; a aplicação dos recursos no mercado financeiro em desacordo com as determinações legais e a falta de prestação de contas nos prazos estabelecidos.

ALGUMAS BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI FEDERAL Nº 11.107/05 - LEI DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A Lei Federal nº 11.707, de 06 de abril de 2005, publicada em 07 de abril do mesmo ano, dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Tal normatização pretende atender ao disposto no artigo 241 da Constituição Federal (nos termos da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98).

De acordo com o texto legal, para cumprir seus objetivos, o consórcio público poderá firmar convênios e contratos, receber auxílios e contribuições, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ser contratado pela administração direta e indireta dos entes consorciados com dispensa de licitação, emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas, bem como outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos.

Conforme visto, entende-se que a gestão associada de serviços públicos não requer, necessariamente, a formação de um consórcio público, podendo ser feita mediante **convênio de cooperação**, o que, inclusive, estaria

²⁴ In “Convênios e Consórcios Administrativos” – BDA, agosto/95, p. 460/461.

²⁵ In “Direito Administrativo”, Saraiva, 5a ed., p. 368.

expresso nos parágrafos 4º, 5º e 6º do artigo 13 da Lei de Consórcios Públicos. Há, ainda, previsão legal (art. 14) autorizando a União a celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas.

Em que consistiria, então, a diferença entre consórcios públicos e convênios? A partir do advento da Lei nº 11.107/05, a primeira diferença está na atribuição de personalidade jurídica aos primeiros, enquanto os segundos existirão como simples acordos temporários de atuação conjunta²⁶. Dessa forma, tem-se que, no convênio, as relações jurídicas são firmadas entre diferentes partes (os entes conveniados) e não em nome do próprio convênio, já que este não pode ser sujeito de direitos e obrigações. Já no consórcio público tem-se a formação de um novo ente, com personalidade jurídica própria e, portanto, com obrigações próprias.

A segunda distinção entre convênios e consórcios públicos seria o fato de apenas entes federativos poderem compor o consórcio público na forma da Lei 11.107/05. A autorização para contratar consórcio público, constante do artigo 1º da referida lei, é exclusiva para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; outros órgãos e entidades poderão participar eventualmente de convênios e contratos de gestão ou termos de parceria, jamais de consórcios públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5º ed. São Paulo: Atlas. 2005.
- ____ et al. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética. 2002.

MEDAUAR, Odete. *Convênios e Consórcios Administrativos*. Boletim de Direito Administrativo - BDA – Agosto/95, p. 451/461.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

SOUZA GOUVEIA, Maria Thereza Carolina. *Autorização legislativa para celebração de convênios: inconstitucionalidade da exigência em Leis Orgânicas*. Boletim de Direito Municipal - BDM – Junho/98, p. 366/373.

TOLEDO JR., Flavio C. de; ROSSI, Sérgio Ciquera. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: NDJ. 2005.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Manuais: *Repasses ao Terceiro Setor; Organização Social; Fundação Estadual e Municipal; Fundação de Apoio e Conveniada*.

Sites consultados: www.stf.gov.br; www.bnnds.gov.br; www.rits.org.br; www.comunitas.org.br; www.ipea.gov.br; www.transportes.gov.br; www.sbdp.org.br.

SÉRGIO CIQUERA ROSSI é Secretário-Diretor Geral e Substituto de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e SÉRGIO DE CASTRO JR é Agente da Fiscalização Financeira do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.



²⁶ Cf. Lucas Navarro Prado, in "Aspectos selecionados da Lei de Consórcios Públicos", disponível em http://www.sbdp.org.br/revista_ver.php?id_re=22

PREVIDÊNCIA E REGIME PRÓPRIO. DEVOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONTRIBUIÇÕES INDEVIDAS. A APOLOGIA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO.

IVAN BARBOSA RIGOLIN

Previdência. Contribuições sobre parcelas não permanentes nem incorporáveis à base de cálculo da aposentadoria. Antijuridicidade. 1. Se já não tinha cabimento nem mesmo anteriormente à EC 20/98 e à EC 41/03, muito menos se admite, após o advento de tais emendas constitucionais, qualquer desconto previdenciário, em regime próprio de servidor público, que incida sobre parcela que não será utilizada no cálculo da futura aposentadoria. 2. Está definitivamente consagrado na Constituição o princípio da contraprestação, segundo o qual não pode ser imposto ao segurado desconto sobre base que não o aproveite nos futuros benefícios, pois que nessa matéria previdenciária não se admite contribuição sem proveito ao contribuinte.

I – A questão que se propõe, em resumo, é a seguinte: *pode ser devolvido administrativamente aos segurados contribuintes de um instituto previdenciário próprio de um Município, e aos respectivos entes patronais, o montante das contribuições que incidiram à ocasião sobre o total da remuneração daqueles segurados, a qual incluía vantagens transitórias que jamais serão utilizadas no cálculo das suas aposentadorias?*

O caso é real, e no Município em questão ocorreram descontos sobre verbas não permanentes e não incorporáveis ao vencimento dos segurados, como horas extras, funções gratificadas, remuneração de cargos em comissão, adicional de risco de vida, auxílio-alimentação.

Todas essas verbas, transitórias e impermanentes por definição e em essência, pelo atual regramento constitucional *jamais serão aproveitadas* pelos contribuintes - que servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo - para fins de aposentadoria, porém mesmo assim, por força de uma lei local que depois foi modificada, foram consideradas para incidência de contribuição previdenciária ao regime próprio.

Aqueles servidores, que haviam contribuído sobre aquela base ampla e indiscriminada, após a modificação da lei passaram a pleitear a devolução *administrativa*

das contribuições, mesmo sem autorização de lei, por entendê-las indevidas.

Assim, se *por uma lei* incidiu a contribuição ampla e indiscriminada, e se *por outra lei* cessou de incidir, poderia agora, administrativamente e sem lei específica a autorizar a medida, ser devolvido tanto aos segurados quanto aos seus entes patronais o excesso inaproveitável de contribuição?

II - Por ousado ou temerário que possa parecer, e desde já, *sim* nos parece ser a resposta, pelo que se passa a expor.

III – Esta questão proposta se resolve não pela aplicação de literais disposições da Constituição ou de leis, porém pela incidência de importantíssimos *princípios de direito*, tanto constitucionais quanto legais, e quanto ainda doutrinários, extraídos de regras constitucionais e legais.

Tais princípios sujeitam a Administração pública de modo permanente, incondicional, incontornável e inafastável, vale dizer de modo absoluto. E neste momento se torna compreensível por que autores tão ilustres quanto, dentre outros, Wladimir Novaes Martinez e Mauro Roberto Gomes de Mattos concentraram sua atenção sobre os princípios de direito, o primeiro escrevendo soberbamente sobre os princípios de *direito previdenciário*, e o segundo, com não menos empolgação, sobre os princípios de *licitação*. O tema dos princípios de direito merece, de fato, atenção maximamente concentrada.¹

Com todo efeito, o conjunto dos princípios constitui um arcabouço jurídico intransponível, um sólido ordenamento só em si, um amplo conglomerado de imposições comportamentais, um complexo normativo que, por mais abstrato que de início ou visto de soslaio possa parecer, em verdade se constitui no mais denso e rígido regramento de conduta que se possa conceber.

IV – Não é por acaso que desde tempo imemorial toda a melhor doutrina do direito público, em uníssono e sem jamais pestanejar, proclama aos quatro ventos e a todos os quadrantes do universo jurídico *que é mais grave transgredir um princípio que violar uma norma*.

¹ Cf. de Wladimir Novaes Martinez os *Princípios de direito previdenciário*, 3ª ed. LTr, SP, 1.995, e de Mauro Roberto Gomes de Mattos a *Licitação e seus princípios na jurisprudência*, ed. Lumen Juris, RJ, 1.999.

Poder-se-ia procurar o pai dessa inigualável formulação, mas essa seria uma inútil empresa porque sínteses assim tão magistrais, e tão profundamente concebidas e abarcantes, nunca têm apenas um pai, mas antes uma legião de autores a disputar a gloriosa autoria.

O fato é que diversos juristas da maior qualidade emprestam a todo o tempo sua inteligência e seu discernimento para fundamentar a assertiva, e dentre esses podem-se selecionar alguns como Diogenes Gasparini, que citando Celso Antonio assim disserta sobre o tema:

“Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (RDP.15:284). Sendo assim é certo que ‘violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra’, afirma esse notável administrativista (RDP, 15: 284). Mesmo assim sua aplicação não é absoluta, nem se pode afirmar que entre eles há hierarquia”. (In Direito administrativo, 10ª ed. Saraiva, SP, 2.005, p. 7)

Observe-se a ênfase deste autor citado, Celso Antonio, ao pretender que afrontar princípio representa insurgência contra todo o sistema, subversão de sus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Não poderia ser mais eloqüente, nem revelar-se mais inconformado com eventual desatenção a princípio de direito.

V – José Afonso da Silva é outro que cita Celso Antonio, para quem princípio é

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” (In

Curso de direito constitucional positivo, 17ª ed. Malheiros, SP, 2.000, p. 95, nota de rodapé), sendo que o próprio José Afonso ensina que “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (mesma obra, p. 96), e transcreve a lição de Canotilho e Vital Moreira, para quem os princípios de direito constituem “núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais” (mesma obra, p. 96).

VI - Leonardo Motta Espírito Santo em importante artigo integrante de obra conjunta, ensina que

“Princípio enseja a idéia de principal, primeiro em importância, proposição diretiva, às quais se subordinam todo o desenvolvimento ulterior. Neles, estão inseridas as diretrizes do ordenamento jurídico. São as bases nas quais se alicerçam os institutos e normas jurídicas.” (In Direito administrativo, na obra Curso prático de direito administrativo, coordenada por Carlos Pinto Coelho Motta, 2ª ed. Del Rey, MG, 2.004, p. 11).

Esse autor menciona ainda, sobre o mesmo tema, outros doutrinadores do naipe de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Geraldo Ataliba, assim:

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sobre a observância dos princípios, posiciona-se: “como os princípios são normas portadoras dos valores e dos fins genéricos do direito, em sua forma mais pura, explica-se porque sua vedação tem repercussão muito mais ampla e grave, do que uma transgressão de normas preceituais, que os aplicam às espécies definidas pelos legisladores, venham ou não, tais princípios, expressos explicitamente na ordem jurídica, bastando que nela sejam expressos implicitamente.”

O notável Mestre Geraldo Ataliba discorre com perfeição: *“Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico.” (mesma obra, p. 11/2)*

VII – O mesmo Leonardo Motta Espírito Santo, citando ainda Agustín Gordillo, Hans Kelsen, José Afonso

da Silva e Juan Manuel Teran prossegue no deslindar dos princípios até mesmo em nota de rodapé, tão rico à reflexão se revela esse assunto:

“Agustín Gordillo – notável mestre de Direito argentino – ensina que o princípio é ao mesmo tempo norma e diretriz do sistema, informando-o visceralmente (Introducción al Derecho Administrativo, vol. I. p. 176), e demonstra que mesmo as normas constitucionais não têm igual eficácia, mas, pelo contrário, se estruturam de forma piramidal, como entende a escola de Viena, liderada pelo incomparável Kelsen. Aliás, José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais) dá a melhor demonstração prático-teórica da robustez desse postulado. O princípio aponta a direção, o sentido em que devem ser entendidas as normas que nelas se apóiam e ressalta não poder o intérprete extrair conclusão que contrarie um princípio, lhe comprometa as exigências, ou lhe negue as naturais conseqüências. Por isso, Juan Manuel Teran compara o princípio ao alicerce de um edifício, já que suporta e lhe dá consistência”. (mesma obra, p. 12, em nota de rodapé).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro é mais uma notável cultora do direito público para quem

“Sendo o direito administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.” (In Direito administrativo, 12ª ed. Jurídico Atlas, SP, 2.000, p. 67).

VIII – E ainda Maria Sylvia, prestigiando a definição de Cretella Jr., cita-o importantemente para o tema dos princípios de direito:

“Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.” É o conceito de José Cretella Júnior (Revista de Informação Legislativa, v. 97:7, in mesma obra, p. 66, com destaque original).

E, para encerrar um rol de doutrinadores que poderia prosseguir quase até o infinito neste riquíssimo tema dos princípios de direito e de seu significado na condução da Administração pública, Celso Ribeiro Bastos sente que

“Nos sistemas normativos é possível fazer a identificação de dois tipos de normas. Algumas são simples

regras jurídicas, limitando-se a reger a hipótese para a qual foram elaboradas. Outra, porém em razão sobretudo do grande teor de abstração que assumem, funcionam como autênticos princípios, isto é, têm o seu raio de atuação distendido por sobre uma sem-número de normas-regras.

Por exemplo: o dispositivo que confere maioria civil aos vinte e uma anos é uma norma-regra. Já aquele que diz que o Brasil é uma República encerra um autêntico princípio. É uma norma-princípio. Isto significa que ela subjaz a uma série de outras normas que, no fundo, são implementadoras do princípio. A eletividade dos governantes, a periodicidade dos mandatos, são todas regras que dão concretude ao princípio republicano. Não há hierarquia jurídica entre as meras normas e os princípios. Aquelas, contudo, não sempre de ser interpretadas de molde a dar a maior eficácia possível ao princípio a que se encontram sujeitas.

Os textos constitucionais, via de regra, contêm diretrizes básicas a guiar todo o ordenamento jurídico de um Estado. Essas diretrizes corporificam, de fato, os princípios constitucionais, que se irradiam por todo o sistema constitucional, conferindo-lhe racionalidade e norteando o processo de interpretação da Lei Maior.” (In Curso de direito financeiro e de direito tributário, ed. Saraiva, SP, 1.991, p. 106).

IX – Podem ser desde logo extraídas algumas conclusões acerca do que em síntese pensam os autorizados juristas transcritos sobre princípios de direito, como por exemplo as seguintes, em palavras livremente enunciadas :

a) princípios são *mandamentos nucleares* de um sistema jurídico. Nada pode ser mais importantes do que isso, nem mais relevante para ditar as normas integrantes do próprio direito, do próprio sistema jurídico. Os princípios estão na base das normas concretas e objetivas, informando-as de seu conteúdo principal e orientando a sua elaboração e a sua proliferação dentro do ordenamento positivo;

b) se os princípios são ordens nucleares de um sistema, com isso e por isso constituem o regramento primigênio, ancestral, basilar e matricial de todo o direito escrito. Integram e compõem o arcabouço das regras que se lhes seguem a informação originária, indivisível, e imaterialmente onibarcante;

c) os princípios constituem o alicerce ideal de toda norma, responsável pela sua higidez e autonomia dentre as instituições jurídicas, e como numa qualquer construção representam o seu projeto e a linha-mestra de condução daquelas. São-lhes o fio condutor – o *leitmotif* dos alemães –, sem o qual nenhuma regra objetiva se sustenta no mundo social ao qual jurou servir o direito, e para o que este concretamente existe;

d) na criação jurídica, e muito especialmente dentro do direito público, é obrigatório observar a seqüência *princípio-regra*, segundo a qual qualquer regra objetiva precisa se originar de um princípio, ou precisa materializar um princípio, ou em outras palavras precisa dar exequibilidade prática a um princípio, ou a vários deles imbricadamente considerados. Não se concebe a regra normativa divorciada do seu princípio informativo, nem, muito menos, disposta a negá-lo, a contrariá-lo ou a vilipendia-lo. Isso significa, antes, a *negação do direito*, e a decretação da inutilidade da norma jurídica;

e) os princípios dão toda a lógica e a racionalidade do sistema jurídico objetivo, que por isso não pode prescindir da sua abstrata mas interpenetrante substância, que agrega todas as células e os componentes, por mais sutis, da regra normativa que disciplina o convívio humano na face do planeta. Sem a informação dada pelo princípio dificilmente se divisaria alguma norma que só por si se justificasse senão como jogo literário, ou vazio exercício de palavras;

f) um *princípio* é uma *supranorma*, que acaso precede, preenche e justifica a existência da regra concreta e objetiva. Sem se filiar aos princípios nenhuma norma encontra motivo ou razão de ser, pois que o direito não é folgado ocupacional nem gratuito exercício de humanidade, mas ferramenta da ordem e da realização social, que a cada momento da história descobrem os princípios que as aglutinam, e consagram os princípios que as norteiam;

g) o princípio, precisamente, constitui a *aglutinação do ideário* que antecede qualquer elaboração legislativa, ou de outro modo normativa. Representa a síntese indivisível e essencial do pensamento do qual brotam as normas mais variadas e mais prolíferas;

h) o princípio é a *causa*, da qual as normas concretas são o *efeito*. E, tal qual inexistente efeito sem causa, inexistente efeito diferente da causa, por impossibilidade lógica e material.

E assim precisa ser, como na natureza um dia precisa suceder ao outro, ou como ao dia sucede a noite invariavelmente.

Já em direito, ai da norma que não seguir esse figurino !

X – Os princípios de direito e de administração pública ganharam destaque e relevância toda especial em nosso país a partir de promulgada a Constituição de 1.988. Deixaram de ser construção meramente doutrinária – por mais ilustre que fosse – para converter-se em *regras escritas* e com isso dotadas de objetiva exigibilidade – tudo isso naturalmente sem perder sua essencial imaterialidade, sua abstração natural ante as normas concretas.

Mas o fato é que após editada a Carta de 1.988 muitíssimos julgados de todo nível, inumeráveis em seus milhares e que se multiplicam a cada dia, são fulcra- dos principalmente não no artigo tal da lei qual, mas no

princípio tal, referido no artigo qual da Carta, ou da lei, ou ainda em diversos princípios mútua e complementarmente considerados, expressa e explicitamente constantes dos mesmos diplomas.

A Carta de 1.988 menciona, no art. 37, cinco princípios sujeitadores da Administração pública: *legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência*. Antes, no art. 5º, destacara o princípio da igualdade de todos perante a lei, esteio do estado democrático. No art. 70 condiciona a ação do Congresso Nacional também aos princípios da *legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receita*.

No art. 4º a Carta de 1.988 já explicitara que o Brasil se rege, nas suas relações internacionais, por dez outros princípios, sejam a *independência nacional; a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; a não-intervenção; a igualdade entre os Estados; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos; o repúdio ao terrorismo e ao racismo; a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, e a concessão de asilo político*.

No art. 194, parágrafo único, a discorrer sobre seguridade social, estão elencados sete objetivos que nada mais são que plenamente caracterizados princípios de administração, sem dizer do art. 193, a determinar que a ordem social em nosso país tem como base o *primado do trabalho* – e eis aí um sólido e grandioso princípio de condução da vida nacional, magnificamente sintetizado.

Antes de tudo isso, porém, é sempre preciso recordar a denominação do Título I da Constituição Federal, que contém os arts. 1º a 4º: “Dos Princípios Fundamentais”. A Constituição não encontrou assunto mais importante a destacar ao seu início e como base de tudo quanto segue que os princípios fundamentais que alicerçam e dão as bases institucionais da República Federativa do Brasil.

A própria Constituição Federal, portanto, parece não ter vislumbrado nada mais importante que evocar *princípios* para sobre eles edificar a estrutura institucional e política que deu a nosso país.

XI – Mas nem de longe a Constituição está isolada na sua consagração de princípios de administração como norte na conduta da nação.

As Constituições estaduais não se revelaram insensíveis ao elenco dos princípios de administração, e nesse sentido a Carta do Estado do Rio de Janeiro assim dispôs:

“Art. 77 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte” (Destacamos).

A *Constituição do Estado de São Paulo*, para citar apenas mais um exemplo, e de redação muito similar, reza:

“Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.” (Destacamos).

Observa-se que o Rio de Janeiro inovou ante a Carta federal por elencar o princípio do *interesse coletivo*, enquanto que São Paulo tratou esse princípio por *interesse público*, e ainda acresceu ao rol os princípios da *razoabilidade*, da *finalidade* e da *motivação*.

São criativos os Estados, portanto, nessa matéria mais importante que quase todas as demais, que são os princípios de administração.

XII – E não foram apenas as Constituições que se esmeraram em elencar princípios de administração, aos quais vivem assujeitados todos os Poderes do Estado, todos os entes e todos os órgãos públicos.

Incontáveis leis, da mais variada natureza e de todo nível de governo, referem destacadamente diversos princípios de administração e de conduta, e desse imenso rol apenas algumas serão aqui mencionadas.

No plano federal, o estatuto dos servidores, ou a lei do regime jurídico único federal, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1.990, no art. 153 assegura o princípio do *contraditório* aos servidores indiciados em processo administrativo, em atenção, de resto, ao que preconiza a Carta, art. 5º, inc. LV, a consagrar esse princípio como garantia a todo acusado.

A lei nacional de licitações e contratos administrativos, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, refere, no art. 3º, além dos princípios constitucionais, os princípios da *probidade administrativa*, da *vinculação ao instrumento convocatório*, do *juízo objetivo* e *“dos que lhes são correlatos”*.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1.992, que instituiu o rito punitivo de atos de improbidade, prescreve no seu art. 11, até com muito exagero, que constitui ato de improbidade aquele que atente contra os princípios da administração pública, tais quais atos de desonestidade, parcialidade, deslealdade às instituições.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que regula o processo administrativo federal, elenca, no art. 2º, além de outros já referidos também os princípios da *ampla defesa*, da *proporcionalidade* e da *segurança jurídica*.

Existem tantos exemplos que não se faz necessário prosseguir neste elenco, senão para recordar o caso das leis orgânicas de incontáveis Municípios brasileiros, que amiúde reiteram para o seu âmbito de abran-

gência aqueles tradicionais princípios constitucionais de administração, com variações maiores ou menores.

XIII – Falando agora especificamente da legislação previdenciária, nesse ramo jurídico os princípios de direito assumem peculiar e extraordinária importância, e passam a deter uma objetividade raramente visualizável em outros terrenos do direito.

Ingresa-se a esta altura na legislação da previdência nacional, a cargo do INSS, que não se aplica ao caso do instituto consulente mas que dá todas as bases da *legislação instituidora* e regedora dos regimes próprios de previdência social, aplicáveis aos servidores estatutários ocupantes de cargos efetivos. Sim, porque a Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1.998, a qual dá as normas gerais para instituição dos regimes próprios de previdência social como é o Instituto consulente, está inteiramente calcada nos princípios, nos critérios, nos objetivos e nas diretrizes estruturadoras do Regime Geral de Previdência Social, a cargo do INSS, delas não se distanciando em momento algum.

Assim, observa-se que os dois principais diplomas da previdência social brasileira, que estruturam todo o Regime Geral de Previdência Social a cargo do INSS - referido inicialmente no art. 40, § 13, da Constituição, e disciplinado a partir do art. 194 e até o art. 204, todos da Constituição Federal -, que são a *Lei nº 8.212, de 21 de julho de 1.991*, a lei orgânica da seguridade social, e a *Lei nº 8.213, da mesma data*, a lei dos planos de benefícios da previdência social, cada qual delas enumera uma respeitável série de *princípios e diretrizes* de direito previdenciário do mais imediato interesse para o deslinde desta questão proposta.

A Lei nº 8.212/91, a LOSS, elenca os seguintes princípios regedores da seguridade social, logo no parágrafo único do art. 1º, nas als. *a a g*: (I) universalidade da cobertura e do atendimento; (II) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; (III) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; (IV) irredutibilidade do valor dos benefícios; (V) *equidade na forma de participação no custeio* – e o destaque é nosso -; (VI) diversidade da base de financiamento, e (VII) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa (...).

E a Lei nº 8.213/91, dos planos de benefícios da previdência, reúne também logo ao seu início, no art. 2º, incs. I a VIII, oito *princípios e objetivos* norteadores da organização dos benefícios que o sistema presta aos segurados, e que são os seguintes: (I) universalidade de participação nos planos previdenciários; (II) uniformidade e equivalência dos benefícios às populações urbanas e rurais; (III) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; (IV) *cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos*

monetariamente- e o destaque outra vez é nosso -; (V) irreduzibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; (VI) valor da renda mensal não inferior ao do salário mínimo; (VII) previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional, e (VIII) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa (...).

Observa-se que toda a seguridade social brasileira – integrada por ações e prestações de previdência, saúde e assistência, na forma do art. 194 da Constituição – está toda inteira *calcada e alicerçada em princípios de direito*, que dão as bases ideológicas e operacionais de todas as regras que seguem enunciadas na legislação. *Antes os princípios* – dispôs a lei -, e depois, na forma dos princípios, as regras objetivas e concretas de atuação do sistema previdencial.

XIV - Mas foram destacados daqueles dois elencos dois princípios, um de cada lei básica da previdência nacional, que merecem particular atenção nesta presente questão: são o princípio da *equidade* na forma de *participação no custeio* (Lei nº 8.212/91, art. 1º, par. único, al. e), e o princípio do *cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente* (Lei nº 8.213/91, art. 2º, inc. IV).

O primeiro deles, *equidade na forma de participação no custeio*, significa que o custeio do sistema de previdência, e dos benefícios que oferece aos segurados, deve pautar-se e reger-se pela regra da equidade.

Equidade é substantivo merecedor três acepções no dicionário Novo Aurélio que exigem transcrição:

“2. Conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo. 3. Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal. 4. Igualdade, retidão, equanimidade.” (Aurélio Século XXI, ed. Nova Fronteira, RJ, 1.999, p. 782).

Assim, se o custeio, ou o financiamento, ou o aporte de recursos da seguridade social precisa pautar-se pela *equidade* como manda a lei, e se estiver correta a definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira – e obviamente está -, então isso significa que o *custeio dos benefícios* da previdência social precisa ser *igualitário, reto, equânime, pautado pela moderação e pelo sentimento de justiça acima do direito objetivo*.

Pelo segundo princípio que se destacou, *cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente*, a previdência social se obriga a calcular os benefícios em dinheiro, como por exemplo os proventos de aposentadorias, levando em

conta os salários-de-contribuição, que são a base financeira sobre a qual incidem as contribuições, corrigidas monetariamente.

Salário-de-contribuição é uma expressão clássica e tradicional da previdência social nacional, a significar, segundo o art. 28, da Lei nº 8.212/91, inc. III, para o contribuinte individual, “a remuneração auferida em uma ou mais empresas (...)” observado o limite máximo estabelecido em lei.

A importância de se saber o significado daquela expressão *salário-de-contribuição* é o fato de que ela conduz a outra fundamental expressão previdenciária, o *salário-de-benefício*, que é valor final a ser recebido como benefício pelo segurado do INSS, e que vem explicitado no art. 28 da Lei nº 8.213/91, cujo § 3º precisa ser transcrito:

“§ 3º Serão considerados para cálculo do salário-de-benefício os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenham incidido contribuições previdenciárias, exceto o décimo-terceiro salário (gratificação natalina)”. (Destacamos)

XV - Observe-se que pela legislação previdenciária nacional o valor do benefício pago ao segurado leva em conta apenas as parcelas *sobre as quais incidiu contribuição previdenciária* (até o limite legal máximo).

Isso significa que, tendo incidido contribuição previdenciária sobre uma base financeira, então essa *base precisará ser considerada quando do cálculo do benefício*.

A legislação da previdência social brasileira, portanto, não admite que, se incidiu contribuição previdenciária, essa incidência seja desconsiderada para o cálculo do benefício a que se dispôs – *exatamente como a legislação de nosso Município por dois anos, desconsiderou*.

A legislação do INSS, portanto, *não permite ao INSS proceder como procedeu o instituto previdenciário municipal* em questão, por força de uma lei municipal que durou alguns anos - e depois foi corrigida por outra lei para se igualar, quanto a isso, à legislação previdenciária nacional.

Desse modo, e transportando a linguagem do RGPS para o regime próprio de nosso Município, o “*salário-de-contribuição*” no regime próprio municipal *não serviu de base para o cálculo do “salário-de-benefício”*, o que na legislação previdenciária nacional, que dá a base institucional para todos os regimes próprios de previdência, é simplesmente *proibido*.

XVI - Observe-se que neste momento aqueles dois princípios, assim qualificados nas leis previdenciárias nacionais nºs 8.212 e 8.213, ganharam corpo de ver-

dadeiras *normas de conduta*, e deram lugar a regras concretas a impedir que a) a participação no custeio do benefício seja injustamente suportada pelo segurado sem equanimidade e sem equidade, e b) que o cálculo do benefício desconsidere a base financeira sobre a qual incidiu a contribuição.

Nesse momento, e a esta altura, torna-se fácil concluir que não mais se trata de meros princípios abstratos, porque traduzem normações objetivas que simplesmente impedem que o benefício seja calculado de outro modo que não o por eles prescrito.

Os ditos princípios nesse momento se materializam, portanto, como verdadeiras normas, e a qualquer aplicador resta muito mais difícil ignorá-los, ou esquivar-se à sua precisa orientação.

XVII - Mas um derradeiro golpe à idéia de que poderia existir contribuição previdenciária sem proveito ao segurado contribuinte foi dado pela própria Constituição através de duas emendas, a EC 20, de 15 de dezembro de 1.998, e a EC 41, de 19 de dezembro de 2.003.

A EC 20/98 assim dispôs no § 1º de seu art. 3º:

“O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal.” (Destacamos)

E a EC 41/03, muito similarmente, previu que:

“Art. 3º (...) § 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.”

Trata-se de duas disposições *autônomas* de emendas constitucionais, que não integram o corpo da Constituição mas que têm a mesma hierarquia das demais disposições constitucionais.

Por alguma forte razão ambas, em rigoroso unísono, fizeram por consagrar um princípio que se poderia denominar o da *contraprestação*, segundo o qual não pode ser instituída contribuição previdenciária que não corresponda a alguma utilidade para o segurado contribuinte, ou seja, sem que haja a correspondente contraprestação do regime previdenciário por aquela contribuição recebida.

Nada pode ser mais justo, porque não tem o menor cabimento admitir-se espoliar o contribuinte em favor de algum ente previdenciário, que apenas existe para lhe garantir benefícios na velhice, na doença e na invalidez, sem retorno pela contribuição.

XVIII - Um regime de previdência é um sistema que arrecada contribuições, investe-as em aplicações rentáveis, capitaliza-as da melhor forma e com o produto de tudo isso constitui e mantém um fundo com que possa pagar-lhe os benefícios em dinheiro que instituiu. Se é assim, não se pode conceber que esse sistema arrecade dinheiro, de contribuinte, que somente sirva para “engordar” o fundo, sem contraprestação ao contribuinte.

Contribuição previdenciária é a que garante a previdência de alguém, e não apenas a riqueza ou a solvabilidade do fundo que a arrecada – isto é, em suma, o que se precisa concluir da leitura dos últimos dispositivos constitucionais transcritos, o art. 3º, § 1º, da EC 20/98, e no mesmo exato sentido o § 1º, do art. 3º, da EC 41/03, ambos a determinar a seguinte regra: *quem não puder tirar proveito da contribuição, não precisa contribuir*.

Se existir contribuição, para alguma finalidade de interesse do contribuinte precisará ser destinada; inexistindo essa finalidade, ou essa destinação, então *não poderá ser instituída contribuição*.

XIX – A lei que instituir contribuição previdenciária, arrecadada de alguém, sem indicar o correspondente proveito em favor deste, contraria, dentre outros que se poderiam elencar, os seguintes princípios constitucionais e legais:

a) *contraprestação*, do art. 3º da EC 20/98 e do art. 3º da EC 41/03;

b) *moralidade*, do art. 37 constitucional, pois que por completo carece de qualquer conteúdo mínimo de moralidade impor contribuição a alguém que não pode tirar proveito dessa contribuição;

c) *finalidade* (Constituição do Estado de São Paulo, art. 111, inaplicável diretamente ao caso fluminense mas que jamais pode ser ignorado por se constituir num dos mais importantes princípios de administração) – padece de *desvio de finalidade* arrecadar contribuição de algum segurado de regime previdenciário e não a destinar para cobrir benefícios previdenciários de ninguém. Isso configura o denominado *enriquecimento sem causa*, ou o *locupletamento ilícito* da Administração, modalidades de desvio de finalidade do poder público;

d) *motivação* (CESP, art. 111) – não se pode atinar com a motivação de um órgão arrecadar contribuição para a previdência do segurado contribuinte, e essa contribuição de nada lhe valer. Existe no caso desvio também de motivação, a confundir-se com desvio de finalidade;

e) *interesse público* ou *interesse coletivo*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 77, da do Estado de São Paulo, art. 111. Não pode existir maior interesse coletivo, nem maior interesse público, que o de que o poder público *cumpra as regras constitucionais e legais* aplicáveis a cada específica atividade que desenvolva. Não se confunde o interesse pessoal

do instituto previdenciário local, que é o de arrecadar tanto quanto possa, com o interesse coletivo de que esse instituto *cumpra o seu papel constitucional, legal e institucional de garantir corretamente a contraprestação das contribuições previdenciárias dos seus segurados*, dentro e segundo as bases jurídicas sobre as quais deve estar e está estruturado;

f) *razoabilidade* (CESP, art. 111). É de todo desprovido de razoabilidade um regime de previdência cobrar contribuições sem oferecer algo em troca, porque isso é proibido num regime de previdência, que não é um fim em si mesmo mas existe apenas para assegurar direitos aos seus segurados. Transformar instituto de previdência em ente arrecadador de contribuição desvinculada de contraprestação é idéia que desborda por completo de qualquer noção de razoabilidade;

g) *equidade na forma de participação no custeio*, do art. 1º, parágrafo único, al. e, da Lei Orgânica da Seguridade Social, a Lei nº 8.212/91. Uma contribuição que apenas sirva aos cofres do instituto de previdência não se pauta pela equidade, nem pela justiça, nem pela equanimidade, porque não é equitativo retirar contribuição do segurado da previdência para nada. Equitativa é a contribuição de que resulta proveito *proporcional e equivalente* ao contribuinte;

h) *cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição*, do art. 2º, inc. IV, da Lei nº 8.213/91. É a base financeira sobre a qual incide a contribuição, exatamente essa, o valor que deve servir para o cálculo do benefício, e não outro. Se incide contribuição sobre determinadas verbas remuneratórias, então essas verbas devem integrar o valor do benefício; se não integrarem, então sobre elas não poderá incidir contribuição;

i) *proporcionalidade*, do art. 2º, da lei federal do processo administrativo, que no entender dos tribunais tem disposições aplicáveis indistintamente a todo e qualquer órgão público brasileiro, tal a sua generalidade principiológica². É desproporcional o benefício que não leva em conta a base de contribuição que utilizou.

XX - E não comove nenhuma argumentação em contrário baseada em princípios como o da *solidariedade*, pois que a solidariedade não pode contrariar a regra básica de qualquer regime de previdência, que é a de arrecadar contribuições para *proporcionalmente a isso* pagar benefícios, e solidariedade alguma existe, nem pode existir como princípio, para lesar direito de contribuinte, ou se converte em *anti-solidariedade*.

Nem se aleguem razões como a do *equilíbrio atuarial* para negar a devolução, uma vez que se ocorre dese-

quilíbrio entre arrecadação e benefícios então a solução será aumentar alíquotas, e não arrecadar contribuições que só interessem ao erário do instituto, e de que os contribuintes não se beneficiem. Também a regra do necessário equilíbrio atuarial dos órgãos de previdência encontra seu limite no direito alheio, o dos segurados.

XXI – O Município de que aqui se cuida reconheceu o erro da sua lei que fazia incidir contribuição sobre tudo quanto o segurado recebia ao final do mês – inclusive indenizações e ressarcimentos, que nada têm com remuneração. Tanto é verdade que a corrigiu poucos anos após ter sido editada, por outra lei que colocou a base de contribuição nos seus constitucionais e legais patamares, tudo conforme o que até aqui se considerou.

Se reconhece o erro da legislação que existia, seu dever é o de corrigir aquela impropriedade, que contrariava todos os princípios, os cânones, os objetivos, as diretrizes e os critérios da Constituição Federal, da Constituição do Estado (como da de outros Estados da federação), e, muito particularmente, das duas leis máximas da previdência social brasileira, conforme se demonstrou.

Se é assim, pode o Instituto corrigir administrativamente o erro que sua malfadada lei praticou, e que lesou direito de um sem-número de contribuintes, os quais contribuíram sem proveito por força de uma lei que depois, reconhecidamente errada, foi alterada pela atual.

A Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal informa que a Administração “*pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos*”.

A Lei nº 9.784/99, a lei do processo administrativo federal – aplicável generalizadamente à Administração de todo nível –, no seu art. 53, diz mais: “*A Administração deve anular seus próprios atos (...)*”, e o mesmo diz a lei nacional de licitações, a Lei nº 8.666/93, no art. 49.

XXII – Assim, não se pode conceber que os descontos previdenciários baseados que incidiram sobre a totalidade da remuneração dos segurados estivessem revestidos do princípio da *legalidade*, porque uma lei que tinha esse defeito, que com isso contrariava inúmeros princípios constitucionais e legais, e diversas regras objetivas da legislação previdenciária nacional, não podem ser tidos como protegidos pela legalidade.

Exemplificando aleatoriamente, se uma lei municipal criar a moeda própria do Município, então essa moeda formalmente terá fundamento em uma lei, porém acaso alguém postularia que estivesse protegida pelo *princípio da legalidade* ?

² Conforme o Superior Tribunal de Justiça, no MS nº 6.566 – DF, julgado em 15 de maio de 2.000, e no mesmo sentido o Recurso Especial nº 628.524 – RS.

Em outro exemplo, um Estado-membro da federação, incomodadíssimo com a crescente e irrefreável criminalidade em seu território, resolve, por lei estadual, adotar a pena de morte - assim como fazem os Estados Unidos num sistema constitucional absolutamente diferente do nosso.

Legalidade formal então essa pena de morte estadual terá, porém dentro de nosso sistema jurídico será o que alguém denominaria legalidade de fachada, de aparência ou de araque, pseudolegalidade, falsa e falaciosa legalidade, tão artificial e impraticável quanto a quadratura do círculo, simplesmente porque *legalidade antijurídica não é legalidade*, mas autêntico deboche ao direito.

XXIII - Ora, se no caso presente o próprio Município reconheceu o erro da lei e por isso a modificou dois anos após por outra lei, então não se concebe, em sã consciência, que neste momento esteja proibido de corrigir administrativamente o erro que uma sua lei cometeu, e que outra lei corrigiu.

Não tem nenhuma lógica a idéia de a Administração reconhecer a antijuridicidade de seus atos e *não os poder corrigir mesmo administrativamente*, sem necessidade de lei ou de autorização judicial. De que valeria à Administração, em casos assim, reconhecer o erro praticado ?

A Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, serve como fundamento para essa correção administrativa, sem dizer dos inúmeros princípios de direito, e das regras constitucionais e legais, que ao longo desta peça se alinhavaram de modo sistemático.

A lei municipal que corrigiu a anterior podia perfeitamente, sem dúvida, ter autorizado a devolução do que fora arrecadado em desacordo com as regras informadoras da previdência social, mas mesmo não o tendo feito não se pode pretender que essa devolução, agora procedida administrativamente, está proibida, porque o desconto foi, todo ele, isso sim, completamente irregular, como seria irregular a moeda criada por lei municipal, ou a pena de morte da lei estadual.

XXIV - O poder público por princípio não carece de lei para corrigir um erro de uma lei inconstitucional e ilegal, a qual depois de dois anos por essa mesma razão foi corrigida por outra lei.

Outra lei autorizando a devolução evidentemente poderia existir, porém em absoluto parece necessária para este caso - até porque, se não fosse aprovada pelo Legislativo, esse fato estaria tornando definitiva a injustiça e a grave irregularidade arrecadatória praticada contra os segurados e contra os entes patronais, o que é intolerável por tudo quanto até aqui se indicou.

Sim, porque restaria muito pouco razoável devolver administrativamente uma verba cuja devolução foi negada pela rejeição de uma lei, e a pergunta inevitável,

nesse então, seria a de que, se era possível devolver administrativamente, então por que lei para autorizá-lo?

O regime próprio não pode se locupletar à custa de contribuição gratuita do segurado e dos entes patronais, porque isso configura *enriquecimento ilícito* e sem causa, e para reparar esse erro do passado não se pode imaginar que seja necessária lei, ou, muito menos, decisão judicial, porque em princípio, repita-se, o poder público não precisa de lei para corrigir seus erros confessos e manifestos.

Se é mais grave violar um princípio que transgredir uma norma, então parece ser no mínimo gravíssimo uma lei municipal transgredir *uma dezena de princípios constitucionais e legais* diretamente aplicáveis ao caso de que se cuida.

Assim, se faltava legalidade a algum diploma, pensamos, era à lei municipal que autorizava incidir a contribuição sobre base artificialmente alargada.

Legalidade como aquela, desconforme com o direito como o próprio Município reconheceu, em verdade não era legalidade alguma, pois que não pode ser tida como observante do princípio da legalidade uma lei que desatende a todo o direito aplicável à matéria que disciplina, e a todo o sistema normativo e principiológico que o informa e o mantém de pé.

Ou, de outro modo, se legalidade for apenas a observância de qualquer lei formal - que destoe do sistema jurídico que integra -, então a hipotética moeda municipal, criada por lei, também estará protegida pelo princípio da legalidade, como também o estará a pena de morte que o Estado-membro altaneiramente instituiu.

XXV - Em conclusão, entendemos perfeitamente possível a devolução administrativa aos segurados, corrigida segundo índices oficiais aplicados pelo próprio Instituto partícipe da situação descrita, de todos os valores arrecadados dos mesmos segurados sobre as verbas remuneratórias (ou mesmo *indenizatórias* como auxílio-alimentação) que não são computadas para cálculo dos benefícios que o Instituto paga.

Os valores a serem devolvidos haverão, nesse caso, de ser calculados individualizadamente e nominalmente identificados, historiando-se a devolução no respectivo expediente administrativo.

Quanto às cotas patronais, também podem ser devolvidas observando-se os mesmos critérios, ou então compensadas das futuras contribuições dos entes patronais, sempre corrigidamente.

IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo.



REFLEXÕES SOBRE A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO NOVO CÓDIGO CIVIL. O DIREITO DE CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES

CELINA DE SAMPAIO GÓES

O novo Código Civil trouxe importantes inovações no direito sucessório, especialmente modificando a situação do cônjuge sobrevivente, que passou a ostentar a qualidade de herdeiro necessário (art. 1.845).

O cônjuge será chamado à sucessão em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária e também nas hipóteses de concorrência previstas nos incisos I e II do art. 1.829.

A interpretação do art. 1.829 vem se revelando um tema de muita controvérsia no Direito das Sucessões. A alteração da ordem da vocação hereditária, em relação ao direito anterior, beneficiou o cônjuge sobrevivente que, mesmo ocupando a terceira classe na ordem da vocação hereditária, passa a concorrer, simultânea e alternativamente, na primeira e segunda classes, respectivamente, com os descendentes e ascendentes do autor da herança.

A concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes se dá independentemente do regime de bens adotado no casamento; assim como o direito real de habitação será conferido ao cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens.

Destarte, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente só vai depender do regime de bens do casamento na hipótese de concorrência com os descendentes e é justamente esta hipótese que tem gerado polêmicas em sua interpretação. Assim, como a concorrência com os descendentes vai depender do regime de bens adotado no casamento com o *de cujus*, nos termos do inciso I do art. 1.829, este dispositivo requer mais profunda análise para sua correta e sistemática interpretação.

Aliás, tem se revelado questão intrincada esta referente à interpretação que se deve dar ao inciso I do art. 1.829 do novo Código Civil, segundo o qual a sucessão legítima cabe, em primeira linha, aos “descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

A primeira interpretação corrente na doutrina é, de forma majoritária, no sentido de entender que o

cônjuge casado no regime da separação convencional de bens (art. 1.687 do novo Cód. Civil) seria herdeiro necessário. Tal entendimento decorre da análise literal e isolada do disposto no art. 1.829, I, do novo Código Civil; asseverando a doutrina, de um modo geral, que o cônjuge sobrevivente só vai concorrer com os descendentes nas seguintes hipóteses: quando casados no regime da separação convencional, quando casados no regime da comunhão parcial e o falecido possuía bens particulares, quando casados no regime da participação final dos aqüestos. É certo que tal enumeração dos diversos regimes de bens determinantes da concorrência hereditária do cônjuge com os descendentes decorre de interpretação *a contrario sensu* do referido dispositivo legal. Afirma a doutrina que a lei assegura, como regra geral, o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes, estabelecendo as exceções enumeradas pelo dispositivo legal.

Segundo Débora Gozzo, o cônjuge não concorre com os descendentes quando casado por regime patrimonial que implica em meação. Isso porque, se concorresse nessas hipóteses, receberia muito mais do que os descendentes. E, no caso dos descendentes não serem filhos do cônjuge meeiro, estes seriam muito prejudicados; pois, além de não sucederem o cônjuge supérstite na meação, ainda veriam a legítima dividida entre o cônjuge supérstite e os descendentes do autor da herança. Segundo Débora Gozzo, historicamente já havia a tendência de se admitir o cônjuge supérstite como herdeiro necessário e concorrendo com os descendentes, quando a ele não cabia meação pelo regime de bens. Diz a referida autora que o atual legislador retomou tanto o previsto no Projeto original de Beviláqua, embora este fosse menos abrangente, quanto o proposto no Anteprojeto do Código Civil de Orlando Gomes, admitindo o cônjuge como herdeiro em concorrência com os descendentes. (Gozzo, Débora. Alves, José Carlos Moreira. Reale, Miguel, coordenadores. Principais controvérsias no novo código civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2006)

Entretanto, assegurou o Prof. Miguel Reale, supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, que o cônjuge casado no regime da separação de

bens (art. 1.687) não é herdeiro necessário. Alegou o saudoso jurista que a interpretação no sentido de que o cônjuge casado pelo regime da separação pactuada seria herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, se deve ao fato de ter o art. 1.829, I, do Código Civil excluído o cônjuge somente no caso de “separação obrigatória”, mas que a interpretação isolada desse dispositivo leva a uma conclusão equivocada, quando o intérprete deveria situar a questão no contexto sistemático das regras relacionadas à questão examinada. Assim, somente a análise dos dispositivos legais referentes à matéria colocada poderia conduzir à correta interpretação do disposto no art. 1.829, I, do Código Civil.

Assim, o Professor Miguel Reale, em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em 12 de abril de 2003, analisou o disposto no art. 1829, inciso I, do Novo Código Civil, entendendo que tanto o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens, quanto aquele casado pelo regime da separação obrigatória de bens, não são herdeiros necessários na hipótese de concorrência com os descendentes. A análise do Prof. Reale é baseada no princípio primordial de hermenêutica jurídica, que consiste na interpretação de um artigo em harmonia com os demais contidos naquela codificação. Assim, a análise isolada do art. 1829, I, do Código Civil pode levar a uma conclusão equivocada; devendo-se, ao contrário, situar o referido dispositivo no contexto do conjunto das regras relativas à questão examinada.

No referido artigo, seu autor explicou que a idéia de tornar o cônjuge herdeiro foi a de proteger o cônjuge casado pelo regime legal, ou seja, pelo regime da comunhão parcial de bens, no tocante aos bens particulares; não pretendia o legislador incluir na categoria de herdeiros necessários aqueles cônjuges casados pelo regime da separação de bens, obrigatória ou pactuada, já que ambos implicam na “obrigatoriedade da separação de bens”. Desta forma, prossegue o saudoso professor afirmando que a expressão “separação obrigatória” é aplicável tanto no caso da separação de bens imposta pela lei (parágrafo único do art. 1641) quanto no caso de separação de bens imposta pelo pacto concluído pelos nubentes, nos dois casos, o cônjuge não é herdeiro necessário.

Destarte, forçoso concluir que, no caso da separação total de bens pactuada, tendo os cônjuges deliberado pela separação total de bens na vigência do matrimônio, é inadmissível imaginar-se que, com o fim do casamento pela morte de um deles, seja alterado o regime pactuado, permitindo que o cônjuge sobrevivente venha a receber bens de exclusiva propriedade do autor da herança. Resumindo, admitir-se a condição de herdeiro necessário ao cônjuge sobrevivente casado no regime da separação total de bens (pactuado ou legal), implicaria em revogação tácita do art. 1687 do Código Civil.

Nesse sentido a interpretação do Prof. Miguel Reale:

Nessa ordem de idéias, duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens.

A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão “separação obrigatória” aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641.

Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que – se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança – estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o de n. 1.828, I (na realidade, art. 1829, I), fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática. (O Estado de São Paulo: São Paulo, 12 de abril de 2003, p.2).

Assim, segundo o Prof. Miguel Reale, o legislador não deveria ter usado a expressão “separação obrigatória”, posto que, de fato, não pode concorrer à sucessão tanto aquele que é casado pelo regime da separação obrigatória quanto o casado pelo regime da separação voluntária. Esta é a melhor interpretação e a mais justa solução para aqueles que se casam pelo regime da separação total pactuada, já que, se as partes pactuaram a separação de bens, muito provavelmente não gostariam que o cônjuge supérstite fosse seu herdeiro em concorrência com os descendentes e, se às partes interessar tal concorrência, poderão fazer doação em vida ao cônjuge ou testamento deixando o disponível para o cônjuge.

Interpretação diversa causará impensáveis prejuízos e conflitos para aqueles que precisam, por situações peculiares, constituir família com base em pacto pré-nupcial. Ora, nessas hipóteses, em que as pessoas se encontram em situação particular que exige o pacto, estas não hesitarão em lançar mão de testamento ou de doação em vida ao cônjuge para defendê-lo, se assim o quiserem, posto que não estão tais pessoas dentre aquelas avessas a testamentos e pactos antenupciais. Assim, para essas pessoas não serve a interpretação corrente na doutrina de que a lei é que deve regulamentar a vida civil de todos, já que

a maioria das pessoas é avessa a pactos e testamentos, ao contrário, aqueles que fazem pacto antenupcial não se encontram na situação fática da maioria e por isso precisam tomar providências para regulamentar sua vida civil: fazendo pactos antenupciais, testamentos etc.

Assim, parece-nos que o entendimento expresso pelo Prof. Miguel Reale traz a melhor e mais justa solução para os conflitos e interesses das partes, além de estar em maior harmonia com os demais dispositivos atinentes à matéria.

Ademais, não precisa a lei impor o cônjuge casado pelo regime da separação de bens (legal ou pactuada) como herdeiro necessário para a sua proteção, posto que sempre poderão os cônjuges, querendo, deixar legado ou mesmo instituir herdeiro por testamento, deixando o disponível (ou parte dele) ao outro cônjuge.

Ainda, no tocante aos casados pelo regime da separação convencional pura ou absoluta (aquela pactuada entre os nubentes) há a possibilidade de um cônjuge fazer doações ao outro durante o casamento, pois, nesse caso (diferentemente da hipótese da separação legal) não há que falar em eventual burla ao regime de separação de bens imposto por Lei, como assegura José Antonio Encinas Manfré, Regime Matrimonial de bens no Novo Código Civil, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pág.135.

Parece-nos que, ao contrário, tanto no caso da separação legal, em que a lei impõe tal regime para a proteção dos próprios cônjuges ou de seus familiares, quanto mais no regime da separação decorrente de pacto, em ambos os casos é forçoso presumir que a separação de bens é o melhor para as partes envolvidas, não devendo o intérprete da lei plantar discórdias que serão evidentes se formos admitir o cônjuge como herdeiro necessário, quando casado pelo regime da separação de bens (legal ou pactuada).

Ainda no sentido de se dar interpretação sistemática à matéria tratada, é de se ressaltar que o regime de separação de bens expresso no novo Código Civil (art. 1.687) tem como característica a absoluta distinção de patrimônio dos cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens, como ensina Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil: direito de família, 4ª. Ed. – São Paulo: Atlas, 2004 – Coleção direito Civil, v. 6, pág.203.

Com base na lição de Silvio de Salvo Venosa, pode-se dizer que o novo Código Civil estabeleceu verdadeiramente uma separação de patrimônios, diferentemente do que era disposto no Código Civil de 1.916, que exigia a outorga conjugal para a alienação de imóveis (art.276), o atual Código Civil é expresso no sentido de autorizar a livre alienação dos bens e a administração do patrimônio de cada um dos cônjuges, independentemente do outro,

como decorre da interpretação conjunta dos arts. 1.687 e 1647, incisos I a III, já que o inciso IV não se aplica a esta modalidade de regime de bens, em que não existem bens comuns, tampouco bens que viriam integrar futura meação (na parte final só se aplica ao regime de participação final nos aqüestos -art. 1.672 a 1.686).

Esse regime de separação absoluta isola totalmente o patrimônio de cada um dos cônjuges, a menos que, na separação convencional, os cônjuges estabeleçam comunhão de certos bens. Do contrário, estabelecida a separação absoluta de bens, há distinção absoluta de patrimônio, estando cada um dos cônjuges livres para dispor e administrar seu patrimônio. Doravante, segundo Caio Mario da Silva Pereira, podem os cônjuges, livremente, alienar ou gravar de ônus real os seus bens, inclusive os imóveis, permanecendo sob a administração exclusiva de cada um. (Instituições de Direito Civil. 14ª. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.237).

No Código Civil de 1.916, no dizer de Silvio de Salvo Venosa, obra citada, pág. 204, havia uma certa aversão pela separação absoluta de bens e se incentivava a comunicação de aqüestos, já que, se o pacto antenupcial não fosse expresso acerca da distinção absoluta de patrimônios, haveria a comunhão de aqüestos, nos termos do art. 259 do referido diploma legal. Tal posicionamento não mais existe no atual Código Civil que, ao contrário, prevê a absoluta separação do patrimônio e da administração deste patrimônio por cada um dos cônjuges.

Ora, se o novo Código Civil, ao disciplinar o regime da separação legal e convencional de bens decidiu pelo total isolamento do patrimônio dos cônjuges, dispensando a outorga uxória e afastando inclusive a comunhão de aqüestos, não se pode conceber o entendimento de que os cônjuges casados sob o regime da separação voluntária ou convencional de bens seriam herdeiros necessários, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao disposto no art. 1.687 do referido diploma legal. Assim, não faz sentido interpretar-se isoladamente o art. 1.829, I, do Código Civil para admitir o cônjuge casado pelo regime da separação de bens convencional pura ou absoluta como herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, posto que tal interpretação não se coaduna com as inovações introduzidas pelo novo Código Civil com relação ao regime de separação de bens, no sentido de dar maior independência aos cônjuges na disposição e administração de seus bens, sem as restrições que existiam na codificação revogada.

Ainda merece ressaltar que, atualmente, não são mais irrevogáveis os regimes de bens pactuados, em face da inovação trazida pelo novo Código Civil (art. 1.639, parágrafo 2º), não devendo o legislador impor o cônjuge casado pelo regime da separação voluntária ou pactuada

como herdeiro necessário, já que as partes envolvidas têm muitos caminhos para defender o cônjuge supérstite. Assim, na constância do casamento, se as partes envolvidas entenderem que o regime pactuado deve ser alterado, poderão pedir motivadamente a alteração à autoridade judiciária, nos termos do disposto no art. 1.639, parágrafo 2º, do Código Civil. E, como se vê, se as partes envolvidas têm um pacto firmado no sentido de não terem bens comuns e, se não pediram a alteração do regime pactuado, não fizeram doação ao cônjuge durante o casamento e não deixaram testamento ou legado para o cônjuge supérstite, quando poderiam fazê-lo, não deve o legislador ou o intérprete da lei impor o cônjuge supérstite como herdeiro necessário concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de separação de bens pactuado.

Pelo exposto, parece-nos que o melhor entendimento é no sentido de afastar a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes no caso de casamento pelo regime da separação legal ou pactuada, devendo prevalecer tal entendimento por estar em consonância com os demais dispositivos legais ligados à matéria, atendendo à interpretação sistemática, essencial à interpretação de um código que se apresenta sempre como uma “unidade sistemática”, na qual a interpretação de um artigo pode implicar na interpretação de vários outros, não devendo fazê-lo com sacrifício de seus princípios formadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figueiredo, coordenadores. *Questões Controvertidas no direito de família e das Sucessões*, Série Grandes Temas de Direito Privado, vol. 3, São Paulo: Editora Método, 2005, p.417-446.
- GOZZO, Débora. ALVES, José Carlos Moreira. REALE, Miguel, coordenadores *Principais controvérsias no novo código civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73-98.
- MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime Matrimonial de bens novo código civil*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.
- REALE, Miguel. *O Cônjuge no novo Código Civil*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 12 de abril de 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v.6.

CELINA DE SAMPAIO GOÉS *é Promotora de Justiça de Família em São Paulo.*



Votos





CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI



TCS-13901 E 13960/026/06

Ementa: Representações referentes a possíveis irregularidades nos Editais de Pregões Presenciais, promovidos pela **Prefeitura de Tapiratiba**, que tem por objeto a aquisição de equipamentos móveis e instrumentos odontológicos e aquisição de equipamentos médicos para Unidades de Saúde.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Antonio Roque Citadini. Secretário Substituto: Angelo Scatena Primo.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 10 de maio de 2006.

RELATÓRIO

Relato, em sede de exame prévio, Representações formuladas pelo Sr. Ricardo Branco de Paiva, munícipe da Cidade de Tapiratiba, que se insurge contra exigências contidas nos Editais dos Pregões Presenciais n^{os} 11 e 12/06, instaurados pela Prefeitura Municipal de Tapiratiba, que tem por objeto a aquisição de equipamento, móveis e instrumentos odontológicos e aquisição de equipamentos médicos para Unidade de Saúde, respectivamente. Os certames encontram-se suspensos, conforme decisão referendada pelo Egrégio Plenário, em sessão de 19/4/2006.

Alega o Representante que os editais deixam de exigir para alguns itens⁽¹⁾ o devido registro dos produtos na ANVISA, contrariando a legislação que rege a matéria e pondo em risco a saúde pública, caso algum concorrente, sem o devido registro ou isenção do mesmo, se saia vencedor.

No prazo que lhe foi concedido, a Prefeitura Municipal de Tapiratiba juntou as justificativas inseridas nos respectivos processos, alegando, em síntese: que os equipamentos serão adquiridos por meio de recursos da Secretaria de Estado da Saúde com contrapartida da

¹ Aspirador cirúrgico elétrico móvel, carro para material de emergência, mesa obstétrica, foco cirúrgico, bomba de infusão, cama de recuperação, cama hospitalar tipo fawler com colchão, maca para transporte, aparelho de profilaxia, caneta de alta rotação.

Prefeitura, e no ajuste firmado não há menção de que a licitação deva ser processada com tal exigência, podendo, a exigência, ser considerada exorbitante; que consultou o mercado e verificou que inúmeras empresas possuem alvarás de funcionamento para comercializar este equipamento sem, necessariamente, serem registrados na ANVISA; que quando da elaboração dos respectivos editais, a comissão de licitações e o pregoeiro ativeram-se aos ditames da Lei de Licitações, que trata da formalização do Pregão no âmbito da Administração Pública; que segundo entendimento dos técnicos em saúde pública, da prefeitura, o registro na ANVISA deveria ser feito pelo fabricante dos mesmos e não pelos licitantes, que poderiam ser representantes comerciais de tais itens; que promoveu uma licitação de forma a ampliar a capacidade de ofertantes, visando a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração.

Após a instrução a Prefeitura juntou justificativa complementar informando que seu Departamento Jurídico verificou que existe legislação que suporta integralmente a matéria, ou seja, a Lei Federal 9677/98, que altera dispositivos de Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e que estão sujeitos às penas aquele que pratica as ações previstas em seus incisos, inclusive os que comercializam produtos para a saúde pública, sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente.

A Chefia da ATJ opinou pela procedência parcial das Representações. Segundo a Chefia da ATJ os equipamentos a serem fornecidos devem possuir registro na ANVISA ou a isenção do registro por ela declarada, sob pena de se adquirir equipamentos que não estejam em conformidade com as normas de saúde implementadas pela referida agência reguladora. De outro modo, entende que “as licitantes, desde que atendam ao preconizado pelo item 9 “Envelope B – habilitação” e subitens, não poderá ser alijada do certame em face de registro na ANVISA.”

A SDG, por sua vez, opinou pela improcedência das Representações, porque entendeu que não cabe impor à contratante a inserção de exigências editalícias voltadas à habilitação das empresas, mediante registro ou

isenção de alguns equipamentos na ANVISA. Entendeu, também, que a exigência ou não da documentação insere-se no poder discricionário do Administrador que avaliará, de acordo com sua conveniência a necessidade de outras comprovações por parte das licitantes, tendo em vista a agilidade da modalidade do Pregão, sendo que no caso concreto entendeu como suficientes, para a fase de habilitação, os documentos elencados no item 9 – Habilitação, que está em conformidade com a Lei de Licitações, possibilitando, inclusive maior competitividade ao certame.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de aquisição de equipamentos médicos e equipamentos, móveis e instrumentos odontológicos, para Unidade de Saúde do Município, e a questão aqui tratada mostra-se interessante, pois a impugnação recai sobre a não exigência, no edital, do registro ou a isenção de registro de alguns produtos objeto dos Pregões, na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Segundo a Prefeitura, os equipamentos serão adquiridos com recursos da Secretaria de Estado da Saúde e Ministério da Saúde com contrapartida da Prefeitura, e que no ajuste entre eles firmado não consta tal exigência, e que foi feita pesquisa de mercado, onde se constatou que inúmeras empresas possuem alvará de funcionamento para comercializar os equipamentos sem, necessariamente, serem registradas na ANVISA.

Em adendo às justificativas, a Prefeitura informa que existe uma legislação que suporta integralmente a matéria. Trata-se da Lei Federal 9677, de 2 de Julho de 1998, que altera dispositivos do Capítulo III – título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, podendo-se observar que o parágrafo 1º B, do artigo 273, inclui como sujeito às penas aquele que pratica as ações previstas em seus incisos, inclusive os que comercializam produtos para a saúde pública, sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente.

Entende, por fim, que “exigir o registro ou sua isenção é legislar sobre matéria que possui suportabilidade legal da esfera da União, uma exigência exacerbada”.

A Chefia da ATJ e a SDG opinaram de forma diferente. A primeira, pela procedência parcial da representação, entendendo que a Prefeitura deve inserir no edital a exigência de que os equipamentos a serem fornecidos devam possuir registro na ANVISA, ou a isenção do registro por ela declarada. A segunda, opinou pela improcedência da representação, pois entendeu que a exigência ou não da documentação insere-se no poder

discricionário do Administrador, que avaliará, de acordo com a sua conveniência, a necessidade de outras comprovações por parte da licitante.

Por sua vez, para melhor entendimento da matéria, minha assessoria contatou a ANVISA, em Brasília, cujo técnico da área de materiais e equipamentos médicos, Sr. Tibério Mundin Ferreira Pires, gentilmente esclareceu todas as dúvidas a respeito do registro de produtos e, em especial, da relação de produtos objeto dos pregões ora analisados.

Em primeiro lugar, não é o estabelecimento comercial que recebe o registro da ANVISA ou o Cadastro ou a dispensa, e sim os produtos por ele comercializados. Em segundo lugar, só obtém o registro dos produtos o fabricante ou o importador. O Distribuidor não obtém registro, cadastro ou isenção de produto algum, mas só pode comercializar produtos devidamente registrados ou cadastrados na ANVISA, o que implica dizer que responde criminalmente caso comercialize produtos de origem duvidosa, sem os devidos registros.

No caso concreto, os equipamentos a serem adquiridos, em sua maioria necessitam do registro ou do cadastro na ANVISA, e esta condição deve ficar clara no edital, sem prejuízo das medidas que asseguram a garantia do fornecimento dos materiais de forma satisfatória e dentro das normas vigentes, prevista no edital e na minuta do contrato.

Creio que a medida assegura de forma incontestada que a Administração Pública irá adquirir produtos de origem idônea, o que é salutar, dada a onda de “pirataria” que assola o País, e em nada prejudica a competição, haja vista que a comprovação de que os produtos entregues à Administração são registrados ou cadastrados na ANVISA, ou mesmo não sujeitos a registro, CABE APENAS À VENCEDORA DA LICITAÇÃO e se insere no item relativo à garantia dos produtos ou equipamentos adquiridos. Portanto, para a habilitação das licitantes, seja fabricante, importadora ou distribuidora não será exigido qualquer documento relativo ao registro dos seus produtos ou equipamentos, basta uma declaração de que a empresa reúne condições de apresentação de todos os registros ou cadastros, em conformidade com as normas de saúde implementadas pela ANVISA.

Ante o exposto, considero parcialmente procedentes as Representações, apenas para que se insira nos Editais a exigência de declaração de que reúne condições de apresentação de todos os registros ou cadastros dos produtos ou equipamentos a serem fornecidos, em conformidade com as normas de saúde implementadas pela ANVISA. Deve, em conseqüência, republicar o novo texto editalício e reabrir o prazo, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei de Licitações.

Considerando que o exame se restringe aos pontos

impugnados, faço consignar Recomendação para que a Prefeitura Municipal de Tapiratiba, ao republicar o edital, reanalise-o em todas as suas cláusulas para eliminar outras eventuais afrontas à legislação e à jurisprudência desta Corte.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Antonio Roque Citadini, Relator, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzi, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Renato Martins Costa, bem como pelo do Substituto de Conselheiro Sérgio Ciquera Rossi, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator, decidiu pela procedência parcial das representações formuladas, apenas para que a Prefeitura Municipal de Tapiratiba insira nos editais dos Pregões Presenciais nºs 11 e 12/2006 a exigência de declaração de que reúne condições de apresentação de todos os registros ou cadastros dos produtos ou equipamentos a serem fornecidos, em conformidade com as normas de saúde implementadas pela ANVISA, devendo, em consequência, republicar o novo texto editalício e reabrir prazo, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8666/93.**

Consignou, outrossim, considerando que o exame se restringiu aos pontos impugnados, recomendação à referida Prefeitura para que, ao republicar os editais, reanalise-os em todas as suas cláusulas, para eliminar outras eventuais afrontas à legislação e à jurisprudência deste Tribunal.

Determinou, por fim, seja oficiado às representantes e à representada, dando-se-lhes ciência do teor da presente decisão.

TC-24286/026/06

Ementa: Representação formulada contra possíveis irregularidades no Edital de Pregão promovido pela **CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos**, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados de engenharia para apoio à gestão ambiental e social da implantação das obras de modernização da Linha F da CPTM.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Antonio Roque Citadini. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 16 de agosto de 2006.

RELATÓRIO

Relato, em sede de exame prévio, Representação formulada pelo SINAENCO – Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva, que se insurgiu contra exigências contidas no Edital do Pregão

8186602061, instaurado pela CPTM – Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, que tem por objeto a prestação de serviços técnicos especializados de engenharia para apoio à gestão ambiental e social da implantação das obras de modernização da Linha F da CPTM. O certame encontra-se suspenso, conforme decisão do E. Plenário, em sessão de 19/7/2006.

Segundo a Representante o edital contém ilegalidades, pois entende que a modalidade de Pregão não é a mais adequada para a contratação dos serviços almejados, eis que não se trata de serviços comuns que possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio das especificações usuais de mercado, e que a própria titulação dada ao objeto licitatório já seria suficiente para dirimir quaisquer dúvidas a respeito da natureza incomum dos serviços almejados.

Após prorrogação do prazo inicialmente concedido, a CPTM juntou as justificativas e os documentos de fls. 102/115, alegando, em síntese: que é desnecessária a delonga acerca do histórico do Pregão, certo é que foi resultado de um processo de “desburocratização” e “flexibilização” da licitação pública, eis que foi instituída para a União, Estados e Municípios, através da Lei 10.520, de 17/7/2002. No âmbito do Estado de São Paulo, foi regulamentado pelo Decreto nº 47.297, de 6/11/02; que em 13/1/05, tal modalidade tornou-se obrigatória para a Administração Pública Estadual, conforme decreto nº 49.337 e, posteriormente, por meio do Decreto nº 49.722, de 24/6/05, o Pregão passou a abarcar a contratação de serviços de engenharia, expediente que era vedado pelo art. 2º, § 2º do decreto nº 47.297/02; que o Pregão, segundo o art. 1º da Lei 10.520/02, destina-se à aquisição de bens comuns ou à contratação de serviços comuns, sempre pelo menor preço, qualquer que seja o valor envolvido, e o § 1º diz que bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”; que de acordo com renomados doutrinadores o qualitativo ‘comum’, da lei, não é sinônimo de ausência de complexidade técnica, ou da impossibilidade de serem feitos sob encomenda; que é acertado considerar que o conceito legal de “serviço comum” não se contrapõe ao “serviço complexo”, ou “serviço especializado”, e o fato de serem técnicos especializados de engenharia não lhes tira o caráter de comum, pois a característica que o define é o fato de possuir padrões de desempenho e qualidade comuns à empresas que atuem no ramo pertinente, ou seja, as técnicas utilizadas para sua execução são de amplo domínio do mercado; que todo serviço de engenharia reclama especialização, não podendo ser executado por qualquer profissional do mercado, e são atividades regulamentadas e fiscalizadas por entidade de classe;

logo, se o legislador autorizou a adoção de Pregão para serviços de engenharia, é porque os serviços técnicos especializados estão abarcados no conceito de “comuns”; que no caso, a variabilidade das formas de realização dos serviços não é significativa, pois os serviços indicados no escopo devem ser realizados em conformidade da legislação, normas e técnicas aplicáveis e não se espera variação de resultados, qualquer que seja a empresa que venha a executá-los; que as atividades constantes do Anexo I, inclusive aquelas transcritas pela representante são bastante conhecidas por profissionais do ramo; que, se a descrição dos serviços ou a técnica envolvida na execução do objeto não fossem conhecidas no mercado, ou seja, se fossem serviços de natureza singular, não estaria a CPTM estabelecendo competição entre os interessados, contrataria, pois, com dispensa de licitação; que a representante está equivocada no entender de que os serviços são infungíveis, porquanto incomuns, sendo certo que poderão ser prestados igualmente por diversas empresas do ramo, razão pela qual foi estabelecido procedimento licitatório, e não demandam um cunho pessoal, que o individualize absolutamente, já que a variabilização das formas de realização não é significativa; que os mais diversos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual têm realizado licitação, na modalidade de Pregão, para contratações dos serviços discriminados no art. 13 da Lei de Licitação¹; que os exemplos citados envolvem valores e prazo superiores ao que se pretende contratar, e deverá ser executado no período de 3 meses, ao preço aproximado de R\$ 149.000,00, o que poderia ser feito na modalidade de “convite” e não há que se falar em licitação do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”; ainda que os serviços demandem uma atividade intelectual de determinados profissionais, o objeto pretendido pela CPTM realmente não requer uma análise técnica a ser pontuada, pois apresenta padrões de elaboração usuais no mercado correlato, reclamando, desta feita, o critério de julgamento do tipo “menor preço”; que o SINANCO não apresentou quaisquer elementos capazes de demonstrar a possibilidade de prejuízo à CPTM por adotar o Pregão; que a qualificação técnica exigida para

¹ FEBEM – Pregão nº 006/06 – Prestação de Serviços de Assessoramento; SABESP - Pregão nº 05.782/06 – CS – Prestação de serviços técnicos especializados para análise de adequação e acompanhamento da implantação de ações corretivas; execução de testes dos controles internos de acordo com a Estrutura do COSO; revisão da documentação dos controles e consolidação de diagnósticos; SABESP – Pregão nº 03.637/06 – CS – prestação de serviços de planejamento, organização, coordenação e realização de seminário internacional de saneamento; SABESP - Pregão nº 06.960/05.A – Prestação de serviços de consultoria para estudo de adequação quantitativa do quadro de pessoal da Sabesp por unidade, sistemas organizacionais e cargos/níveis, avaliação e apresentação de propostas de adequação do atual orientador de movimentação de pessoal.

a contratação está em perfeita consonância para com a sistemática do Pregão, inclusive prevista no art. 4º, XIII, da lei 10.520/02.

A Chefia da ATJ, PFE e SDG, de forma unânime, opinaram pela Improcedência da Representação. Segundo a Chefia da ATJ “o delineamento contido no Anexo I – Condições Gerais de Contratação permite inserir o escopo licitado dentro da álea ‘comum’ estabelecida na norma de regência, restando claro, portanto, que o critério de julgamento está alicerçado em parâmetros isonômicos”. Para a PFE, “na hipótese vertente, restou bem e objetivamente traçada no edital, de forma clara, a descrição dos serviços, que, contanto sejam especializados, porque afetos aos profissionais de engenharia, estão definidos por parâmetros absolutamente comuns e invariáveis”. A SDG, por sua vez, entendeu que o objeto da licitação “subsume-se à definição de ‘serviços comuns’ trazida pela Lei que regula os procedimentos do Pregão”. Assevera que este Tribunal já vem admitindo o Pregão em casos análogos, a exemplo dos TCs-18194/026/05, 18930/026/04, 4974/026/06 e 7710/026/06, dentre outros.

É o Relatório.

VOTO

A decisão que adota este E. Tribunal sempre leva em conta as circunstâncias que envolvem o caso concreto e, convencido que os aspectos suscitados na inicial poderiam contrariar a lei e causar prejuízo à Administração, a representação foi recebida pelo E. Plenário, como exame prévio, que determinou a suspensão do certame.

Nesta oportunidade, após análise mais aprofundada da matéria frente às justificativas e documentos apresentados pela CPTM, assim como a Chefia da ATJ, PFE e SDG, entendo improcedente a Representação, merecendo, pois, ser cassada a liminar para liberar a CPTM ao prosseguimento do certame.

O ponto nodal da Representação recai sobre o tipo de licitação eleito – PREGÃO – e, antes de adentrar ao mérito propriamente dito, não posso deixar de mencionar o papel que hoje exerce o Estado, que deixou de ser executor e passou a ser regulador, editando norma para maior agilização e prestação de serviços públicos, implementando o princípio constitucional da eficiência e, assim sendo, o Pregão veio ao encontro do anseio de imprimir maior agilidade às contratações públicas, reduzindo custos operacionais e diminuindo os valores médios das aquisições e serviços, trazendo maior eficiência à Administração no cumprimento da sua finalidade primordial, qual seja, a plena satisfação do interesse público.

A questão, no caso, é saber se pode ser adotado o Pregão para a contratação almejada, haja vista que refe-

rida modalidade licitatória só pode ser adotada quando se tratar de bens e serviços comuns, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei Federal nº 10.520/02.

No âmbito estadual, atualmente, a matéria encontra-se regulamentada pelo Decreto nº 49.722/05, que alterou a redação do Decreto anterior, o de nº 47.297/02, excluindo os “serviços de engenharia” da vedação ali imposta. Diante disso, o Poder Executivo Estadual passou a admitir que a modalidade de Pregão pudesse ser empregada para a contratação de “serviços de engenharia”, remanescendo a vedação para as “obras”.

Assim, não há proibição legal para a modalidade de licitação eleita pela CPTM. No entanto, para que não pare qualquer dúvida sobre a possibilidade da contratação por meio de Pregão, importa discernir se os serviços de engenharia almejados podem ser caracterizados como comuns, ou seja, aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais de mercado”.

A interpretação do que é comum, nem sempre é fácil, haja vista a farta doutrina enfocando o tema, e, não havendo rol taxativo, há de ser observado outros aspectos relevantes que decorrem de regras básicas de hermenêutica jurídica, em especial a de que as normas legais não contém palavras desnecessárias, e assim sendo, deve ser levado em conta que a lei faz referência expressa AO MERCADO OU ÀS ESPECIFICAÇÕES DE MERCADO.

Não seria, portanto, a complexidade do serviço a inserí-lo ou não no conceito de bem ou serviço comum, mas o domínio que as empresas atuantes no mercado possuem sobre o objeto licitado, de modo que possam oferecer suas propostas de forma segura diante das definições objetivas do edital, e, neste aspecto, observo que o edital em seu Anexo I traz regras claras que permitem um julgamento objetivo, alicerçado em parâmetros isonômicos.

Esta Corte já vem admitindo o Pregão em casos aná-

logos, a exemplo dos TCs-35864/026/05, 18.914/026/05, 4.974/026/06 e 7.710/026/06.

No que toca a comprovação de aptidão da licitante ou do profissional, resta, também, superada qualquer impropriedade, pois, como bem disse a Chefia da ATJ “*não só porque suscetíveis de avaliação para a garantia da plena satisfação do objeto, como também porque as diretrizes da Lei 8.666/93 devem ser aplicadas subsidiariamente à licitação na modalidade de Pregão*”.

Por fim, conforme apontado na instrução, embora não tenha sido objeto de impugnação, a CPTM deve proceder uma avaliação no Subitem 7.1.9.1, à luz das disposições contidas na Súmula 30 desta Corte, bem como no subitem 7.1.8.1, especificamente quanto ao visto de registro no CREA.

Ante o exposto, atendo-me estritamente aos termos da impugnação apresentada, voto pela improcedência da Representação, com conseqüente cassação da liminar concedida para liberar a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos à continuidade do certame, sem prejuízo da avaliação dos Subitens acima apontados.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Antonio Roque Citadini, Relator, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Fulvio Julião Biazzi, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Renato Martins Costa, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator, atendo-se estritamente aos termos da impugnação apresentada, decidiu pela improcedência da representação, cassando-se, em conseqüência, a liminar concedida e liberando-se a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos à continuidade do certame referente ao Pregão nº 8186602061, sem prejuízo de que a CPTM proceda a uma avaliação no Subitem 7.1.9.1, à luz das disposições contidas na Súmula nº 30 deste Tribunal, bem como no Subitem 7.1.8.1, especificamente quanto ao visto de registro no CREA.**





CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO



TC-7770/026/05

Ementa: Concorrência e Contrato celebrado entre a **Prefeitura Municipal de Várzea Paulista** e a Viação Bonavita S/A, objetivando a exploração e prestação dos serviços de transporte coletivo urbano e rural no município, em um único lote de serviços e veículos, mediante concessão onerosa.

Presidente e Relator: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Secretário Substituto: Angelo Scatena Primo.

Sessão da Primeira Câmara, realizada em 25 de julho de 2006.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de concorrência e contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal de Várzea Paulista e a Viação Bonavita S/A, objetivando a exploração e prestação dos serviços de transporte coletivo urbano e rural no Município de Várzea Paulista, em um único lote de serviços e veículos, mediante concessão onerosa.

O contrato foi celebrado em 5 de dezembro de 2004, pelo prazo de 30 anos e pelo valor total de R\$ 39.600.000,00, para o qual foi considerada uma média de 64.700 passageiros pagantes por mês a uma tarifa de R\$ 1,70.

O contrato de concessão foi precedido da Concorrência nº 003/2004, cujo critério de julgamento foi a “melhor proposta técnica, com preço fixado no edital”, e na qual 4 empresas adquiriram o edital e somente uma licitante efetivamente ingressou no certame, sendo posteriormente habilitada e declarada vencedora.

O laudo de auditoria, elaborado pela 8ª Diretoria de Fiscalização, concluiu pela regularidade da contratação, ressaltando dificuldades verificadas para a obtenção da documentação necessária para a instrução dos presentes autos.

Não obstante, foi acionado o dispositivo do artigo 2º, XIII, da Lei Complementar nº 709/93, bem como notificadas as autoridades responsáveis, pois, não obstante as características do objeto, foi utilizado o critério de julgamento da “melhor técnica com preço fixado no edital”

(art. 15, IV, da Lei nº 8.987/95), bem como estabelecida pontuação técnica baseada em especificações desse mesmo objeto.

Em resposta, a Prefeitura Municipal alegou, em síntese, o seguinte: 1. Não se aplica ao caso em tela, por se tratar de concessão de serviço público – transporte coletivo, o contido no artigo 46, da Lei nº 8.666/93, por conflitar com o inciso IV, do artigo 15, da Lei nº 8.666/93; 2. Se outras empresas adquiriram o edital, ao qual foi dada ampla publicidade, e contra ele não se insurgiram, não há que se falar em violação do princípio da isonomia e redução do universo de licitantes; 3. Quanto ao item “7”, do edital, o mesmo simplesmente estabeleceu critérios objetivos, não só para a parte técnica, mas também para o preço, com indicação no edital de pesos preestabelecidos.

A Assessoria Técnica opinou pela regularidade.

A Chefia da Assessoria Técnica propôs nova assinatura de prazo, em face do seguinte: 1. Não restaram demonstrados nos autos os parâmetros que balizaram a exigência de capital social mínimo integralizado de R\$ 2.900.000,00; 2. É imprescindível a indicação dos investimentos que o empreendimento ensejaria, a fim de ser composto qual o valor econômico desses aportes que estaria resguardado pelo capital mínimo a ser apresentado (citado o TC-12928/026/02); 3. Exigiu-se comprovação de capital social mínimo com base no valor do contrato para trinta anos de concessão, mas, ao que parece, o investimento a ser suportado pela concessionária (terminal urbano, garagem, frota e equipamentos) é inferior ao próprio valor indicado no item 6.3.b do edital; 4. O item 6.3.1 diz que o valor do contrato é calculado em função do montante que a concessionária receberá em trinta anos, e não do montante dos investimentos que realizará; 5. É imprescindível que a origem traga aos autos cópia dos contratos emergenciais vigentes antes do início da concessão.

A SDG também propôs nova assinatura de prazo, tanto em função da questão suscitada pela Chefia da Assessoria Técnica, como pelo seguinte: 1. Os critérios de pontuação da proposta técnica estabelecidos no item 7.5 (Condição da Frota Proposta; Disponibilidade da Frota para Início da Operação; Disponibilidade de Garagem)

parecem distorcidos, pois a imediata disponibilidade de frota e operacionalidade da garagem são algumas das dificuldades que as eventuais interessadas teriam de vencer até estar operando plenamente, a não ser que já viessem prestando os serviços; 2. A contratante excedeu os limites adequados, já que a pontuação fixada no instrumento convocatório contém critérios discriminatórios, os quais afastam eventuais proponentes qualificados, ficando o universo de licitantes reduzido a um único; 3. Necessário que a origem informe como se operaram os serviços de transporte público nos exercícios de 2002, 2003 e 2004.

Nessa conformidade, foi novamente acionado o dispositivo do inciso XIII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93, bem como foram uma vez mais notificados os responsáveis pela contratação.

Em resposta, a Prefeitura Municipal de Várzea Paulista alegou, em síntese, o seguinte:

1. Capital Mínimo - Valor do Contrato - Investimentos a serem Suportados: 1.1. No que tange ao valor do contrato e à exigência de capital social mínimo de R\$ 2.900.000,00, tal não se afigura ilegal e não fere o princípio da isonomia; 1.2. Os investimentos não se compõem tão-somente do valor inicial dos gastos, mas o custo da manutenção ao longo dos trinta anos, pois nele terá a concessionária o custo da manutenção da frota em operação, funcionários, equipamentos, combustível, manutenção da garagem; 1.3. O custo de implantação do terminal de ônibus somente será definido com a efetiva elaboração do projeto e avaliação orçamentária de sua execução, e ainda, após sua execução, terá a concessionária a responsabilidade por toda sua manutenção até o término da concessão; 1.4. Seria simplista demais avaliar-se o custo de investimento tão-somente pelo que é necessário ao início dos serviços; 1.5. A demonstração do capital social mínimo faz-se necessária, pois não se trata de início de operação por apenas um ano, mas da continuidade do serviço durante todo o prazo de concessão; 1.6. A exigência de capital ínfimo poderia resultar na demonstração de que a vencedora seria capaz de suportar o investimento inicial e não suportar o custo de manutenção.

2. Critérios de Pontuação da Proposta Técnica: 2.1. Os critérios refletem a necessidade da efetiva implantação dos serviços o mais breve possível, de modo que as empresas, ao participar do certame, devem estar preparadas para a imediata execução do objeto; 2.2. A pontuação para a condição da frota resulta em uma melhor proposta daquela licitante que ofertar veículos em melhores condições de uso; 2.3. No tocante à disponibilidade de frota para o início da operação, bem como de garagem, implica em dizer que a coletividade não pode ficar aguardando os entraves administrativos da licitan-

te para ter acesso ao serviço adequado, de tal forma que tem a melhor proposta aquela empresa que dispõe dos serviços para atendimento da população; 2.4. Não houve, por parte de qualquer interessado, impugnação dos critérios mencionados; 2.5. Outra empresa, que não a contratada, é que prestava os serviços no Município durante os anos que antecederam a presente contratação.

Por fim, a Municipalidade informou que os serviços de transporte, durante 2002, 2003 e 2004, foram prestados em caráter emergencial pela empresa Rápido Luxo Campinas, consoante documentação juntada aos autos.

A Assessoria Técnica opinou pela regularidade.

A Chefia da Assessoria Técnica pronunciou-se pela irregularidade da contratação, em face do seguinte: 1. Em contratos de concessão como o ora examinado, o valor contratual costuma ter por base o valor econômico de todo o período da concessão e, ao contrário do que acontece nos contratos de execução de obra ou prestação de serviços, nem sempre levam em conta apenas o ônus a ser suportado pela contratada, já que também agregam o valor da remuneração; 2. Tomar por parâmetro apenas o valor contratual pode tornar a exigência deveras restritiva, mesmo para empresas do ramo, e por isso foi perfeito o posicionamento tomado no processo TC-12928/026/02, pois a Administração deve sempre considerar o valor econômico dos aportes a serem resguardados pelo capital mínimo a ser apresentado; 3. A origem limita-se a apontar outras despesas além do investimento inicial, sem trazer qualquer embasamento técnico para o valor exigido no item 6.3.b do edital; 4. A esta falha, verifica-se também a ilegalidade dos itens avaliados na proposta técnica, conforme apontado pela SDG, pois cabe à Administração impor à concessionária as condições para execução contratual que atendem o interesse público.

A SDG também se manifestou pela irregularidade da contratação, bem como sugeriu a imposição de multa, em face do seguinte: 1. A exigência de capital social mínimo impôs excessivo caráter restritivo, sendo que a origem não indicou os investimentos que a contratação em questão ensejaria, e ainda, como destacado, o valor total estimado deste contrato foi calculado com base no que a futura contratada receberia ao longo da concessão; 2. Destaque-se que somente a contratada acorreu ao certame, cujo Diretor-Presidente é também Sócio-Proprietário da empresa Rápido Luxo Campinas, que vinha prestando serviços de transporte coletivo ao Município desde 2002, consoante contratos descritos, de modo que os critérios de pontuação da proposta técnica, especialmente nos quesitos “disponibilidade da frota para início de operação” e “disponibilidade da garagem”, acabaram por beneficiar a essa única proponente que, certamente, não encontrou qualquer dificuldade no atendimento aos

requisitos técnicos, no menor espaço de tempo proposto no edital; 3. O órgão contratante excedeu os limites adequados ao perfeito atendimento do objeto licitado, pois as exigências e os quesitos de pontuação fixados no instrumento convocatório contêm critérios discriminatórios, os quais afastaram eventuais proponentes qualificados, ficando o universo de licitantes reduzido a licitante única.

É o relatório

VOTO

Filio-me aos pareceres formulados pela Chefia da Assessoria Técnica e pela SDG, vez que a licitação e o contrato são irregulares.

Inicialmente, destaca-se o caráter claramente restritivo que veio a ser evidenciado no tocante à exigência de capital social mínimo, integralizado, cujo montante foi fixado em R\$ 2.900.000,00, pela alínea “b”, do item “6.3”, do edital, sem que a Prefeitura Municipal de Várzea Paulista justificasse quais eram os fundamentos desse montante de capital mínimo integralizado, não obstante o prazo a ela concedido.

De fato, era imprescindível que a Administração demonstrasse quais eram os investimentos que deveriam ser realizados no empreendimento, a fim de ser evidenciado qual seria o valor econômico a ser resguardado pelo capital social mínimo exigido, já que esses mesmos investimentos é que se constituem na razão primordial daquela condição estabelecida para fins de habilitação.

Note-se que, em sua peça de defesa, a Prefeitura afirmou que o custo de implantação do terminal de ônibus, um dos elementos essenciais do empreendimento, ainda não estava definido, o que seria realizado apenas posteriormente, porém, em que pese tal alegação, está juntada às fls. 129/137, integrante de um dos anexos do edital, uma “Planilha Orçamentária de Custo Básico” de “Construção de Terminal de Ônibus Urbano”, cujo valor total corresponde a R\$ 1.240.340,89, o qual equivale a 42,77% do capital mínimo exigido.

E com relação aos custos de manutenção invocados, além de a Prefeitura não os ter identificado na peça de defesa, deixou ela de levar em consideração as receitas advindas da cobrança de tarifa dos usuários, ou seja, para tais custos era cabível somente a demonstração de requisitos de qualificação econômico-financeira essencial ao objeto.

Deve ser salientado ainda que o valor total contratado não poderia ser utilizado como base para a fixação do capital mínimo, já que o item “1.2”, do edital, fixou expressamente que aquela cifra foi obtida considerando-se a média de 64.700 passageiros pagantes por mês a uma tarifa de R\$ 1,70, ou seja, a formação daquele valor baseou-se nas receitas mensuradas.

Nesse sentido, razão assiste à Chefia da Assessoria Técnica quando observa que a fixação do valor adequado para capital social ou patrimônio líquido mínimo é um procedimento mais complexo em contratos de concessão de serviços públicos, “..pois o valor contratual costuma ter por base o valor econômico de todo o período de concessão e, ao contrário do que acontece nos contratos de execução de obra ou de prestação de serviços, nem sempre levam em conta apenas o ônus a ser suportado pela contratada, já que também agregam o valor da remuneração”.

Como já salientei ao proferir o voto condutor do v. Acórdão exarado pela E. Primeira Câmara em sessão de 28 de junho de 2005, ao apreciar idêntica questão suscitada no julgamento de matéria similar que estava abrigada nos processos TC-1157/010/04 e TC-12928/026/02, “há que se ter muita atenção à utilidade das exigências inseridas nos editais de licitação, na medida em que a Constituição Federal, no inciso XXI, de seu artigo 37, impõe que somente serão admissíveis exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

É evidente, pois, a ofensa a esse dispositivo constitucional.

Sob outro aspecto, mostraram-se absolutamente irregulares os critérios de avaliação de propostas técnicas que foram estabelecidos pelas alíneas do item “7.5”, do edital, cujas pontuações basearam-se no ano de fabricação dos veículos da frota, bem como nos prazos de disponibilização da frota e da garagem para o início da operação, ou seja, tratou-se de critérios de pontuação amparados única e exclusivamente em especificações do objeto que já deveriam estar definidos no projeto básico do empreendimento, na medida em que é ao Poder Público que se impõe o poder-dever de estabelecer os parâmetros pelos quais deverá ser atendido o interesse coletivo.

Como consequência, além de ter sido corrompido o instituto da aferição da melhor técnica, essa fixação de diversas variáveis para especificações que já deveriam estar previamente definidas constituiu-se em omissões no detalhamento do objeto que efetivamente inviabilizam uma segura mensuração de custos por empresas eventualmente interessadas na contratação, o que representa uma ofensa à isonomia e à competitividade.

E a propósito dessas irregularidades apuradas nos presentes autos, vale ser ressaltado que, não obstante as aquisições de edital consignadas no laudo de auditoria, bem como o objeto que estava sendo licitado, somente uma única licitante ingressou no certame.

Em verdade, ficou claro que o capital social mínimo estabelecido pela Administração constituiu-se em exigência que foi além do indispensável à garantia do

cumprimento das obrigações, e, de outro lado, os critérios de pontuação técnica do item “7.5”, do edital, ofenderam o princípio da isonomia, e em assim sendo, essas irregularidades demonstram que houve infração aos dispositivos que emanam do inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, os quais determinam que as contratações da Administração devem ser realizadas “..mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes..”, e ainda, que somente serão permitidas “..exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Em assim sendo, faz-se necessária a imposição de multa à autoridade responsável, vez que configurada a hipótese do inciso II, do artigo 104, da Lei Orgânica deste Tribunal.

Ante o exposto e mais o que dos autos consta, ponho-me de acordo com os pareceres da Chefia da Assessoria Técnica e da SDG, e voto pela irregularidade da concorrência e do contrato, determinando, por consequência, sejam expedidos os ofícios, nos termos do artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, concedendo ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Várzea Paulista o prazo de 60 dias, para que informe esta Corte acerca das providências adotadas em face das irregularidades constatadas, e ainda, considerando a efetiva afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, acolho a proposta da SDG e voto pela aplicação de multa ao então Prefeito Municipal e autoridade responsável pelos atos de homologação e adjudicação, em valor correspondente a 2.000 (duas mil) UFESP's, com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto do Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, Presidente e Relator, bem como pelo da Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale, a E. Câmara, ante o exposto no voto do Relator, decidiu julgar irregulares a concorrência pública e o contrato, determinando-se expedição de ofícios, nos termos do artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, e concedendo-se ao Sr. Prefeito Municipal de Várzea Paulista o prazo de 60 (sessenta) dias, para que informe este Tribunal acerca das providências adotadas em face das irregularidades constatadas.**

Decidiu, outrossim, considerando que houve efetiva afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, aplicar pena de multa ao Sr. Clemente Manoel de Almeida, então Prefeito Municipal e autoridade responsável pelos atos de homologação e adjudicação, no valor correspondente a 2.000 (duas mil) UFESP's, com fundamento no artigo 104, inciso II, da referida Lei Complementar.

Impedido o Substituto de Conselheiro Sérgio Ciquera Rossi.

TC-9383/026/05

Ementa: Dispensa de Licitação - Contrato celebrado em 23/2/05 entre a **Prefeitura Municipal de Guarujá** e DCT Tecnologia e Serviços Ltda, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados de engenharia de trânsito e procedimentos relativos à administração para gestão de trânsito no Município.

Presidente e Relator: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão da Primeira Câmara, realizada em 11 de julho de 2006.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de dispensa de licitação e contrato emergencial celebrado entre a Prefeitura Municipal de Guarujá e a DCT Tecnologia e Serviços Ltda., objetivando a prestação de serviços de administração, gerenciamento e processamento de multas eletrônicas de trânsito, bem como instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos de detecção e registro automático de infrações de trânsito.

O ajuste foi firmado em 23/2/05, pelo valor de R\$ 2.040.050,28 e prazo de vigência de 180 dias, tendo sido precedido de dispensa de licitação fundada no inciso IV, artigo 24, da Lei nº. 8.666/93.

Pelo Memorando de fls. 06/07, o Sr. Secretário Municipal de Infra-Estrutura e Desenvolvimento Urbano aduziu, em suma, o seguinte: **1)** o contrato anterior com a empresa SERGET venceria em 6/2/05, sem que existisse a abertura de procedimento licitatório ou celebração de termo aditivo de prorrogação daquele contrato por ocasião da nova administração; **2)** na impossibilidade de se contratar o prosseguimento dos serviços em tempo hábil, porque sua interrupção traria transtornos no trânsito e riscos à segurança da população, motoristas ou não, e prejuízos econômicos ao Município devido à responsabilização da Administração por omissão; **3)** a contratada anterior não vinha prestando os serviços a contento.

O laudo de auditoria, elaborado pela 5ª Diretoria de Fiscalização, concluiu pela irregularidade da contratação emergencial, expondo, em síntese, o seguinte: **1)** Não são aceitáveis as justificativas de fls. 06/07; **2)** Não foram apresentadas justificativas, além do Memorando da Secretaria de Infra-Estrutura e Desenvolvimento Urbano, e nem tampouco informações a respeito de apuração de responsabilidade pela não abertura de licitação em tempo hábil; **3)** Ausência de demonstração de estarem os preços compatíveis com o mercado; **4)** Não consta a autorização para a dispensa licitatória em questão e nem a declaração por Decreto Municipal.

Deste modo, foi acionado o dispositivo do inciso XIII, do artigo 2º, da lei Complementar nº 709/93, bem como notificados os responsáveis. Em resposta, a Prefeitura Municipal de Guarujá apresentou, em síntese, as seguintes alegações:

1. O Poder Executivo Municipal de Guarujá deu origem ao contrato emergencial, após a coleta de preços de 4 empresas do ramo, visando o atendimento das disposições constitucionais e as demais contidas no Código de Trânsito Brasileiro e pretendendo manter o pleno atendimento dos serviços de trânsito da cidade;

2. A omissão e a demora de providências por parte da atual administração ensejariam sanções diante da responsabilidade objetiva do Estado, em face da expiração da licitação que abrigava tais serviços;

3. Diante de tais fatos a Municipalidade achou-se amparada no inciso IV, do artigo 24, da Lei nº. 8.666/93;

4. Após regular coleta de preços com a participação de 4 empresas especializadas do setor, onde a Municipalidade contratou a empresa DCT que apresentou a proposta mais vantajosa dentre os preços praticados no mercado;

5. Mesmo assim a Municipalidade contratou os serviços por valor mensal inferior ao da contratação anterior com a empresa SERGET;

6. A redução na ordem de quase R\$ 50.000,00 mensais proporcionou a ampliação no número de equipamentos dando maior abrangência e qualidade nos serviços prestados;

7. Consta a ratificação da dispensa de licitação para a contratação direta, bem como a autorização do Prefeito conforme doc. 03 anexado ao processo;

8. Houve a obediência dos artigos 15 e 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal, de acordo com a declaração do Secretário Municipal, Sr. Carlos Antonio de Sousa, conforme cópia anexada no processo.

A Assessoria Técnica e a Chefia da Assessoria Técnica opinaram pela regularidade da dispensa de licitação e do contrato decorrente, consignando que: **1)** todas as formalidades referentes à dispensa de licitação foram obedecidas conforme documentação que compõem os autos; **2)** não existiu desídia da Administração anterior por ser provável que não tenha se iniciado procedimento licitatório em vista da possibilidade de prorrogação do contrato; **3)** não há como condenar a preferência da atual Administração por nova contratação, eis que o contrato emergencial revelou preços mais vantajosos do que os praticados caso o contrato fosse prorrogado, podendo ser aprovada a contratação direta em exame.

A SDG, inicialmente, aduziu não vislumbrar que na contratação caiba o procedimento de dispensa na qual se fundamentara, por entender que: **1)** ainda que a situação tenha decorrido em parte por falta de providências da Ad-

ministração anterior, a atual gestão também contribuiu, vez que somente veio a perceber o término do contrato anterior dois dias antes (4/2/05); **2)** não há como afastar a responsabilidade da atual gestão, que bem poderia ter realizado a devida licitação, buscando melhores preços, ainda que em detrimento dos serviços de administração, gerenciamento e processamento de multas de trânsito, e instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos de detecção de infrações; **3)** pelo objeto do contrato, a suspensão dos serviços acarretaria a paralisação das autuações pelo período de aproximadamente 35 dias, não ensejando situação emergencial; **4)** no caso, ocorreu a suspensão dos serviços por 17 dias.

Ao final, porém, por ter verificado no processo TC-36417/026/05 que, mediante licitação, a Prefeitura contratou os serviços em Novembro de 2005, a SDG manifestou-se pela regularidade, propondo recomendação para a origem.

É o relatório.

VOTO

Em que pesem as manifestações externadas pelos órgãos técnicos, está claro que a presente contratação é irregular, na medida em que as motivações eleitas pelo Administrador não caracterizam uma situação emergencial.

Primeiramente, faz-se necessário salientar que a apreciação da presente matéria envolve o cumprimento de princípio constitucional tutelado pelo inciso XXI, do artigo 37, da Carta Magna, o qual determina que as contratações da Administração devem ser realizadas “..*mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes..*”, ressalvados casos específicos que, por serem exceção à regra da Constituição, devem estar perfeita e inequivocamente amoldados à hipótese prevista pelo legislador; porém, não é isso que ocorreu no caso dos autos, na medida em que não está aqui configurado um contexto emergencial, tampouco calamitoso.

No tocante ao caráter emergencial que fora invocado pela Prefeitura de Guarujá, há que se deixar claro que não há como colocar os serviços de monitoramento e autuação eletrônicos de infrações de trânsito, prestados por empresas contratadas pelo Poder Público, no mesmo patamar dos serviços públicos essenciais para a manutenção das atividades de educação, saúde, segurança, limpeza e saneamento básico, bem como das atividades de fornecimento de água, telefonia ou energia elétrica.

Assim, o que deve ser aclarado em relação ao caso dos autos, é o fato evidente de que, não obstante os resultados trazidos por esses serviços de monitoramento e autuação eletrônicos de infrações de trânsito, a para-

lisação de tais serviços, até que seja completado o necessário procedimento licitatório, não se constitui em evento que possa causar prejuízo ou possa comprometer a segurança de bens ou pessoas, a ponto de ser invocado um contexto de emergência ou calamidade, já que esses benefícios não podem ser colocados no mesmo patamar dos serviços essenciais já mencionados.

Em suma, não é a exposição de suposições formuladas pelo Administrador que deve amparar a declaração de um contexto emergencial, mas, sim, a comprovação da efetiva ameaça causada por fatos concretos e evidentes.

Nesse sentido, muito embora tenha proposto ser revogado o ato irregular da Administração, a própria SDG aduziu que não se pode afastar a responsabilidade da atual Administração, a qual deveria ter realizado licitação para buscar os melhores preços, “..ainda que em detrimento dos serviços de administração, gerenciamento e processamento de multas de trânsito, e de instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos de trânsito”, por entender a SDG que essa suspensão das autuações não ensejaria uma situação emergencial.

Note-se que a SDG também atestou que os serviços contratados foram efetivamente suspensos, até que fosse celebrado o contrato emergencial, pelo período de 17 dias.

Por fim, deve ser salientado que não há como relevar a impropriedade em face da contratação abrigada no processo TC-36417/026/05, pois, além de não constituir fato que possa justificar o descumprimento de dispositivo constitucional, deve ser considerado que no mencionado processo está registrado ajuste celebrado em Novembro de 2005 com a mesma empresa ora contratada, o que evidencia que foi extrapolado o prazo máximo de 180 dias fixado pela Lei de Regência, já que o ajuste emergencial havia sido celebrado em 23 de fevereiro de 2005.

Nessa conformidade, está claro que a presente contratação não se revestiu do necessário caráter emergencial, de tal forma que não está configurada a hipótese do inciso IV, do artigo 24, da Lei de Licitações, sendo essa a razão pela qual também está demonstrado que houve afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, fazendo-se necessária a imposição de multa à autoridade responsável, nos termos da Lei Orgânica deste Tribunal.

Ante o exposto e mais o que dos autos consta, voto pela irregularidade da dispensa de licitação e do contrato, determinando, por conseqüência, sejam expedidos os ofícios, nos termos do artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, concedendo ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Guarujá o prazo de 60 dias para que informe esta Corte acerca das providências

adotadas em face das irregularidades constatadas, e ainda, considerando que houve efetiva afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, voto pela aplicação ao Prefeito Municipal de Guarujá e autoridade responsável pela ratificação da dispensa de licitação, em valor correspondente a 1.000 UFESP's, com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93, fixando-lhe o prazo máximo de 30 dias para o cumprimento.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Presidente e Relator, Edgard Camargo Rodrigues e Cláudio Ferraz de Alvarenga, a E. Câmara, ante o exposto no voto do Relator, decidiu julgar irregulares a dispensa de licitação e o contrato, aplicando-se o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, concedendo-se ao Sr. Prefeito Municipal de Guarujá o prazo de 60 dias para que informe esta Corte de Contas acerca das providências adotadas em face das irregularidades constatadas.**

Decidiu, outrossim, considerando que houve efetiva afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, aplicar multa ao Sr. Farid Said Madi, Prefeito Municipal de Guarujá e autoridade responsável pela ratificação da dispensa de licitação, em valor correspondente a 1.000 UFESP's, com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93, fixando-lhe o prazo de 30 dias para o cumprimento.

TC-23200/026/04

Ementa: Concorrência e contrato celebrado entre a **Prefeitura Municipal de Santos** e Terracom Engenharia Ltda, objetivando a prestação de serviços, pelo regime de empreitada por preço unitário, de operação e manutenção de um conjunto de serviços referentes a limpeza pública.

Presidente e Relator: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão da Primeira Câmara, realizada em 7 de março de 2006.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de concorrência e contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal de Santos e a Terracom Engenharia Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços que compreendem operação e a manutenção de um conjunto de serviços referentes à limpeza pública do Município, pelo regime de empreitada por preço unitário, compreendendo: **a)** operação e manutenção de um conjunto de serviços integrantes da limpeza pública na área insular do Município de Santos, relativos à coleta e

transporte de resíduos sólidos urbanos, limpeza de vias e logradouros públicos, e outros serviços na área continental do Município; **b)** operação e manutenção de um conjunto de serviços referentes à estação de transbordo e ao transporte de resíduos gerados na área insular; **c)** operação e manutenção de um conjunto de serviços referentes à disposição dos resíduos sólidos urbanos em aterro sanitário licenciado.

O contrato foi celebrado em 10 de março de 2004, pelo prazo de vigência de 30 meses, prorrogável, e pelo valor estimado de R\$ 127.719.812,69, tendo sido precedido da Concorrência nº 001/2003, do tipo “menor preço”, na qual duas ingressaram no certame e foram habilitadas, contudo, uma única proposta foi classificada¹.

O laudo de auditoria, elaborado pela 10ª Diretoria de Fiscalização, propôs a assinatura de prazo à origem, em face de ressalvas formuladas com relação ao aumento havido na base mensal entre o ajuste e a contratação anterior (R\$ 1.568.777,68), à ausência de demonstrativos quanto à compatibilidade dos preços contratados e à estimativa de impacto orçamentário-financeiro, em face do expressivo valor contratado.

Nessa conformidade, foi acionado o dispositivo do artigo 2º, XIII, da Lei Complementar nº 709/93, bem como foram notificados os responsáveis pela contratação, para que acompanhassem o presente feito, bem como apresentassem os esclarecimentos que entendessem cabíveis, tanto com relação às ressalvas da 10ª D.F., quanto em face do seguinte: 1) O valor total orçado para o empreendimento alcançou R\$ 139.732.087,10, o que correspondia a R\$ 55.892.834,84 anuais; contudo, a Administração fixou que a garantia de participação em 1% (um por cento) da maior cifra orçada, qual seja, a que correspondia aos 30 meses da contratação, de modo que foi utilizada a opção mais restritiva; 2) Como requisito de qualificações técnico-operacional e técnico-profissional, foi exigida experiência na limpeza manual e mecanizada de praias; 3) Os critérios de admissibilidade das Metodologias de Execução careciam de maiores esclarecimentos quanto ao sistema de pontuação estabelecido.

Em resposta, veio aos autos a Prefeitura Municipal de Santos, por meio das peças de defesa de fls. 757/759 e fls. 778/781, e apresentou, em síntese, as seguintes alegações:

1. As despesas não foram contratadas nos dois últi-

¹ A proposta da Construtora Marquise S/A foi desclassificada porque: a) omitiu valores referentes aos itens A.2.1 (serviços rotineiros na área continental) e A.2.2 (serviços não rotineiros na área continental); b) No item 10.1, “d”, do edital, a licitante partiu da premissa que a distância a ser percorrida entre a estação de transbordo e o aterro sanitário seria de 107 km, e assim, considerado o valor unitário de R\$ 0,22/txkm e a quantidade de resíduos a ser transportada, o valor total deveria ser de R\$ 17.563.194,00.

mos quadrimestres e se tratam de despesas obrigatórias e caráter continuado;

2. O valor mensal da presente contratação é maior porque ela contempla serviços não incluídos na anterior, como a operação da unidade de transbordo, o transporte de resíduos e a destinação final dos resíduos em aterro sanitário localizado no Sítio das Neves;

3. Quanto à exigência de qualificação técnica profissional e operacional, especificamente quanto aos serviços de limpeza manual e mecanizada das praias, ela se amparou nas características geográficas do Município, as quais determinam o cuidado e o caráter rotineiro de manutenção e conservação da orla da praia, com cerca de 7 quilômetros de extensão por, aproximadamente, 150 metros de largura, e ainda, o Porto de Santos e a deposição de resíduos oriundos de municípios vizinhos, trazidos pela maré, justificam a exigência;

4. A fixação do valor da garantia de participação teve como base o artigo 31, III, da Lei nº 8.666/93; há um equívoco quando se conclui que o valor da garantia de participação poderia ser calculado sobre 12 meses de contratação, já que a vigência do mesmo é de 30 meses, não restando alternativa à Municipalidade; a legislação permite valor até 1% e a Prefeitura, utilizando seu poder discricionário, resolveu eleger o valor máximo; se a quantia era alta ou não, não cabe ao Tribunal de Contas analisar esse aspecto do certame; o esforço foi no sentido de buscar contratar uma empresa viável para os trinta meses de contratação.

Os parâmetros de avaliação das Metodologias de Execução foram apresentados às fls. 778/780.

A Assessoria Técnica opinou pela regularidade da matéria, por entender que devem ser acolhidas as justificativas apresentadas.

A Chefia da Assessoria manifestou-se pela irregularidade da licitação e do contrato, por entender o seguinte: **1)** Trata-se de serviços de natureza contínua, usualmente contratados pela Administração por período de doze meses, prorrogáveis por igual período até o limite legal; **2)** Nada impede a contratação por período inicial superior a esse limite de doze meses, todavia, a contratação por períodos longos não pode inibir a competitividade; **3)** Ao estabelecer a contratação para o período de 30 meses, a Prefeitura Municipal de Santos exigiu garantia correspondente a 1% do valor estimado para todo esse período (R\$ 139.732.087,10), o qual corresponde a quantia considerável; **4)** É certo que o artigo 31, II, da Lei nº 8.666/93, estabelece o limite de 1% do valor estimado, porém, trata-se de limite máximo, podendo a Administração fixar outro valor razoável, desde que dentro desse limite, ou mesmo dispensar a sua apresentação; **5)** O objetivo do artigo 31, II, da Lei nº 8.666/93, é garantir a idoneidade das licitantes, mas a garantia para licitar não

pode ser obstáculo para que empresas idôneas participem da licitação; **6)** Cabe a este Tribunal condenar exigências despropositadas, vez que o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, permite à Administração exigir, como condição de habilitação, apenas o indispensável para assegurar o cumprimento das obrigações.

A SDG também se pronunciou pela irregularidade da licitação e do contrato, por entender o seguinte: **1)** Ainda que a garantia para licitar estivesse em consonância com o limite de 1%, a exigência não se mostra compatível com o princípio da razoabilidade, já que não restou devidamente comprovado o porquê de se exigir a garantia no patamar máximo, o que contrariou o preceito constitucional contido no artigo 37, inciso XXI, da Carta Maior, o qual estabelece que somente serão permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações; **2)** Ao limitar em 1% a exigência da garantia para licitar, o legislador infraconstitucional conferiu uma prerrogativa ao Administrador que, para ser exercida, necessita-se observar a razoabilidade que deve sempre nortear os atos administrativos; **3)** Levando-se em conta o fato de se tratar de serviço de natureza contínua (usualmente contratado pela Administração por período de doze meses, prorrogável até o limite legal), a exigência de tal garantia adstrita ao período de um ano, e não ao da vigência total do contrato (30 meses), mostrar-se-ia suficiente para os fins a que se destina; **4)** Tendo em vista que a Lei de Licitações estabelece o limite máximo dessa exigência, cabe ao Administrador situar o “quantum” suficiente para aferir a capacidade econômico-financeira com base no princípio da razoabilidade; **5)** Esta Corte de Contas já decidiu questões similares nesse mesmo sentido, consoante processos TC-1052/006/02 e TC-12611/026/04; **6)** Reforçando o caráter restritivo da garantia para licitar, está a exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo não inferior a 10% do valor para toda a contratação, pois ambos foram fixados sem maiores justificativas e contribuiriam decisivamente para a mitigada participação no certame que, levando em conta o objeto licitado e o município contratante, seria merecedor de maior competitividade; **7)** Não podem ser acolhidos os argumentos da Prefeitura Municipal, sobretudo diante da disparidade entre os elevados valores exigidos a título de garantia para licitar e de patrimônio líquido mínimo, e o inexpressivo valor exigido como garantia contratual, correspondente a 0,5% do valor contratado, quando se admite tal exigência em até 5% do valor do contrato (artigo 56, § 2º, da Lei nº 8.666/93).

Tramita em conjunto o Processo TC-24276/026/03, o qual abriga Exame Prévio de Edital que tratou de representação apresentada contra o edital da licitação ora apreciada, tendo sido julgada parcialmente procedente pelo E. Plenário, em sessão de 01/10/2003.

É o relatório

VOTO

Acolho integralmente os pareceres que foram formulados pela Chefia da Assessoria Técnica e pela SDG, visto que a presente contratação fundou-se em procedimentos absolutamente irregulares.

De fato, o escopo do presente ajuste não é composto por um objeto que seria inteiramente entregue ao final dos 30 meses, mas, ao contrário, abrangeu a prestação de serviços de caráter continuado, na qual há um rol de atividades que se repetem no tempo, ao longo do período de vigência que fora pactuado.

A esse respeito, a Lei de Regência é suficientemente clara ao dispor que, em tal hipótese, a duração ficará adstrita à vigência dos créditos orçamentários respectivos, podendo o ajuste ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos até o limite de 60 meses, desde que propiciem preços e condições mais vantajosas².

Assim sendo, razão assiste à Chefia da Assessoria Técnica e à SDG quando afirmam que o presente objeto envolve serviços de natureza contínua, que são usualmente contratados pela Administração por período de doze meses, prorrogáveis por igual período até o limite legal.

À vista de tais fundamentos, e ainda que seja admissível a fixação da vigência inicial para 30 meses, é inaceitável que a Administração tenha fixado requisitos baseados no valor estimado para os 30 meses de contratação, e não para cada período de 12 meses, pois, em se tratando de atividades que se repetem ao longo do tempo, basta à licitante que demonstre capacitação para realizá-las em cada um dos períodos anuais da contratação.

O E. Plenário desta Corte já decidiu nesse sentido, quando da apreciação das representações abrigadas nos processos TC-12611/026/04 e TC-13309/026/04, tendo constado da Ementa do v. Acórdão que o “..*cálculo deve tomar por base o valor estimado do contrato, o qual, no caso da prestação de serviços por serem executados de forma continuada, deve corresponder à previsão de desembolso mensal multiplicada por prazo não superior ao da vigência do crédito orçamentário.*”³.

Em verdade, a fixação de exigência baseada no valor estimado para todos os 30 meses constituiu-se em clara afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, segundo o qual somente serão permitidas exigências de qualificação técnica e econômica **indispensáveis** à garantia do cumprimento das obrigações.

E não socorre à Prefeitura Municipal de Santos alegar que estava no exercício de prerrogativa concedida pela Lei de Licitações, na medida em que, de um lado, aquele Diploma somente fixa os limites máximos, e de outro,

² Artigo 57, “caput” e inciso II, da Lei nº 8.666/93.

³ Sessão de 12/05/2004 – Relator: Conselheiro Robson Marinho.

as peculiaridades inerentes ao caso dos autos, consoante o que já fora exposto, evidenciam que os procedimentos da Administração representaram um claro desvio do exercício de seu poder discricionário, já que se mostraram incompatíveis com o dispositivo constitucional do inciso XXI, do artigo 37, da Carta Magna.

No caso específico da questão destacada no transcórre da instrução dos autos, a Administração exigiu o recolhimento de garantia para licitar superior a R\$ 1.300.000,00 (hum milhão e trezentos mil reais)⁴, quando bastava que fosse recolhida quantia ao redor de R\$ 550.000,00 (quinhentos e cinquenta reais)⁵, sendo que tais valores implicavam em volumes de numerários retirados do fluxo de caixa das empresas ou em preços de apólices.

Vale ser ressaltado que o caráter restritivo dos procedimentos da Administração revelou-se na existência de apenas 2 licitantes e de 1 uma única proposta classificada. A propósito, tal como fora bem observado pela SDG, levando em consideração o objeto licitado e o Município contratante, fica claro que a licitação era merecedora de maior competitividade.

Apenas a título de ilustração, vale deixar consignado que a Prefeitura fixou a garantia contratual em apenas 0,5% (meio por cento) do valor a ser contratado, muito embora pudesse estabelecer garantia equivalente a até 5% do mesmo valor.

Ante o exposto e mais o que dos autos consta, ponho-me de acordo com os pareceres da Chefia da Assessoria Técnica e da SDG, e voto pela irregularidade da concorrência e do contrato, determinando, por consequência, sejam expedidos os ofícios, nos termos do artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, concedendo ao Excelentíssimo

Senhor Prefeito Municipal de Santos o prazo de 60 dias, para que informe esta Corte acerca das providências adotadas em face das irregularidades constatadas.

Outrossim, considerando que houve clara afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, voto pela aplicação de multa às autoridades responsáveis pela contratação, ao ex-Prefeito Municipal de Santos, e à ex-Secretária Municipal do Meio Ambiente, em valor correspondente a 2.000 UFESP's para cada qual, com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93.

Decisão constante da Ata: Pelo voto dos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Presidente e Relator, e Edgard Camargo Rodrigues, bem como pelo da Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale, a E. Câmara, à vista do exposto no voto do Relator, decidiu julgar irregulares a concorrência pública e o contrato em exame, aplicando-se o contido no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, concedendo-se ao Sr. Prefeito Municipal o prazo de 60 dias para que informe esta Corte de Contas acerca das providências adotadas.

Decidiu, outrossim, considerando que houve afronta ao inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, aplicar pena de multa ao Sr. Paulo Roberto Gomes Mansur, Prefeito à época, e a Sra. Yedda Cristina Moreira Saddoco, ex-Secretária Municipal do Meio Ambiente, no valor individual correspondente a 2.000 UFESP's, com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93.

⁴ 1% sobre R\$ 139.732.087,10 (estimado para 30 meses).

⁵ 1% sobre R\$ 55.892.834,84 (estimado para 12 meses).





CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES



TC-409/026/03

Ementa: Dispensa de Licitação, contrato, termo de Re-ratificação. **Prefeitura Municipal de Diadema** e Centro Universitário La Salle - Unilasalle, objetivando a prestação de serviços para disponibilização e implantação do sistema de gestão administrativa.

Presidente e Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Secretário "Ad hoc": Paulo Massaru Uesugi Sugiura.

Sessão da Primeira Câmara realizada em 21 de fevereiro de 2006.

RELATÓRIO

Em exame contrato¹ e termo de re-ratificação², firmados entre a Prefeitura Municipal de Diadema e o Centro Universitário La Salle - Unilasalle, visando à implantação do sistema de gestão administrativa³, precedidos de dispensa licitatória, com fulcro no inciso XIII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93.

Após análise dos autos, DF-7 questiona a contratação direta por existirem outras instituições capazes de oferecer igual objeto; ausência de justificativas que caracterizem a necessidade dos serviços; cotações de preços sem constar assinaturas; publicação intempestiva do extrato do acórdão e do termo de re-ratificação; e remessa extemporânea dos documentos a esta Corte.

Por estes motivos foi assinado prazo à origem, que comparece com explicações. Afirma, citando doutri-

¹ Contrato nº 246/2001, de 28/12/01, valor R\$ 2.244.508,00, prazo de 120 dias para implantação e 24 meses para manutenção, objetivando a gestão orçamentária, financeira e contábil, gestão tributária, gestão de recursos humanos, gestão administrativa; incluindo comodato de 70 equipamentos necessários a consecução do objeto (implantação, manutenção e treinamento – softwares).

² Termo de re-ratificação, de 17/01/02, inclui especificação de equipamento, altera prazos de implantação, de pagamento e de vigência, não constando aditamento de valor.

³ Sistemas a serem disponibilizados e implementados: gestão orçamentária, financeira e contábil, gestão tributária, gestão de recursos humanos, gestão administrativa; incluindo comodato de 70 equipamentos necessários a consecução do objeto (implantação, manutenção e treinamento – softwares).

na, que o inciso XIII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, permite ao administrador, mediante critérios de conveniência e oportunidade, decidir pela realização ou não do procedimento licitatório, mesmo existindo outras entidades aptas a fornecer o serviço. Entende suficiente o preenchimento dos requisitos legais, quais sejam, tratar-se de instituição brasileira direcionada à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, sem fins lucrativos e inquestionável reputação ética-profissional, e justificativa de preços. Procura demonstrar a adequação da contratada e frisa cotação junto a outras duas fornecedoras.

A contratação, aduz, pretendia solucionar problemas diagnosticados previamente pela Fundação Getúlio Vargas, buscando tornar mais eficiente, racional e econômica a gestão pública, via informatização de suas atividades (cobrança de dívida ativa, controles orçamentários, financeiros e contábeis, folha de pagamento, entre outras). Salieta a necessária adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal, que impõe sanções aos Municípios que deixarem de arrecadar todos os tributos de sua competência e o dever de incrementar suas receitas.

A desobediência aos prazos de publicação de seus atos no Diário Oficial e de remessa de documentos a este Tribunal, alega, constituem falhas formais e decorreram de acúmulo de serviços no final do exercício.

Apreciando às justificativas, Assessoria Técnica, embora observe o atendimento aos requisitos do inciso XIII, não vislumbra o nexa obrigatório entre o dispositivo legal, a natureza da instituição e o objeto, sequer vê demonstrada a razoabilidade dos preços. Citando o princípio da isonomia, adverte que, presentes no mercado outras pessoas jurídicas habilitadas a prestar os serviços, conforme é o caso, deve ser realizada a licitação. Ressalta que o acordo, "instalação de software, sua manutenção e treinamento, portanto voltado para a área de informática, sendo que muitos dos sistemas utilizados pelo Município estão disponibilizados junto à Secretaria da Fazenda Estadual".

Para esclarecer estes aspectos, novamente foram notificados os responsáveis que, em sua defesa, reiteraram inexistir imposição para efetuar o certame quando atendidas as disposições da lei, mesmo havendo outras

instituições capacitadas, e cabe a escolha à discricionariedade do administrador.

Defende que a Unilasalle se enquadra à hipótese, constando no art. 2º de seu estatuto, “a prestação de serviços à comunidade, com a qual deve inclusive buscar sua integração e contribuir para o seu desenvolvimento e de sua população”. Cita o Plano de Desenvolvimento Institucional, especificamente quando faz referência a planejamento e gestão (“Objetivo 9 – Promover o desenvolvimento local e regional, através de parcerias com setores públicos e privados”). Afirma que as “atividades contratadas entre o Município e a Unilasalle caracterizam-se sem dúvida como de desenvolvimento institucional dos setores da administração municipal”, voltadas à “execução de Projeto de Modernização dos Procedimentos Administrativos da Prefeitura Municipal de Diadema”.

Assessoria Técnica conclui manifestação pela irregularidade, por não efetivado o procedimento licitatório e ausente vínculo entre os fins institucionais da entidade, frisando o seu caráter regional, e o objeto do ajuste. Observa, também, que a previsão genérica de prestação de “serviços técnicos” não tem especificidade suficiente para autorizar contratação de “serviço para implantação do sistema de gestão administrativa”.

Mesma posição defende SDG, indicando inexistir correlação entre a finalidade da instituição, voltada ao ensino, e os serviços contratados e por não estarem os preços justificados.

É o relatório.

VOTO

De plano, tenho por aceitáveis as razões de que fez uso a origem a fim de justificar a celebração da avença, que por tratar, em linhas gerais, da incorporação de tecnologia de informática, proporcionou à Administração o incremento de sua estrutura organizacional, implicando, em última análise, em presumida melhoria do serviço público.

Sobreleva igualmente destacar que o Centro Universitário La Salle – Unilasalle amolda-se ao modelo previsto no inciso XIII, artigo 24 da Lei nº 8.666/93, na medida em que denominado “instituição brasileira incumbida regimentalmente ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional”, sem finalidade lucrativa e de inquestionável reputação ético-profissional.

Atendidos tais requisitos, demonstrado o motivo de escolha da contratada e justificado o correspondente preço do negócio, as decisões deste Tribunal vinham até então aprovando avenças da espécie. Todavia, em

juízos recentes⁴, outros aspectos passaram a ganhar especial relevância, como a necessidade de comprovação de estreito vínculo entre a natureza da instituição, o objeto do contrato e as disposições legais bem como a obrigação de se promover processo licitatório quando inequívoca a presença de outras instituições capazes de atender o escopo do ajuste, aplicando-se a dispensa apenas às hipóteses em que circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas a justifiquem.

No caso concreto, ainda que constitua propósito da Unilasalle o desenvolvimento de atividades de pesquisa e ensino, conforme disposição estatutária, estas não se vinculam ao objeto do ajuste propriamente dito, implantação de sistema de gestão administrativa (*gestão orçamentária, financeira e contábil, gestão tributária, gestão de recursos humanos, gestão administrativa; incluindo comodato de 70 equipamentos necessários a consecução do objeto (implantação, manutenção e treinamento - softwares)*). Restaria ainda, em tese, a possibilidade de classificá-lo (o objeto do ajuste) como “desenvolvimento institucional”, expressamente referenciado pela norma de incidência e, em princípio, compatível com as diretrizes genéricas enumeradas no respectivo estatuto⁵ e no Plano de Desenvolvimento da Instituição⁶.

Porém, na linha de decisão exarada pelo e. Tribunal de Contas da União (nº 30/2004⁷), embora o termo “desenvolvimento institucional” contenha diversos sentidos, a interpretação deve ser restritiva, sob risco de se ferirem “os valores fundamentais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade”. Defende-se que a expressão “não pode significar, simplesmente, ao menos no contexto do inciso XIII, melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas”. Resta, deste modo, associá-la a “alguma forma de ação social que tenha sido constitucionalmente especificada como de interesse do Estado” como as direcionadas para a proteção da infância, saúde, ensino, desporto, entre outras, o que não se aplica, é evidente, ao caso.

⁴ Exemplificativamente: TC-014411/026/02, TC-000640/010/96 e TC-031187/026/01.

⁵ “Art. 2º V - estimular o conhecimento e a compreensão dos problemas atuais, em particular os nacionais e regionais, favorecer a prestação de serviços especializados à comunidade, estimular o conhecimento e a compreensão dos problemas atuais, em particular os nacionais e regionais, favorecer a prestação de serviços especializados à comunidade, em parceria e relação recíproca;

VI – promover a extensão aberta à participação da comunidade, visando socializar os conhecimentos gerados na Instituição, e difundindo as conquistas e os benefícios oriundos da pesquisa e da criação cultural geradas na Instituição;

IX – integrar-se à comunidade local, contribuindo para o seu desenvolvimento social e cultural e a melhoria da qualidade de vida;”

⁶ “Objetivo 9 – Promover o desenvolvimento local e regional, através de parcerias com setores públicos e privados.”

⁷ Decisão nº 30/2005, processo 000.728/1998-5, Ministro Relator Guilherme Palmeira.

Compromete, ademais, a formação de juízo de regularidade sobre a matéria em exame a observância – compulsória – dos princípios da livre concorrência, que limita a participação do Estado na exploração econômica, e o da isonomia, que procura evitar o favorecimento de uma ou outra determinada instituição privada.

Ainda conforme o decidido:

“A existência desse nexa é condição essencial à validade do procedimento. Caso contrário, se estará simplesmente financiando, em entidades da espécie, a criação de estruturas paralelas dedicadas não à produção de bens constitucionalmente tutelados, mas à simples exploração de atividade econômica, desnaturando o propósito que motivou a inserção do mencionado dispositivo na Lei e ferindo, por conseguinte, entre outros, o princípio constitucional da isonomia fixado no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna.”

Neste processo, destaca-se a ausência do prolapado “nexa”, especialmente quando se observa que os objetivos institucionais da contratada, sediada em Canoas – RS, estão fundamentalmente relacionados com o **desenvolvimento regional**, conforme exposto pela Assessoria Técnica.

Por outro lado, confirma claramente a viabilidade de instauração de regular processo seletivo público pesquisa de preços realizada junto ao Instituto de Professores Públicos e Particulares e a Precisa Informática.

A agravar, ainda que o preceito legal invocado para a dispensa de licitação não disponha expressamente sobre a obrigatoriedade de busca pelo menor valor, não restou demonstrada a economicidade do ajuste, requisito essencial à legitimação dessa específica ordem de contrato administrativo. A despeito de se haver providenciado cotação junto a duas outras instituições, noto que ambas - bem como a Unilasalle – exercem suas atividades fundamentalmente fora do Estado de São Paulo⁸, logo distantes do local de efetiva prestação dos serviços, não se prestando, por conseguinte, como referenciais seguros para a aferição de modicidade do custo do contrato.

Ao deixar de contratar entidades locais (Diadema, região da Grande São Paulo ou, ao menos, no mesmo Estado), o administrador sujeitou o erário municipal à assunção de gastos adicionais com o deslocamento dos técnicos envolvidos no projeto e outras prováveis des-

⁸ A contratada está sediada em Canoas, RS, o Instituto de Professores Públicos e Particulares no Rio de Janeiro, RJ, representação em Vitória, ES e em Belo Horizonte, MG e a Precisa Informática em Uberlândia, MG.

pesas, por certo consideradas nas planilhas de custos e devidamente acrescidas ao preço final.

Feitas tais considerações, voto pela irregularidade do ato de dispensa licitatória, do instrumento de contrato nº 246/2001 e respectivo termo de re-ratificação celebrados entre a Prefeitura de Diadema e Centro Universitário La Salle - Unisalle, acionando, em consequência, os incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Presidente em exercício e Relator, bem como pelo da Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale, a E. Câmara, à vista do exposto no voto do Relator, decidiu julgar irregulares o ato de dispensa licitatória, o contrato e o respectivo termo de re-ratificação em exame, acionando-se os incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93.**

Impedido o Substituto de Conselheiro Sérgio Ciquera Rossi.

TC-8330/026/06 E 8314/026/06

Ementa: Representações acerca de possíveis irregularidades no edital da Concorrência Pública de nº 09/2005, da **Fundação SABESP de Seguridade Social - SABESPREV**, objetivando a prestação de serviços especializados em administração de planos de assistência odontológica aos beneficiários/participantes da SABESP, no âmbito do Estado de São Paulo.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 15 de março de 2006.

RELATÓRIO

São representações formuladas por Prodent Assistência Odontológica Ltda e Odontoclínicas do Brasil Ltda, apontando possíveis Irregularidades no edital da concorrência pública de nº 9/2005, da Fundação SABESP de Seguridade Social - SABESPREV, objetivando a prestação de serviços especializados em administração de planos de assistência odontológica aos beneficiários/participantes da SABESP, no âmbito do Estado de São Paulo.

Abrigam impugnações contra o tipo de licitação es-

colhido “técnica e preço”¹, bem como o subjetivismo dos critérios de avaliação técnica eleitos, em afronta aos princípios e disposições da Lei nº 8.666/93.

Consignam que, segundo o disposto no artigo 46, do mencionado diploma legal, a opção pelos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço” seria cabível, ordinariamente, para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

De outra parte, os supostos critérios de avaliação da proposta técnica dirigir-se-iam à verificação das condições operacionais apresentadas pelos licitantes, especialmente no tocante ao fator experiência (Planos Técnicos 1, 2, 3 e 4 – PT1, PT2, PT3 e PT4)².

¹ ALÍNEA B – Tipo de Licitação e Regime de Execução.

1. Esta licitação é do tipo “técnica e preço”.

² PT1 – EXPERIÊNCIA E CONHECIMENTO DA LICITANTE EM GESTÃO/ADMINISTRAÇÃO DE PLANOS ODONTOLÓGICOS.

a1) Serão considerados os seguintes fatores:

(I) O FATOR EXPERIÊNCIA EM GESTÃO (FEG) será quantificado mediante a apresentação de até 6 (seis) contratos/experiências diferentes e vigentes, demonstrando a execução de serviços de operação de planos odontológicos para carteiras de diferentes tamanhos.

- Será atribuído para este tópico um máximo de 10 (dez) pontos.

- Os pontos serão obtidos pelo somatório dos itens da tabela a seguir. Serão avaliados a quantidade e o número de vidas dos contratos executados pela Licitante, apurando a pontuação da seguinte forma:

Pontos por contrato Máximo Acumulado

* contratos com 5.000 ou menos vidas 0 pontos por contrato 0 pontos

* Contratos de 5.001 a 15.000 vidas 1 ponto por contrato 2 pontos

* contratos de 15.001 a 25.000 vidas 2 pontos por contrato 4 pontos

* contratos com mais de 25.000 vidas 3 pontos por contrato 6 pontos

(II) O FATOR EXPERIÊNCIA EM MIGRAÇÃO DE PLANOS ODONTOLÓGICOS (FEM) será quantificado mediante a apresentação de até 6 (seis) contratos/experiências diferentes, demonstrando que realizou a transição de operação de planos odontológicos para categorias de diferentes tamanhos, demonstrando a execução de serviços de modelação e/ou implantação e/ou reformulação de planos de assistência odontológica que anteriormente eram feitos por outra empresa e passaram a ser feitos pela licitante. Tal fator avaliará a capacidade que sua estrutura tem de ampliar a sua carteira de beneficiários/participantes.

- Será atribuído para este tópico um máximo de 10 (dez) pontos.

- Os pontos serão obtidos pelo somatório dos itens da tabela a seguir.

- Serão avaliados a quantidade e o número de vidas dos contratos executados pela Licitante, apurando a pontuação da seguinte forma:

- Pontos por contrato Máximo Acumulado

* contratos com 5.000 ou menos vidas 0 pontos por contrato 0 pontos

* Contratos de 5.001 a 15.000 vidas 1 ponto por contrato 2 pontos

* contratos de 15.001 a 25.000 vidas 2 pontos por contrato 4 pontos

* contratos com mais de 25.000 vidas 3 pontos por contrato 6 pontos (...)

1.3. A nota final deste PT1 será obtida pela média ponderada entre os fatores FEG e FEM:

PT1= 0,7x Pontuação FEG + 0,3 Pontuação FEM.

2. PT2 – REDE DE PRESTADORES DE SERVIÇOS

2.1. A Licitante deverá apresentar uma rede de prestadores de serviços credenciada e/ou rede própria, com cirurgiões-dentistas, pessoa física ou jurídica, legalmente habilitados e cujos consultórios ou clínicas estejam em dia com suas obrigações legais, tributárias, fiscais, sanitárias, trabalhistas e conselho regional da categoria. Nas especialidades clínicas de endodontia, ortodontia, ortopedia facial, periodontia e cirurgia oral menor, a rede de prestadores de serviços assim indicada deverá ser obrigatoriamente composta por profissionais titulados especialistas, reconhecidos pelo CROSP.

2.2. Serão considerados os seguintes fatores:

a) O FATOR TAMANHO DA REDE DE PRESTADORES DE SERVIÇOS PRÓPRIA E/OU CREDENCIADA (FTR)

(...)

Será atribuído para este tópico um máximo de 10 (dez) pontos, a serem pontuados conforme a tabela a seguir:

Peso

- indicador dentistas por cliente em São Paulo 1

- indicador dentistas por cliente nas demais cidades do Estado de São Paulo

(...)

Para o julgamento, a pontuação do FTR será reduzida a base 10 (dez), atribuindo-se para este tópico um máximo de 10(dez) pontos.

FTR= Pontuação x10

Pontuação Máxima obtida

b) O FATOR DE DISPONIBILIDADE, DISTRIBUIÇÃO E ESPECIALIZAÇÃO DE REDE DE PRESTADORES DE SERVIÇOS CREDENCIADA E/OU PRÓPRIA (FDR) será quantificada mediante a apresentação de planilha conforme Tabela das Microrregiões (Capítulo VII do Edital), com todas as folhas vistas e assinadas por seu responsável legal onde a Licitante deverá informar qual é o status da rede em cada microrregião do Estado de São Paulo e nos respectivos municípios. Será atribuído para este tópico um máximo de 10(dez) pontos.

3 - PT3 – COBERTURA E MODELAGEM DOS PLANOS

3.1. A Licitante deverá apresentar 3 (três) tipos de planos odontológicos, com coberturas diferentes, crescentes em complexidade e amplitude da oferta de serviços, conforme dispõe o Termo de Referência.

3.2. Os 3 (três) tipos de planos, aqui titulados apenas como Plano A, Plano B, deverão ter preços individuais e familiares, e o Plano C somente individual.

(...)

A) O Plano A deverá ter Cobertura Básica. Estarão inclusos no plano A todos os procedimentos contidos no rol de procedimentos mínimos dispostos na resolução RN 9 de 27/06/2002, que atualiza a lista instituída pela Resolução CONSU 10 de 04/11/1998 e anteriormente alterada pela RDC 21 de 15/05/2000 da ANS, a saber:

(...)

B) O Plano B deverá ter Cobertura Básica Ampliada. Estarão inclusos no plano B todos os procedimentos contidos no plano A, acrescidos dos abaixo identificados:

(...)

C) O Plano C deverá ter Cobertura Especial. Estarão inclusos no plano C todos os procedimentos contidos no plano B, acrescidos dos abaixo identificados;

(...)

3.9. Para avaliação será levado em conta o seguinte fator:

a) O FATOR NOVAS COBERTURAS (FNC) será quantificado pelas novas coberturas nos planos anteriormente descritos.

- Será atribuído para este tópico um máximo de 10 (dez) pontos. Cada plano, individualmente, receberá a pontuação a seguir estabelecida: CRITÉRIOS PONTUAÇÃO

Já a condição inserida no Plano Técnico 2 de que o licitante deva apresentar rede de prestadores de serviços, com profissionais obrigatoriamente titulados especialistas, configuraria condição restritiva à ampla participação, pois a teor do disposto no artigo 14 da

*Para a proposta que atender exatamente o que foi pedido 0 pontos
Para cada cobertura inédita adicional que for apresentada 0,5 pontos*

Para proposta que apresentar cada um dos itens: analgesia por óxido nítrico, implantes, osseointegrados, próteses 3 pontos

(...)

4 - PT4 – ESTRUTURA E PLANO DE MARKETING

(...)

4.3.2. – Plano de Marketing

A Licitante deverá descrever o plano tendo em conta que a finalidade dos trabalhos consiste em implementar um programa de sensibilização e convencimento da população-alvo objetivando incrementar o número de vidas, incluindo promoções para incentivar a entrada de usuários. Tal plano poderá ser modificado posteriormente em conjunto com a área de Comunicação da SABESPREV.

Para avaliação deste Plano Técnico, além da entrega dos itens anteriormente referidos, será considerado:

a) o FATOR ESTRUTURA DISPONÍVEL (FED) será quantificado em função dos recursos disponíveis, conforme tabela a seguir.

A veracidade das informações prestadas e dos documentos apresentados pela Licitante é de sua responsabilidade, sujeitando-se a Licitante e o profissional às sanções previstas na legislação civil e penal.

Será atribuído para este tópico um máximo de 10(dez) pontos.

Receberá pontos conforme tabela abaixo:

Critérios	E s t r u - t u r a d i s p o n í v e l	Não possui ainda, mas atenderá integralmente dentro da implantação
Sistema de atualização de dados por arquivo padrão	2 pontos	1 ponto
Protocolo de trocas de arquivo seguro para informações cadastrais	2 pontos	1 ponto
Atualização das chaves únicas dos cadastros	2 pontos	1 ponto
Atualização das informações cadastrais on line	2 pontos	1 ponto
Disponibilização da rede credenciada	2 pontos	1 ponto
Protocolo de trocas de arquivo seguro para informações de rede de prestadores	2 pontos	1 ponto
Atualização das informações da rede de prestadores a cada 15 dias	2 pontos	1 ponto
Central de atendimento 24 horas, diariamente	2 pontos	1 ponto
Autorização para execução de procedimento odontológico (on-line ou telefone) em prazos inferiores a 10 minutos	2 pontos	1 ponto
Estrutura e profissionais para realização de palestras e divulgações no Estado de São Paulo	2 pontos	1 ponto

Lei nº 4.324/64³ bastaria a inscrição do profissional no Conselho Regional de Odontologia competente.

O Plano Técnico 3 - cobertura e requisitos de operação - estabeleceria pontuação para aqueles que oferecerem novas coberturas, sem definir claramente que procedimentos seriam passíveis de avaliação.

De sua parte, o Plano Técnico 4 elegeria critérios estranhos ao próprio objeto da licitação, além de prova de propriedade de existência de rede credenciada – não de sua disponibilidade – e de sua pré-adequação àquela de que atualmente dispõe a SABESPREV no relacionamento com a operadora atual.

Análise preliminar das petições de ingresso reconheceu possíveis violações do art. 3º da Lei nº 8.666/93, notadamente em relação ao tipo de certame escolhido, impondo a necessidade de suspensão do procedimento, medida tomada por este Relator (no DOE de 18/02/06) e referendada por este E. Colegiado, na sessão de 22/02/06.

Em atenção ao decidido, o Órgão licitante trouxe esclarecimentos⁴.

A defesa não reconhece, em síntese, os pretensos vícios apontados no termo convocatório, rebatendo-os com a invocação de dispositivos de lei, doutrina e precedentes jurisprudenciais.

Procedendo ao exame da matéria, Chefia da Assessoria Técnica não encontra identificados quaisquer dos pré-requisitos da excepcionalidade prevista no § 3º, do artigo 46 da Lei nº 8.666/93, pois, apesar de o objeto licitado envolver custos vultosos, os serviços a ser executados não demandariam tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito. Tecendo considerações a respeito dos critérios de pontuação estabelecidos sustenta “*não haver, no caso concreto, qualquer mensuração sobre os requisitos técnicos das propostas, tampouco sobre eventual tecnologia diferenciada que se pretenda implementar ou mesmo de metodologia de execução e, sob esta ótica, é que afirmo o entendimento no sentido da inadequação do tipo de licitação eleito.*”

SDG, a seu turno, observa a existência de considerável número de operadoras no mercado para realização

³ Art.14 – Aos profissionais registrados de acordo com essa lei, será entregue uma carteira profissional que os habilitará ao exercício da odontologia.

⁴ Alega tratar-se de recontração. Ressalta que o plano odontológico não é suportado pela SABESP, mas custeado apenas e exclusivamente pelos participantes, sem qualquer recurso público. O tipo de licitação adotado “técnica e preço” não se configuraria “opção” mas dever do administrador. Daí a preocupação da licitante com a continuidade dos serviços adotando-se como critérios: (I) Experiência e conhecimento em gestão/administração de planos odontológicos; (II) rede de prestadores de serviços (abrangência geográfica e qualificação dos profissionais da rede); (III) cobertura e modelagem dos planos e (IV) estrutura e plano de marketing (avaliação do quadro técnico interno da licitante).

dos serviços propostos, diferenciadas essencialmente pelo critério **preço**, não havendo necessidade de estabelecer complexos requisitos de ordem técnica para o atendimento da necessidade administrativa. “*Para garantir a qualidade almejada, não há necessidade de se pautar a representada no tipo de licitação escolhido, pois existem outros meios para mensurá-la, sopesá-la, refiro-me à possibilidade de exigirem-se requisitos mínimos de qualificação técnica, compatíveis e pertinentes com o objeto licitado, na fase habilitatória, de forma consistente, sem excessos e sem ensejar restrição (artigo 30 da lei de regência). Não há impedimento a que a Administração determine requisitos de qualidade técnica mínima. Se necessitar de bens ou serviços de qualidade, basta estabelecer no edital requisitos para a aceitabilidade dos serviços que serão adquiridos.*”

Procuradoria da Fazenda igualmente conclui pela procedência das Representações. “*(...) não me parecem adequados os critérios adotados para a aferição técnica que, a meu ver, sobre afrontarem o princípio do julgamento objetivo, não guardam traços que permitam a perfeita distinção da fase de habilitação, o que, à toda evidência, se apresenta inapropriado e em descompasso aos precedentes desta E. Corte de Contas.*”

Este o relatório.

VOTO

Os serviços de assistência à saúde são normalmente prestados segundo 3(três) sistemas: credenciamento, seguro-saúde e planos de saúde.

No sistema de **credenciamento**⁵ não há competição no tocante a preços. Todas as empresas e profissionais da mencionada área que preencham as condições exigidas estarão aptos à plena satisfação dos serviços.

Neste caso, não havendo competição em vista da contratação irrestrita de todos os prestadores de serviços médicos que preencham as condições exigidas, não há falar em licitação⁶. Aqui não se busca o menor preço, já que a Administração Pública, também chamada “patrocinadora”⁷, caso

⁵ REDE CREDENCIADA: é a relação de profissionais, clínicas, laboratórios e hospitais disponíveis para atendimento que podem ser próprios ou contratados mediante convênio. (inf. Carlos Roberto Takao Ishioka in “Assistência à Saúde dos Servidores Públicos”).

⁶ Neste sentido Decisões do Tribunal de Contas da União n.ºs 656 (Ata n.º58/95-Plenário) e 104 (Ata n.º10/95-Plenário)

⁷ RESOLUÇÃO-RDC n.º 39, de 27 de outubro de 2000.

PATROCINADOR: entidade de autogestão ou empresa que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, responsabiliza-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de

interessada neste sistema de auto-gestão, pagará pelos serviços prestados o mesmo preço, antecipadamente fixado em tabela de honorários da Associação Médica Brasileira - AMB, ficando a cargo dos beneficiários a escolha, dentre os credenciados, de profissional ou instituição de sua preferência.

No **Seguro-Saúde e Planos de Saúde**⁸, o órgão público assume os riscos por eventual inadimplemento dos beneficiários/participantes, e a administração do negócio;

parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas, e que possuam gestão própria;

⁸ Segundo a Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998, as empresas de assistência à saúde podem prestar seus serviços por vários meios diferentes: rede própria ou credenciada, cooperativas, reembolso ou custeio de despesas.

LEI N.º 9.656, DE 03 DE JUNHO DE 1998.

MEDIDA PROVISÓRIA N.º 2.177- 44, DE 24 DE AGOSTO DE 2001.

Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

III – Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

logo haverá grande responsabilidade na escolha de um plano ou cobertura a ser aceito pelos beneficiários que para ele contribuirão mensalmente, independentemente da utilização ou não dos benefícios.

Nestes sistemas, porque há disputa de preços, a licitação se impõe.⁹

Questiona-se aqui o tipo de competição adotada que deve encontrar compatibilidade com a natureza e características do objeto posto em disputa (contratação de operadoras de planos de saúde). É o **objeto** e nenhum outro elemento que irá determinar a espécie de licitação a ser levada a termo.

Veda-se, pois, à Administração licitante a escolha do tipo de licitação que deseje por mera opção; **é a lei** quem oferece os parâmetros precisos de escolha indicando ao Poder Público o tipo correto de competição a realizar.¹⁰

Nesta circunstância, o artigo 46 da Lei federal nº 8666/93 é claro: os tipos *melhor técnica e técnica e preço* servem exclusivamente para licitar objetos de vocação prevalentemente intelectual, ou seja, os vinculados às propriedades do pensamento, da criação e da atividade mental e cultural. Afastados, portanto, ficam os serviços considerados comuns, indiferenciados, desprovidos de alguma habilitação criativa evidente.

Complementa, a propósito, Ivan Barbosa Rigolin que “os serviços, de natureza predominantemente intelectual, a que se refere o art.46, não podem, por outro lado, ser aqueles de natureza singular - conforme o rol previsto no art.13 – pois se o forem não serão nem mesmo licitados, devendo ser contratados diretamente com profissionais ou empresas de notória especialização no ramo respectivo, segundo autoriza a mesma Lei nº 8666, art. 25, inc.II, por inviável a competição”.¹¹

Por outro lado, a excepcionalidade prevista no § 3º, do art. 46 da lei de licitações, invocado pela entidade licitante para dar sustentação ao seu procedimento, disciplina que a escolha por “técnica e preço” poderá ser utilizada para fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, assim concebida a média de contratações semelhantes no mercado, dentro ou fora da Administração, dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito.

Em que pese os esforços da Origem em justificar o procedimento escolhido com fundamento na busca pela

melhor qualidade, não me convenci possa o objeto posto em disputa caracterizar-se como sofisticado e de domínio restrito junto ao mercado.

A própria lei de licitações, a propósito, tratou de estabelecer aspectos por meio dos quais a qualidade poderá ser sopesada adequadamente, independentemente do tipo de licitação eleito, tanto assim que o artigo 30 admite a exigência de requisitos mínimos de qualificação técnica compatíveis e pertinentes com o objeto, bem como a possibilidade de se exigir dos licitantes metodologia de execução que poderá ser implementada na fase de habilitação (§ 8º).¹²

Observe-se que muitos órgãos governamentais, a exemplo do Tribunal de Contas da União¹³, Ministério Público Federal¹⁴, Ministério das Comunicações¹⁵ e CE-AGESP – Companhia¹⁶ de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo, ou contrataram serviços da espécie diretamente por meio do **credenciamento**, ou por **Pregão**, este último com fundamento no Decreto federal de nº 3555, de 8 de agosto de 2000, que arrola dentre os serviços comuns passíveis de licitação segundo aquela modalidade, os de assistência médica, hospitalar e **odontológica**. (cf. Anexo II, item 4.3.)

Assim, não se adequando nem na regra nem na exceção entendendo deva ser o objeto pretendido licitado por menor preço.

Demais disso, afirma a entidade licitante tratar-se de substituir a atual prestadora dos serviços.

De fato, pesquisa realizada junto ao protocolo desta Corte resultou em dois contratos firmados pela SABESPREV: o primeiro voltado à contratação de empresa para gerenciamento e consultoria de planos de assistência médico-hospitalar, e o segundo voltado à aquisição de licenciamento de software para implantação e operação do sistema de gestão de planos de saúde, ambos precedidos de Concorrência Pública, do tipo técnica e preço. Verifica-se que o mencionado torneio contou, curiosamente, com a participação de uma única empresa, ao final contratada. Ambos os ajustes encontram-se em fase de instrução nesta Corte (cf. TC's 6921/026/05 e 6922/026/05).

No tocante à aferição da nota técnica, estipulou o edital em apreço quatro planos de critérios: Experiência e conhecimento (PT1), Rede de Prestadores (PT2), Cober-

¹² Cf Chefia de ATJ p.454

¹³ TC 016.522/95-8- Rel. Minº Homero Santos.

¹⁴ Credenciamento nº 5/2004

¹⁵ Pregão nº 08/2002 – objeto: contratação de empresa operadora de planos ou seguros privados de assistência à saúde para cobertura, em todo o território nacional, de atendimentos hospitalares; ambulatórios; procedimentos obstétricos; atendimentos de urgência e emergência.

¹⁶ Pregão nº 4/2006 – Objeto: prestação de serviços de assistência médico-hospitalar aos funcionários e dependentes.

⁹ A respeito, cf. *Decisões do Tribunal de Contas da União de nºs 203 (Ata nº 21/95-Plenário) e 349/95 (Ata nº 24/94-Plenário)*

¹⁰ A este respeito cf. *‘Técnica e Preço’ ou ‘Melhor Técnica’ para fornecimento de ‘vales-Refeições – Taxas negativas ou iguais a zero previstas no edital’ in BLC- Boletim de Licitações e Contratos/março 94*

¹¹ Cf. *‘Técnica e Preço’ ou ‘Melhor Técnica’ para Fornecimento de ‘Vales-Refeições’ – Taxas Negativas ou Iguais a Zero previstas no edital in BLC-Boletim de Licitações e Contratos – março/94, pp106/107.*

tura e Modelagem dos Planos (PT3) e Estrutura e Plano de Marketing (PT4).

Razão assiste às Representantes quando afirmam que os mencionados quesitos de avaliação da proposta não se dirigem exatamente à própria proposta, mas à verificação das condições técnico-operacionais apresentadas pelos licitantes, especialmente no tocante ao fator experiência.

Este Tribunal, a propósito, consolidou em Súmula que, “nas licitações do tipo ‘técnica e preço’ é vedado a pontuação de atestados que comprovem experiência anterior, utilizada para fins de habilitação” (nº 22).

Com efeito, critérios de julgamento que levem em conta “número de estabelecimentos credenciados”, “vidas abrangidas por contrato assinado”, e “disponibilidade de equipamentos” podem contribuir para possível definição antecipada de quem será o vencedor da disputa, pois certamente vencerá aquele que possuir o maior número deles.

Critérios atinentes à verificação da capacidade técnica do proponente pertencem à fase de habilitação, voltada à apuração da idoneidade e capacitação de quem se propõe a contratar com a Administração Pública, deles tratam os artigos 27 a 33 da Lei nº 8666/93.

“Diversas são as contribuições deste E. Colegiado no enfrentamento da matéria, como a do Conselheiro Renato Martins Costa, em voto proferido na sessão de 06/03/02¹⁷: *Fatores destinados à habilitação dos licitantes não são idôneos à avaliação da proposta técnica, a qual deve estar calcada no conteúdo técnico das propostas e não nas qualidades técnicas próprias de cada participante, especialmente se tais atributos já tiverem sido considerados em fase processual anterior.*”¹⁸

Atestados de capacidade técnica se prestam, assim, exclusivamente à fase de habilitação dos proponentes, causa que desaprova inteiramente as disposições dos Planos 1, 2 e 3 do edital.

Ainda no tocante aos quesitos de pontuação, chama a atenção a ausência de especificação das faixas etárias relativas ao público-alvo. É possível que não só “número de vidas”, mas a idade dos destinatários dos serviços influa significativamente nos custos dos planos, isto é, presume-se que quanto maior a concentração de pessoas idosas, maior será o custo e vice-versa. A ausência de elementos mais específicos

¹⁷ TC 031098-026-01, autos de exame prévio de edital, abrigando representação formulada por SPL Construtora e Pavimentadora Ltda contra edital da concorrência pública de nº 07/01, da Prefeitura de Bragança Paulista, objetivando a contratação de empresa especializada na implantação e operação dos serviços de trânsito do Município.

¹⁸ Trecho do voto prolatado por este Relator nos autos dos TC's 017948-026-05 e 18770-026-05

a respeito pode levar as operadoras a orçarem preços absolutamente díspares, exorbitantes em face dos riscos envolvidos ou, então, induzir aquelas que, conhecendo de antemão o público-alvo, possam orçar seus custos com larga margem de vantagem sobre as demais competidoras.

Igual entendimento adoto no tocante ao critério de pontuação envolvido no Plano 4, seja porque mero acessório dos serviços de gerenciamento de planos de saúde, seja porque observados os dispositivos para fins de pontuação é possível verificar que “estrutura disponível”, “central de atendimento”, “profissionais para realização de palestras”, dentre outros, igualmente encontram-se ao alcance de várias empresas especializadas que aqui deverão, inclusive no tocante ao aspecto de divulgação, obedecer a padrões de execução e desempenho ditadas pela SABESP, conforme o disposto no subitem 4.3.2. “*in fine*”, portanto, no dizer do Ilustre Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, “*passíveis de articularem-se como requisitos da correspondente aceitabilidade, de jeito que bem podem licitar-se por menor preço*” (cf. TC 2110/007/03 – Pleno de 26/11/03).

Responde, nesta circunstância, uma vez mais, pela impropriedade lançada contra os critérios para distribuição de notas classificatórias o tipo de licitação eleito: técnica e preço.

Em síntese e dito por outro modo: a natureza do objeto posto em disputa não apresenta as particulares características ou especificações que, segundo disciplina o “caput” do art.46 da Lei nº 8666/93, poderiam legitimar a opção pelo tipo licitatório escolhido, reservado exclusivamente para os serviços de “natureza predominantemente intelectual” e outros com os quais aquele - o objeto da concorrência pública de nº09/2005 – igualmente não guarda relação de identidade.

Enfim, porque os critérios de avaliação constituem mera checagem de requisitos de capacitações profissional e operacional, afastando, via de consequência, seleção seguramente objetiva - a de menor preço - é que julgo **procedentes as Representações**, determinando à SABESPREV que adapte o tipo de licitação aos preceitos legais e retifique os itens do edital que com ele guardem pertinência, com a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei de nº 8.666/93.

Determino, ainda, que a auditoria acompanhe o processo de seleção da prestadora dos serviços, objeto das representações dos autos.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzi, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Renato Martins Costa, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator,**

decidiu julgar procedentes as representações formuladas contra o edital da Concorrência Pública nº 09/2005, determinando à Fundação SABESP de Seguridade Social – SABESPREV que adapte o tipo de licitação aos preceitos legais e retifique os itens do edital que com ele guardem pertinência, com a conseqüente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8666/93.

Determinou, ainda, à auditoria da Casa que acompanhe o processo de seleção da prestadora dos serviços, objeto das representações em exame.

Determinou, por fim, seja oficiado às representantes e à representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

EM 24/5/06 A FUNDAÇÃO SABESP DE SEGURIDADE SOCIAL – SABESPREV INTERPÕE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA A DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO QUE JULGOU PROCEDENTES AS REPRESENTAÇÕES ALUSIVAS AOS TC’S 8330/026/06 E 8314/026/06, EM 15/3/06, ALUSIVAS A EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL, VOTO ACIMA.

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Este E. Plenário, em sessão de 15 de março de 2006, decidiu julgar procedentes Representações formuladas por Prodent Assistência Odontológica Ltda (TC-8330/026/06), e Odontoclínicas do Brasil Ltda (TC-8314/026/06), contra o Edital da Concorrência Pública nº 9/2005, da Fundação SABESP de Seguridade Social – SABESPREV, para a prestação de serviços especializados em administração de planos de assistência odontológica aos beneficiários/participantes da SABESP, no âmbito do Estado de São Paulo.¹

Inconformada com o teor da r. decisão do Superior Órgão Colegiado, a Fundação Sabesp de Seguridade Social – SABESPREV interpõe Pedido de Reconsideração para sustentar, em Preliminar, o custeio do programa de assistência odontológica pelos empregados da SABESP, bem como a observância de regulamento próprio para compras e prestações de serviços, de sorte que a determinação emanada desta E. Corte para que adote tipo de licitação

¹ Ementa- Adoção de tipo licitatório inadequado ao objeto posto em disputa. Infringência do disposto no artigo 46 e parágrafos da lei nº 8.666/93. Adoção de critérios de classificação afetos à fase de habilitação. Representações procedentes.

Votaram os Ilustres Conselheiros Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzi, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Renato Martins Costa. Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. (Acórdão publicado em 25/03/2006).

“menor preço” ao invés de “técnica e preço” não encontra subsídio no sistema normativo ao qual se vincula.

Argumenta que o tipo de serviço que pretende licitar – de administração de planos de assistência odontológica – não seria produto novo da SABESPREV, pois que voltado à substituição de contrato em vigor. Almeja, assim, manter o binômio “qualidade-continuidade” da prestação de serviços pela rede credenciada já formada, sob pena de os participantes migrarem de plano.

Salienta a Fundação a importância da demonstração da técnica do gerenciamento da rede credenciada, mediante comprovação da infra-estrutura disponível para prestação de serviços de qualidade. Sustenta diferenças entre a qualificação técnica e a proposta técnica pelo privilégio da segunda permitir escalonamento de valores, de modo a possibilitar real graduação da aderência, compatibilidade e segurança daquilo que se pretende contratar.

Em suma, acentua que o tipo de licitação eleito (técnica e preço) impõe-se como a única opção para o alcance dos objetivos buscados pela entidade para preservação da qualidade e do pleno atendimento aos participantes do plano.

Procedendo ao exame da matéria, Chefia da Assessoria Técnica posiciona-se pelo desprovimento do Pedido porque sujeitas as entidades às normas de direito público, inclusive à Lei 8.666/93. Ressalta que as exigências mínimas de qualidade podem ser impostas pela SABESP como condição de contratação. “No caso da rede credenciada, pode, por exemplo, estabelecer número mínimo de clínicas credenciadas, exigir localização das clínicas em determinados espaços geográficos, determinar avaliação periódica dos credenciados pela empresa contratada e outras exigências. Poderá também exigir a participação de profissionais de nível superior, na forma do artigo 30, § 1º, inciso I da Lei 8.666/93, bem como capacitação técnico-operacional a ser demonstrada mediante apresentação de atestados.”

SDG, no mesmo sentido. “É certo que a Autora utiliza-se deste momento processual para contestar as determinações constantes do voto condutor do julgado, não trazendo fatos novos que pudessem alterar o juízo de mérito”.

Procuradoria da Fazenda igualmente conclui pelo desprovimento do apelo. “(...) a recorrente efetivamente não demonstrou que o objeto licitado se amolda aos pressupostos estabelecidos na norma ou, como consignado na decisão, que seja “sofisticado e de domínio restrito junto ao mercado”.

Este o relatório.

VOTO

Preliminar

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do Recurso.

Mérito

Trata-se de entidade fechada de previdência complementar sem fins lucrativos, autorizada a funcionar por prazo indeterminado² e dotada de autonomia administrativa e financeira, tendo como finalidade a concessão de benefícios de renda suplementares ou assemelhados aos da Previdência Social e a prestação de serviços assistenciais aos respectivos participantes e beneficiários.³

O programa previdenciário a cargo da Recorrente é mantido com recursos da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, dela própria, das contribuições dos funcionários inscritos e dos investimentos por ela geridos.

Quando o Estado institui fundação, ainda que com personalidade jurídica privada, como neste caso, não é dado a ela escapar ao ordenamento público no que lhe for aplicável. A posição da fundação privada perante o Poder Público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas são entidades com personalidade jurídica de direito privado. Instrumentos de ação do Estado para o alcance de seus fins, submetem-se, sob um ou outro aspecto, ao direito público; isto se verifica, em especial no que se refere a subordinação à fiscalização financeira e orçamentária tornada indiscutível por força dos artigos 49, inciso X, 71, inciso II, 165 parágrafo 5º e 169, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Nestes termos, impõem-se às entidades fundacionais observância dos princípios e diretrizes referentes à Administração direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados e Municípios (artigo 22, inciso XXVII c/c 37, XXI da Constituição Federal).

Este é o caso da SABESPREV mantida parcialmente com recursos estaduais, e sob controle tanto estadual, haja vista a indicação de seus dirigentes pela SABESP⁴, nos termos do artigo 30 de seu Estatuto, como desta Egrégia Corte de Contas.

Nesta circunstância, em que pese flexibilizado o tratamento dispensado a entidades da espécie, forte no entendimento de que a fiscalização deva possuir controle finalístico, considerado, em especial, o interesse público e a autonomia de que gozam tais entidades em função do regime ao qual se submetem, não há permitir este Tribunal a **adoção de modalidade licitatória diversa das arroladas em caráter geral e**

taxativo na lei de licitações públicas. A recorrente encontra-se sob guarda e controle do Poder Público, porque obrigada a cumprir as disposições constitucionais, bem como as normas gerais e princípios da Lei nº 8666/93, notadamente artigos 119, § único, 1º e 45, § 5º.

E neste sentido, a lei é clara: os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” servem exclusivamente para licitar objetos de vocação prevalentemente intelectual, ou seja, os vinculados às propriedades do pensamento, da criação e da atividade mental cultural. Afastados, portanto, ficam os serviços considerados comuns, indiferenciados, desprovidos de alguma habilitação criativa evidente. (cf. artigo 46)

Já no que toca ao receio da Recorrente de ver desmantelada sua rede de credenciamento, com eventual perda da qualidade na prestação de serviços caso não adotada a licitação do “tipo técnica e preço”, fazem-se necessárias as seguintes considerações:

Segundo a ANS⁵, as operadoras de planos de saúde classificam-se em: Medicina de grupo, cooperativas médicas; Autogestões⁶, Filantropias, bem como seguradoras especializadas em saúde e, exclusivamente no campo odontológico, destaque-se as odontologias de grupo⁷; cooperativas odontológicas⁸ e Administradoras⁹.

⁵ Cf. Resolução de Diretoria Colegiada - RDC de nº 39, de 30 de outubro de 2000

⁶ Entidades que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemblado, responsabilizam-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados. Fonte: Resolução e Saúde “Planos Odontológicos: Uma abordagem Econômica no Contexto Regulatório”. Elisabeth Covre e Sandro Leal Alves. Rio de Janeiro. 2002

⁷ Odontologia de Grupo: pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins lucrativos. Empresa ou entidade que opere exclusivamente planos odontológicos, desde que não seja uma cooperativa odontológica. Fonte: Resolução e Saúde “Planos Odontológicos: Uma abordagem Econômica no Contexto Regulatório”. Elisabeth Covre e Sandro Leal Alves. Rio de Janeiro. 2002

⁸ As Cooperativas Odontológicas são as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam exclusivamente planos odontológicos. As cooperativas são sociedades sem fins lucrativos. Os sócios da cooperativa são considerados seus donos. As decisões estratégicas são deliberadas mediante assembleias com a participação dos cooperados. Os beneficiários das cooperativas são os dentistas cooperados. O serviço prestado nesse caso é a venda dos serviços dos dentistas por meio da comercialização de planos odontológicos. As cooperativas operam planos individuais e planos coletivos. Fonte: Resolução e Saúde “Planos Odontológicos: Uma abordagem Econômica no Contexto Regulatório”. Elisabeth Covre e Sandro Leal Alves. Rio de Janeiro. 2002

⁹ São empresas que administram planos ou serviços de assistência

² Portaria nº 3.446, de 08 de agosto de 1990, do Ministério da Previdência Social publicada no Diário oficial da União de 09 de agosto de 1990.

³ Suas atividades são regidas pelas Leis Complementares nº 108 e nº 109, ambas de 29 de maio de 2001, e pela Lei nº 9.656/98, de 03 de junho de 1998, e regulamentações complementares.

⁴ Artigo 30 – O Conselho Deliberativo, observado o processo de escolha previsto neste Estatuto, será composto por 6 (seis) membros, de forma paritária entre representantes dos Participantes - Ativos e Assistidos- e da Instituidora SABESP, cabendo a esta a indicação do Conselheiro Presidente e do Vice-Presidente, uma vez que o primeiro, além do seu, terá o voto de qualidade.

No que toca à área de interesse, as **odontologias de grupo** têm por finalidade oferecer planos coletivos ou individuais. Operam predominantemente, tal como aqui, mediante pré-pagamento¹⁰ e por meio de rede credenciada¹¹ ou própria.¹²

Para a Agência Reguladora, há semelhança entre as exigências para contratação, credenciamento ou cooperação de um cirurgião-dentista. Normalmente não se admitem profissionais recém formados, havendo operadoras que só trabalham com profissionais especialistas.

Por força da edição da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998 e com a criação da Agência de Saúde Suplementar (ANS), por meio da Lei nº 9961 de 28 de janeiro de 2000, as operadoras de planos passaram a ser reguladas e monitoradas, razões suficientes para se cercarem, via de consequência, de cautelas passando a admitir profissionais, em especial, da área de odontologia, por meio de análise curricular; avaliação dos consultórios e salas de atendimento; equipamentos; instalações, condições de higienização etc.

Além disso, por imposição da Agência, as operadoras passaram a providenciar registro de funcionamento¹³; observar critérios de capital mínimo, operação, risco, e para eventos ocorridos e não avisados; apresentar garantias financeiras¹⁴; providenciar envio trimestral de informes econômico-financeiros à ANS¹⁵, além de outras tantas exigências adimplidas quando do envio dos respectivos cadastros de beneficiários.

à saúde, sendo que, no caso de administração de planos, são financiados por operadora, não assumem o risco decorrente da operação desses planos e não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos. São classificadas como as empresas que administram exclusivamente serviços de assistência à saúde, possuindo ou não rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos. Fonte: Resolução e Saúde "Planos Odontológicos: Uma abordagem Econômica no Contexto Regulatório". Elisabeth Covre e Sandro Leal Alves. Rio de Janeiro. 2002

¹⁰ Ou seja, recebem mensalidades regularmente, em valores fixos pré-estabelecidos, independente do valor do tratamento que o beneficiário realizar.

¹¹ Na rede credenciada, os dentistas, em sua maioria são remunerados via uma tabela de valor de procedimentos, especifica da operadora, na modalidade de fee-for-service, ou seja, por procedimento realizado. (cf. Resolução e Saúde "Planos Odontológicos: Uma abordagem Econômica no Contexto Regulatório". Elisabeth Covre e Sandro Leal Alves. Rio de Janeiro. 2002, pp.104/105)

¹² Por rede própria entendam-se clínicas odontológicas, com vários consultórios, de propriedade da operadora, nas quais os dentistas podem ser contratados (via CLT), podem ser remunerados por pacote de horas, pelo sistema de capitation, ou por percentuais dos valores dos tratamentos realizados mensalmente. (ANS op.cit. p.104)

¹³ Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) de 18 de fevereiro de 2000.

¹⁴ RDC nº 77 de 17 de julho de 2001.

¹⁵ RE nº 1, da Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras-DIOPE, de 16 de janeiro de 2001.

Demais disso, as operadoras passaram a sujeitar-se ao envio trimestral de informes econômico-financeiros à ANS (RE de nº 1, da Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras-DIOPE, de 16 de janeiro de 2001).

Já para o controle efetivo da qualidade das operadoras constituídas - foco de preocupação por parte da Recorrente- a Agência Reguladora providenciou a elaboração da Resolução de nº 40, de 12 de dezembro de 2000, dispondo a respeito dos regimes de Direção Fiscal e de Direção Técnica das operadoras. O primeiro para os casos de insuficiência nas garantias do equilíbrio financeiro ou anormalidades econômico-financeiras graves diagnosticadas, e o segundo, para o caso de ocorrerem anormalidades administrativas graves de modo a colocar em risco a "continuidade ou qualidade do atendimento à saúde."¹⁶

Como visto, não só o Estado, por suas autarquias especiais, como a própria lei de licitações trataram de estabelecer aspectos por meio dos quais a qualidade poderá ser sopesada adequadamente, independentemente do tipo de licitação eleito, tanto assim que o artigo 30 admite a exigência de requisitos mínimos de qualificação técnica compatíveis e pertinentes com o objeto, bem como a possibilidade de se exigir dos licitantes metodologia de execução que poderá ser implementada na fase de habilitação (§ 8º).

Instrução destes autos revelou que os quesitos de avaliação da proposta, eleitos pela SABESPREV, contrariam enunciado da Súmula nº 22 desta Corte, ao não se dirigirem exatamente à própria proposta, mas à verificação das condições técnico-operacionais apresentadas pelos licitantes, especialmente no tocante ao fator "experiência".

Por outro lado, recorde-se a ausência de aspecto do edital reputado relevante em Sessão deste Plenário de 15 de março passado: a ausência de especificação das faixas etárias relativas ao público-alvo para fins de elaboração das propostas. Salientou-se, naquela oportunidade, a influência significativa da idade dos destinatários dos planos sobre os custos do empreendimento. Tal se deu com base em informes da ANS onde foi possível constatar que os idosos eram, no passado, em sua maioria, edentados, ou seja, não possuíam dentes. Com o aperfeiçoamento do sistema de saneamento básico e a fluoretação das águas distribuídas à população houve melhora significativa da saúde bucal dos idosos de modo que, havendo dentes para ser tratados, a demanda odontológica viu-se aumentada progressivamente.¹⁷

¹⁶ "Durante esses regimes especiais a ANS nomeará Diretores Fiscais ou Técnicos, conforme o caso, que irão, dentre outras funções, orientar, coordenar, e supervisionar os serviços da operadora, baixando instruções diretas a seus administradores e empregados." (op.cit. p.98)

¹⁷ Fonte: Resolução e Saúde "Planos Odontológicos: Uma abordagem Econômica no Contexto Regulatório". Elisabeth Covre e Sandro Leal Alves. Rio de Janeiro. 2002

Porque a prestação de serviços de qualidade é requisito indispensável e indissociável da existência e funcionamento das operadoras de planos de saúde, e mais, porque os critérios de avaliação eleitos pela SABESPREV não se mostram os mais adequados e constituem mera checagem de requisitos de capacitação profissional e operacional, afastando via de consequência, seleção seguramente objetiva - a de menor preço - é que **negou provimento** ao presente Pedido de Reconsideração.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzi, e Cláudio Ferraz de Alvarenga, bem como pelo do Substituto de Conselheiro Olavo Silva Júnior, preliminarmente o E. Plenário conheceu do pedido de reconsideração e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, pelos motivos constantes do voto do Relator.**





CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI



TCS-9727/026/06 E 9948/026/06

Ementa: Representações contra o edital da Concorrência Pública nº 02/2006, instaurada pela **Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba**, objetivando a “*contratação de empresa especializada na implantação, conservação e operação dos serviços de trânsito nas vias públicas deste Município, conforme atribuições contidas no Código de Trânsito Brasileiro e nas determinações do CONTRAN/DENATRAN*”.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 22 de março de 2006.

RELATÓRIO

Examinam-se nestes feitos duas Representações protocoladas pelas empresas SPL Construtora e Pavimentadora Ltda. e Simões Comércio de Equipamentos Eletrônicos e Artigos de Sinalização Ltda., contra o edital da Concorrência Pública nº 02/2006, instaurada pela Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba, objetivando a “*contratação de empresa especializada na implantação, conservação e operação dos serviços de trânsito nas vias públicas deste Município, conforme atribuições contidas no Código de Trânsito Brasileiro e nas determinações do CONTRAN/DENATRAN*”.

Insurgem-se as interessadas contra as seguintes previsões editalícias:

I – SPL CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA:

a) Item II - Do Objeto, subitem 2.1.0

Entende que o objeto do certame aglutina serviços distintos que poderiam ser licitados separadamente, tendo em vista, por exemplo, que o serviço de sinalização não guarda dependência com aqueles de fiscalização eletrônica de tráfego.

Sustenta que a Municipalidade, ao englobar numa mesma licitação, atividades que poderiam ser objeto de procedimentos distintos, restringe a competitividade do certame, prejudicando a participação dos interessa-

dos e da própria Administração na escolha da proposta que melhor atenda ao interesse público.

Nesse sentido, transcreve trecho de decisão, na qual a 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo considerou ilegal a licitação conjunta de dois objetos distintos e independentes, quais sejam, sinalização e fiscalização eletrônica.

b) Subitem 6.1.3 – Qualificação Técnica, Subitem 6.1.3.4 – Qualificação técnica profissional, Subitem 6.1.3.4.13 – Fornecimento e instalação de placas de qualquer tipo e modelo

Alega que a Prefeitura Municipal, ao estabelecer exigências destinadas à prova de capacitação técnica dos interessados, impõe a apresentação de atestado em nome do responsável técnico. Referido atestado deverá comprovar a realização dos serviços de fornecimento e instalação de placas de qualquer tipo e modelo (subitem 6.1.3.4.13); no entanto, tal exigência se mostra imprópria, porque destinada à prova de capacidade técnico-profissional do interessado, como já decidido por este Tribunal.

Isto porque a experiência do fornecimento é de ser dirigida às empresas licitantes e não aos profissionais responsáveis, consoante decisões exaradas nos TC-35261/026/04, TC-35262/026/04, TC-35263/026/04, TC-35264/02/04 e TC-35265/026/04.

c) Subitem 6.1.3.12 – apresentação de Licença de Instalação emitida pela CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental, ou órgão Estadual correspondente ao Estado-sede da licitante, ou, quando cabível, apresentar o certificado de “Dispensa de Licença de Instalação”.

Para a interessada a apresentação de tais documentos não tem lugar na fase habilitatória da disputa, eis que não estão compreendidos no rol – taxativo e expresso – dos artigos 28 a 31 da Lei de Licitações, como exigências possíveis para a fase de habilitação.

A seu ver, tais exigências assumem contornos de impertinência, irrelevância e limitação da competitividade, afrontando, de forma flagrante, o artigo 3º e artigo 30, § 6º da Lei Federal nº 8666/93. Nessa linha, cita trecho do julgamento exarado por este Tribunal no TC-4426/026/04 e as decisões constantes dos TC-

1498/026/03, TC-22539/026/03, TC-159/026/04, TC-16941/026/05, TC-12284/026/05 e TC-14029/026/05.

Salienta, ainda, que por mais de uma vez este Tribunal de Contas entendeu que tais exigências devem servir apenas como condição de contratação, entendimento esse que resultou nas Súmulas 14 e 17 desta E. Corte de Contas.

II – SIMÕES COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS E ARTIGOS DE SINALIZAÇÃO LTDA.:

a) Objeto licitado – Sustenta a representante que o objeto é um aglomerado de atividades heterogêneas e distintas, em afronta ao artigo 23, § 1º, da Lei Federal nº 8666/93, pois cada qual, individualmente, poderia gerar uma contratação, em atenção ao princípio da competitividade.

b) Subitem 4.3.0 - que fixa normas para a visita técnica e subitem 6.1.3.5 - que fixa como condição de habilitação a apresentação de Atestado de vistoria, emitido mediante o protocolo “solicitação de visita técnica”. Alega que não há o que se vistoriar tecnicamente, isto porque não há local ou condições específicas que justifiquem a visita técnica. Aponta, ainda, que o edital prescreve que a visita técnica seja realizada em no máximo 5 (cinco) dias úteis antes da abertura, contrariando o prazo mínimo fixado no artigo 21, § 2º, II, “a”, da Lei Federal nº 8666/93.

c) Subitem 6.1.3.1 – que exige a apresentação de registro ou inscrição da licitante no CREA e, caso a empresa não esteja sediada em São Paulo deverá apresentar a certidão com visto do CREA-SP. Argumenta que essa exigência é ilegal, porque não encontra guarida nos artigos 27 a 31 da Lei Federal nº 8666/93. Salienta que poderia se aplicar à hipótese, por analogia, a norma da Súmula 28, que veda a exigência de comprovante de pagamento de anuidade junto a entidades de classe.

d) Subitens 6.1.3.2 e 6.1.3.4 e respectivos subitens, que fixam exigências relativas à demonstração da capacidade técnica operacional e profissional dos licitantes. Afirma que tais dispositivos exigem que os atestados de capacidade técnica apresentados contenham todas as atividades do objeto licitado. Destaca que tais disposições contrariam o disposto no artigo 30, § 1º, inciso I, in fine, c/c § 2º, porque deixaram de limitar-se à parcela de maior relevância. Em desacordo também com as Súmulas 23 e 24 desta Corte.

e) Subitens 6.1.3.6 e 6.1.3.8 que exigem a apresentação de Registro ou inscrição da licitante no Conselho Regional de Administração e no Conselho Regional de Química. Ressalta que tais exigências demonstram que o objeto licitado deveria ser fracionado, em face da heterogeneidade das atividades nele contempladas, ou tais

exigências se mostram absolutamente ilegais, porque não há respaldo no Estatuto das Licitações.

f) Subitem 6.1.3.10 que impõe a comprovação das proponentes possuírem em seu quadro permanente “técnicos de segurança de trabalho”. A seu ver, essa exigência afronta a Lei de Licitações, na medida em que as condições de habilitação passíveis de serem aferidas dos licitantes são aquelas previstas nos artigos 27 a 31 da referida norma.

g) subitem 6.1.3.11 que exige a apresentação de certidão de Cadastro de Atividades Potencialmente Poluidoras emitida pelo Ministério do Meio Ambiente/Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos recursos naturais renováveis. Entende que esse documento não guarda qualquer compatibilidade com o objeto licitado, em total desacordo com a norma constitucional que somente admite exigências de qualificação técnica dos licitantes que sejam indispensáveis à execução do objeto. (artigo 37, XXI).

h) subitem 6.1.3.12 que fixa para habilitação, a apresentação de Licença de Instalação emitida pela CETESB, ou órgão Estadual correspondente ao Estado sede da licitante, ou quando não cabível, apresentar o certificado de “Dispensa de Licença de Instalação”. Aponta que o próprio edital é contraditório ao dispor da dispensabilidade de tal exigência, demonstrando que esse documento é imprescindível para execução do contrato e sua apresentação. O subitem não fixa qual a finalidade da licença e qual atividade deverá contemplar.

i) subitens 6.1.5.1 e 6.1.5.2 que exigem a apresentação de declaração firmada pela licitante de que dá assistência na área de segurança e medicina do trabalho a seus empregados; e declaração firmada por médico ou engenheiro de segurança do trabalho responsabilizando-se pelo cumprimento das normas relativas à saúde e segurança no trabalho. Assevera que toda a responsabilidade funcional pela execução dos serviços é da própria licitante, não tendo o menor cabimento essas exigências, sendo absolutamente indispensáveis para a garantia da execução do objeto licitado, não estando previstas nos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações.

j) subitem 6.1.5.7 exige a apresentação de manual técnico dos itens 1,2,3,9,14 e 22 da planilha do Anexo I do edital, relativos aos equipamentos de fiscalização eletrônica, veículo, software de digitação das fotos e grupo focal de pedestre. Afirma que tal imposição mostra-se absolutamente nula, posto que pretende tratar na fase de habilitação assunto exclusivamente afeito à fase das Propostas. Continua, aduzindo que ainda que tais documentos tivessem alguma utilidade, os mesmos somente poderiam ser exigidos para efeitos de classificação das propostas, e nunca como condição de habilitação.

k) o subitem 6.2.5.8 que estabelece a apresentação de amostras e o subitem 6.2.5.8.1 que informa que elas serão analisadas por técnicos da Secretaria Municipal de Transportes. Informa a representante que não foram fixados critérios e parâmetros para essa análise, sendo tais exigências incompatíveis com os preceitos de objetividade e isonomia, motivo pelo qual devem ser retiradas do edital.

Ao final, requereram desta Corte a adoção de medida para suspensão do certame impugnado, com posterior determinação de retificação do edital nos pontos de ilegalidade suscitados.

Em Sessão de 8/3/06, por proposta deste Conselheiro no Processo TC-9727/026/06, o Egrégio Tribunal Pleno recebeu a matéria como Exame Prévio de Edital, determinando à Prefeitura representada a suspensão do procedimento impugnado até decisão final da matéria por parte desta Corte.

Naquela ocasião também foram solicitados os esclarecimentos devidos sobre os pontos de irregularidade suscitados, assim como a cópia completa do instrumento convocatório lançado.

Em seguida, ao analisar a Representação tratada no TC-9948/026/06¹, também incidente contra a Concorrência nº 02/06 da Prefeitura de Itaquaquecetuba, expedido Despacho encartado às fls. 210/213 dos referidos autos, solicitando daquele Executivo justificativas quanto aos itens impugnados no aludido feito.

Com efeito, vieram aos autos à documentação solicitada, assim como à razões da Prefeitura no que diz respeito às impropriedades anunciadas pelas duas representantes.

Com referência ao pleito impugnatório da empresa SPL, a representada esclarece que ao elaborar o instrumento consultou diversas Prefeituras a fim de verificar experiências administrativas, consultando também empresas do segmento envolvido na contratação verificando ser economicamente viável a contratação do objeto licitado como um todo, sinalização e fiscalização eletrônica de tráfego, amparando conclusões nas Resoluções nº 141/2002 e 146/2003 do CONTRAN, na Lei Federal nº 9503/97, atualizada Lei nº 9602/98 e no artigo 24 do Código de Trânsito Brasileiro.

Também ressalta a possibilidade de participação no certame de empresas em regime de consórcio, o que reduz potencial restritividade pela aglutinação dos serviços.

Afasta a aplicabilidade ao caso presente do precedente judicial invocado pela representante, notadamente em função de se referir a DERSA, órgão da Administração Es-

tadual, que não possui as mesmas competências dadas pelo CTB aos municípios.

No que tange a qualificação técnica profissional prevista no subitem 6.1.3.4.13, atribuí razão à impugnação deduzida, na medida em que o fornecimento e instalação de placas de qualquer tipo e modelo é imprópria para essa forma de comprovação.

De outra parte, afirma que no intuito de assegurar maior número de participantes no procedimento, a cláusula editalícia questionada não estabeleceu quantitativos de comprovação a serem obedecidos.

Quanto a previsão contida no subitem 6.1.3.12, defende que a licença de instalação emitida pela CETESB, exigida no edital, é documento obrigatório para qualquer empresa legalmente estabelecida, afigurando-se razoável a preocupação da municipalidade em não habilitar proponente que não tenha onde estocar materiais e resíduos poluentes.

Conclui enfatizando os aspectos de lisura do instrumento lançado, requerendo, pois, a improcedência da Representação.

No que diz respeito às razões impugnatórias da empresa Simões Comércio de Equipamentos Eletrônicos e Artigos de Sinalização Ltda., a Prefeitura reitera argumentação já apresentada, no tocante ao objeto posto em disputa, bem como do licenciamento ambiental prévio.

Com relação à visita técnica prevista no subitem 4.3.0, sustenta a necessidade de realização do evento, em virtude da complexidade da contratação pretendida, de forma que os licitantes devem ter conhecimento das condições de trabalho futuras, aduzindo, outrossim, que o prazo estipulado, 5 (cinco) dias antes da abertura do procedimento, tem o objetivo de sanar qualquer eventual dúvida que possa existir.

No que tange à questão incidente sobre o subitem 6.1.3.1 (inscrição da licitante no CREA), argumenta que a previsão encontra esteio na regra do inciso I do artigo 30 da norma de regência, não havendo, de outra parte, qualquer violação a Súmula 28 desta Corte, que veda tão-somente a comprovação de quitação de anuidade.

Também afasta eventual irregularidade dos subitens 6.1.32 e 6.1.3.4, que a seu ver não contrariam as Súmulas 23 e 24 editadas pelo Tribunal.

De igual modo, não vislumbra ilegalidade nos requisitos editalícios que prevêm a apresentação de Registro ou Inscrição das licitantes nos Conselhos Regionais de Administração e Química (subitens 6.1.3.6 e 6.1.3.8), exigência que guarda correlação com o objeto licitado.

Entende que o disposto no subitem 6.1.3.10 encontra amparo no inciso IV do artigo 30 da Lei de Licitações, vez que a comprovação de que as licitantes possuem em seu quadro permanente “técnicos de segurança do trabalho” atende imposição prevista em lei especial, no

¹ Representação intentada pela Empresa Simões Comércio de Equipamentos Eletrônicos e Artigos de Sinalização Ltda.

caso específico, Lei 6514/77, regulamentada pela Portaria NR 4 e Portaria 10, de 6/4/00.

Mais à frente considera razoável para a responsabilidade civil e criminal da municipalidade a previsão constante no subitem 6.1.3.11, referente à apresentação de Cadastro de Atividades Potencialmente Poluidores emitido pelo IBAMA, a qual evita que a municipalidade corra riscos desnecessários de paralisação dos serviços, admitindo eventual proponente que não tenha lugar para estocar e destinar materiais e resíduos poluentes.

Com relação aos subitens 6.1.5.1 e 6.1.5.2², assegura que as exigências neles contidas não se revelam restritivas, em virtude de se concretizarem mediante mera declaração da proponente, além do que objetivam salvaguardar os interesses da Administração no cumprimento do futuro contrato.

No que concerne às questões referentes ao subitem 6.1.5.7 (apresentação de manual técnico dos itens especificados no Anexo I do edital), sustenta que a disposição editalícia tem por finalidade dar conhecimento à Prefeitura dos equipamentos que serão utilizados pela licitante, não sendo itens de desclassificação, assegurando que a Administração possa comparar as facilidades do equipamento com as exigências do Anexo III – Especificação Técnica dos Materiais e Equipamentos.

Também afirma que não serão analisadas as características técnicas dos veículos, de forma que somente é solicitada a informação das características, conforme preceitua o item 9 do mencionado Anexo.

No que diz respeito à apresentação de amostras (subitem 6.2.5.8 c.c. subitem 6.2.5.8.1) informa que os parâmetros de análise estão objetivamente descritos, inclusive rotinas e valores do Anexo III, argumentando que as dúvidas argüidas pela representante poderiam ter sido resolvidas mediante questionamento junto à Administração, nos termos do edital.

Finaliza requerendo também a improcedência dessa Representação.

Procedendo a análise da matéria a ATJ firmou convicção pela procedência parcial das Representações intentadas, para o fim de ser excluído o subitem 6.1.3.12, referente à Licença de Instalação emitida pela CETESB, que a seu ver só é devida pelo licitante vencedor da licitação (Súmula 14 deste Tribunal), assim como a necessidade de comprovação de qualificação técnica-profissional no que diz respeito aos serviços de fornecimento de instalação de placas de qualquer tipo e modelo, que é inadequada à comprovação pretendida (subitem 6.1.3.4.13).

² *Respectivamente: declaração firmada pela licitante de que dá assistência na área de segurança e medicina do trabalho a seus empregados; e declaração firmada por médico ou engenheiro de segurança do trabalho responsabilizando-se pelo cumprimento das normas relativas à saúde e segurança no trabalho.*

Também propugnou pela procedência das impugnações incidentes sobre os subitens 6.1.3.6 e 6.1.3.8, referentes ao registro ou inscrição nos Conselhos Regionais de Química e Administração, que impingem ao certame um caráter de restritividade, afirmando, ainda, ser necessária a recolocação dos subitens 6.2.5.7 e 6.2.5.8, (apresentação de Manual Técnico e Amostras), que devem coincidir com a abertura das propostas, consoante previsão da Súmula 19 deste Tribunal.

Outrossim, aquela Assessoria relembra fato ocorrido na Sessão deste Tribunal Pleno do último dia 8/3/06, na qual o órgão julgador acolheu proposta do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, no sentido da aplicação de multa aos responsáveis nas hipóteses de restrição editalícia decorrente de cláusulas inadequadas previstas nas súmulas de jurisprudência emanadas por esta Corte.

A seu turno, a SDG também considerou parcialmente procedentes os reclamos deduzidos pelas representantes, em especial àqueles que impugnam os subitens 6.1.3.2; 6.1.3.4.13; 6.1.3.6; 6.1.3.8; 6.1.3.10; 6.1.5.1; 6.1.5.2; 6.1.3.11; 6.1.3.12; 6.1.5.7; 6.2.5.8 e 6.2.5.8.1.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, solicito referendo deste Plenário para os atos por mim praticados, no sentido da requisição de justificativas à Prefeitura representada, por ocasião da Representação TC-9948/026/06, intentada pela Empresa Simões Comércio de Equipamentos Eletrônicos e Artigos de Sinalização Ltda.

Referendados os atos preliminares, passo a análise de mérito das impugnações suscitadas iniciando por consignar que a meu ver não procedem os reclamos que reputam ilegal a opção da Prefeitura em aglutinar no objeto de um mesmo procedimento licitatório os serviços de sinalização e fiscalização eletrônica de tráfego.

Como bem assentaram os órgãos de instrução da Casa (ATJ e SDG), os mencionados serviços guardam correlação lógica entre si, inserindo-se nas competências municipais no que se refere ao cumprimento da legislação de trânsito, conforme artigo 24 do Código de Trânsito Brasileiro, Lei Federal nº 9503/97.

A disposição contida no § 1º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, que orienta a divisão da contratação de bens e serviços em licitações distintas, a fim de que se obtenha maior competitividade, é regra que comporta transigência quando se evidenciar, na situação fática, elementos de razoabilidade que apontem solução em sentido contrário.

No caso específico, além dos pressupostos de viabilidade assegurados no mencionado artigo 24 do CTB, as representantes não fizeram prova inequívoca de que a

junção dos serviços no mesmo objeto implicaria diretamente em fator de restritividade do certame lançado, especialmente levando-se em conta que o certame permite a participação de empresas em regime de consórcio, o que tende a diminuir eventual cerceamento participativo.

Assim, à mingua de elementos probatórios, considero razoáveis os argumentos trazidos pela defesa.

Contudo, em virtude da própria natureza da questão trazida, fica o alerta ao órgão licitante que tal aspecto poderá ser retomado quando da análise ordinária da licitação e do futuro contrato, ocasião em que este Tribunal poderá avaliar, com os elementos necessários, a efetiva existência de restritividade no procedimento instaurado.

Também não vislumbro ilegalidade no estabelecimento de visita técnica obrigatória como condição de habilitação, conforme previsão dos subitens 4.3.0 e 6.1.3.5.

Penso desta forma porque entendo que a Prefeitura justificou a relevância do evento, que objetiva cientificar as licitantes de todas as características que envolvem o objeto posto em disputa.

Quanto à inobservância do lapso temporal mínimo entre a última publicação do instrumento e a abertura das propostas (alínea “a” do inciso II do §2º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93), verifico inicialmente que houve adiamento do prazo marcado para o começo do certame, nos termos da publicação acostada às fls. 467 dos autos, incidindo também sobre a questão a prejudicialidade ocorrida em virtude da paralisação do procedimento por determinação desta Corte, o que amplia o período de tempo inicialmente previsto.

No que diz respeito à exigência contida no subitem 6.1.3.1, referente a apresentação de Registro da Licitante no CREA, acolho as razões apresentadas pela defesa no sentido de que tal previsão encontra amparo nas disposições do inciso I do artigo 30 da norma de regência, que relaciona como documentação de qualificação técnica o registro da licitante na entidade profissional competente.

Da mesma forma não merece reparo a previsão também constante do aludido dispositivo editalício que estabelece a necessidade de visto do CREA-SP, na hipótese da licitante não ser sediada em São Paulo, requisito que não se afigura restritivo, consoante entendimento desta Corte nos Processos TC-31833/026/02, TC-33633/026/02 e TC-33634/026/02, julgados pelo Egrégio Tribunal Pleno na Sessão de 6/11/02 (Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho).

No que concerne à apresentação de amostras prevista no subitem 6.2.5.8 observo que o foco específico do inconformismo da representante não é propriamente o prazo estipulado para tal procedimento, já que em prin-

cípio atende as previsões da Súmula 19³ deste Tribunal, em virtude de fixar como data limite o prazo não superior ao horário de entrega dos envelopes.

A impugnação deduzida questiona sim a ausência de critérios para análise dessas amostras pelos Técnicos da Secretaria Municipal de Transportes (subitem 6.2.5.8.1).

Mesmo levando em conta os argumentos impugnatórios, verifico que o Anexo III especifica detalhadamente o tipo, a capacidade e o atendimento aos requisitos de normas específicas atinentes a matéria, de forma que não é subjetivo o critério de análise das amostras entregues.

Em que pesem esses aspectos favoráveis, entendo que são procedentes as demais impugnações deduzidas.

O subitem 6.1.3.4.13 do edital, que exige a demonstração da capacitação técnica profissional nos serviços de fornecimento e instalação de placas de qualquer tipo e modelo, mostra-se impróprio conforme reconhecido pela própria Prefeitura, não devendo ser aplicado para avaliação da experiência do profissional técnico, impondo-se, assim, sua exclusão do texto editalício.

De igual modo, à luz do entendimento consolidado na Súmula nº 14 deste Tribunal⁴, considero procedente a questão referente ao subitem 6.1.3.12 (apresentação de Licença de Instalação emitida pela CETESB na fase de habilitação), previsão que a rigor da referida orientação deve ser deslocada para fase posterior do certame, como exigência imposta ao vencedor da licitação.

No que concerne aos requisitos de qualificação técnica operacional (subitem 6.1.3.2), acolho o pronunciamento de SDG, no sentido de que o indigitado subitem não atende a determinação contida na Súmula 24⁵, uma vez que não delimita as características e quantidades que serão aceitos para fins de habilitação das proponentes, não permitido que estas saibam, como é de seu direito, o modo pelo qual serão habilitadas, cabendo inteiramente à Comissão Julgadora da Licitação dizer quem

³ SÚMULA Nº 19 - Em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas.

⁴ SÚMULA Nº 14 - Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão-somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.

⁵ SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

atende ou não as exigências, segundo critérios próprios, sem padrão referenciado no edital do será considerado “serviços de características semelhantes”.

Como bem anotou o Sr. Secretário-Diretor Geral esta estipulação pode dar margem, também, ao entendimento de que a expressão “características, quantidades e prazos” correspondam a 100% dos elementos constantes no anexo I do edital (planilha de quantidades) fls. 254/256 do TC-9948/026/06, o que não é permitido.

Já a demonstração da qualificação técnica profissional prevista no subitem 6.1.3.4 está de acordo com a orientação consignada na Súmula nº 23⁶ desta Casa, uma vez que não fixa quantitativos de comprovação a serem demonstrados, exceto no que tange à parcela eleita no subitem 6.1.3.4.13 (fornecimento e instalação de placas de qualquer tipo e modelo), a qual não é passível de comprovação pelo responsável técnico, consoante motivos expostos anteriormente neste voto.

Ainda sobre esse aspecto do edital não há como se mensurar, nesta fase do procedimento, eventual restritividade pelo número de serviços eleitos como de maior relevância para efeitos de comprovação, que a rigor da norma se insere no rol de discricionariedade do órgão público responsável pelo certame. Todavia, a exemplo das questões envolvendo a extensão do objeto licitado, a Prefeitura deve ter ciência que sua opção na definição das parcelas relevantes pode vir a ser reexaminada no futuro, no caso de se evidenciarem concretamente as pretensões de restrição afastadas neste exame perfunctório.

Quanto aos subitens 6.1.3.6 e 6.1.3.8, que exigem demonstração do registro da licitante, respectivamente nos Conselhos Regionais de Administração e Química, as razões de defesa não conseguiram demonstrar de que o atendimento de tais requisitos guardam pertinência como o objeto posto em disputa, motivo pelo qual entendendo devam ser excluídos do edital esses dispositivos.

Com referência ao subitem 6.1.3.10, relativo a comprovação das proponentes possuírem em seu quadro permanente “técnicos de segurança de trabalho” e aos subitens 6.1.5.1 e 6.1.5.2 que exigem respectivamente a apresentação de declaração firmada pela licitante de que dá assistência na área de segurança e medicina do trabalho a seus empregados; e declaração firmada por médico ou engenheiro de segurança do trabalho responsabilizando-se pelo cumprimento das normas relativas à saúde e segurança no trabalho, penso que são procedentes os reclamos deduzidos pela representante.

Em que pese ser louvável a preocupação social da Pre-

⁶ SÚMULA Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

feitura no que concerne à segurança dos trabalhadores da futura contratada encarregados do serviço, penso que tais imposições teriam melhor efeito se estipuladas como obrigações contratuais, e não como requisitos de habilitação como constou do instrumento impugnado, mesmo porque tais estipulações não encontram guarida nas previsões do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

No que diz respeito ao subitem 6.1.3.11, a argumentação deduzida pela defesa não enfrentou com fundamentação plausível o aspecto suscitado pela representante, no sentido de que a apresentação de certidão de Cadastro de Atividades Potencialmente Poluidoras emitida pelo Ministério do Meio Ambiente/Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis não guarda qualquer compatibilidade com o objeto licitado.

Dessa forma, em face da ausência de maiores justificativas, considero procedente a impropriedade argüida pela Empresa Simões Ltda., devendo, pois, ser excluída a referida cláusula editalícia.

Não obstante, caso a Prefeitura encontre amparo legal e técnico na exigência, deverá abster-se de relacioná-la como requisito de habilitação, de forma a impô-la unicamente ao vencedor do certame, consoante entendimento da Súmula nº 14, anteriormente citada.

Com relação ao subitem 6.2.5.7, considero que a apresentação de manuais técnicos dos equipamentos de fiscalização eletrônica, veículo, software de digitação das fotos e grupo focal de pedestre deve ser feita juntamente com a proposta comercial da licitante e não como documentos relacionados com a fase de habilitação.

Chego a essa conclusão baseando-me nas argumentações da própria defesa no sentido de que os referidos manuais somente servirão para conhecimento do equipamento que irá ser disponibilizado pela proponente, não servindo para desclassificação de qualquer uma delas.

De todo modo, a Prefeitura deve ter ciência que sua interpretação do dispositivo, trazida neste feito, vincula sua atuação “*in concreto*” quando do exame da documentação entregue pelos proponentes, não podendo dela se distanciar sob pena de incorrer na quebra dos princípios básicos da licitação, estatuídos no artigo 3º da Lei de Licitações, devendo, ainda, avaliar no caso concreto a possibilidade de que a indigitada exigência resulte em demonstração de propriedade prévia, vedada pelas disposições do § 6º do artigo 30 do citado diploma legal.

Em razão do exposto, meu voto considera parcialmente procedente as Representações formuladas pelas Empresas SPL – Construtora e Pavimentadora Ltda., e Simões Comércio de Equipamentos Eletrônicos e Artigos de Sinalização Ltda., contra o edital da Concorrência Pública nº 02/2006, instaurada pela Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba, determinando que aquele

Executivo proceda à retificação do edital, nos seguintes aspectos:

1. Exclua da comprovação de capacitação técnica profissional a parcela de relevância contida no subitem 6.1.3.4.13 (Fornecimento e instalação de placas de qualquer tipo e modelo);

2. Desloque a exigência do subitem 6.1.3.12 (Licença de Instalação emitida pela CETESB) para condição imposta unicamente ao vencedor do certame (Súmula nº 14);

3. Fixe parâmetros objetivos para aceitabilidade das demonstrações de qualificação técnica operacional, exigidas das licitantes (subitem 6.1.3.2), a fim de dar cumprimento ao entendimento consolidado na Súmula nº 24;

4. Exclua as exigências relacionadas a apresentação de Registro ou Inscrição das licitantes nos Conselhos Regionais de Administração e Química (respectivamente subitens 6.1.3.6 e 6.1.3.8);

5. Desloque para as obrigações contratuais, impostas ao vencedor do certame, as exigências relacionadas à segurança e medicina no trabalho (subitens 6.1.3.10, 6.1.5.1 e 6.1.5.2);

6. Exclua a exigência da apresentação de Certidão de Cadastro de Atividade Potencialmente Poluidora, prevista no subitem 6.1.3.11;

7. Desloque para a proposta comercial a exigência de apresentação de manual dos itens especificados no Anexo I (subitem 6.2.5.7).

Alerto aos responsáveis pela licitação que, após procederem às retificações necessárias, deverão atentar para o disposto no § 4º, do artigo 21, da Lei Federal nº 8666/93.

Por fim, atento à postura deste Plenário em relação a situações análogas, quando se verifica a inobservância às Súmulas de Jurisprudência desta Corte, no caso específico as de nºs. 14 e 24, que consolidam entendimento acerca das disposições do artigo 30 da Lei nº 8.666/93, acolho a sugestão da Chefia de ATJ no sentido de aplicação ao responsável pelo certame, Prefeito de Itaquaquecetuba, da multa correspondente a 500 (quinhentas) vezes o valor da UFESP (Unidade Fiscal do Estado de São Paulo), em virtude da infringência de norma legal, consoante previsão do inciso II do artigo 104 da Lei Complementar Estadual nº 709/93. Nesse exato sentido, cito precedente do Processo TC-7562/026/06 de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, julgado na Sessão de 8/3/06.

Expeçam-se ofícios necessários às representantes e a representada, dando-lhes ciência da presente decisão.

Ao final encaminhe-se o feito à Diretoria competente da Casa, para subsidiar eventual contratação que venha resultar do certame licitatório.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Renato Martins Costa, preliminarmente foram referendados pelo E. Plenário os atos praticados pelo Conselheiro Fulvio Julião Biazzi, Relator, que requisitara justificativas da Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba por ocasião de representação constante do TC-9948/026/2006, formulada contra o edital da Concorrência Pública nº 02/2006.**

Quanto ao mérito, o E. Plenário, em razão do exposto no voto do Relator, decidiu pela procedência parcial das representações formuladas, determinando à referida Prefeitura que proceda à retificação do edital nos aspectos relacionados no voto do Relator, alertando-se aos responsáveis que, após procederem às retificações necessárias, deverão atentar para o disposto no § 4º, do artigo 21, da Lei Federal nº 8666/93.

Decidiu, outrossim, pela aplicação de multa ao Sr. Armando Tavares Filho, responsável pelo certame, em valor correspondente a 500 (quinhentas) UFESP's, em virtude da infringência de norma legal, consoante previsão do inciso II do artigo 104 da Lei Complementar nº 709/93.

Determinou, ainda, seja oficiado à representante e à representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

Determinou, por fim, o encaminhamento do processo à Diretoria competente para subsidiar eventual contratação que venha resultar do certame licitatório.

TC-435/026/01

Ementa: Recurso Ordinário interposto pela Ex-Presidente da **Câmara Municipal de Taquarituba** contra decisão prolatada pela E. Primeira Câmara, que julgou irregulares as contas apresentadas pelo Legislativo relativas ao exercício de 2.001(DOE de 7/12/04).

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Secretário Substituto: Angelo Scatena Primo.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 8 de fevereiro de 2006.

RELATÓRIO

Trata-se do exame do Recurso Ordinário interposto pela Sra. Elizabeth de Souza Netto Milléo, na qualidade de Ex-Presidente da Câmara Municipal de Taquarituba, em face da decisão exarada pela Colenda Primeira Câ-

mara, que em sessão realizada em 23 de novembro de 2.004¹, julgou irregulares as contas apresentadas pelo Legislativo Municipal, relativas ao exercício de 2.001.

O mencionado decisório fundamentou-se em falha grave que foi constatada na Despesa com Pessoal, que correspondeu a 84,32% em relação à receita realizada, ultrapassando o limite fixado no art. 29-A, §1º, da Constituição Federal, que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 25.

Irresignada com esse julgamento, a Recorrente ingressou com o presente Recurso Ordinário, nos termos do art. 54 da Lei Orgânica desse Tribunal.

Aduziu em suas razões, em síntese, que houve repasses inferiores devido a perfeita sintonia entre os dois poderes, pois, “*as transferências de recursos foram realizadas conforme a precisão do Legislativo e as importâncias remanescentes ficaram a critério do Executivo para que aplicasse de forma íntegra às reais necessidades da comunidade taquaritubense, na sua prioridade*”.

Alegou, também, a indefinição constante na lei, pois o legislador deixou lacuna ao não definir o significado da receita, se essa se referia à prevista ou à realizada.

Nessa linha, apresenta cálculos efetuados com base na receita prevista, comprovando que não ocorreu o apontado excesso.

Finaliza seu apelo ressaltando o bom senso que vigorou entre a Administração da Câmara e da Prefeitura, pois se tivesse sido efetuado o repasse total do numerário para a Câmara e feita a devida contabilização e a devolução mensal aos cofres do Executivo, as contas receberiam outro julgamento.

Sobre as razões recursais manifestaram-se os órgãos da Casa.

O Setor de Cálculos de ATJ, analisando os aspectos técnicos-contábeis, não acolheu os argumentos apresentados, vez que o excesso do limite percentual estabelecido constitucionalmente comprometeu as contas consoante demonstrou nos cálculos efetuados.

Chefia de ATJ manifestou-se pelo conhecimento do recurso ordinário e no mérito, diante do apresentado por sua assessoria, opinou pelo seu improvimento.

SDG opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, entendeu que as alegações apresentadas não revertem o julgamento combatido, destacando a gravidade da extrapolação do limite estipulado pela Emenda Constitucional nº 25, assim opinou pelo não provimento.

É o relatório.

¹ Naquela ocasião a C.Primeira Câmara estava composta pelos Ex-mos. Conselheiros:Edgard Camargo Rodrigues, Relator, Eduardo Bitencourt Carvalho, Presidente e Robson Marinho.

VOTO

Em Preliminar:

O Recurso Ordinário apresenta-se adequado e revestido de legitimidade tempestividade, assim, dele conhecido. Acórdão publicado no DOE, edição de 7/12/04 e o Recurso Ordinário foi protocolado em 22/12/04.

No Mérito:

As contas prestadas pela Câmara Municipal de Taquarituba, relativas ao exercício de 2.001, apresentaram grave irregularidade que as comprometeram totalmente, qual seja, o desatendimento ao limite imposto pelo art. 29-A, §1º da Constituição Federal, que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 25, para a realização da despesa com folha de pagamento.

De acordo com o mencionado mandamento a Câmara Municipal não gastará mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluindo o gasto com subsídio de seus Vereadores.

A inobservância dessa regra, aliada aos critérios estabelecidos em jurisprudência deste E. Tribunal, percebe-se que a Câmara de Taquarituba agiu de forma irregular, vez que o gasto extrapolou o limite imposto.

Como é sabido, a apuração da despesa com folha de pagamento é efetuada tendo por base de cálculo o valor da **receita efetivamente realizada pelo Legislativo**.

Assim, consoante o demonstrado nos cálculos efetuados pelo Setor de Competente de ATJ, a receita efetivamente realizada foi de R\$ 428.000,00 (quatrocentos e vinte e oito mil Reais), considerando neste valor, inclusive, o saldo devolvido de R\$13.601,36 (treze mil e seiscentos e um Reais e trinta e seis centavos)

Anoto que os gastos com Pessoal foram da ordem de R\$ 353.454,99 (trezentos e cinquenta e três mil e quatrocentos e cinquenta e quatro Reais e noventa e nove centavos), já excluídos os gastos com os encargos sociais e o salário-família, alcançando em percentual o patamar de **83,16%**.

Ainda que a defesa tenha repisado os argumentos já apresentados por ocasião do julgamento que visa reformar, insistindo em abordar que se tivesse ocorrido o repasse total do numerário pela Prefeitura para a Câmara e, feita a devida contabilização e, em seguida, a devolução mensal aos cofres do Executivo, as contas teriam recebido outro julgamento, a alegação não procede.

Isto porque, o entendimento correto é no sentido de que a despesa tenha por base a receita efetivamente realizada.

Denota-se, portanto, que a despesa pública não foi realizada em consonância com os ditames legais.

Nessa conformidade, não há como se dar guarida à pretensão do recorrente, à evidência da superação do limite imposto constitucionalmente de 70%.

Em razão do exposto, e acompanhando as manifestações unânimes de ATJ, digna Chefia e de SDG, não dou provimento ao Recurso Ordinário interposto pela Sra. Elizabeth de Souza Netto Milléo, na qualidade de Ex-Presidente da Câmara Municipal de Taquarituba, para ser mantido o r. julgamento combatido, em todos os seus termos e por seus jurídicos fundamentos.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros**

Fulvio Julião Biazzi, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Renato Martins Costa, preliminarmente o E. Plenário conheceu do recurso ordinário e, quanto ao mérito, em razão do exposto no voto do Relator, negou-lhe provimento, ficando mantido, em todos os seus termos e por seus jurídicos fundamentos, o v. acórdão combatido.





CONSELHEIRO CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA



TC-10890/026/06

Ementa: Representação contra edital da concorrência internacional nº 42325212, visando a outorgar concessão patrocinada, em ordem à exploração dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela da **Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ**, recebida como exame prévio de edital, com determinação de sustação do certame, em sessão de 22/3/06.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga. Secretário Substituto: Angelo Scatena Primo.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 17 de maio de 2006.

RELATÓRIO

1.1 Os nobres Deputados à A. Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, Nivaldo Santana da Silva e Simão Pedro Chiovetti, e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transportes Metroviários de São Paulo suscitam o exame prévio do edital da concorrência internacional nº 42325212, por meio da qual a Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos e a Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ intentam outorgar concessão patrocinada, em ordem à exploração dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, da Luz até Taboão da Serra.

1.2 (a) Consoante a representação, é desproporcional a divisão dos bônus e dos ônus da concessão em perspectiva, entre os parceiros público e privado, por isso que estarão a cargo do Estado 73% dos investimentos necessários, ficando ao particular tão-somente 27%, senão menos, muito embora vá caber a este último “a receita integral do serviço, e mais receitas adicionais”. “Há um desequilíbrio flagrante, uma evidente ilegalidade. Há uma locupletação, em detrimento do dinheiro e do patrimônio públicos”.

É que a Administração despenderá, até o ano de 2012, “aproximadamente um bilhão de dólares, em desapropriações, construção de estações, trilhos, diversos equipamentos, com recursos provenientes de receitas públicas, financiamentos, pagos pelo povo”, enquanto que “o parceiro privado, um consórcio, deverá investir até o ano de 2012 apenas trezentos e quarenta milhões

de dólares, ou 27% do total dos investimentos, com recursos próprios ou, com mais certeza conseguidos de financiamentos do BNDES, por exemplo, banco público, dinheiro do povo”, recebendo, porém, “toda a receita da linha 4 do Metrô”.

Essa receita, segundo o previsto, atingirá, até 2012, “aproximadamente dois bilhões e seiscentos e sessenta milhões de reais”, aos quais serão acrescidos “a metade da tarifa dos passageiros, que, integrados no sistema metro-ferroviário, utilizarem a linha 4 amarela,” e uma “receita alternativa, complementar, decorrente da exploração de espaços para uso comercial, veiculação de publicidade, etc. (cláusulas 6ª, 8ª e 10ª da minuta do contrato¹)”, enquanto “o parceiro público, que investe

¹ Textual:

CLÁUSULA SEXTA – REMUNERAÇÃO E PAGAMENTOS

6.1 A remuneração da CONCESSIONÁRIA será composta pelas seguintes parcelas:

Parcela A: RECEITA TARIFÁRIA obtida por meio de tarifa de remuneração fixada em R\$ 2,08 (dois reais e oito centavos) por passageiro transportado, na data base de 1º de fevereiro de 2005 (TARIFA DE REMUNERAÇÃO), observada a Cláusula Oitava.

Parcela B: Contraprestação pecuniária devida pelo PODER CONCEDENTE (CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA), a ser paga, em duas etapas, da seguinte forma (no caso de a Proposta vencedora não exonerar completamente o PODER CONCEDENTE):

24 (vinte e quatro) parcelas mensais iguais e sucessivas, no valor de R\$ _____, na data base __/__/__ (1º dia do mês da apresentação da proposta), vencendo-se a primeira delas no dia 15 (quinze) do mês subsequente ao mês de início da operação comercial da FASE 2 4 (vinte e quatro) parcelas mensais iguais e sucessivas, no valor de R\$ _____, na data base __/__/__ (1º dia do mês da apresentação da proposta), vencendo-se a primeira delas no dia 15 (quinze) do mês subsequente à apresentação do conjunto de instrumentos jurídicos que comprovem a efetiva contratação do financiamento e fornecimento dos Trens Metroviários do Sistema de Material Rodante da FASE II.

CLÁUSULA OITAVA – RECEITAS

8.1 O cálculo da RECEITA TARIFÁRIA levará em conta o seguinte critério:

a) 100% (cem por cento) da TARIFA DE REMUNERAÇÃO multiplicada pelo número de entradas de passageiros exclusivos, assim considerados aqueles, pagantes ou gratuitos, que utilizam exclusivamente a LINHA 4 – AMARELA, sem se utilizar de nenhuma outra linha metro-ferroviária (PASSAGEIRO EXCLUSIVO).

b) 50% (cinquenta por cento) da TARIFA DE REMUNERAÇÃO multiplicada pelo número de entradas de passageiros integrados no sistema metro-ferroviário, assim considerados aqueles, pagantes

um bilhão de dólares, nada recebe”, podendo ainda ter de “entregar ao parceiro privado 160 milhões de reais, como contraprestação em 24 parcelas mensais”, quiçá “antes mesmo do parceiro privado investir um centavo... (cláusula 6ª da minuta do contrato)”.

(b) De outro lado, prosseguem os Representantes, a cláusula sexta da minuta do contrato contempla “a possibilidade de exoneração, do parceiro público, de pagar contraprestação ao parceiro privado”, o que “modifica o tipo de concessão, que não será mais a patrocinada, que consta de todo edital, passando a ser concessão comum, desviando a finalidade da licitação, tornando nulo o processo de licitação”.

(c) Ainda segundo a representação, programa-se “a obrigatoriedade do seccionamento nas linhas de ônibus, que tenham ponto final no Terminal do Largo da Batata, estendendo-se depois a outras linhas de ônibus, sob pena de compensação, pela frustração de demanda, a ser paga ao parceiro privado, pelo número de passageiros transportados por ônibus, na base tarifária de R\$ 2,09 por passageiro” (cf. minuta do contrato, cláusula 11ª, subcláusula 11.3.2ª), com “vantagem indevida ao parceiro privado” e em evidente prejuízo ao passageiro, “pois está cancelando o seu direito, uma vez que, no restante das linhas do Metrô, operado pela Companhia

ou gratuitos, que utilizam exclusivamente a LINHA 4 – AMARELA, em combinação com outras linhas operadas pela COMPANHIA DO METRÔ, da CPTM, ou de ambas, em qualquer sentido (PASSAGEIRO INTEGRADO).

CLÁUSULA DÉCIMA – RECEITAS ALTERNATIVAS, COMPLEMENTARES, ACESSÓRIAS OU DE PROJETOS ALTERNATIVOS

10.1 A CONCESSIONÁRIA poderá explorar fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados à CONCESSÃO, desde que a exploração não comprometa os padrões de qualidade do serviço concedido, conforme previsto nas normas e procedimentos integrantes do Edital e do CONTRATO.

² CLÁUSULA DÉCIMA-PRIMEIRA – MITIGAÇÃO DE RISCOS

11.3 Risco de concorrência das linhas de ônibus intermunicipais com a LINHA 4 – AMARELA.

11.3.1 O PODER CONCEDENTE fará o seccionamento das linhas de ônibus intermunicipais gerenciadas pela EMTU relacionadas no Anexo __, de forma a evitar a concorrência com a LINHA 4 – AMARELA.

11.3.2 Durante a operação comercial da FASE I, a obrigação de seccionamento será aplicável apenas em relação às linhas de ônibus intermunicipais que tenham ponto final no Terminal do Largo da Batata, estendendo-se posteriormente a todas as demais linhas de ônibus intermunicipais gerenciadas pela EMTU relacionadas no Anexo __ quando do início da operação comercial da FASE II.

11.3.3 No caso de não ter sido realizado o seccionamento de alguma das linhas de ônibus intermunicipal gerenciadas pela EMTU, por omissão imputável exclusivamente à EMTU ou ao PODER CONCEDENTE, a EMTU ficará obrigada a compensar diretamente a CONCESSIONÁRIA pela frustração de demanda daí decorrente na LINHA 4 – AMARELA, no montante equivalente ao resultado da multiplicação do número de passageiros transportados na linha de ônibus intermunicipal da EMTU não seccionada, pela TARIFA DE REMUNERAÇÃO.

do Metrô, são mais de 60 km, não existe tal seccionamento, pois com a passagem integrada, o passageiro de ônibus utiliza o Metrô”.

(d) Dizem, mais, os signatários da inicial que se estabelece, outrossim, “restrição indevida, inconstitucional, ao direito do poder público de contratar investimentos de valor superior a 20 milhões de reais, no setor metroviário, na hipótese de ocorrer atraso na conclusão da fase I ou fase II da linha 4 amarela, sob alegação de insuficiência de recursos orçamentários ou financeiros” (cf. minuta do contrato, cláusula 11ª, subcláusula 11.7ª), o que “tolhe o Poder Público de promover o desenvolvimento, em área estratégia e sensível, como o serviço de transporte público”.

(e) E acrescentam que a preferência concedida à empresa nacional, em caso de empate de classificação, pelo artigo 15, § 4º, da Lei nº 8.987/95, foi suprimida pelo item 6.6.6 do ato convocatório⁴.

(f) Também asseveram os Requerentes que, em 10 de março p.p., quando já se achava programada para o dia 24 do mesmo mês a oportunidade de entrega de proposta e documentação dos interessados em participar da disputa, divulgou-se novo aviso de licitação, veiculando mudanças no respectivo edital.

Uma dessas alterações objetivava “corrigir erro material, passando o valor do subitem 7.3.3.5 das Condições Específicas do Edital, que era de R\$ 81.750.000,00 para o retificado R\$ 79.000.000,00”; com isso, em verdade, diminuía-se “o valor do patrimônio líquido”, fixando-se “nova condição de habilitação de licitante”, sem que pudesse intercorrer “o prazo mínimo de 30 dias entre a retificação de edital e a data da entrega da proposta”.

Tal procedimento terá operado em detrimento de quem, por contar com patrimônio líquido de valor “entre R\$ 79.000.000 e R\$ 81.499.000”, viu-se inibido de preparar proposta.

(g) Faltou, por fim, a imprescindível intervenção da Prefeitura da Cidade de São Paulo em todo o procedimento, já que foi sua a iniciativa de constituição da

³ CLÁUSULA DÉCIMA-PRIMEIRA – MITIGAÇÃO DE RISCOS

11.7 Enquanto perdurar o atraso na conclusão da INFRA-ESTRUTURA DA FASE I ou da INFRA-ESTRUTURA DA FASE II, e for devida a COMPENSAÇÃO DE ATRASO DA FASE I, COMPENSAÇÃO DE ATRASO DA FASE II ou COMPENSAÇÃO DE DEMORA NA EMISSÃO DA ORDEM DE SERVIÇO, o PODER CONCEDENTE não poderá contratar novos projetos de investimento no setor metro-ferroviário de valor superior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), se ficar evidenciado que o atraso no cronograma físico-financeiro da INFRA-ESTRUTURA DA FASE I e da INFRA-ESTRUTURA DA FASE II foi motivada pela insuficiência de recursos orçamentários ou financeiros.

⁴ Textual:

6.6.6. Em caso de empate entre duas ou mais Propostas Econômicas, a classificação far-se-á por meio de sorteio, realizado na mesma sessão.

Companhia do Metropolitano de São Paulo (cf. Lei municipal nº 6.988, de 26/12/66).

1.3 Diante da relevância do questionamento alusivo ao valor mínimo do patrimônio líquido reclamado aos licitantes e com o igual propósito de permitir fossem também aclaradas as demais questões ventiladas na representação, preconizei a suspensão do andamento do certame, alvitre acolhido por este Egrégio Plenário.

1.4 Convocado, interveio no processamento do feito, o METRÔ (fls. 225/ 242)⁵, para prometer providências de republicação do edital de concorrência, “*com designação de data da sessão de entrega das propostas, respeitando-se o prazo mínimo de 30 dias*”, muito embora a precedente divulgação da retificação do ato convocatório tenha tido, “*exclusivamente, a finalidade de corrigir e adequar o valor do patrimônio líquido dos licitantes em face da alteração promovida no valor do contrato na*

⁵ Na mesma data em que chegava à Corte essa manifestação, os Representantes juntavam aos autos a petição de fls. 218/224, tencionando abrir debate sobre “*novas e eventuais irregularidades, que foram pinçadas no edital, para apreciação e julgamento do Egrégio Tribunal de Contas*”.

É que, na minuta do contrato, previam-se direitos e obrigações para a “*SP Trans, do Município de São Paulo*”, sem que essa entidade fosse assinar o instrumento, “*nem como parte e nem como interveniente*”. Estaria prevista, outrossim, “*a indicação de uma instituição financeira*” privada, para recolher depósitos de um certo sistema de arrecadação centralizada de tarifas, alijando-se da operação “*o único banco público de São Paulo, a Caixa Econômica*”.

Seria demais disso insuficiente a garantia reclamada ao concessionário para o fiel cumprimento do contrato, que não cobriria o resultante de decisões judiciais que atingissem o concedente, nem cobriria sequer o valor de multa fixada para a hipótese de recusar-se a adjudicatária a assinar o instrumento da concessão.

Ter-se-ia possibilitado às financiadoras da aquisição dos trens a assunção do controle acionário da concessionária, com sua transformação “*em verdadeira concessionária, independentemente de autorização prévia do Poder Concedente, apenas informado da nova situação*”;

Não haveria, por outro lado, critérios para escolha dos membros do Comitê de Mediação, que se incumbiria de “*solucionar qualquer controvérsia decorrente da entrega das instalações*”, nem, também, explicação razoável para a “*referência ao pagamento de 50% do valor correspondente a 1% sobre o montante dos investimentos previstos no fluxo de caixa de seu Plano de Negócios, devido ao UNIBANCO, decorrente de contrato firmado pelo Metrô*”.

Não se saberia, ainda, “*qual a razão do Poder Concedente ter de apresentar garantia da Companhia Paulista de Ativos, para cumprimento do fiel e pontual pagamento da contraprestação pecuniária que seria devida pelo Estado, Poder Concedente, até o limite de R\$ 60.000.000,00*”, ignorando-se, de igual modo, o porquê da inexistência de “*cláusula contratual que garanta ao Poder Concedente o recebimento, contrapartida do valor do vultoso investimento feito na linha 4 do Metrô, de parte da receita principal da tarifa e das receitas alternativas*”.

Seria, enfim, demasiada a garantia prestada pelo Poder Público, “*através da CPP, de penhor de títulos da dívida pública federal e ou quotas de Investimentos lastreado em títulos de dívida pública federal, cujo valor total será de R\$ 210.000.000,00 como garantia ao concessionário do inadimplemento das obrigações do poder concedente*”.

Segunda Retificação do Edital”; é que “*o valor do contrato originalmente publicado consistia na soma dos investimentos privados e do valor de parte da contraprestação estimada a ser paga pelo Poder Concedente*”, tendo sido ajustado para considerar apenas “*o valor a ser investido pelo setor privado*”.

No mais, ponderou a Administração ser equivocada “*a relação entre investimento privado e investimento público, da forma como posta na Representação*”, porquanto “*não caracteriza o instituto da parceria a repartição igual dos investimentos, riscos e receitas do empreendimento*”, mas, sim, a “*transferência para o setor privado da titularidade de um serviço de interesse geral*”, devendo “*a remuneração do setor privado ser composta através de arrecadação direta dos tomadores dos serviços e contribuições pecuniárias do ente estatal*”. Seria também possível “*que o setor público transfira para o setor privado infra-estrutura já existente ou em construção*”, podendo incumbir ao setor privado “*a implementação de infra-estrutura e/ou o fornecimento de bens e equipamentos*”.

De resto, “*a modelagem econômico-financeira da concessão patrocinada da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo não maltrata os princípios da economicidade, eficiência, razoabilidade e moralidade administrativa*”. Certas circunstâncias de fato haviam imposto “*uma nova estratégia de implantação da linha em face dos novos contornos financeiros impostos*”, de tudo resultando um redesenho, para implantação da linha “*em duas fases, com um investimento previsto, total, de US\$ 1,26 bilhão*”, sem que o Estado de São Paulo tivesse como arcar, sozinho, com esse montante. Estudos posteriores, tendentes a atrair a participação do setor privado, utilizaram a metodologia do fluxo de caixa descontado, apontando “*para uma taxa interna de retorno do investimento em 14,4% com o investimento total do setor privado equivalente a US\$ 340 milhões*”.

De outra parte, “*a característica marcante desta linha é ser integradora do sistema, portanto, com grande número de transferência de usuários entre as linhas - em torno de 90% da demanda total*”, de jeito que, percebendo tão-só “*50% do valor da tarifa de remuneração por passageiro compartilhado entre a Linha 4 – Amarela e as demais linhas*”, teria a concessionária significativa redução de receita; foi necessário, pois, fixar “*um valor a título de contraprestação pecuniária, visando manter a atratividade do projeto à iniciativa privada*”.

Como quer que seja, “*poderia o Estado construir toda a Linha 4, inclusive com a aquisição dos trens e sistemas e, posteriormente, transferir ao setor privado a titularidade do serviço a ser prestado, adotando o mesmo instituto da Parceria Público-Privada, caso fosse necessária a complementação estatal da receita, ou a concessão comum*”.

A Administração repeliu, de outro lado, a insinuação de que “está a licitar a compra de 29 trens mas já é sabedora que apenas 25 trens deverão ser adquiridos, haja vista a descrição da existência de apenas 25 vagas para estacionamento no Pátio Vila Sônia”; os Representantes, em verdade, esqueceram-se “de verificar a existência de estacionamentos de trens ao longo da via, tal como já ocorre nas Linhas 1, 2 e 3 em operação”.

Também afastou, firmando-se no texto da cláusula 6.1 da minuta do contrato⁶, pudesse haver pagamento de contraprestação “antes mesmo do parceiro privado investir um centavo”.

A Administração também reputou “totalmente infundada” a assertiva de que “a faculdade de o parceiro público exonerar-se de pagar contraprestação ao parceiro privado contida na cláusula sexta estaria modificando o tipo de concessão que é patrocinada, o que constituiria numa ilegalidade por desvio de finalidade da licitação”, pois seriam “seis as formas pelas quais o Concessionário poderá ser remunerado no presente contrato:

a) *Contraprestação do Poder Público consubstanciada pelo pagamento de valor fixado na proposta em 24 parcelas, após iniciada a operação comercial da Fase I, e mais 25 parcelas, depois do início da operação comercial da Fase II;*

b) *Tarifa a ser paga pelo usuário, cujo valor será fixado pelo PODER CONCEDENTE;*

c) *Diferença do valor da tarifa contratual daquela cobrada do usuário, a ser paga pelo PODER CONCEDENTE;*

d) *Recomposição parcial da receita tarifária do Concessionário, no caso de frustração da demanda prevista pelo PODER CONCEDENTE, conforme faixas previamente estabelecidas;*

e) *O valor correspondente à tarifa contratual dos passageiros cujo transporte seja gratuito em face da legislação vigente;*

f) *Receitas acessórias.”*

Dessas seis formas, “quatro são de responsabilidade do PODER CONCEDENTE, diretamente, caracterizando as quatro como formas diferentes de contraprestação pecuniária, já que todas são em dinheiro.”

Assim, “o que fez o Edital foi estabelecer uma forma de julgamento que possibilite ao Poder Concedente diminuir sensivelmente os pagamentos a serem efetuados ao Setor Privado, sem contudo furtar do modelo a natureza de concessão patrocinada”.

Aliás, “a possibilidade do subsídio estatal confirma a necessidade de adoção do modelo da concessão patrocinada. Isto porque, caso o Estado optasse por valer-se da modelagem jurídica referente à concessão comum,

⁶ Já transcrita na nota de rodapé nº 1, supra:

JAMAIS poderia conceder referido subsídio”.

De todo modo, “a fim de eliminar a regra que possibilita a eliminação do valor fixo a ser pago pelo Estado, bem como o desconto na contraprestação referente aos passageiros gratuitos”, apresentou a Administração minuta de alteração dos itens 8.1 a 8.6 do edital .

Quanto ao questionado seccionamento de linhas da EMTU, “trata-se de argumento que envolve outros aspectos para os quais não há qualquer fundamento jurídico ou legal que os vincule ao contrato de concessão em apreço”, certo, de todo modo, que “uma linha de Metrô é construída justamente para que os demais modais de transporte a ela se agreguem, vez que o Metrô substitui o engarrafamento e a poluição do transporte sobre pneus”.

Não concorreria, entretanto, “restrição ilegal e inconstitucional na disposição da cláusula 11^a, 11.7, que impede o poder público de contratar investimentos de valor superior a 20 milhões de reais no setor metroviário para o caso de atraso na conclusão da fase I ou II”; os Representantes, aliás, não apontaram qual o preceito legal ou constitucional supostamente malferido, produzindo “alegação vaga e filosófica”, que não se sustenta, até porque “a condição expressa do impedimento de contratar novos projetos” é “a de insuficiência de recursos orçamentários ou financeiros”, decorrente dessa insuficiência “a impossibilidade de o poder público contratar novos projetos, porquanto não pode comprometer-se além dos comprometimentos já firmados em situação de falta de recursos financeiros, por imposição da sua responsabilidade fiscal”.

Encontrar-se-ia, por fim, “totalmente superado” o argumento da supressão da preferência à empresa nacional, por isso que a Emenda Constitucional nº 6, de 15/8/95, “derrogou o citado § 4º da Lei 8.987 de 13/02/95, quando alterou o inciso IX⁷ do art. 170 e revogou o artigo 171⁸ da Constituição Federal que em-

⁷ Era a seguinte a redação original do inciso:

“IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.”

⁸ Era a seguinte a redação do dispositivo revogado:

“Art. 171. São consideradas:

“I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

“II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

“§ 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

“I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

basavam tratamento diferenciado à empresas nacionais”, tendo o mesmo ocorrido “com o § 12º, I e III do artigo 3º da Lei nº 8.666/93”, devendo a tanto se acrescer a “dificuldade prática de se aplicar a regra de desempate com base na nacionalidade do licitante, quando se trata de licitação internacional que permite a formação de consórcios híbridos compostos por empresas brasileiras e estrangeiras”.

Nada obrigaria, por fim, à participação do Município de São Paulo na atividade administrativa sob análise, “porque, ao contrário do afirmado pelos Representantes, o Poder Concedente não é a Cia. do Metrô, nem tampouco a Prefeitura de São Paulo, mas, sim, o Governo do Estado de São Paulo”, no exercício de competência que decorre da Lei nº 7.450/91, que pôs no campo funcional da Secretaria de Transportes Metropolitanos “a execução da política estadual de transportes urbanos de passageiros para as regiões metropolitanas”. No caso, “a Concessão é de um serviço de transporte de passageiros entre a cidade de São Paulo e a cidade de Taboão da Serra, e não exclusivamente municipal”.

1.5 A ilustrada Chefia da Assessoria Técnica, depois de tecer alentadas considerações doutrinárias acerca das “novas premissas para concessão de serviços públicos”, criadas com o advento da Lei federal nº 11.079/04 e da Lei estadual nº 11.688/04, recordou que equipe técnica desta Corte editara, sob o título “Contratos de Parcerias Público-Privadas/Guia Básico-2005”, um “detalhamento acerca dos aspectos relacionados ao assunto”.

Ponderou, em seguida, que os investimentos totais do projeto da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo chegavam a aproximadamente US\$ 1.262 milhões, certo que “a parcela de competência do Estado está relacionada às obras de infra-estrutura das estações e que, no âmbito desta E. Corte, já foram objeto de análise consoante decisão proferida nos autos do TC-30769/026/03 e outros”, de modo que “o objeto da licitação em tela está relacionado somente aos investimentos em material rodante e sistemas de sinalização, de controle do pátio, de controle e supervisão centralizado e de comunicação móvel de voz e dados para as Fases I e II, ou seja, exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros”.

“II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

“a) a exigência de que o controle referido no inciso II do “caput” se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

“b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

“§ 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.”

Considerando, em seguida “o primeiro ponto destacado na inicial”, relativo “ao desequilíbrio dos recursos a serem implementados pelos respectivos parceiros”, concluiu, em decorrência, que os Representantes “incorreram em equívoco quanto ao dimensionamento da questão, na medida em que os percentuais envolvidos não estão relacionados ao fim específico desta licitação, mas ao projeto”.

Reputou, depois, esclarecida a questão concernente à quantidade de trens a serem adquiridos pela concessionária e não identificou “alteração do instituto adotado (PPP) somente pela exoneração do pagamento da contraprestação ao parceiro privado, apesar de tal fato implicar numa proximidade muito grande com o instituto da concessão comum”; é que, “segundo esclarece a representada, são seis as formas pelas quais o concessionário poderá ser remunerado no presente contrato”. Teve, porém, por “razoáveis as alterações propostas pela representada para fins de eliminar eventual questionamento acerca da legalidade do instituto eleito”.

Também não vislumbrou ilegalidade no possível seccionamento de linhas de ônibus, que incidirá “somente sobre as linhas de ônibus intermunicipais gerenciadas pela EMTU que não tenham ponto final no Terminal do Largo da Batata, como forma de evitar competição indevida entre as alternativas de transporte sob jurisdição estadual”.

Nenhuma reprimenda endereçou, outrossim, às diretrizes do item 11.7 da minuta do contrato, porque a “condição decorre da impossibilidade de o poder público contratar novos projetos, porquanto não pode enveredar-se além dos comprometimentos já firmados em situação de falta de recursos financeiros, por imposição de sua responsabilidade fiscal”.

Admitindo, por outro lado, a procedência da argumentação do METRÔ, no sentido da impossibilidade de atribuir-se preferência, em caso de empate de classificação de propostas, à empresa nacional, considerou “pertinente que fossem adotados meios adequados para avaliação econômica das propostas ofertadas”.

Condenou, todavia, e veementemente, a redução do valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes, à consideração de que “tal alteração tem influência direta nas condições de habilitação dos licitantes, circunstância hábil a afastar a apresentação de propostas por eventuais interessados, reduzindo o universo dos licitantes”.

Afastou, por derradeiro, coubesse ao Município da Capital intervir no procedimento administrativo em pauta, a teor de que o serviço de transporte coletivo de caráter regional é de competência do Estado, que detém o controle acionário da Companhia do Metropolitano de São Paulo.

Estendeu-se, além disso, na avaliação da serôdia in-

tervenção dos Representantes, para ultimar seu parecer com a indicação da *“procedência parcial da representação intentada, exclusivamente no que toca a ausência de devolução de prazo necessária diante das retificações processadas, acolhendo, de outro lado, a proposta de alteração do edital no que toca ao item 8, sem embargo, ainda, da sugestão ofertada em relação à avaliação das propostas”*.

1.6 A DD. PFE acompanhou exatamente essa conclusão, a ela adicionando o seu sentir quanto à contrariedade ao artigo 9º, § 1º, da Lei nº 11.079/04, perpetrada pela *“previsão de que entidades financiadoras da aquisição dos trens possam vir a assumir o controle acionário da Concessionária independentemente da anuência do Poder Concedente”*, pois, assim, *“um terceiro que não foi participante do Certame, e que pode não apresentar condições técnicas ou experiência suficiente”*, poderá *“vir a ter o comando e a direção de um Serviço Público de transporte”*.

1.7 Para a digna SDG, em face do vulto dos investimentos envolvidos e diante do inafastável interesse público na prestação dos serviços em perspectiva, é imperioso *“que o presente edital esteja livre de vícios e que o certame se desenvolva pautado sob a égide da mais plena legalidade”*.

Advertiu, no entanto, que, *“em sede de Exame Prévio de Edital, cujo desdobramento se dá sob o rito sumariíssimo, são passíveis de análise apenas questões de índole eminentemente restritiva, aptas a impedir ou, ao menos, prejudicar a formulação de propostas e, conseqüentemente, limitar o universo de participantes; outras questões que fujam desse contexto, evidentemente, não deixarão de ser enfrentadas pelo Tribunal, contudo, tal exame dar-se-á quando da análise da contratação propriamente dita, em momento oportuno e em rito processual ordinário”*.

Proclamou, ato contínuo, que não levaria em conta *“as segundas impugnações lançadas pelos Representantes em aditamento à inicial”*, mesmo porque não foram conhecidas da Origem *“e, portanto, não enfrentadas em suas justificativas”*.

Examinou, depois, o tema do seccionamento de algumas linhas de ônibus municipais, para reputar plausíveis os argumentos deduzidos pelos Representantes, conquanto reservasse para momento oportuno a avaliação da correspondente diretriz do edital, uma vez que *“não obstaculiza a formulação de propostas por parte dos interessados”* e, a seu ver, não enseja *“alteração do edital”*.

Não teve por procedente a crítica radicada no item 11.7, da cláusula 17ª, da minuta de contrato. Em sua cuidadosa opinião, *“a fixação de um valor limite (20 milhões de reais) para contratações de novos projetos no*

setor metroviário não inibe (...) a atividade administrativa no referido setor, já que a imposição de tal restrição só se dará enquanto perdurar retardamento, por parte do Poder Público, na conclusão da Infra-Estrutura das Fases I e II, ensejando a compensação de atraso ou compensação de demora na emissão da ordem de serviço, desde que fique evidenciado que o atraso no cronograma físico-financeiro foi motivado por insuficiência de recursos orçamentários ou financeiros”.

Invocando o entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO e do Egrégio Tribunal de Contas da União, que assentaram a não subsistência das regras de legislação infraconstitucional que haviam outorgado proteção especial às empresas nacionais, não subscreveu a correspondente crítica da representação.

Proclamou procedente a objeção lançada pelos Representantes quanto à não publicação, com precedência bastante, da alteração do valor do patrimônio líquido solicitado dos participantes. A despeito de tendente a ampliar o universo dos participantes, essa mudança *“afeta diretamente a formulação de propostas, justamente por parte daquelas empresas que, embora inicialmente impedidas de participar do certame, por não atingirem o limite mínimo exigido, passaram a figurar como potenciais interessadas após a diminuição do valor estabelecido para patrimônio líquido”*.

Também não acolheu a queixa concernente à ausência da Prefeitura da Cidade de São Paulo, ante a competência estadual para operar o sistema de transporte coletivo de passageiros em região metropolitana.

No mais, reafirmou a distinção conceitual entre a concessão patrocinada e a concessão comum, caracterizando-se a primeira como o *“ajuste celebrado entre a Administração Pública e entidades privadas, o qual estabelece um vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços e empreendimentos de interesse público em que haja aporte de recursos pelo parceiro privado, sendo que, nesse tipo de contrato, o parceiro privado responde pelo **financiamento** e pela execução do projeto, enquanto que o parceiro público assegura as condições de exploração mediante **remuneração ao parceiro privado**”*.

Assegurou que *“a PPP é instrumento cabível quando o Estado pretende iniciar um projeto, mas não dispõe de capital suficiente para investir e, para solucionar esse impasse, contrata um parceiro privado, que irá financiar e executar o serviço, mediante o recebimento continuado de contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público; ou seja, o particular realiza investimentos de interesse público cuja amortização ocorrerá paulatinamente ao longo do contrato”*.

Na espécie, de conseguinte, não viu, *“pelo menos numa análise perfunctória, razões suficientes para a*

adoção do regime de PPPs no presente caso, já que, conforme informado pela própria Origem (Quadro de Investimentos às fls. 284), do total dos investimentos necessários, 73% sairão dos cofres públicos, enquanto que ao Concessionário caberá a parcela de tão-somente 27% dos investimentos”.

A rigor, e “independentemente o percentual que vier a ser estabelecido a título de remuneração do parceiro público ao privado, o qual deverá decorrer de uma adequada equação econômico-financeira entre a receita tarifária e a contraprestação pecuniária”, em seu pensar “a maior parte dos investimentos deveria caber, ao menos predominantemente, ao parceiro privado, sob risco de distorcer toda a sistemática das PPPs, especialmente, se da espécie patrocinada”.

É de parecer, em suma, que “deveria restar plenamente comprovado que a receita proveniente da tarifa cobrada dos usuários (Parcela A, fl. 11 do edital) não é suficiente para remunerar, por si só, durante os 32 anos previstos para a vigência contratual, os investimentos a serem feitos pelo parceiro privado por ocasião da futura contratação; não ficando evidenciada tal situação, elimina-se a necessidade de contraprestação adicional por parte do Poder Público, tornando a pretensão PPP numa Concessão Comum, a ser regida pela Lei nº 8.987/95”.

Comparou a espécie com outras, anteriores, “como, por exemplo, quando da concessão de algumas rodovias estaduais, onde, além de um substancial investimento por parte das Concessionárias, que, dentre outros encargos, financiaram o prolongamento de estradas (como é o caso da Rodovia dos Bandeirantes), não houve qualquer contraprestação pecuniária a ser paga pelo Poder Concedente, mas, ao contrário, retorno de um percentual das receitas tarifárias aos cofres públicos”.

Ademais, rematou, “o próprio edital descaracteriza, de certo modo, a adoção do programa eleito (PPP, na modalidade de Concessão Patrocinada), ao prever a possibilidade de que o parceiro público seja exonerado de qualquer contraprestação ao parceiro privado (item 8.1.1. do edital e cláusula 6.1 da minuta do contrato), incidindo (...) na vedação contida no § 3º do artigo 2º da Lei Federal nº 11.079/94”, não sendo convincentes, a tal propósito, as explicações da Origem, que até aceita redação alternativa para a diretriz impugnada.

Não se sentiu, entretanto, confortável para sustentar, “com a necessária convicção, que caberia propor a reformulação do edital pela inadequação do sistema eleito”, mas avançou sugestão no sentido de recomendar-se à Administração que reavalie o negócio, “inclusive sob a ótica da preservação do Princípio da Economicidade, já que os elementos que instruem o processo não permitem afirmar que seja esse o mais vantajoso para o interesse público”.

Concluiu, em síntese, pela “procedência parcial da impugnação, tão-somente no tocante à necessidade de reabertura de prazo integral após a retificação do valor exigido para comprovação de patrimônio líquido, acolhendo, ainda, as alterações propostas pela Origem no tocante ao item 8 do instrumento convocatório”, tudo sem embargo das considerações que expendeu acerca do Programa de Parcerias Público-Privadas, “as quais poderão, inclusive, ser sopesadas pela Origem para fins de reavaliação da adoção da sistemática em comento”.

1.8 Na antevéspera do julgamento, o METRÔ ofereceu extenso memorial de alegações finais, reiterando argumentos acerca de alguns aspectos específicos da contratação que pretende levar a cabo, para afinal sustentar, em síntese, ter exaurido todas as hipóteses de opções de modelagem, antes de chegar àquela que escolheu para viabilizar a parceria em foco, sempre buscando “gerar atratividade ao setor privado, mas sem perder de vista, por nenhum milímetro, os princípios da eficiência e da economicidade”.

É o relatório

2. VOTO

2.1 Registro que está em causa a outorga de uma **concessão patrocinada**, a qual, por opção do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04, não é senão a mesma “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

2.2 Observo, em seguida, que, diversamente do que se dá com outros meios de transporte terrestre, que utilizam vias públicas de ordinário pré-existentes, o deslocamento de passageiros por trens reclama, de antemão, ao menos o assentamento de específica via permanente e a edificação de estações, de jeito que só se há de cogitar da eventual transferência da execução do correspondente serviço público a terceiros, (a) quando esteja já instalada e operante tal infra-estrutura física, ou (b) quando tal infra-estrutura física vá ser instalada e posta em operação pelo próprio concessionário. Em ambos os casos, a concessão, que se efetive, é, em princípio, simplesmente a concessão comum, que não constitui parceria público-privada (cf. Lei nº 11.079/04, artigo 2º, § 3º), submetendo-se por inteiro ao regime da Lei nº 8.987/95 (cf. artigo 2º, inciso II ou inciso III, respectivamente).

Na hipótese vertente, contudo, pretende a Administração delegar à sociedade de propósito específico, que vier a constituir-se por iniciativa do vencedor da licitação (cf. edital, item 10), **a execução do serviço público de transporte de passageiros** pela Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, comprometendo-se a conces-

sionária “a efetuar todos os investimentos necessários ao suprimento e montagem dos bens, equipamentos e instalações de sua obrigação, à operação e manutenção do sistema” (cf. edital, item 7.2.2.1, “a”)⁹, para afinal perceber remuneração por meio de tarifa “fixada em R\$ 2,08 (dois reais e oito centavos) por passageiro transportado, na data-base de 1º de fevereiro de 2005,” e, bem assim, por meio de contraprestação pecuniária do Poder Concedente, “limitada ao valor máximo de R\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de reais) a ser paga em duas etapas, na proporção de 50% (cinquenta por cento) na primeira etapa e 50% (cinquenta por cento) na segunda etapa” (cf. edital, item 7.2.2.1, “c”).

Como se vê, substantivamente não há qualquer obra pública que já exista ou deva ser realizada pela futura concessionária.

Na verdade, a própria Administração assumiu a obra pública imprescindível a que se efetive tal concessão, e cuidará, sozinha, dos túneis e da via permanente, da edificação de estações e do pátio de manutenção, além de fornecer e implantar os sistemas indispensáveis à operação ulterior do dito transporte (cf. minuta de contrato, cláusula segunda, subcláusula 2.2). Aliás, despesas a serem, em decorrência disso, realizadas pelo Estado já foram analisadas por esta Corte, nos autos do TC-30769/026/03 e em outros.

Assim, o que está em perspectiva é a concessão **patrocinada** da futura execução do **serviço público de transporte de passageiros** por meio de trens metropolitanos, que somente será implantado quando pronta a infra-estrutura necessária, que está a cargo da Administração.

2.3 Nesse contexto, é de todo impertinente cotejar, como ensaiado na primeira das vertentes do pleito (cf. *supra*, item 1.2), o volume dos investimentos do Governo do Estado com o dos da futura Concessionária, necessários todos, cada qual a seu tempo e modo, à implantação e à posterior operação da Linha 4 – Amarela do Metrô.

Afinal, os US\$ 922,000,000.00 (novecentos e vinte e dois milhões de dólares americanos), que se espera sejam desembolsados na consecução das obras públicas de infraestrutura, sem as quais não existirão a Linha 4 – Amarela do Metrô e, pois, a exploração do transporte coletivo de passageiros por meio dela, não compõem - nem poderiam

⁹ Na conformidade da cláusula segunda da minuta de contrato, “os investimentos e serviços de responsabilidade exclusiva da CONCESSIONÁRIA compreendem”, em ambas as fases do empreendimento (cf. minuta de contrato, subcláusulas 2.1.1. e 2.1.2), o fornecimento de material rodante e a implantação de sistemas de sinalização, comunicação móvel de voz e dados do sistema de telecomunicações, controle de pátio, e supervisão e controle centralizado, além da operação e manutenção da linha e da operação do trecho Vila Sônia/Taboão da Serra, por meio de veículos sobre pneus, sem cobrança adicional de tarifa.

compor - contraprestação de parceiro público à assunção, por parceiro privado, da execução do serviço público em tela. É que tal contraprestação, como expresso na lei, há de ser **contraprestação pecuniária** e está limitada ao teto de R\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de reais).

Aliás, também não configuram contraprestação pecuniária, qual a desenha a lei de regência, as outras modalidades referidas pela Administração em suas justificativas, excetuadas apenas a tarifa e as receitas alternativas; são puras compensações de perda de receita e, portanto, mero compartilhamento de riscos.

2.4 Não havendo obra pública prévia que deva ser realizada pela concessionária, não deixa de causar estranheza a antecipação da outorga da execução do serviço público de transporte de passageiros pela Linha 4 – Amarela do Metrô e a escolha da modalidade de concessão patrocinada para viabilizá-la.

Há boas razões, contudo, para acreditar que essa opção decorra de um conjunto de circunstâncias.

Tudo indica que terá concorrido, para a aludida antecipação dos procedimentos prévios à concessão, a percepção de que, no caso, os carros necessários à efetivação do transporte de passageiros não existem no mercado, disponíveis a curto prazo, como ocorre no caso dos ônibus. Aqui são necessários veículos especiais, ajustados à via permanente em perspectiva, os quais não estão prontos para entrega imediata. Devem, pois, ser aparelhados com antecedência, sob pena de, pronta a infra-estrutura, inexisterem os trens.

Disso parece decorrer a opção pela concessão patrocinada. A encomenda, com a antecedência devida, dos carros e de outros bens envolvidos, exige a assunção, também precoce, de responsabilidades que envolvem risco de valor elevado: se a Administração não terminar a infra-estrutura (trilhos, túneis, estações etc.) na época projetada, os trens não poderão funcionar e não produzirão receita. Mas, ainda assim, o concessionário terá que arcar com os compromissos assumidos.

Compreende-se, pois, que a concessão futura só atraísse a iniciativa privada, se criado um sistema de garantias que não é próprio da concessão comum, a qual, como é sabido, o particular opera por sua conta e risco. Daí, muito provavelmente, a opção pela concessão patrocinada.

É verdade que chama a atenção o alongado tempo, de trinta e dois anos, reservado à exploração desse futuro serviço público pela concessionária. Mas não há como liminarmente, sem uma meticulosa avaliação de todas as variáveis incidentes, apurar se a estipulação pode, ou não, gerar retribuição excessiva e contrária à economicidade, em benefício do investidor privado, executor desse serviço público.

O mesmo se diga das concorrentes salvaguardas de

conclusão das obras públicas imprescindíveis (cf. cláusula 11ª, subcláusula 11.7, da minuta do contrato) ou das suas receitas, entre elas as que buscaram compensar sua eventual frustração, bem como da possibilidade de vir a ser afetada a prometida contraprestação pecuniária do parceiro público (cf. item 8.1.1. do edital e cláusula 6.1 da minuta do contrato).

A digna SDG sintetizou, como consta do item 1.7, *supra*, muitas das questões que lhe causam espécie no edital.

2.5 Dá-se, porém, que esses intrigantes aspectos da delegação a particular da futura execução do serviço público de transporte de passageiros pela futura Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo não lograram ficar suficientemente aclarados pela sumária instrução que o Regimento desta Corte reserva ao procedimento de exame prévio de edital. E seria no mínimo imprudente avançar, neste momento, conclusões definitivas sobre a atuação administrativa nisso tudo implicada.

Somente em procedimento com instrução ampla, qual existe nos casos de exame de termos contratuais, é que se poderá obter conclusão segura a respeito.

Aliás, à mesma conclusão chegou o Eminentíssimo Desembargador que, ao conceder providência liminar em ação popular proposta em termos assemelhados aos da presente representação, disse, literalmente, que os fundamentos da representação até aqui considerados, “*conquanto relevantes (...) não são eles suscetíveis de verificação preliminar...*” (destacamos; texto integralmente transcrito na nota de rodapé nº 12).

Não é por outro motivo que também eu limito, em princípio, o elenco dos assuntos, que podem alicerçar eventual ordem de emenda de edital de licitação, àqueles que têm evidente repercussão sobre a elaboração das propostas dos licitantes, ou que configurem frontal e inequívoco desrespeito da legislação incidente.

É que, conquanto possam igualmente concorrer circunstâncias outras, capazes de pôr irremediavelmente em risco a higidez do certame, mesmo sem afetar a elaboração das propostas dos licitantes, a intervenção corretora do Tribunal só se justifica quando estreme de dúvida a existência de deficiências graves e idôneas à radical inviabilização da disputa.¹⁰

¹⁰ Consoante entendimento há muito pacificado nesta Corte, as atividades de controle externo da Administração Pública, que o artigo 71 da Constituição Federal atribui aos Tribunais de Contas, devem, em princípio, ser exercidas sobre atos de despesa já praticados. E, sempre, observando procedimento que, de um lado, permita cabal domínio do fato e de suas implicações e, de outro, que assegure ao necessário procedimento administrativo a garantia do contraditório, com os instrumentos inerentes à plena elucidação das questões controversas.

Evidentemente, isso não significa que os Tribunais de Contas não têm poder cautelar. Bem ao contrário, ele se encarta entre os “pode-

E isso não ocorre com as questões de que até aqui se cuidou.

2.6 Atento a todas essas considerações, e consoante propõem as manifestações convergentes dos órgãos técnicos e da DD. PFE, meu voto acolhe, porém, a arguição que me levou a alvitrar a suspensão liminar do procedimento licitatório e considera procedente, quanto ao ponto, a representação.

Com efeito. A retificação do valor mínimo do patrimônio líquido exigido aos licitantes (cf. edital, item 7.3.3.5), reduzido, por força de aviso publicado em 10 de março findo, de R\$ 81.750.000,00 (oitenta e um milhões, setecentos e cinquenta mil reais) para R\$ 79.000.000,00 (setenta e nove milhões de reais), apenas 14 dias antes do momento de entrega das propostas comerciais dos licitantes, é daquelas que, além de claramente afrontar o artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, “*afeta diretamente a formulação de propostas, justamente por parte daquelas empresas que, embora inicialmente impedidas de participar do certame, por não atingirem o limite mínimo exigido, passaram a figurar como potenciais interessadas após a diminuição do valor estabelecido para patrimônio líquido*”, como disse o ínclito Secretário-Diretor Geral.

A rigor, a supressão de prazo para formulação de propostas, reduzido - quando menos - aos citados 14 dias, foi mais gravosa ainda aos potenciais interessados, prejudicados pelo descumprimento do § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93. É que o item 4.1 do edital exigia, para habilitação à disputa, “*recibo de depósito de caução ou entrega de Garantia de Proposta no valor de R\$ 11.700.000,00 (onze milhões e setecentos mil reais)*”, acrescentando (4.1.1) que “*a Garantia deverá ser prestada até o 3º dia útil anterior à data da sessão de recebimento de Propostas e Documentos*”, e que pode ficar retida pelo prazo de até um ano (4.1.3). Há que se convir que o prazo ficou ainda mais curto para que os potenciais interessados, em detrimento dos quais não foi feita a republicação, pudes-

res implícitos”, sempre proclamados pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, quando superiormente decide sobre a atuação institucional, como ocorreu, por exemplo, no julgamento do mandado de segurança nº 24.520-7, relatora a Eminentíssima Ministra ELLEN GRACIE.

Significa, porém, que, como não se trata da atuação ordinária da Instituição, deve ser exercida com prudência e quando nitidamente necessária, independentemente de indagações mais amplas, sempre para evitar clara e frontal afronta aos princípios constitucionais e à legislação incidentes.

Esse exercício é, evidentemente, menos difícil quando se trata, como no caso, de exame prévio de edital. Seu processamento é disciplinado pelo artigo 113 da Lei nº 8.666/93, já reconhecido conforme à Constituição pelo julgado citado, e por normas regimentais que lhe imprimem tramitação rápida, incompatível com providências mais demoradas, muitas vezes indispensáveis à correta solução de controvérsia e restrito, sempre, apenas às questões pontuais expressa e oportunamente suscitadas.

sem preparar a proposta a tempo de decidirem pela oportuna prestação da garantia.

Destarte, ainda quando realmente se tivesse apenas corrigido um “*erro material devidamente configurado*” - o que se admite apenas para argumentar - era de ter-se prudentemente assegurado aos possíveis interessados em participar da concorrência internacional a integridade do prazo definido no § 4º, do artigo 21, da Lei nº 8.666/93¹¹.

Aliás, esse entendimento veio a ser confortado por igual providência tomada, no dia seguinte, pelo Poder Judiciário, na ação popular já referida, pelo respeitadíssimo Desembargador MAGALHÃES COELHO¹².

2.7 Acolhendo os pronunciamentos das DD. SDG e PFE, também endereço censura, igualmente julgando procedente a representação quanto ao ponto, à possibilidade de que o parceiro público seja exonerado de qualquer contraprestação ao parceiro privado, como entrevisto no item 8.1.1. do edital e na cláusula 6.1 da minuta do contrato e cuja concretização deixaria desfigurada a concessão patrocinada em perspectiva, a qual, por opção do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 11.079/04, é a mesma “*concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado*” (v., no mesmo sentido, Lei nº 11.079/04, artigo 2º, § 3º, parte final).

A própria Administração, aliás, deu-se conta do despropósito (defesa do METRÔ, fls. 235 e 237) e tratou de acenar com retificação do edital quanto a isso. Basta, quanto ao ponto, o estabelecimento de percentual, ainda que mínimo ou simbólico, para que projeto de tamanha envergadura não venha a ser comprometido por tecnicismo desse jaez.

2.8 Guardando ainda fidelidade àquele mesmo pressuposto antes lembrado, não teria, todavia, motivo para enfrentar, neste ensejo, o tema da ausência da Prefeitura da Cidade de São Paulo na condução do empreendimento, fato que claramente não tem reflexo algum na confecção da proposta dos possíveis licitantes; dispensar-me-ia, pois, de recordar que a COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO é sociedade sob controle do Estado de São Paulo, vinculada à sua Secretaria de Transportes Metropolitanas e vocacionada à execução de peculiar serviço de transporte coletivo de passageiros de interesse da Região Metropolitana da Grande São Paulo¹³.

¹¹ *Textual: “§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”.*

¹² *Lê-se no Diário Oficial do Poder Judiciário (caderno 1 – parte 1), de 28 de março p.p., pág. 26:*

“I. Trata-se, como se vê, de agravo interposto em ação popular que

2.9 Do mesmo modo, poderia dispensar-me de tecer considerações sobre a questão do desempate de classificação de propostas por meio de sorteio, sem a preferência preconizada pelo artigo 15, § 4º, da Lei nº 8.987/95.

Como quer que seja, sempre iria dizer que há bons fundamentos para se terem por derogadas as regras de legislação ordinária que dispensavam a aludida preferência.

Expressamente o ordenamento constitucional preceituava: “*Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional*” (Constituição, artigo 171, § 2º). E a norma legal ali reclamada viria a se consubstanciar, também, no § 2º do artigo 3º da Lei 8666/93: “*Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.*”

A nova ordem constitucional, a partir da promulgação da Emenda nº 6/95, deixou de acolher a preferência preceituada no § 2º do artigo 3º da Lei nº 8666/93. Desconstituiu de fundamentação, igualmente, a menção a este dispositivo, prevista no § 2º do artigo 45 do mesmo diploma legal, restando incontroverso que, no caso de empate entre duas ou mais propostas, a classificação se fará, obrigatoriamente, *por sorteio*, sem qualquer outra observância de critério de preferência, notadamente

tem por objeto a anulação da licitação para concessão patrocinada da linha 4 do Metrô, insurgindo-se os agravantes em face do despacho monocrático que indeferiu a medida liminar”;

“II. Conquanto relevantes os fundamentos da ação popular, não são eles suscetíveis de verificação preliminar, salvo o vício tocante à retificação do edital procedida em 14.03.06 e que não guardou o prazo legal de trinta dias previsto na legislação, no qual se alterou a garantia do patrimônio líquido das empresas participantes de R\$ 81.750.000,00 para R\$ 79.000.000,00, não se cuidando, à evidência, de erro material, mas de alteração substancial”;

“III. Havendo, portanto, vício de legalidade na retificação do edital pelo não decurso do prazo de trinta dias, em evidente prejuízo à participação de eventuais interessados no certame, hei por bem deferir o efeito suspensivo ativo para sustar a abertura dos envelopes até o julgamento do Agravo”;

“IV. Intimem-se para oferta de contra-minuta”;

“V. Após, ao Ministério Público”

“SP, 23/03/2006”.

A COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ deduziu pedido de reconsideração do efeito suspensivo, que foi indeferido pelo Eminentíssimo Desembargador (cf. DOE, 04-05-06, pág. 20).

¹³ *Serviços públicos de transporte de passageiros em região metropolitana são executados pelo Estado (cf. Constituição Federal, artigo 25, § 3º), e a COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO, empresa pública vinculada à Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos, responde “pela operação e expansão do transporte metroviário, sistema de alta capacidade e articulador do transporte público na Região Metropolitana de São Paulo”, como está em seu sítio na Rede Mundial de Computadores - Internet.*

aquele fundado na nacionalidade de empresa, que não observa o princípio da igualdade em procedimento licitatório, também preconizado na Constituição (artigo 37, XXI) e em ordem a impor iguais oportunidades àqueles que, a partir da Emenda nº 6/95, a própria Constituição não diz que sejam desiguais a ponto de merecer tratamento desigual mediante lei.

Nesse sentido¹⁴, HELY LOPES MEIRELLES (“A preferência que antes era dada a empresa brasileira deixou de existir com a revogação do art. 171 da CF [EC 6, de 15.8.95].”), MARÇAL JUSTEN FILHO (“...parece que todos os três incisos do dispositivo [§ 2º do art. 3º da Lei 8666/93] perderam sua vigência. Essa interpretação foi acolhida pelo TCU. Tratou-se da Decisão nº 456/2000...”) e DIOGENES GASPARINI (“Em razão dessa emenda restaram revogados incisos I e III do § 2º do art. 3º da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública...”).

E, de resto, a preferência não convive bem, como lembrou a Representada, com as naturais implicações de uma licitação internacional.

Ademais, na hipótese de empate entre consórcios, admitidos no presente procedimento, é de se indagar em favor de qual se resolveria o desempate. Acaso em prol daquele constituído por empresa brasileira, cuja liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, por força do disposto no § 1º do artigo 33 da Lei nº 8666/93? Mas, e se restarem dois consórcios de empresas brasileiras e estrangeiras, acaso teria preferência aquele com, porventura, maior número de empresas brasileiras?

2.10 Não é caso, ademais, de se conhecer das impugnações acrescentadas pelos Representantes no aditamento à inicial, porque, marcado o recebimento das propostas para 24/3/03, elas só foram manifestadas em 27/3/06, depois da oportunidade prevista no artigo 113, § 2º, da Lei nº 8.666/93, não sendo enfrentadas pela Origem nas justificativas.

E o mesmo se pode dizer da crítica acrescentada pela DD. PFE (cf. item 1.6, *supra*).

2.11 Em face do exposto, restrito o exame da matéria às questões expressa e oportunamente suscitadas, como

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 298; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 84; GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 510. Em outro sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Preferência para Bens e Serviços Fabricados no Brasil e para Empresas Brasileiras de Capital Nacional*, in RTDP nº 27, 1999, p.5-10; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Preferência pela empresa brasileira de capital nacional. Análise em face da Emenda Constitucional nº 6/95*, in *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232-236.

é da jurisprudência absolutamente pacífica desta Corte, meu voto julga parcialmente procedente o pedido de exame prévio de edital, para determinar à Administração que altere o edital e a minuta do contrato, de forma a assegurar a necessária observância ao que prescreve o artigo 2º, §§ 1º e 3º, parte final, da Lei nº 11.079/04, a respeito da contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, republicando o edital por tempo que baste ao respeito do artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

É como voto.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Cláudio Ferraz de Alvarenga, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Fulvio Julião Biazzi e Renato Martins Costa, o E. Plenário, ante o exposto no voto do Relator, não conheceu das impugnações acrescentadas no aditamento à inicial e decidiu, restrito o exame da matéria às questões expressa e oportunamente suscitadas, pela procedência parcial da representação formulada, nos termos constantes do referido voto, determinando à Administração que altere o edital da Concorrência Internacional nº 42325212, instaurada pela Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos e Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, bem como a minuta do contrato, de forma a assegurar a necessária observância ao que prescreve o artigo 2º, §§ 1º e 3º, parte final, da Lei nº 11.079/04, a respeito da contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, republicando o edital por tempo que baste ao respeito do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8666/93.**

Determinou, outrossim, seja oficiado aos representantes e às representadas, dando-se-lhes ciência do teor da presente decisão.

Impedido o Substituto de Conselheiro Sérgio Ciqueira Rossi.

EXPEDIENTE TC-13201/026/06

Representantes: Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S/A e Construbase Engenharia Ltda.

Representada: DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A.

Objeto: Concorrência nº 03/05 instaurada para pré-qualificar empresas interessadas em contrato de execução de obras e serviços dos lotes 1 e 5 do trecho Sul do Rodoanel Mário Covas, entre a BR-116 (Rodovia Régis Bittencourt) e a Avenida Papa João XXIII, no Município de Mauá.

1. Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A. e Construbase Engenharia Ltda., invocando o artigo 5º,

XXXIV, “a”, da Constituição¹, e o artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93², representam a este Tribunal quanto à sua inabilitação na concorrência nº 03/05, instaurada por **DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S.A.** para pré-qualificar empresas interessadas em contrato de execução de obras e serviços dos lotes 1 e 5 do trecho Sul do Rodoanel Mário Covas, entre a BR-116 (Rodovia Régis Bittencourt) e a Avenida Papa João XXIII, no Município de Mauá.

2. Consoante a inicial, que explicitamente afasta de seu âmbito “o questionamento da validade de quaisquer disposições de edital”, delas teria, no entanto, havido errônea e restritiva aplicação, com ofensa aos “princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo dos documentos de habilitação e propostas comerciais, da competitividade e, em especial, à Lei nº 8.666/93, art. 30, § 3º”.

É que, conquanto admitidas à disputa do lote 3 das mencionadas obras e serviços, foram paradoxalmente acusadas de “não atender as exigências de qualificação técnica dos itens 9.5.3, 9.5.4 e 9.5.5 do edital”, aliás “*sí-miles para todos os lotes*”, diante da óbvia identidade do respectivo objeto.

3. Consta, ainda, da inicial, que o assunto mereceu enfrentamento por meio de recurso administrativo, mal sucedido, e, bem assim, de mandado de segurança impetrado ao Meritíssimo Juiz de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital, que liminarmente ordenou fosse apreciada “a metodologia executiva do consórcio das Peticionárias”. Disso resultou a proclamação de que

¹ Textual:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

² Textual:

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 neste 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.

§ 2º. Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção das medidas corretivas que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

reúnem “conhecimento e capacitação técnicos para executar os escopos licitados no certame”.

Ademais, o mesmo tema de fundo voltou a ser suscitado em ação ordinária, em que se buscava infirmar o referido ato de inabilitação das representantes e na qual restou antecipada tutela que o suspendeu. Todavia, essa provisão foi cassada por meio de agravo de instrumento, havendo, a tal respeito, outro agravo de instrumento, pendente de decisão conclusiva.

4. Dá-se, mais — complementa a inicial — que se acham designadas as datas de 3, 5 e 7 de abril para a realização de visitas técnicas, definidas como “pré-requisito para recebimento das propostas comerciais”, fenômeno aprazado para o dia 12 também do corrente mês. Daí “a urgente necessidade de provimento cautelar que, impedindo a consumação de uma situação ilegal e danosa às Peticionárias e ao erário, assegure a eficácia do julgamento final da presente Representação”.

A competência desta Corte — dizem as representantes — “para atuar em momento cautelar, inclusive determinando a sustação de efeitos – parcial e total – de atos administrativos é evidente e deflui já por expressa cláusula constitucional: CF, art. 71, X c/c 75”³.

A rigor — acrescentam — “é ínsita à competência decisória conferida àqueles com jurisdição sobre outrem – como é o caso do Tribunal de Contas⁴ – a prerrogativa de determinar, em relação a seus jurisdicionados, todas as medidas (provisórias) necessárias a assegurar o efetivo exercício daquela competência”.

De resto, silente a propósito a Lei Complementar estadual nº 709/93, seu artigo 116 remete à legislação federal pertinente e o artigo 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União consigna que a Corte, “em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992”.

³ Textual:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

⁴ V. Lei Complementar estadual nº 709/93, arts. 14-5.

Pretendem as Representantes, em suma, conceda-lhes o Tribunal, “**liminarmente e inaudita altera parte, MEDIDA CAUTELAR determinando (I) que mantenha o consórcio das Peticionárias no certame ensejando a sua participação nas visitas técnicas convocadas por DERSA, receba suas propostas comerciais na Concorrência da Proposta Comercial, conheça-as, julgue-as e se omita de contratar outra proposta para os lotes em que as propostas comerciais do consórcio das Autoras sejam melhor classificadas, ou, sucessivamente, (II) proporcionar ensejo à participação do consórcio das Peticionárias nas visitas técnicas convocadas quanto ao certame em causa e receber as propostas comerciais do consórcio das Peticionárias para os lotes 1 e 5 na sessão concernente** (cf. edital de proposta comercial, item 1.4), **mantendo-as cerradas e incólumes sob responsabilidade do ente licitante; ou, ainda, sucessivamente, (III) suspenda o andamento do certame, enquanto sub judice desta C. Corte o presente feito**”.

5. Ultimava-se o presente relatório, quando as Representantes peticionaram, informando haver recém-obtido reconsideração do r. despacho judicial que outorgara eficácia suspensiva a agravo de instrumento interposto pela Administração da decisão de primeiro grau que, antes, havia afastado a eficácia do ato de sua inabilitação ao certame em pauta (cf. item 1.3, *supra*).

Graças a isso — esclareceram — tiveram de antemão garantidos a realização das visitas técnicas de seu interesse e o recebimento de suas propostas comerciais para os lotes 1 e 5, no momento azado, ficando os respectivos envelopes fechados e lacrados, sob custódia da Comissão de Licitação, até o julgamento do recurso pela Colenda Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça a que distribuído.

6. No desenvolvimento de relevantes funções de controle externo da Administração, que a Constituição lhe defere, o Tribunal de Contas, via de regra, atua “*a posteriori*”. E, na perspectiva de licitações e contratos administrativos, a Corte tem foco nas despesas deles decorrentes, a ver se são legais e regulares elas próprias e a subsequente execução das avenças (cf. Lei nº 8.666/93, artigo 113, “*caput*”).

Em verdade, a Corte apenas excepcionalmente interfere, por antecipação, sobre procedimentos licitatórios. Mas, como sustenta o eminente advogado das Representantes, pode fazê-lo; realmente está autorizada a expedir, quando for o caso, medidas cautelares.

Acrescento, a propósito, que o E. Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal (mandado de segurança 24.510-7, Distrito Federal, acórdão de 19/11/03) já firmou tal entendimento, extensivo às Cortes Estaduais por aplicação do artigo 75 da Carta Política⁵:

⁵ V. nota de rodapé nº 3.

“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 nº 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”.

O v. acórdão, relatado pela hoje Presidenta da Corte, Eminente Ministra Ellen Gracie, foi enriquecido por expressivas intervenções de numerosos integrantes do Egrégio Plenário.

“Se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões”⁶.

“Em matéria de jurisdição, temos entendido sempre ser o poder cautelar inerente à competência para decidir”⁷. E, depois: “Nenhum poder decisório constitucional é dado para tornar-se ineficaz”.

“Os princípios da legalidade e da moralidade, além da analogia estabelecida com o poder jurisdicional, implicam o poder que o Tribunal de Contas tem de prevenir uma situação em que ele atuaria *a posteriori*, para remediar os danos já causados ao erário. Noutras palavras, parece-me conforme com todos os princípios que é melhor prevenir do que remediar”⁸.

“A própria experiência desta Corte, na interpretação de sua competência, indica que esse catálogo de competência não pode e jamais será exaustivo”⁹.

“**Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCK v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos**”¹⁰.

Bem por isso, está perfeitamente ajustada à Carta Política a estipulação infraconstitucional de que cabe à Corte de Contas apreciar “*edital de licitação já publicado*”, para efeito de instar “os órgãos ou entidades da

⁶ Parecer da eminente Subprocuradora-Geral da República, SANDRA CUREAU, adotado pela Eminente Ministra Relatora ELLEN GRACIE.

⁷ Eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

⁸ Eminente Ministro CEZAR PELUSO.

⁹ Eminente Ministro GILMAR MENDES.

¹⁰ Eminente Ministro CELSO DE MELLO.

Administração interessada à adoção das medidas corretivas que, em função desse exame, lhes forem determinadas” (cf. Lei nº 8.666/93, artigo 113, § 2º).

7. Mas, como é de óbvia prudência, a intervenção cautelar desta Corte deve se limitar aos casos em que ela se faz indispensável, essencial. Quando não é essa a situação, o controle externo deve ser exercido pelo Tribunal de Contas “*a posteriori*”.

No caso concreto, a intervenção reparadora do Poder Judiciário (item 1.5, *supra*), lealmente comunicada a este Tribunal pelo respeitado advogado das Representantes, suprimiu, supervenientemente, o interesse processual na proteção cautelar que haviam vindo buscar nesta Corte. Assegurada a participação do consórcio das Representantes nas visitas técnicas, já em andamento, bem como o recebimento

das propostas que vierem a apresentar, não se faz necessária qualquer outra providência para prevenir a ocorrência de lesão ao erário e garantir a efetividade de decisão deste Tribunal.

8. Em face do exposto, tenho por prejudicado o pedido de medida liminar, determinando, de conseguinte, seja formalmente autuada a representação, cuja análise haverá de fazer-se oportunamente, quando do exame do contrato em vias de celebração.

Publique-se.

À DE-4 e DE-3, para providências.

São Paulo, 6 de abril de 2006.

Cláudio Ferraz de Alvarenga - Conselheiro

Despacho Publicado no DOE de 8/4/2006





CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA



TC-34102/026/05

Ementa: Pedido de Reconsideração relativo ao julgamento de Representação alusiva ao edital da Concorrência nº 02/2005, destinada à contratação de Instituição Financeira, com ou sem agência localizada no **Município da Estância Turística de Salto**, pelo período de 5 (cinco) anos, para abrir e manter, com exclusividade, contas-correntes destinadas a receber créditos dos vencimentos ou proventos de cada um dos funcionários, servidores em regime celetista, abrangendo inativos, aposentados e pensionistas, incluindo pagamento de fornecedores, com cessão de espaço.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Renato Martins Costa. Secretário Substituto: Angelo Scatena Primo.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 22 de fevereiro de 2006.

RELATÓRIO

Na Sessão de 30/11/05, este E. Plenário julgou procedente a representação formulada pelo Banco Nossa Caixa S/A, determinando, com isso, a anulação do processo de Concorrência nº 02/2005, da Prefeitura da Estância Turística de Salto, certame voltado à contratação de instituição financeira, com ou sem agência localizada naquele Município, pelo período de 5 (cinco) anos, para abrir e manter, com exclusividade, contas-correntes destinadas a receber créditos dos vencimentos e proventos dos funcionários, servidores em regime celetista, aposentados e pensionistas, bem como o pagamento de fornecedores, com cessão de espaço para a instalação de posto de atendimento bancário e caixas eletrônicos.

Do v. Acórdão de fls. 181/182 recorre a Prefeitura Municipal de Salto, nos termos das razões do pedido de reconsideração juntado nas fls. 185/195.

Em síntese, tal reconsideração alicerça-se no novel entendimento do Supremo Tribunal Federal a propósito da interpretação do artigo 164, § 3º, da Constituição Federal, no sentido de que o conceito de disponibilidades de caixa não engloba os pagamentos realizados a servidores públicos, admitindo, nessa medida, a interme-

dição de instituições financeiras, tanto oficiais, como privadas (cf. Voto revisor proferido pelo Ministro Carlos Velloso no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3872).

Estendeu tal argumento para igualmente defender a possibilidade de intermediação bancária privada nas hipóteses de pagamentos de fornecedores, uma vez que, na linha do entendimento jurisprudencial mencionado, tratar-se-ia de despesa liquidada, não mais disponível ao ente público.

Quanto à cessão de espaço público para a instalação de Posto de Atendimento Bancário, observou tratar-se de matéria estranha à disciplina do discutido comando constitucional, não merecendo ser objeto de reparo, porquanto significaria mero acessório ao escopo principal da licitação.

Por fim, reiterou os esclarecimentos prestados aos demais questionamentos que informaram o pedido originalmente processado sob o rito do Exame Prévio de Edital, quais sejam, a falta de informações relativas ao espaço físico destinado ao PAB e aos caixas eletrônicos (item 13.1.4); ao volume estimado de transações bancárias (itens 7.2.1 e 7.2.3); e à caracterização do objeto licitado como contratação de serviços que se destinarão a terceiros.

A instrução do recurso caminhou no sentido do desprovimento das razões.

Nesse sentido, ATJ e SDG compreenderam que a hipótese dos autos não se amolda ao precedente invocado, porquanto o gerenciamento de folha de pagamento significaria efetiva disponibilidade de caixa, passível de tratamento apenas em instituição financeira oficial, assim como o pagamento a fornecedores e a exploração de bem público mediante concessão, atribuições igualmente colocadas em disputa.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O recorrente é legitimado, o recurso apresenta-se idôneo para o fim de rever julgado originário do E. Tribunal Pleno, assim como o prazo de interposição foi observado.

Presentes, portanto, os requisitos de admissibilidade, conheço do pedido de reconsideração em questão.

VOTO DE MÉRITO

O tema em reconsideração tem a ver com a estrita interpretação do artigo 164, § 3º, da Constituição Federal, naquilo que se refere à possibilidade de a Administração Pública também depositar em instituição financeira privada recursos destinados ao pagamento de seus servidores públicos.

No caso concreto, a Prefeitura Municipal de Salto pretende, por meio de licitação, selecionar a melhor oferta para a prestação dos serviços de abertura e manutenção de contas-correntes para o crédito dos correspondentes vencimentos, proventos e pensões, cedendo, ainda, espaço público para a instalação de Posto de Atendimento Bancário, razão pela qual o andamento do processo licitatório pressupõe a possibilidade jurídica de se admitir na disputa tanto instituições públicas, como privadas.

Refleti sobre o assunto e sobre as variáveis emanadas das diversas discussões travadas neste E. Plenário desde as primeiras representações da espécie e, diante da notícia do julgamento de questões assemelhadas no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal, conclui ser o presente momento oportuno para trazer a Vossas Excelências algumas novas considerações a propósito da melhor extensão a ser conferida ao dispositivo constitucional.

De início, quero consignar muito claramente que prossigo filiado à interpretação de que o § 3º, do artigo 164 da CF confere às instituições financeiras de natureza oficial a prerrogativa de assumir, com exclusividade, a intermediação de recursos públicos, assim entendidos aqueles provenientes de suas disponibilidades de caixa.

Filio-me, igualmente, ao entendimento de que por disponibilidade de caixa há de se entender, basicamente, o saldo financeiro disponível no Caixa Único da Administração, conforme o princípio da unicidade de tesouraria, bem como que o comando estabelecido pelo legislador constituinte no aludido artigo 164 é de natureza genérica, admitindo, pois, maior explicitação por meio de competente legislação complementar ainda não editada.

Contudo, não há como deixar de agregar à análise o hodierno posicionamento do Excelso Supremo Tribunal Federal, o qual, compreendo, produz efeitos sobre a análise do presente apelo.

A primeira leitura efetuada no âmbito do STF sobre o tema vinha ao encontro da tese aqui formulada, que até o momento serviu para orientar nossos julgamentos, vetando, portanto, a possibilidade de se alargar a sobredita prerrogativa às instituições financeiras privadas, ainda que aquelas adquirentes do controle de bancos oficiais em processo de desestatização.

Nesse sentido, o julgado que suspendeu a eficácia do artigo 4º, § 1º, da MP nº 2.192-70/2001, sobre a impossibilidade de depósito das referidas disponibilidades de caixa em instituições que não sejam oficiais (ADI nº 3578, Plenário, Sessão de 14/09/05, Relator Ministro Sepúlveda Pertence).

Recentemente, porém, a mais Alta Corte decidiu, por maioria de votos, estabelecer novel interpretação ao artigo 164, § 3º, da Constituição Federal, ao menos no tocante aos conceitos de “disponibilidade de caixa” e “folha de pagamento” (cf. Agravo Regimental na Reclamação nº 3872, E. Plenário, Sessão de 14/12/05).

Embora os votos proferidos, tal como o correspondente aresto, não tenham sido publicados, a notícia veiculada nos dá conta de que o entendimento trazido pelo voto revisor do eminente Ministro Carlos Velloso, compulsoriamente jubilado em janeiro último, prevaleceu sobre o do relator, ilustre Ministro Marco Aurélio, no sentido do provimento do aludido recurso, concluindo, com isso, que “os pagamentos realizados aos servidores municipais não são disponibilidade de caixa, pois tais recursos, uma vez postos à disposição dos servidores, têm caráter de despesa liquidada, pagamento feito, não estando disponíveis ao município, pessoa jurídica de direito público interno, mas estão disponíveis aos servidores, credores particulares” (cf. portal do STF na Internet, notícia de 14/12/05 intitulada: “Supremo acolhe recurso da União e do Bacen sobre leilão do BEC”).

Consoante tal conclusão, do conceito de disponibilidade de caixa, assim compreendidos os valores pecuniários de propriedade do Ente da Federação, não faz parte o de depósito de salário, vencimento ou remuneração a servidor público, porquanto a estes se atribui somente o caráter de despesa liquidada.

Diante da nova configuração jurisprudencial, emanada de nossa Corte Constitucional, parece-me que outra vertente interpretativa acaba por impor-se, a fim de se admitir a livre concorrência entre instituições financeiras estabelecidas no país, apenas e tão-somente, ressalte-se, para a prestação dos serviços de gerenciamento dos recursos destinados ao adimplemento da “folha de pagamento”.

O objeto do certame impugnado pelo julgado ora recorrido prevê que à instituição contratada caberá igualmente gerenciar o pagamento de fornecedores da Prefeitura, o que, pelo mesmo argumento utilizado para excluir da Conta Única do Estado os recursos destinados ao pagamento de folha de servidores, escaparia ao conceito de disponibilidade de caixa, significando, com isso, que a tese poderia aproveitar toda a licitação em questão.

Contudo, considerando as pesquisas realizadas por meu Gabinete a propósito da jurisprudência referenciada, não posso concluir que o Excelso Supremo, em decisão cole-

giada, também tenha ampliado, daquela maneira, a interpretação dada ao referido preceito constitucional.

Nesta análise mais restritiva, portanto, parece-me mais seguro assumir que a liberação do andamento do processo de licitação dos autos deva limitar-se aos serviços concernentes ao gerenciamento do pagamento de salários, vencimentos, proventos e pensões ao funcionalismo municipal.

Observo, ainda, que o deslocamento de recursos para banco privado, tendo em vista o custeio do pagamento de servidores, pressupõe uma série de fatores, dentre os quais o de que a correspondente contratação há de necessariamente implicar em vantagem à Administração.

Afinal, inviável seria admitir que o gerenciamento dessa natureza de despesa onere o Ente Federado com custo superior ao obtido anteriormente, isto é, no cenário em que se conferia às instituições oficiais exclusividade de atuação.

Nessa linha de raciocínio, reconhecida a necessidade de retificação do instrumento, parece-me válido esperar que o certame seja revisto em função desse contexto maior, consideradas, portanto, todas as variáveis mencionadas, tais como a limitação do objeto da disputa e a fixação do valor de oferta mínimo, tendo em conta a dinâmica da evolução do quadro de servidores e da correspondente folha de pagamento.

Dessa forma, ressaltando que minha compreensão sobre o tema prossegue a mesma, isto é, no sentido da tese construída neste E. Plenário, sinto-me compelido a, no caso concreto, restringir a análise para o fim de curvar-me ao precedente do Colendo STF, decorrente da interpretação lá conferida à matéria constitucional, recomendando, ao menos por ora e nessa condição especialíssima, que passemos a assumir nestas hipóteses a possibilidade da participação, tanto de instituições públicas, como privadas, nos processos de licitação destinados à contratação do fornecimento de serviços de recebimento de créditos destinados ao pagamento de folha de servidores públicos.

Meu voto, portanto, acolhe em parte o pedido de reconsideração em questão, a fim de se liberar a Prefeitura Municipal de Salto para dar continuidade ao processo da Concorrência nº 002/2005, providenciada, porém, a exclusão dos serviços destinados ao pagamento de fornecedores do respectivo objeto.

Aprovado este entendimento por Vossas Excelências, devem representante e representada, nos termos regimentais, ser intimados deste julgado, em especial a Prefeitura Municipal de Salto, a fim de que promova, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, a publicidade da íntegra do instrumento convocatório em questão, que deverá, portanto, vigorar com as modificações aqui consignadas.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselhei-**

ros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Fulvio Julião Biazzi e Cláudio Ferraz de Alvarenga, preliminarmente o E. Plenário conheceu do pedido de reconsideração e, quanto ao mérito, ante o exposto no voto do Relator, deu-lhe provimento parcial, a fim de liberar a Prefeitura Municipal da Estância Turística de Salto para dar continuidade ao processo da Concorrência nº 002/2005, providenciada, contudo, a exclusão dos serviços destinados ao pagamento de fornecedores do respectivo objeto.

Determinou, outrossim, seja oficiado à representante e à representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão, em especial à referida Prefeitura para que promova a publicidade da íntegra do instrumento convocatório em questão, que deverá vigorar com as modificações consignadas, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8666/93.

TC-288/026/06

Ementa: Ação de Rescisão em face da decisão da E. Segunda Câmara, que negou provimento ao recurso ordinário interposto contra a sentença, que julgou irregulares as admissões efetuadas pela **Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista**, no exercício de 1996, negando-lhes registro, aplicando-se à espécie o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII da Lei Complementar 709/93(TC-885/010/97). Acórdão publicado no DOE em 8/5/03.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Renato Martins Costa. Secretário Substituto: Angelo Scatena Primo.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 22 de agosto de 2006.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rescisão de julgado, intentada com fundamento na disposição do inciso III, do artigo 76 da Lei Complementar nº 709/93, pela Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista, por seus Advogados, com o objetivo de desconstituir v. Acórdão denegatório de provimento ao recurso ordinário interposto para reformar a r. sentença que julgara irregulares, negando-lhes registro, atos de admissão de pessoal, praticados no exercício de 1996.

A autora, exibindo cópia integral dos autos do processo de ação rescisória TC-26660/026/03, argumentou constituir-se ela documentação nova superveniente, com eficácia sobre a prova produzida, por comprovar a prolação de julgamento de desfazimento do decreto

transitado em julgado de irregularidade do concurso público n. 6/93, que havia sido proferido nos autos do processo TC-448/010/96.

Assim, segundo sua sustentação, porque o v. Acórdão ora rescindendo negava provimento a seu recurso, sob o fundamento de que as admissões examinadas haviam resultado daquele concurso público n. 6/93, definitivamente julgado irregular, de forma a não haver como revê-lo.

Portanto, o julgamento de procedência da ação proposta (TC-266660/026/030), desconstituindo aquela decisão de irregularidade exarada nos autos do TC-448/010/96, viera a abalar profundamente a fundamentação do r. julgado ora rescindendo, impondo seu desfazimento.

Recebida e distribuída, foi a presente ação submetida à instrução.

ATJ propôs julgamento de carência por parte da autora, por falta de fundamento legal em seu pedido, uma vez que não se caracterizavam como novos os documentos em que assentado.

SDG emitiu idêntico parecer, visto que “a decisão exarada em outro processo não pode ser considerada documento novo no entendimento doutrinário”.

Este é o relatório.

VOTO PRELIMINAR

A autora, que detém a legitimidade necessária, tempestivamente deduziu sua pretensão de desconstituição de decisão transitada em julgado.

Assentou-a em documentação que entendimento mais abrangente e justo, em face do caso concreto, permite seja acolhida na acepção de nova, de acordo, inclusive, com a jurisprudência que tem proclamado “equiparar-se a documento novo a sentença posterior que altera a situação jurídica, porque sublata causa, tollitur effectus” (STJ-5ª Turma, Resp 139.379-SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 5.10.99, não conheceram, v.u., DJU 25.10.99, p. 114: JTA 94/361, JTAERGS 92/363, in pág. 510, do ‘Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor’, 35ª. Ed. Saraiva, 2003, de Theotônio Negrão e José Roberto Ferreira Negrão).

Dela conheço, portanto.

VOTO DE MÉRITO

A situação dos autos revela hipótese peculiar e que merece acatamento.

O teor do v. Acórdão, cuja rescisão a autora pretende, foi o seguinte:

“As admissões em exame resultam do concurso público n. 6/93, realizado pela Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista”.

“Referido concurso já foi objeto de apreciação por esta Corte, que, no TC-448/010/96, negou registro às admissões dele decorrentes, apontando as mesmas irregularidades em relação às admissões em causa”.

“Tratando-se de julgamento definitivo, não há como revê-lo neste ensejo”.

Ora, a cópia dos autos do processo TC-26660/026/03, encartada pela requerente, comprova que esse julgamento de irregularidade do concurso público n. 6/93 foi desconstituído, com a prolação de outro que, considerando afastados os vícios que o inquinavam, declarou sua perfeita regularidade.

Indubitável é, pois, que essa documentação detém eficácia sobre a decisão rescindenda, porquanto arreda completamente o fundamento em que se lastreou.

A irregularidade das admissões foi proclamada, praticamente, com base no princípio da acessoriedade, já que, irregular o concurso, contaminadas estavam as admissões dele decorrentes.

Regular o certame – e a forma de prová-lo é a decisão prolatada nesse sentido – a acessoriedade da correção das nomeações derivadas igualmente se impõe, máxime porque não são apontadas impropriedades que, particular e especificamente inquinavam as ora em revisão.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação de rescisão de julgado, intentada pela Prefeitura Municipal de São João da Boca Vista, para, desconstituindo o r. decisório impugnado, desde logo proferir outro, a fim de, considerando afastadas as impropriedades do processo seletivo de que decorrentes, julgar regulares os atos de admissão examinados, deferindo-lhes os respectivos registros.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Fulvio Julião Biazzi e Cláudio Ferraz de Alvarenga, o E. Plenário, em preliminar, conheceu da ação de rescisão e, quanto ao mérito, julgou-a procedente, para, desconstituindo-se o r. decisório impugnado, considerando afastadas as impropriedades do processo seletivo, julgar regulares os atos de admissão em exame, deferindo-lhes os respectivos registros.**

TC-1567/026/02

Ementa: Pedido de Reexame do Parecer desfavorável referente às contas da **Prefeitura Municipal de Buritama**, exercício de 2002, em sessão de 19/10/04, publicado no DOE. de 6/11/04, pela Segunda Câmara.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator: Conselheiro Renato Martins Costa. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 22 de março de 2006.

RELATÓRIO

A Colenda Segunda Câmara, em sessão de 19 de outubro de 2004, decidiu emitir parecer desfavorável às contas da Prefeitura de Buritama, relativas ao exercício de 2002, tendo em vista o descumprimento do § 2º, inciso I, do artigo 29-A da Carta Magna, uma vez que repassou, a título de duodécimos, numerário acima do permitido constitucionalmente.

Concorreram, também, para desaprovação da matéria o conjunto de irregularidades verificadas nos tópicos que seguem: Planejamento da Gestão Pública, Das Receitas, Dívida Ativa, Despesas em Regime de Adiantamentos, Resultado Financeiro, Econômico e Patrimonial, Licitações, Contratos, Ordem Cronológica de Pagamentos, Pessoal, Regime Previdenciário, Inobservância da Lei Orgânica Municipal e Aplicação no Ensino.

Irresignado o Chefe do Executivo, por seu representante legal, protocolou o Recurso Ordinário de fls.262/290.

Em suas razões, salientou, em primeiro lugar, que aspectos de relevância nas contas restaram plenamente atendidos, ficando evidenciado que todos os setores e procedimentos básicos da Administração foram encontrados em situação regular.

Especificamente quanto à irregularidade que ensejou a desaprovação da matéria, procurou sustentar a inexistência da extrapolação do limite constitucional, mas, sim, equívoco na base de cálculo das despesas a serem repassadas pelo Executivo ao Legislativo de Buritama.

Para tanto, consignou que o artigo 29-A da Constituição Federal salienta de forma cristalina que a base de cálculo para o repasse ao Legislativo não poderá ultrapassar percentual que, no caso do Município em apreço é de 8% (oito por cento), relativo ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º, do artigo 153 e nos artigos 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior.

Assim, procurou demonstrar a divergência entre os valores utilizados pela defesa e aqueles apurados pela Auditoria, uma vez que esta última excluiu, indevidamente, da base de cálculo as Receitas da Dívida Ativa e a Receita do ICMS – Desoneração – Lei nº 87/96.

Argumentou, também, que para fins de cálculos das receitas a serem utilizadas como parâmetro dos mínimos constitucionais da Educação e da Saúde, a Receita da Dívida de Impostos, bem como a Receita oriunda da Desoneração do ICMS – Lei nº 87/96 são consideradas e, portanto, o mesmo deve ocorrer na base de cálculo do Legislativo.

No que tange à execução orçamentária, argüiu que a ocorrência de déficit de pequena monta não pode, isoladamente, comprometer todos os resultados avaliados.

Prosseguiu asseverando que a estabilidade financeira do Município está comprovada nos autos, uma vez que no exercício de 2002 o déficit apurado foi bem menor que o de 2001.

Disse, ao final, que a maioria das falhas apontadas pela Auditoria são meramente formais e não contaminam o conjunto das contas examinadas, sendo que já foram afastadas com a defesa anteriormente oferecida. Pleiteou, assim, seja dado parecer favorável às contas apreciadas.

Os Órgãos Técnicos, em preliminar, conheceram do recurso, uma vez que preenchidas as condições processuais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, ATJ, sob os enfoques econômico e jurídico da matéria, entendeu que os argumentos do recorrente não merecem prosperar e ofereceu conclusão no sentido do improvimento do apelo.

Tais posicionamentos contaram com o endosso de sua Chefia.

SDG perfilhou igual entendimento.

Conforme os termos do despacho de fl.386, o interessado obteve vista dos autos ao final da instrução e retirou cópias de peças dos autos.

Posteriormente, juntou no processo a documentação de fls.388/405, repisando, mais uma vez, os argumentos oferecidos e contestadores da base de cálculo utilizada nos autos.

Este é o relatório.

VOTO PRELIMINAR

A publicação do r.parecer se deu em 6 de novembro de 2004 e a peça recursal protocolizada em 2 de dezembro do mesmo ano, de acordo, portanto, com o prazo estabelecido no artigo 71 do referido diploma legal.

Tempestivo e interposto por legítimo interessado, dele conheço, em preliminar.

VOTO DE MÉRITO

Motivou a desaprovação da matéria em primeiro grau o descumprimento do § 2º, inciso I, do artigo 29-A da Constituição Federal, já que o Poder Executivo de Buritama repassou à Câmara Municipal, a título de duodécimos, numerário acima do permitido pelo aludido dispositivo.

Na oportunidade, pretende o recorrente incluir na base sobre a qual se efetuam os cálculos dos limites da Edilidade, a receita da dívida ativa tributária, bem como a receita proveniente da desoneração do ICMS (Lei nº

87/96), sustentando que tais entradas financeiras são também parâmetro de apuração dos mínimos constitucionais da Educação e da Saúde.

Efetivamente, tais razões de recurso não merecem prosperar.

Em primeiro lugar, no que concerne à dívida ativa tributária, SDG, em bem lançada manifestação de fls.383/385, valendo-se de comparativa análise constitucional, observou, de um lado, o artigo 212 a determinar aplicação no ensino de não menos de 25% da receita resultante de impostos; de outro, a Emenda Constitucional nº 25/00, que indica, claramente, as entradas sobre as quais se apuram os limites das Câmaras Municipais, quais sejam os tributos diretamente recolhidos pelo Município e mais a quota-parte municipal nos impostos arrecadados pela União e Estados (artigo 29-A da Constituição Federal).

Depreende-se, assim, que a amplitude do parâmetro da Educação conferida pelo termo “resultante”, permite a óbvia inclusão dos impostos e, destes decorrentes, as receitas acessórias (dívida ativa de impostos e multas pelo atraso no recolhimento de impostos).

De outra parte, a Emenda nº 25 enuncia todas as receitas que balizam os limites financeiros da Edilidade. Nesse aspecto, o texto é cristalino, indicando, de forma expressa, a receita tributária própria e mais os mandamentos constitucionais que regulam a destinação municipal de impostos arrecadados por outras esferas de governo, seja da União (FPM, IR, ITR, IPI/Exportação, IOF/ouro), seja do Estado (ICMS, IPVA).

Desse modo, evidenciado está que o grau de detalhamento da Emenda nº 25 não permite a amplitude da norma que assegura o financiamento mínimo da Educação (artigo 212 da CF).

Mais que isso, sob a ótica da classificação orçamentária, a receita da dívida ativa (código 1930.00.00) compõe item que se diferencia da receita tributária (código 1100.00.00) e da receita de transferências intergovernamentais (código 1720.00.00).

Respeitadamente à receita pela desoneração de exportações (Lei nº 87/96), ao contrário do que asseverou o recorrente, também não é parâmetro que baliza a aplicação mínima na Saúde, conforme entendimento desta Corte, exarado no ensejo do exame dos autos do processo TC-12580/026/01¹.

Ademais, o Manual Básico do Financiamento das Ações e Serviços Públicos de Saúde, editado por este Tribunal, assim disciplinou: “Vale lembrar que, diferentemente do instrumento que regulamentou o FUNDEF (Lei nº 9.424/96), a Emenda Constitucional nº 29 não

¹ *Contas do Governador/2001 – Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.*

discrimina, como fonte de recursos da Saúde, a receita de compensação da Lei Kandir (Lei nº 87, de 1996).”

Nesse compasso, resta claro que a receita da dívida ativa tributária e da Lei Kandir não podem compor a base sobre a qual se apuram os limites financeiros do Legislativo, ficando, assim, caracterizado o descumprimento da disposição contida no inciso I, do § 2º, do artigo 29-A da Constituição Federal por parte do Chefe do Executivo de Buritama.

Oportuno ainda consignar, que na oportunidade do julgamento em segundo grau das contas da Câmara Municipal de Buritama, do mesmo exercício que ora se examina, abrigadas no TC-100/026/02, o Egrégio Tribunal Pleno, em sessão de 09/11/05, negou provimento ao Recurso Ordinário².

Ultrapassada tal questão, determinante da decisão desfavorável às contas, registro que o ex-Prefeito, em suas alegações de recurso, também insurgiu-se sobre o déficit apurado e sustentou que as demais falhas, por sua natureza formal, não possuem força para contaminar a matéria, argüições estas que, de igual modo, em nada alteram o panorama processual, ainda que fossem relevadas, o que não é o caso, considerados os aspectos apurados no processo.

Em face de todo o exposto e acolhendo as unânimes manifestações de ATJ e da SDG, nego provimento ao Pedido de Reexame da Prefeitura de Buritama, exercício de 2002, para o fim de manter inalterados os termos da r.decisão de fls.243/244.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Fulvio Julião Biazzi e Cláudio Ferraz de Alvarenga, preliminarmente o E. Plenário conheceu do pedido de reexame e, quanto ao mérito, em face do exposto no voto do Relator, negou-lhe provimento, para o fim de manter inalterados os termos da r. decisão combatida.**

TC-627/026/02

Ementa: Recurso Ordinário interposto contra a decisão da E. Segunda Câmara, que julgou irregulares as contas anuais da **Câmara Municipal de Tambaú**, relativas ao exercício de 2002, nos termos do artigo 33, inciso III, alínea “b”, da Lei Complementar 709/93. Acórdão publicado no DOE de 15/10/04.

Presidente: Conselheiro Robson Marinho. Relator:

² *O Presidente da Câmara valendo-se dos mesmos argumentos aqui abordados pretendeu justificar a despesa total do Legislativo de 8,27%, que extrapolou o limite constitucional.*

Conselheiro Renato Martins Costa. Secretário: Sérgio Ciquera Rossi.

Sessão do Tribunal Pleno, realizada em 22 de fevereiro de 2006.

RELATÓRIO

Em exame Recurso Ordinário interposto contra decisão da Colenda Segunda Câmara que, em sessão de 28 de setembro de 2004, decidiu julgar irregulares as contas da Câmara Municipal de Tambaú, relativas ao exercício de 2002, tendo em vista os gastos com folha de pagamento, que representaram 82,06%¹ da receita realizada, em desconformidade com o limite imposto pela Emenda Constitucional nº 25/00.

Irresignado com os termos da r. decisão, o ex-Presidente da Câmara, por seu representante legal, protocolou as razões de recurso de fls.47/50, acompanhadas dos documentos de fls.51/82.

Sustentou inicialmente que, embora a previsão constante do orçamento (Lei nº 1.733 de 23/11/01) fosse de R\$ 412.000,00, as transferências recebidas do Executivo, no exercício de 2002, alcançaram o montante de apenas R\$ 281.209,48. Acerca do fato, comprovou o envio de inúmeros ofícios ao Executivo, solicitando os duodécimos mensais devidos. Informou, ainda, que o Prefeito de Tambaú foi interpelado judicialmente para que efetuasse de forma correta os repasses (outubro de 2002 – fls.52/54), o que infelizmente não ocorreu.

Proseguiu argumentando que, considerando-se a situação retratada, a Câmara gastou, de fato, o equivalente a 56,01% do repasse anual de duodécimos, e não o percentual apurado e indicado na r.decisão recorrida.

Disse, também, que embora o Legislativo não tenha recebido as transferências de valores na forma como deveriam ter ocorrido, ainda efetuou devolução à Prefeitura, ao final do ano em apreço, da quantia não utilizada de R\$ 1.255,14.

Pleiteou, por fim, sejam consideradas regulares as contas em exame, haja vista a ausência de infração à legislação incidente ao caso.

A E. Presidência recebeu o pleito como Recurso Ordinário, determinando sua distribuição.

Em preliminar, os Órgãos Técnicos conheceram do apelo, uma vez que presentes as condições legais de admissibilidade.

No mérito, ATJ, sob o enfoque econômico e jurídico, com o endosso da Chefia, não acolheu as alegações oferecidas e opinou pelo desprovimento do recurso.

SDG refez os cálculos concernentes aos dispêndios

¹ Despesas com folha de pagamento - R\$ 230.784,12/receita realizada - R\$ 281.209,48

em questão e indicou o percentual de 80,64% como o despendido com folha de pagamento, que, ainda assim, extrapolou o limite de 70% imposto pela norma constitucional, concluindo, ao final, pelo não provimento do apelo.

Este é o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O acórdão foi publicado no Diário Oficial do Estado de 15 de outubro de 2004 e o recurso protocolado em 26 de outubro do mesmo ano, por legítimo interessado.

Tempestivo e preenchidos os demais requisitos processuais de admissibilidade, dele conheço, em preliminar.

VOTO DE MÉRITO

Ensejou a desaprovação da matéria em primeiro grau a irregularidade relativa aos gastos com folha de pagamento, haja vista a inobservância do limite de 70% previsto no § 1º, do artigo 29-A da Constituição Federal.

Sobre o assunto, meu entendimento tem se desenvolvido no sentido de tomar como base de cálculo, para aferição do percentual relativo a tais despesas, a receita efetivamente realizada pelo Legislativo.

A jurisprudência desta Corte pende para a mesma trilha, a exemplo do decidido nos autos do TC-206/026/01 (Câmara Municipal de Poloni), oportunidade em que o Egrégio Plenário, em sessão de 23 de novembro de 2005, em situação semelhante negou provimento ao recurso ordinário interposto.

Naquele ensejo, salientei que o cálculo a partir da receita realizada é o paradigma que vale para todas as despesas públicas, quais sejam aquelas do Poder Executivo (ensino, ensino fundamental, ações da saúde, pessoal e reflexos), situação que envolve, também, o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Assim, para a despesa total do Poder Legislativo, consoante o artigo 29-A, caput, da Carta Magna, tal parâmetro é aquele a ser considerado.

A despeito disso, creio, a matéria demanda prudência em sua análise, exigindo, a meu ver, cuidadoso exame de cada caso concreto, de modo individualizado.

Assim, passo a explicitar a situação específica dos autos.

A Lei Municipal nº 1.733 de 23 de novembro de 2001, aprovou o orçamento da Câmara de Tambaú para o exercício que se examina, contemplando o Legislativo com a importância de R\$ 412.000,00 (quatrocentos e doze mil reais).

Depreende-se da relação mensal, constante de fl.17 do anexo, que as transferências recebidas no exercício

equivaleram a R\$ 281.209,48² (duzentos e oitenta e um mil, duzentos e nove reais e quarenta e oito centavos), ficando, portanto, aquém da previsão estimada.

Com efeito, restou inegavelmente demonstrado que os repasses mensais de duodécimos não foram efetuados de acordo com a previsão do orçamento, fator que, na particular situação examinada, prejudicou sobremaneira o Administrador no que tange ao gerenciamento das despesas com folha de pessoal.

Entretanto, no caso concreto, o Presidente da Câmara tomou medidas administrativas (envio de diversos ofícios ao Prefeito requisitando os valores referentes ao repasse de duodécimo mensal devido – docs.fl.s.56/74) visando à eventual correção da anomalia, e inclusive de ordem judicial, tendo em vista a Interpelação apresentada junto ao Juízo de Direito da Comarca de Tambaú, instando o Prefeito da localidade ao cumprimento da obrigação prevista na Lei Orgânica do Município e na Constituição Federal.

Evidenciado está que o Presidente da Câmara, investido no desempenho de suas funções de administração das atividades da Edilidade e atuando em nome do Legislativo, não se omitiu na adoção de providências com vistas à obtenção do numerário que lhe era devido, conforme previsão orçamentária, para fazer face às suas despesas, agindo, como realmente deveria, em defesa dos interesses institucionais do órgão.

Assim, diante da situação excepcional, alheia à Câmara Municipal de Tambaú, uma vez que propiciada

pelo Executivo e considerando-se especialmente a firme atuação do Chefe do Legislativo, haja vista as medidas administrativas e de ordem judicial adotadas, entendo, “in casu” e em caráter excepcional, deva ser relevado o percentual de 80,64% despendido com folha de pagamento, para fins de se considerarem regulares as contas em exame.

Nessas condições e diante das particularidades que envolveram a gestão em apreço, dou provimento ao Recurso Ordinário de fls.47/50, para os fins de reformar o v.acórdão de fl.46 e, agora, julgar regulares com ressalva as contas da Câmara Municipal de Tambaú, relativas ao exercício de 2002, com fundamento no artigo 33, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93.

Em conseqüência, nos termos do artigo 35, do aludido diploma legal, considero quitado o responsável.

Decisão constante da Ata: **Pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Fulvio Julião Biazzi e Cláudio Ferraz de Alvarenga, preliminarmente o E. Plenário conheceu do recurso ordinário e, quanto ao mérito, deu-lhe provimento, para o fim de, reformando-se o v. acórdão recorrido, julgar regulares com ressalva, com fundamento no artigo 33, inciso II, c.c. artigo 35, da Lei Complementar nº 709/93, as contas da Câmara Municipal de Tambaú, exercício de 2002, quitando-se o responsável, Sr. Edson José Batista do Prado, ex-Presidente daquele Legislativo.**

² Mês	Orçados	Repassados
Janeiro	34.333,33	35.000,00
Fevereiro	34.333,33	-
Março	34.333,33	68.600,00
Abril	34.333,33	34.300,00
Mai	34.333,33	34.300,00
Junho	34.333,33	-
Julho	34.333,33	15.000,00
Agosto	34.333,33	15.819,81
Setembro	34.333,33	19.890,26
Outubro	34.333,33	31.285,79
Novembro	34.333,33	25.000,00
Dezembro	34.333,37	2.013,62
Totais	412.000,00	281.209,48



Súmulas



SÚMULAS DO TCE

O Tribunal de Contas paulista editou mais 16 súmulas de jurisprudência com a finalidade especial de ampliar as possibilidades de participação de empresas nas licitações públicas do Estado. Elas delineiam decisões definitivas dos conselheiros e servem para balizar os jurisdicionados quando da elaboração dos editais.

As novas súmulas são estas:

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

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

Nº 16 - Em procedimento licitatório, é vedada a fixação de distância para usina de asfalto.

Nº 17 - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

Nº 18 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de filiação a Sindicato ou a Associação de Classe, como condição de participação.

Nº 19 - Em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas.

Nº 20 - As contratações que objetivem a monitoração eletrônica do sistema de trânsito devem ser precedidas de licitação do tipo “menor preço”, vedada a delegação ao particular de atividades inerentes ao Poder de Polícia da Administração, bem como a vinculação do pagamento ao evento multa.

Nº 21 - É vedada a utilização de licitação do tipo “técnica e preço” para coleta de lixo e implantação de aterro sanitário.

Nº 22 - Em licitações do tipo “técnica e preço”, é vedada a pontuação de atestados que comprovem experiência anterior, utilizados para fins de habilitação.

Nº 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços

de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado

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.

Nº 26 - É ilegal a exigência de recibo de recolhimento da taxa de retirada do edital, como condição para participação em procedimentos licitatórios.

Nº 27 - Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.

Nº 28 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de quitação de anuidade junto a entidades de classe como condição de participação.

Nº 29 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de certidão negativa de protesto como documento habilitatório.

Nº 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

Elas se juntam às anteriores, que reproduzimos a seguir para a formação completa do novo repertório de súmulas do TCE.

SÚMULA Nº 1 - Não é lícita a concessão de subvenção para bolsa de estudo e assistência hospitalar com caráter personalíssimo.

Nº 2 - É inconstitucional a aplicação de Auxílios ou Subvenções, direta ou indiretamente na manutenção de culto religioso.

Nº 3 - Não é lícita a concessão de Auxílios e Subvenções a entidades com fins lucrativos ou com a finalidade específica de valorização patrimonial.

Nº 4 - As despesas somente poderão correr a conta da destinação constante do ato concessório.

Nº 5 - A prova de exclusividade na aquisição de material, como justificativa de dispensa de licitação, não deve se limitar a declaração da própria firma, mas demonstrada através de patentes ou atestados dos órgãos de classe.

Nº 6 - Compete ao Tribunal de Contas negar cumprimento a leis inconstitucionais.

Nº 7 - É de competência das Câmaras o julgamento de processos em que inicialmente haja configuração de alcance, não obstante a alçada do julgador singular.

Nº 8 - O recolhimento do principal e dos juros não ilide a figura do alcance, sem prejuízo da posterior expedição da provisão de quitação ao responsável.

Nº 9 - As aquisições de obras de arte ou de valor histórico devem ser precedidas de laudo de autenticidade e avaliação.

Nº 10 - O preço final do produto ofertado pelos proponentes deve incluir os tributos e demais encargos a serem suportados pelo ofertante.

Nº 11 - Não basta o simples tabelamento de um produto para dispensar a administração pública de adquiri-lo mediante o competente certame licitatório.

Nº 12 - Depende de licitação a aquisição de combustíveis e derivados de petróleo pelos órgãos e entidades da administração pública estadual e municipal, direta e indireta, aí incluídas as fundações instituídas pelo poder público e empresas sob seu controle, não podendo eventual dispensa fundar-se no inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Nº 13 - Não é lícita a contratação pelas Prefeituras Municipais de terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, para Revisão das Declarações para o Índice de Participação dos Municípios - DIPAMS, a qual deve ser feita por servidores públicos locais, valendo-se do auxílio da Secretaria Estadual da Fazenda.

Jurisprudência



JURISPRUDÊNCIA POR ASSUNTOS

MUNICIPAL

Elaborado por Adélia da Silva Milagres

ALTERAÇÃO CONTRATUAL EM RAZÃO DE DISSÍDIO COLETIVO

• **Recurso Ordinário interposto por Empresa, contra a r. sentença singular que considerou regulares o 1º e 2º Termos Aditivos e irregular o 3º Termo Aditivo.**

(...) A impropriedade que ensejou o julgamento irregular do 3º Termo Aditivo diz respeito a formalização do Instrumento para restabelecimento da equação econômico-financeira, com base em dissídio coletivo. Ocorre que tal ato não se enquadra na hipótese de reposição prescrita na alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8666/93, posto que não caracteriza fato imprevisível capaz de influir na equação contratual inicialmente pactuada.

Os esclarecimentos prestados pela Empresa não conseguiram comprovar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; assim, a alteração promovida pelo 3º Termo Aditivo nº 03/99 não encontra guarida em nenhum dos requisitos estatuídos pelo mencionado artigo; portanto, não há que se falar em teoria da imprevisão.

Além disto, somente o desequilíbrio que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado justifica a teoria da imprevisão, o que não ocorreu (...).

Portanto, as razões recursais não foram suficientes para sanar a questão, pois não restou caracterizada que em virtude de fato imprevisível foi necessária a revisão dos preços para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Ademais, como bem salientado pelo Julgador originário, na Sentença constante dos autos, em diversos julgados desta Corte os referidos fatos também deram causa ao julgamento pela irregularidade, condenando as alterações contratuais decorrentes de aplicação de dissídio coletivo de categoria profissional, ante a previsibilidade de sua ocorrência.

Também, não prosperam as argumentações constantes do memorial, vez que reiteram razões já refutadas.

TC-1288/98 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 19/7/05 - DOE de 27/7/05, págs. 13/15. A E. Câmara conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, ficando mantida, na íntegra, a r. sentença recorrida.

AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS

• **Contrato celebrado entre Prefeitura e Empresa, objetivando a aquisição de veículos para Guarda Municipal.**

A Municipalidade não obteve êxito em justificar a aquisição direta de 20 veículos, modelo Blazer, marca Chevrolet, uma vez que suas alegações se detiveram apenas no fato de que a frota antiga, composta de veículos modelo Gol, estavam tendo gastos significativos, devido a manutenção em decorrência do desgaste e por este motivo fizeram a escolha deste modelo, com pretexto de que não há no mercado modelos assemelhados ao adquirido, os quais proporcionariam comodidade aos guardas, além de um deslocamento rápido.

Ressalto, ainda, que todas as alegações da Origem não tiveram respaldo de atestados técnicos e econômicos, que amparassem a indicação do modelo escolhido.

Ademais, existe no mercado concorrentes que se equivalem potencialmente ao adquirido, podendo suprir as necessidades diárias de uma guarda municipal.

TC-27196/03 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 16/8/05 - DOE de 24/8/05, págs. 28/32 - retificada no DOE de 31/8/05, p. 43. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade de licitação e a Nota de Encomenda, encaminhando-se cópia de peças do processo à Câmara Municipal e à Prefeitura, por intermédio de sua Procuradoria Jurídica, nos termos do art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.

ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR

• **Contas de Legislativo Municipal.**

O pagamento de horas extras a ocupantes de cargos em comissão é matéria há muito pacificada nesta Corte, merecendo trazer à colação, decisão do Conselheiro Fulvio Julião Biazzi, nos autos do TC-18651/026/01:

“... na verdade, os ocupantes desses cargos desempenham um ‘mínus público’ e por isso percebem vencimentos superiores aos devidos aos demais servidores, ficando, coberto assim, qualquer ônus gerado pelo exercício dessas funções além das horas normais de trabalho. Tais circunstâncias levam a concluir que Secretário, Sub-Prefeito, Chefe de Gabinete e Presidente de Fundação, por exemplo, não merecem ser beneficiados com pagamentos de horas-extras.”

Acrescento, a título informativo, que também descabe o pagamento, a esses servidores (ocupantes de cargos em comissão), de verbas indenizatórias quando de suas dispensas, como há muito vem decidindo esta Corte, devendo ressaltar, ainda, que em igual sentido posicionou-se o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível

nº 247.045-1/10, que condena não apenas a forma ou valores de dispêndios da espécie, mas sim a sua existência, conforme convicção que se forma de sua leitura:

“... a fixação de indenização compensatória decorrente da desocupação de cargos de provimento em comissão constitui, em si uma afronta à CF, não só porque limita a liberdade de exoneração do ocupante (art. 37, II), como também, e principalmente, cada ato exoneratório resulta em ônus pecuniário aos cofres do Município, o que convenhamos, é inadmissível e fere o Princípio da Moralidade Pública elencado no ‘caput’ do art. 37, da CF”. “Assim, considerando, principalmente, decisão judicial contrária à prática de ato análogo, tem-se como inadmissível, porque contrária à CF, a concessão de indenizações em virtude de exoneração de ocupantes de cargos em comissão”.

Portanto, os dispêndios com pagamentos de serviços extraordinários, a ocupantes de cargos de livre provimento, no montante de R\$33.056,96, devem ser restituídos, com acréscimos legais, aos cofres municipais.

A alegada autonomia municipal de editar leis não pressupõe a possibilidade de descumprimento da CF, que claramente, em seu inc. V, do art. 37, estabelece características exigíveis a cargos de livre provimento, que não se encontra no caso dos autos.

Assim, deve o Poder Legislativo adotar providências corretivas.

Por fim, sem apontar, por ora, como irregularidade, ... precisa de reflexão a decisão de realizar despesas com o pagamento de assistência médica e hospitalar a servidores e agentes políticos.

Final, os Poderes constituídos e gestores da saúde pública, ofertada a todos os Municípios, ao contratar serviços da espécie, proclamam sua incompetência em dotar o setor da Saúde de condições condizentes e esperadas pela população; assim, oferta a si e seus empregados serviço particular, com recursos daquele povo, ao qual destina serviços que não usa, por considerá-los ruins.

Por fim, para que não restem dúvidas, o Relator acolhe entendimento expresso pela fiscalização, que considerou irregular a fixação da remuneração dos Vereadores e Presidente, pela Lei Municipal nº 3868/01, visto que editada durante a própria legislatura.

TC-474/01 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão da 1ª Câmara de 2/8/05 - DOE de 17/8/05, págs. 29/31. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, alínea “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal.

Decidiu, outrossim, condenar o Presidente da Câmara Municipal, ordenador dos dispêndios com o pagamento de serviços extraordinários aos ocupantes de cargos em comissão, a ressarcir, com os devidos acréscimos legais, a importância mencionada no voto do Relator.

O voto proferido pelo Relator foi publicado na íntegra na edição nº 113 desta Revista, Seção “Votos”, págs. 78/80.

AUMENTO DE DÍVIDA FUNDADA E FLUTUANTE

• Prestação de contas de Executivo Municipal.

As contas do Município apresentaram falhas graves que definiram o juízo das contas sob análise.

Os aspectos contábeis analisados e o déficit de 5,25% na execução do orçamento indicaram crescimento no seu endividamento, principalmente, em razão do aumento das dívidas fundada e flutuante, além dos “Restos a Pagar” sem cobertura financeira, demonstrando o desequilíbrio nas contas públicas do Município, em desconformidade ao princípio previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

A infringência da legislação referente à aplicação dos recursos arrecadados com multa de trânsito, a inobservância dos dispositivos da Lei de Licitações e o desrespeito à ordem cronológica de pagamentos dos precatórios compuseram, também, as causas desse parecer (...).

TC-3032/03 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 2/8/05 - DOE de 17/8/05, págs. 26/29. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas da Prefeitura, com recomendação à margem do parecer, determinação à auditoria da Casa e arquivamento dos expedientes em anexo.

Determinou, ainda, a tramitação, em autos próprios individualizados, das matérias especificadas no referido voto.

AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO BÁSICO

• Contratos celebrados entre Executivo Municipal e Empresas, objetivando a prestação de serviços de transporte, por ônibus, de alunos do Ensino Fundamental.

Não vieram aos autos argumentos suficientes para justificar a falta de orçamento básico, que é peça indispensável à aferição da compatibilidade dos preços praticados com os de mercado.

Tal omissão impede a aceitação dos preços contratados, que apresentam variação de até 150% em relação aos que constaram das contratações anteriores, conforme se demonstra na planilha constante do TC-2429/003/03.

TCs-2429/03, 2430/03, 2431/03, 2432/03, 2433/03, 2434/03, 2637/03, 2638/03, 2639/03 e 2640/03 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 16/8/05 - DOE de 24/8/05, págs. 32/35. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública (apreciada no TC-2429/003/03) e os contratos 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.

AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE

• Contrato celebrado entre Prefeitura e Empresa, objetivando a prestação de serviços especializados e patenteados para a realização de evento.

A questão determinante que motiva juízo de irregularidade consiste na falta de fundamentação para a inexigibilidade de licitação, vez que haveria viabilidade de competição, diante de outras empresas voltadas ao mesmo ramo de atividade.

A inviabilidade competitiva alegada pela Origem devido ao objeto ser único e, em face da Marca ser registrada pela Contratada, com direitos exclusivos, não lhe garante a exclusividade para desempenhar o evento, conferindo-lhe, tão-somente, a exploração do signo distintivo, como acontece com qualquer empresa que solicita registro de marca junto ao INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial).

O Relator entende que o objeto deste ajuste não é considerado de natureza singular, uma vez que a singularidade envolve atividade excepcional e não meramente um serviço que poderia ser executado por qualquer empresa especializada.

É fato que o administrador não deve se atirar em negócios aleatórios, procurando quem tenha realmente condições de vir a cumprir o pretendido pelo Poder Público. Contudo, há mecanismos, dentro do procedimento licitatório, capazes de assegurar, no Edital, padrões mínimos de idoneidade financeira e técnica, condicionais ao ingresso no certame e à disputa do objeto licitado.

Tanto é verdade, que a própria Municipalidade promoveu certames licitatórios para eventos análogos (...).

A regra é a licitação, a inexigibilidade se formaliza quando adequadamente enquadrada nos permissivos legais. Ademais, somente a instauração de procedimento licitatório poderia garantir a existência ou não de concorrentes, para o fim de se ver configurada ou não a inviabilidade da competição.

Assim, o Relator considera que a Origem estava devidamente alertada sobre a necessidade de se levar a efeito um procedimento licitatório, lembrando-se que o entendimento pela regularidade nos autos dos TC's -17692/026/00 e 35632/026/99 já se deram em caráter excepcional, não cabendo mais utilizá-los.

A argumentação defendida pela Contratante de que a Empresa tem apresentado as melhores propostas não isenta a Municipalidade de confeccionar licitação, mesmo porquê, somente mediante tal procedimento que se poderia garantir a proposta mais vantajosa à Administração.

TC-21094/03 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazi - Sessão da 2ª Câmara de 23/8/05 - DOE de 31/8/05, págs. 36/39. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade de licitação e o contrato decorrente, bem como ilegal o ato determinativo da despesa, aplicando-se as disposições contidas no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93, e fixando-se o prazo de 60 sessenta dias, contado a partir da expiração do prazo recursal (15 dias), para que este Tribunal seja informado das medidas adotadas em face da presente decisão.

CESSÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES

• **Representação formulada por Município, informando possíveis irregularidades em procedimento formalizado por Executivo Municipal na contratação da Empresa de terraplenagem, construção civil e escavações, cedida à Empresa ambiental, objetivando a locação de máquinas, veículos e equipamentos diversos.**

Ainda que prevista a possibilidade de cessão de direitos e obrigações, pela cláusula XI do contrato, o Relator não vê como possa considerar-se regular procedimento sobre o qual incidem efeitos considerados por esta Corte danosos ao erário.

Demais disso, verificaram os Órgãos Instrutivos e Técnicos a ocorrência de empenhamento de valores depois de julgado definitivamente irregular a contratação original por esta Corte, a utilização de veículos com mais de dez anos de fabricação, contrariando o disposto na cláusula 1ª, § 6º do contrato, e a prestação de serviços em feriados nacionais, desacertos apontados nos autos do TC-19412/026/02 (Representação) para os quais não foi oferecida defesa.

TCs-19412 e 3040/02- Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão de 13/9/05 - DOE de 21/9/05, págs. 30/34. A E. Câmara julgou procedente a representação formulada nos autos do TC-19412/026/02, bem como irregulares o contrato de cessão e o termos aditivos, analisados no TC-3040/003/02, e ilegal o ato determinador das despesas, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

CESSÃO DE IMÓVEIS

• **Recurso Ordinário interposto por Prefeitura, contra decisão que julgou irregulares os atos de cessões de imóveis, em regime de usufruto, a diversos municípios daquela Cidade.**

No mérito, observa o Relator que o Recorrente apresentou os mesmos argumentos já apreciados anteriormente, e que não se prestaram a justificar as irregularidades verificadas, não se mostrando, também agora, aptos a reverter a r. decisão recorrida.

Restou confirmada a questão central verificada nestes autos referente ao fato de o Prefeito, adotando conduta incompatível com a moralidade pública, ter indevidamente firmado termos de cessão de imóveis, desprovidos de qualquer base legal e eficácia.

TC-800020/00 - Rel. Subst. de Cons. Wallace de Oliveira Guirelli - Sessão da 2ª Câmara de 26/7/05 - DOE de 3/8/05, págs. 22/24. A E. Câmara conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se a multa aplicada, bem como a remessa de cópia do processo ao Ministério Público.

COMPROMISSO DE ALUGUEL DE GARAGEM

• **Concorrência pública, do tipo maior oferta, visando a permissão para exploração de atuais linhas regulares de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros, com fornecimento de veículos (ônibus), mão-de-obra e equipamentos.**

Em vista do fato de que as duas únicas participantes pertencem ao mesmo grupo empresarial, e do não oferecimento de defesa para os inúmeros óbices verificados, entre eles, exigência de comprovante de propriedade ou compromisso de aluguel de garagem (itens 9.4.7. e 12.4.7.), extrapolação dos limites de garantia e exigência de atestados, em desconformidade com o disposto no art. 30, inc. II da Lei nº 8666/93.

TC-1419/03 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 20/9/05 - DOE de 28/9/05, págs. 37/40 - retificada em 5/10/05, p. 38. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública e os contratos de permissão

em exame, bem como ilegal o ato determinante de despesas, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

CONGRESSO DE MUNICÍPIOS

• Prestação de contas de Legislativo Municipal.

(...) Os gastos em Congresso de Municípios não merecem acolhida, porquanto, dos seis participantes, quatro não prestaram contas e dois somente apresentaram algumas notas fiscais. A liberação dos recursos e a restituição dos valores não comprovados contrariam a lei autorizadora, sendo que as providências empreendidas pelo Chefe do Poder Legislativo para reaver as verbas não foram eficazes.

O Relator registra que a participação de Edis em Congressos de Municípios já foi reprovada por esta Egrégia Corte em exercícios pretéritos (1999 a 2001), em razão de despesas impróprias, imoderadas e mal documentadas, cominando-se a sanção de devolução dos recursos ao erário, posição essa que deve adotar a bem da coerência.

Por derradeiro, sobre a remuneração dos agentes políticos, fixada pela Lei Municipal nº 1217/00, pairam duas ofensas à CF: concessão de reajuste salarial aos Edis independentemente dos demais servidores municipais (art. 37, X) e pagamento, ao Presidente da Câmara, de valores superiores a 40% dos subsídios dos Deputados Estaduais (art. 29, VI, c).

No que toca à primeira questão, entende o Relator pertinente a submissão da matéria à ilustre Procuradoria Geral de Justiça para verificar eventual infringência ao citado dispositivo constitucional com o reajuste dos vencimentos dos Vereadores no exercício de 2003.

Quanto ao segundo ponto, a remuneração dos Vereadores observou os ditames constitucionais. Contudo, a do Presidente da Câmara ultrapassou o limite estabelecido no art. 29, inc. VI, alínea “c”, da CF. Mesma situação verificou-se no exame das contas da Edilidade do exercício de 2001, tendo sido decretada a devolução das verbas pagas a maior.

Há entendimento firmado por este E. Tribunal no sentido de que o subsídio do Presidente da Câmara pode ser diferenciado, desde que sejam respeitados, dentre outros, os limites constitucionais (TC-18801/026/01, consulta publicada na edição nº 105 desta Revista, págs. 33/40). Portanto, cabe a devolução dos valores excedentes.

TC- 1337/03 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 30/8/05 - DOE de 14/9/05, págs. 31/35. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c” da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com determinação à auditoria competente da Casa.

Determinou, outrossim, ao atual Presidente da Câmara que promova medidas para devolução da quantia referente às despesas com participação no 46º Congresso Estadual de Municípios, atualizada até a data do efetivo pagamento, enviando-se ao Tribunal cópias dos respectivos comprovantes.

Determinou, ainda, a restituição, aos cofres públicos, das quantias recebidas a maior pelo Presidente da Câmara Mu-

nicipal, no exercício de 2003, conforme cálculos efetuados nos autos, com os devidos acréscimos legais, devendo também encaminhar cópias dos comprovantes. Após o trânsito em julgado, ao Cartório para providenciar a notificação nos termos e para os efeitos do art. 86 da LC nº 709/93, para restituição ao erário dos valores ora consignados, sob pena de, não se constatando a comprovação do recolhimento, encaminhamento de cópia de peças dos autos ao Ministério Público para as providências de sua alçada.

Determinou, por fim, seja oficiado à Procuradoria Geral de Justiça, juntamente com cópias do presente voto, do correspondente Acórdão e das fls. especificadas no voto do Relator, para os fins propostos no referido voto.

CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS

• **Contrato celebrado entre Prefeitura e Empresa, objetivando a prestação de serviços técnicos especializados de planejamento, organização e controle do sistema informatizado de arrecadação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, bem como manutenção atualizada do cadastro de contribuinte.**

Por força do inc. XXI do art. 37 da CF, a licitação deve ser a primeira hipótese considerada por todos os Órgãos da Administração quando pretendem contratar obras e serviços.

Portanto, a regra geral é licitar. Fosse diferente, não haveria motivo para restringir as hipóteses de ajuste direto àquelas insertas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8666/93.

Neste contexto, a contratação de softwares, serviços de informática e correlatos, somente deve ocorrer mediante licitação, porque são atividades afetas essencialmente à iniciativa privada, afigurando-se, a exceção dos casos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, como atividade econômica nos termos do art. 173 da Constituição.

Deduziu a Prefeitura, que o serviço da Contratada caracteriza-se como atividade típica da Administração Pública consistente na arrecadação de Tributos.

Porém, verifica-se que o elenco de atribuições contratuais - *planejamento, organização e controle do sistema informatizado de arrecadação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, bem como manutenção atualizada do Cadastro de Contribuintes* - enquanto meras atividades de apoio à arrecadação, não se caracterizam, ao ver do Relator, como serviço público; quando muito servem de instrumental para este fim.

Ademais, a instrução permitiu aferir que o “Programa de Modernização da Gestão Tributária” foi desenvolvido por Empresa parceira da Empresa Xerox do Brasil, e não da Contratada, e somente implantado na Prefeitura mediante concorrência e contrato anteriores.

Nesta ordem, presume-se que a Empresa, não obstante o afastamento da antiga parceira (Xerox), estaria apta a realizar os serviços ora convencionados, independente de qualquer intermediação ou interferência da Contratada.

Portanto, possível concluir que os produtos e serviços advêm, na realidade, de terceira empresa (privada) que efetiva-

mente disputa a atividade econômica, hipótese em que não caberia a dispensa de licitação.

Corroborando o entendimento quanto à necessidade de processo seletivo, o fato de existirem outras empresas no ramo - minimamente aquelas consultadas para cotação de preços - capazes de aplicar sistemática e metodologia semelhante àquela utilizada pela Prefeitura.

Mas não é só.

Analisando detidamente a matéria, inclusive as finalidades para as quais foi criada a Empresa contratada, verifica o Relator que esta, além de desenvolver atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se à regra do §1º do art. 173 da CF - e via de consequência, à licitação - ao contrário do sustentado pela defesa, não preenche todos os requisitos para contratação direta.

Essa conclusão pode ser resumida a um único critério básico não atendido: *“o fim específico”*, igualmente prescrito nos dois incisos que fundamentaram a dispensa de licitação - VIII e XVI do art. 24 da Lei nº 8666/93.

Embora a Contratante se qualifique como pessoa jurídica de direito público interno, e a Contratada tenha sido criada anteriormente à Lei nº 8666/93, com objetivo de *desenvolver, fabricar, comercializar, alugar, integrar, importar e exportar equipamentos e sistemas de eletrônica digital, periféricos, programas e produtos associados, insumos e suprimentos*, não há qualquer indicação de que estas atividades sejam desenvolvidas somente para o Poder Público.

A ‘finalidade’ da empresa contratada (empresa pública ou sociedade de economia mista), consoante lição de Joel de Menezes Niebuhr, corresponde a *“que ela tenha sido criada para esse fim específico, de oferecer préstimos à Administração, sem participar do mercado”* (...).

Estas conclusões não destoam do posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União na análise de contratação com mesma Empresa contratada, fundamentada no inc. XVI do art. 24.

Entendeu aquele E. Tribunal que: *“Como se observa, a contratação, com dispensa de licitação, de serviço de informática, deve preencher os seguintes requisitos: a contratante deve ser pessoa jurídica de direito público interno e a contratada deve integrar a Administração Pública e ter sido criada para esse fim específico. O fundamento utilizado (...) para tal dispensa no contrato firmado com a Empresa Contratada foi indevido, pelas razões seguintes: (...) a Contratada, de personalidade jurídica de direito privado, não foi criada para o fim específico de prestar serviços à Administração Pública”*.

Cabe, ainda, levar-se em conta que a matéria foi objeto de defesa singela, sem enfrentamento profundo e adequado dos pontos de controvérsia.

TC-26288/04 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 19/7/05 - DOE de 27/7/05, págs. 15/19. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, aplicando o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Decidiu, outrossim, com fundamento no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, aplicar ao Responsável multa no valor de 1000 (mil) UFESP’s.

CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL

• **Recurso Ordinário interposto por Prefeitura, contra decisão da E. Primeira Câmara que julgou irregulares dispensa de licitação e contrato.**

A matéria ora em exame não é novidade nesta Corte, pois diz respeito a contratação emergencial, para prestação de serviços referentes ao sistema de limpeza pública no Município.

A Prefeitura vem, reiteradamente, se utilizando do permissivo disposto nos termos do art. 24, inc. IV da Lei de Licitações para realizar contratações mediante dispensa de licitação para a prestação de serviços de limpeza pública e correlatos.

Verifica-se dos autos que esta é a quarta contratação emergencial direta consecutiva, por dispensa de licitação realizada pela Prefeitura, e sempre com a mesma Empresa.

Ocorre que no presente caso ela não alcançou êxito em caracterizar situação de emergência que possibilitasse a excepcionalidade prevista na mencionada disposição legal.

Importante anotar que as regras da LF nº 8666/93 não são desconhecidas da Prefeitura; portanto, necessário se faz a devida observância aos seus ditames, o que ocasionaria maior agilidade em seus procedimentos.

Examinando detidamente a instrução processual e a argumentação trazida pelo Recorrente, o Relator não encontra motivos para discordar dos posicionamentos unânimes dos Órgãos da Casa no sentido de que o recurso em exame não comporta provimento.

Observa-se dos autos que a nova Administração tendo assumido em 1º/1/01, após decorridos 11 meses de sua posse, realizou novo contrato para a mesma finalidade, em 18/12/01, alegando novamente situação emergencial.

Percebe-se, portanto, que *a Prefeitura faz costumeiramente da exceção a regra habitual de seus procedimentos, o que revela a desídia de sua Administração.*

As razões recursais repetem os mesmos argumentos já exaustivamente apresentados nas fases processuais precedentes e não são hábeis para reverter a situação processual.

Ainda, à guisa de esclarecimento, os antecedentes julgados trazidos à colação pela Recorrente, com o intuito de lhes propiciar idêntico julgamento, quanto a aplicação da multa imposta ao Prefeito, não se aproveita na hipótese presente.

Cada Julgador tem o livre arbítrio, dentro do Princípio da Razoabilidade, de aplicar a multa que achar necessária para cada caso específico, desde que esteja dentro do limite imposto no art. 104 da LC nº 709/93, o que ocorreu no presente feito.

TC-306/02 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 3/8/05 - DOE de 18/8/05, págs. 28/32. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, mantendo-se a r. decisão combatida em seus exatos termos.

CONTRATO EMERGENCIAL CONSECUTIVO

• **Contrato celebrado entre Serviço Municipal de Saneamento Ambiental e Empresa, objetivando à prestação de serviços de limpeza e manutenção urbana no Município.**

Trata-se do terceiro contrato emergencial consecutivo, para realização de igual objeto, firmado entre o Serviço Municipal de Saneamento Ambiental e a Empresa, todos pelo prazo de 120 dias. Os demais já foram julgados por este Tribunal e considerados irregulares, decisões mantidas em sede recursal.

Aqui, até mais que nos anteriores, também não se configurava a situação emergencial invocada para dar suporte à contratação, e sim a desídia da Administração em efetuar a contento e no prazo certo os trâmites necessários à realização de certame licitatório.

Inicialmente, o Serviço Municipal de Saneamento Ambiental chegou a elaborar e publicar Edital de concorrência, impugnado perante este Tribunal que concluiu por determinar alterações em suas cláusulas. Ao invés de cumprir a decisão, a Autarquia, alegando necessário redefinir especificidades do objeto e área de abrangência, decidiu cancelar o certame e dar início a outro procedimento. Para não paralisar a continuidade do serviço, resolveu proceder a sucessivas contratações emergenciais.

Como bem observa Órgão Técnico, ainda “que não se possa julgar a opção da Autarquia em elaborar ‘estudos técnicos de alta complexidade’, já que inserida na esfera de discricionariedade da Administração, é certo que a contratação emergencial não era a única solução para que o Município ficasse sem o serviço de limpeza pública, pois a Origem poderia promover licitação, obedecendo à decisão do Egrégio Plenário deste Tribunal, para a contratação de serviços de limpeza pública por período suficiente para a conclusão dos estudos técnicos de alta complexidade e de nova licitação, privilegiando os princípios expressamente mencionados no ‘caput’ do art. 3º da Lei nº 8666/93”.

TC-10313/02 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 26/7/05 - DOE de 3/8/05, págs. 24/27. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação, o contrato e o 1º Termo de Aditamento, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Decidiu, outrossim, aplicar ao Responsável multa de 500 (quinhentas) UFESP's, com fundamento no inc. II, do art. 104, da referida Lei Complementar.

CRENCIAMENTO E CHAMAMENTO PÚBLICO

• **Contrato celebrado entre Serviço de Assistência à Saúde e Hospital, objetivando prestação de serviços médico-hospitalares, serviços auxiliares de diagnósticos e tratamento aos segurados e dependentes.**

(...) Permanecem nos autos falhas que são motivadoras da rejeição do ajuste, quais sejam: não foi demonstrado no caso em exame o atendimento das circunstâncias pelas quais se deram o credenciamento e chamamento público de todos os interessados a prestarem seus serviços ao Contratante, indispensáveis ao adequado atendimento dos segurados, fixados pela Administração; e, ainda, a cláusula décima nona do contrato contraria o que estabelecem os arts. 62 e 63 da LF nº 4320/64.

A propósito, não restou demonstrada a inviabilidade de competição, elemento imprescindível a justificar a inexigibilidade da licitação em exame.

A justificativa de que a Contratada optou por novo Termo ao invés de um aditamento ao contrato com o Hospital, que já presta serviços há vários anos, não respalda a inexigibilidade operada nos autos, mesmo sob a alegação de que houve também contratação análoga em julgado anterior desta E. Corte com decisão favorável.

Aliás, na decisão citada nas justificativas do Contratante no TC -1811/006/03, embasado em inexigibilidade de licitação a qual foi considerado regular por este Tribunal, não se questionou as circunstâncias pelas quais se deram o credenciamento de todos os interessados.

Ao contrário, tais razões, ao ver do Relator, afastam a inviabilidade da contratação, que somente se justifica quando demonstrado efetivamente que o objeto pretendido é singular, ante características de qualidade ou complexidade que impossibilitem sua comparação - no caso concreto poderia ter sido outro o prestador de serviços.

Como bem disse Órgão Técnico, é de se supor, no caso de grandes centros, a exemplo do Município, possa haver uma oferta razoável de serviços médicos, todos em iguais condições, em franca disputa de mercado, a fim de ser criada uma rede credenciada de Hospitais e Profissionais para adequado atendimento dos segurados e dependentes da Autarquia.

Portanto, verifica-se que não é aplicável a inexigibilidade de licitação indicada no art. 25, “caput”, da Lei nº 8666/93, tendo em vista a possibilidade de ampliação da competição.

Acresça-se, ainda, que pela análise efetuada das informações e documentos acostados nos autos, há que se concluir pela inobservância às normas legais atinentes ao que estabelece a LF nº 4320/64, pois a cláusula décima nona do contrato permite a antecipação de até 80% da produção da 1ª quinzena de cada mês a título de adiantamento, contrário ao que estabelece o mencionado diploma legal.

TC-1810/03 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazi - Sessão da 2ª Câmara de 26/7/05 - DOE de 3/8/05, págs. 22/24. A E. Câmara julgou irregulares a inexigibilidade de licitação e o contrato, bem como ilegais as despesas decorrentes, aplicou os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93, e fixou o prazo de sessenta dias, contados do decurso do prazo recursal, para que os Responsáveis noticiem este Tribunal a respeito das providências adotadas.

DELEGAÇÃO DE ATIVIDADES PRÓPRIAS DO PODER DE POLÍCIA A PARTICULARES

• **Contrato celebrado entre Prefeitura e Empresa, tendo por objeto a prestação de serviços para estabelecer normas e procedimentos para supervisão, coordenação, análise, execução, fiscalização dos serviços e transportes para a Unidade de Controle de Engenharia e Operação Urbana de Núcleo Administrativo, com fornecimento de mão-de-obra, veículos, equipamentos e utensílios.**

(...) Permanecem sem resposta a questão de o contrato ter delegado a particulares atividades próprias do poder de polícia, assim como a que se refere à falta de prévio empenho para atender às despesas contratuais.

O art. 58 da LF nº 8666/93, que dispõe sobre o regime jurídico dos contratos administrativos, confere ao Poder Público

a prerrogativa de fiscalizar a execução dos ajustes firmados no âmbito da Administração Pública e de aplicar as sanções previstas na lei, em caso de execução irregular ou de inexecução parcial ou total do ajuste, tarefas essas que não podem ser delegadas, sob pena de comprometer a lisura da liberação dos pagamentos dos serviços prestados.

O argumento da Prefeitura para justificar a delegação daqueles serviços a terceiros, de que não possui em seu quadro número suficiente de servidores para a execução dessas atividades, não pode prevalecer, já que ela sabia desde dezembro de 2001, quando foi firmado o convênio com a Empresa, que teria de arcar com as conseqüências decorrentes da transferência para a órbita do Município dos serviços administrativos da Cidade, sem, contudo, ter adotado as providências indispensáveis para que pudesse assumir esses novos encargos.

Conforme ressaltou Órgão Técnico, a Prefeitura entregou a particulares serviços considerados indelegáveis, por serem inerentes às atividades-fim do poder público.

Também observo que a Origem, ao realizar empenhamentos parciais mensais, confirmou a inexistência de recursos suficientes para cobrir as despesas que deveriam ocorrer no exercício em que se iniciou a execução contratual, como determina o inc. III do art. 7º da LF nº 8666/93.

TC-1244/04 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 13/9/05 - DOE de 21/9/05, págs. 30/34. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, e aplicou o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

DEMONSTRATIVOS CONTÁBEIS DO FUNDO DEVEM SER DESVINCULADOS DOS LEVANTADOS PELO EXECUTIVO

• **Recurso Ordinário interposto por ex-Presidente de Fundo de Aposentadoria, Assistência e Pensões, visando a reforma de r. sentença que julgou irregulares as contas do Fundo.**

A Jurisprudência indica que este Tribunal tem sido complacente com falhas semelhantes às detectadas nestes autos quando ocorridas no exercício de 1999, porque para cumprimento das alterações introduzidas pela Portaria MPAS nº 4992/99 imprescindível a adoção de medidas que permitissem sua concretização como, por exemplo, edição de Lei Municipal contendo as novas diretrizes e, que por certo exigiriam tempo razoável para serem colocadas em prática. De sorte que não seria sensato cobrar-se do Administrador do Fundo se amoldasse, de imediato, às novas regras.

Tal hipótese diverge da situação destes autos em que se examinam atos praticados em 2000. O Interessado reproduz praticamente argumentos já analisados e repelidos pelo Relator originário.

Deixa, porém, de demonstrar de forma inequívoca a regularização dos entraves que levaram à rejeição de suas contas, especialmente o cumprimento às normas de regência que determinam claramente a elaboração de demonstrativos contábeis desvinculados daqueles levantados pelo

Executivo para, assim, possibilitar a avaliação de seu patrimônio tanto quanto de sua capacidade em honrar com o pagamento de benefícios.

Também não provou que a movimentação financeira da Entidade foi registrada em livros de capital importância e, por isso, considerados obrigatórios (*Diário e Razão*).

Estas mesmas razões levaram à rejeição de suas contas relativas ao exercício de 2001, objeto do TC-9595/026/02, revelando que a situação aqui verificada não havia se alterado.

Demais, a notícia de que tais pendências foram sanadas em exercícios posteriores não socorre o Recorrente já que o efeito destas medidas, implantadas “*a posteriori*”, não alcança os atos praticados durante o exercício de 2000.

TC-11364/01 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 20/9/05 - DOE de 28/9/05, págs. 37/40 - retificada em 5/10/05, p. 38. A E. Câmara conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, excluindo-se tão-somente, como fundamento da r. sentença, o item relacionado com a declaração de bens dos diretores, comprovadamente regularizado, negou-lhe provimento, mantendo-se a r. sentença combatida, especialmente em razão de não ter o Recorrente logrado convencer, nesta oportunidade, o saneamento dos demais desacertos.

DESPESAS COM PUBLICIDADE

• **Prestação de Contas de Executivo Municipal.**

(...) As falhas de maior relevância são as despesas com publicidade, desprovidas de interesse público.

Há muito esta Corte vem coibindo despesas com anúncios de festividades e congratulações, entendendo que dispêndio da espécie não guarda qualquer interesse público e afigura-se como atividade alheia ao Legislativo.

Ainda, o Presidente à época e ordenador das despesas impugnadas, mesmo quando instado a proceder à reparação do erário, não adotou a providência adequada persistindo, portanto, em defender a regularidade de seus atos.

TC-617/02 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão da 1ª Câmara de 20/9/05 - DOE de 28/9/05, págs. 37/40 - retificada em 5/10/05, p. 38. A E. Câmara, com fundamento na letra “c”, do inc. III, do art. 33, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações.

Decidiu, ainda, condenar o sr. Presidente da Câmara Municipal a ressarcir, com os devidos acréscimos legais, a importância mencionada no voto do Relator, referente às publicações de matérias, devendo comprovar a esta Corte de Contas, no prazo de trinta dias, o devido recolhimento.

DESPESAS IMPRÓPRIAS

• **Prestação de contas de Câmara Municipal.**

Observa-se gastos excessivos com ligações telefônicas, atingindo R\$170.357,91, sendo que a Ouvidoria da Edilidade atua através do sistema “0800”, que não importa em custos.

De outra parte, fora da razoabilidade se apresentaram os dispêndios com congressos, seminários e afins, perfazendo R\$265.392,21, apresentando os comprovantes falhas, na forma do anotado no relatório de auditoria, cabendo salientar, ainda, o pagamento por evento que não ocorreu, sem a devida reintegração dos valores aos cofres da Câmara.

Ainda no item relacionado às despesas impróprias, destacam-se a falta de justificativa legal e autorização para a realização de despesas como aquisição de produtos matinais, jornais e revistas.

Acrescem, também, em desfavor das contas, a infringência à Lei de Licitações e Contratos, com a aquisição de bens sem licitação e os desacertos no quadro de pessoal (pagamentos de horas-extras acima do limite legal e gratificações, ferindo o Princípio da Impessoalidade) e o recebimento de remuneração pelo Presidente da Câmara em desconformidade com a EC nº 25.

TC-1670/03 - Rel. Subst. de Cons. Carlos Alberto de Campos - Sessão da 2ª Câmara de 2/8/05 - DOE de 17/8/05, págs. 26/29. A E. Câmara, com fundamento nas alíneas “b” e “c”, inc. III, do art. 33, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal.

Determinou, outrossim, ao atual Presidente da Câmara Municipal que adote as medidas cabíveis à reintegração aos cofres públicos das despesas com Congressos, Seminários e Congêneres apontadas no item 2.2.2, no valor mencionado no referido voto, com os devidos acréscimos legais até a data do efetivo recolhimento, bem como dos valores recebidos a maior pelo Presidente, durante o exercício de 2003, na importância mencionada no voto do Relator, com os devidos acréscimos legais, até a data da necessária devolução aos cofres da Edilidade, devendo, após trânsito em julgado, ser aplicado o disposto no art. 86 da citada Lei Complementar, alertando-se para a eficácia de título executivo das decisões do Tribunal que imputem em débito.

Findo o prazo, sem resposta, cópia de peças dos autos será encaminhada ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para as medidas de sua alçada.

EXAME PRÉVIO DE EDITAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade suspendeu a ampliação da caracterização de instituição financeira oficial prevista na MP Nº 2192

• **Representação formulada por Banco, contra concorrência, instaurada por Prefeitura, tendo por objeto “a contratação de instituição financeira, para abertura e manutenção das contas correntes dos servidores públicos municipais, mediante repasse de créditos devidos pela Prefeitura que não estejam sujeitos a pagamento vinculado, pelo prazo de 60 meses”.**

(...) O exame dos objetivos da contratação termina por implicar em questão prejudicial à análise de todas as outras impugnações suscitadas, considerando que a Jurisprudência desta Corte vem considerando que certames da espécie padecem de vício congênito insanável, na medida em que o § 3º do

art.164 da CF obriga à Administração Pública como um todo, União, Estados, Municípios e Distrito Federal a manutenção de suas disponibilidades de caixa em instituições financeiras oficiais, sistemática repetida no art. 43 da LC nº 101/00.

Nesse sentido, o Relator cita os precedentes dos TCs-2311/008/04 e 24239/026/05, destacando que nesses prejudgados este Egrégio Plenário apontou aos responsáveis pelos procedimentos a solução de aplicabilidade do disposto no art. 49 da Lei nº 8666/93, para anulação dos procedimentos em virtude de ilegalidade.

Tal entendimento também reflete posição consolidada no âmbito dessa Corte, sobre a prevalência do regramento contido no aludido § 3º do art. 164 da CF e art. 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal, consoante é possível observar nos julgados referentes aos Processos TCs-12170/026/03, 2428/008/03, 33512/026/04, 2862/008/04 e 35110/026/04.

Retomando a análise do caso concreto, os argumentos de defesa apresentados, aliados aos últimos acontecimentos jurídicos que têm incidido sobre a questão da contratação de instituições bancárias privadas por parte do Poder Público, impõem uma abordagem mais específica sobre o tema, a fim de situá-los de forma definitiva, sobre as várias implicações que deles decorrem.

Para tanto, o Relator remete considerações às bem lançadas argumentações do Eminentíssimo Conselheiro Antonio Roque Citadini, por ocasião do julgamento do mencionado Processo TC-24239/026/05, cuja síntese das colocações relembrou a insistência das Administrações Municipais em lançar certames envolvendo contratações da espécie, mencionado na oportunidade, a intercorrência do regramento trazido pela MP nº 2192, que está em sua 70ª (septuagésima) reedição, a qual, no intuito de diminuir a presença do setor público na atividade bancária, estabeleceu uma certa equiparação dos bancos oficiais privatizados à instituição bancária pública para os efeitos de manutenção de disponibilidade de caixa dos Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme estabelecido no §1º do art. 4 do referido Diploma, alargando a extensão da regra contida no § 3º do art. 164 da CF.

Quando dessas formulações, sua Excelência também fez referência ao precedente levado a efeito pela Prefeitura Municipal desta Capital, que lançou procedimento semelhante, sem que houvesse restrição de participação a instituições não oficiais, situação que poderia ensejar o desencadeamento de procedimentos análogos por outras Administrações Municipais.

Essas importantes referências parecem ter antecipado as razões de defesa trazidas neste feito, que fundamentam as regras do Edital lançado pela existência de contratações da espécie, firmadas pelos Governos dos Estados de São Paulo e Pernambuco, respectivamente com o Banespa e Bandep, instituições oficiais que sofreram processo de privatização.

Sem embargo das razões que levaram a sistemática adotada nos casos citados pela defesa ou mesmo daquelas que amparam o procedimento levado a efeito pela Prefeitura Municipal de São Paulo, para o caso concreto ora examinado deve incidir a orientação jurisprudencial consolidada nesta Casa, no sentido de que certames da espécie devem dirigir-se unicamente a instituições financeiras oficiais, nos estritos termos do § 3º do art. 164 da CF.

Além do mais, é preciso levar em conta que o aludido §1º

do art. 4º da MP nº 2192, que ampliava a caracterização de instituição financeira oficial, atingindo também bancos públicos privatizados, teve seus efeitos suspensos por força do deferimento de Medida Liminar pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em julgamento do dia 14/9/05 (Adim nº 3578), situação que restringe a titularidade única dos preceitos firmados pelo Diploma Maior.

De outra parte, as razões de defesa também sustentam que a abertura e manutenção de contas correntes dos servidores públicos municipais, mediante repasse dos créditos devidos, não caracterizaria propriamente as chamadas *disponibilidades de caixa* para efeitos da aplicabilidade da regra constitucional.

Também considera que não prospera tal argumentação, sobretudo porque implicaria num descumprimento de via reflexa ao preceito imposto pela constituição, além de contrariar Princípio de Moralidade Administrativa uma vez que, estando compelido à manutenção dos depósitos públicos em instituição financeira oficial, não caberia ao agente público responsável negociar com instituições privadas os recursos pertencentes aos servidores. Nesse sentido, destaque precedente desse Egrégio Tribunal Pleno nos processos TCs-33512/026/04 e 2862/008/04 (...).

TC-27034/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 21/9/05 - DOE de 29/9/05, págs. 41/43. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada contra o Edital de concorrência, determinou à Prefeitura que anule o procedimento impugnado, conforme disposto no art. 49 da LF nº 8666/93, por vício de ilegalidade.

Determinou, outrossim, seja oficiado à Representante e à Prefeitura representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão e fixando-se, a esta última, o prazo de trinta dias para que encaminhe a esta Corte de Contas as providências adotadas em face do ora decidido, alertando-a que o não cumprimento dará ensejo às cominações previstas no art. 104 da LC nº 709/93, nos termos do art. 222 do Regimento Interno deste Tribunal.

• Representação formulada por Banco, objetivando impugnar Edital de concorrência, instaurada por Prefeitura, a fim de selecionar instituição financeira destinada à prestação dos serviços de recebimento dos créditos em conta dos vencimentos dos servidores ativos e inativos da Administração Direta e das Autarquias; concessão de empréstimos descontados em folha de pagamento; pagamento de fornecedores; instalação de posto de atendimento bancário e terminais eletrônicos no Município; e concessão de patrocínio de projetos culturais e esportivos desenvolvidos por Prefeitura, com divulgação de logomarca da instituição bancária.

A pretensão da Prefeitura de contratar instituição financeira para o depósito de suas disponibilidades de caixa não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente, ao menos na forma disposta no Edital ora impugnado.

Tal assunto há tempos tem sido objeto da pauta dos trabalhos deste E. Plenário, que vem consolidando entendimento reprovando certames licitatórios da espécie.

O caso concreto não difere da Jurisprudência, não carecendo de maiores comentários.

A regra insculpida no art. 164, § 3º, da CF é clara ao dispor que as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no

Banco Central e as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas em instituições financeiras oficiais, assim compreendidas aquelas cujo capital social encontra-se sob o controle do Poder Público.

Inviável, portanto, admitir hipótese em que contratada privada venha ostentar o status de depositária exclusiva das disponibilidades de caixa da Administração Municipal, podendo, inclusive, administrar a folha de pagamentos dos servidores ou o recebimento de tributos e tarifas municipais.

Mais ainda, também inválido na hipótese o argumento da incidência da MP nº 2192-70/2001, como regra que excepciona o mencionado comando constitucional.

(...) Recente julgado, proferido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal em sede de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspendeu, *“ex nunc”*, a eficácia do art. 4º, § 1º, da aludida MP (ADI nº 3578, Plenário, Sessão de 14/9/05, Relator Ministro Sepúlveda Pertence), confirmando, inclusive, linha de raciocínio anteriormente adotada pela Corte Superior quanto à extensão da interpretação a ser conferida ao dispositivo da Carta Federal (cf. ADI nº 2600-MC-ES, Sessão de 24/4/02, Relatora Ministra Ellen Gracie; ADI nº 2661-MC-Ma, Sessão de 05/6/02, Ministro Celso de Mello).

Ou seja, por mais esta razão, evidenciado o vício que recai sobre a licitação em questão, bem como a inviabilidade de seu prosseguimento.

Tal como tem melhor entendido este E. Tribunal, portanto, a controvérsia se resolve na medida preconizada na segunda parte do *“caput”*, do art. 49 da LF nº 8666/93 (...).

TC-26316/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 28/9/05 - DOE de 6/10/05, págs. 45/48. O E. Plenário julgou procedente a representação formulada, determinando à Prefeitura que proceda à anulação do processo de concorrência.

Determinou, outrossim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão, alertando-se, em especial, à Prefeitura para que, no prazo de trinta dias, informe este Tribunal sobre as providências adotadas em face do decidido, sob pena da incidência de sanções legais, na forma prevista no art. 222 do Regimento Interno deste Tribunal.

Determinou, ainda, considerando que as justificativas apresentadas pela Prefeitura consignaram informação relativa à concorrência de outra Prefeitura, certame licitatório destinado à contratação da espécie ora tratada, diante da hipótese de negócios do gênero terem sido celebrados e estarem sendo executados, o encaminhamento da matéria à Secretaria-Diretoria Geral, para os fins propostos no referido voto.

***Exigência na fase de habilitação de
“Certificação do Programa Brasileiro de
Qualidade e Produtividade da Habitação”***

• Representação formulada por Empresa, contra edital de concorrência, instaurada por Prefeitura, objetivando a contratação de empresa para a execução de obras e serviços de construção e reforma de unidade escolar, compreendendo um complexo educacional.

O inconformismo da Representante recai contra a previsão contida no item 3, subitem 3.9 do Edital, que impõe para qualificação técnica das proponentes, a apresentação da

“Certificação PBQPH-A, Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade da Habitação (Nível A), expedida por entidade credenciada”.

A Prefeitura defende a inclusão desse dispositivo no ato convocatório, como forma não só de conferir ao Município melhor contratação, mas também dar plena eficácia ao programa instituído e implantado pelo Governo Federal, através do Ministério das Cidades.

(...) O Programa Setorial de Qualidade, estatuído pelo Decreto Estadual nº 41337/96, tanto quanto o Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat, estabelecido pela Portaria nº 118/05 expedida pelo Ministério das Cidades, buscam estabelecer padrões de qualidade de materiais, componentes e sistemas construtivos que visam melhorar a qualidade da gestão das obras públicas.

No entanto, a inclusão da referida exigência na fase de habilitação, como previsto no Edital impugnado, se mostra restritiva, afastando do certame possíveis interessadas que embora reúnam condições de executar o objeto pretendido, não possam citado documento, tendo em vista não ser de caráter obrigatório para o desenvolvimento dos serviços licitados.

Também não pode prevalecer a argumentação da Prefeitura no sentido de que referida previsão encontra amparo no inc. IV, do art. 30, da LF nº 8666/93, o qual estabelece como documentação relativa a qualificação técnica prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Isto porque a comprovação de certificação, através do PBQP-H, além de envolver questões afetas a melhoria de qualidade do setor da construção habitacional, é um programa de adesão voluntária (Portaria nº 134 de 18 de dezembro de 1998 do Ministério do Estado do Planejamento e Orçamento), não se enquadrando, dessa forma, no referido dispositivo legal.

Para efeito de qualificação técnica das empresas a Administração Pública deve observar o contido no art. 30 da Lei de Licitações; no entanto, referida exigência não encontra amparo neste dispositivo legal, não podendo ser fixada para fins de comprovação de aptidão para desempenho de atividade (...).

TC-1819/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 31/8/05 - DOE de 15/9/05, págs. 46/48. O E. Plenário, atendo-se estritamente aos termos do requerido pela Representante, julgou procedente a representação formulada, determinando à Prefeitura que exclua da fase de habilitação a exigência contida no item 3, subitem 3.9 do Edital de concorrência, relativa à apresentação de certificação PBQPH-A, Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade da Habitação (Nível A), expedida por entidade credenciada, alertando-se ao Sr. Prefeito que, após proceder à retificação necessária, 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.

Determinou, por fim, o encaminhamento do processo à Diretoria competente da Casa, para subsidiar eventual contratação.

Falta de projeto detalhando o conceito de acesso à “Internet”

• Representação formulada por Empresa, contra Edital de Tomada de Preços, instaurada por Prefeitura, objetivando a

contratação de empresa especializada na prestação de serviço de acesso à “Internet” banda larga e “Intranet”.

(...) A instauração do processo de licitação em questão adotou como parâmetro certame anterior, cujo objeto era contratar “empresa especializada para a prestação de serviço de acesso à rede mundial de computadores - Internet através do sistema de link via rádio para Internet, sem utilização do sistema telefônico”.

Ou seja, estabeleceu aquele certame que o acesso à “Internet” dar-se-ia mediante sistema de transmissão via “link” de rádio, ao passo que, no presente caso, o Edital limita-se a descrever seu objeto como a instalação de pontos de acesso à “Internet” banda larga e “Intranet”.

Pode-se deduzir dessas informações que a Prefeitura outorou contratou os mesmos serviços, adotando o sistema de transmissão de ondas eletromagnéticas na frequência de rádio, pretendendo, nesta oportunidade, ampliar os pontos de conexão disponíveis sob o mesmo conceito e forma de execução.

Afinal, seria desarrazoado admitir que pretensa expansão pudesse se dar de forma incompatível com o sistema já instalado e em operação.

Contudo, consoante os elementos disponíveis nos autos, a ausência de projeto ou informações técnicas mais detalhadas conduziria à inviabilidade de formulação de propostas ou, na melhor das hipóteses, à apresentação de métodos de implantação e execução que seguramente estariam descompromissados com um modelo padrão.

Ao encontro dessa constatação, destaque-se a informação apresentada pela DTI, para quem o acesso à “Internet” por meio de ondas eletromagnéticas (tecnologia “sem fio” ou “wireless”) pressupõe uma série de informações que não foram disponibilizadas no instrumento convocatório.

Ainda que se argumentasse que os serviços de instalação de pontos de acesso à “Internet” não configuram, na atualidade, obra ou serviço de complexidade extrema, a verdade é que, previamente à instauração do certame, caberia à Prefeitura definir com clareza a solução escolhida, com detalhamento suficiente para que os interessados possam formular propostas compatíveis com o objeto da licitação.

Nesse sentido, se a opção for pela tecnologia “wireless”, deve a Prefeitura não só definir em projeto tal solução, mas também justificar sua escolha como parte integrante do processo licitatório.

E diverso não pode ser o entendimento, uma vez que a medida decorre de expressa cominação legal.

Assim, a propósito, prescreve o Estatuto das Licitações, no sentido de que o projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do certame licitatório, constitui premissa fundamental para a licitação de obras e serviços (art. 7º, § 2º, inc. I).

No caso concreto, não trouxe a Prefeitura qualquer evidência de que tal projeto tenha sido elaborado ou estivesse à disposição das licitantes, o que permite concluir que o processo de licitação apresenta vício de origem.

Ademais, em se tratando de Tomada de Preços, a celeridade do procedimento reforça ainda mais a inviabilidade de se transferir às interessadas o ônus de igualmente ofertar soluções de sistema para o acesso à “Internet” pretendido.

Parece, portanto, que o objeto em questão, voltado à contratação de um sistema de acesso à “Internet” banda larga e “Intranet”, não revela em si a verdadeira pretensão da Prefeitura, atribuindo potencialmente ao processo de escolha o reprovado caminho da subjetividade.

Nessa linha de raciocínio, a questão da ausência de elementos técnicos no instrumento convocatório, necessários para que as licitantes formulem suas propostas com base no sistema efetivamente pretendido pela Municipalidade, há de ser elevada à condição de prejudicial ao mérito, devendo ser enfrentada como condição de validade da própria licitação.

E, no caso, ausentes os pressupostos legais, a licitação questionada sequer apresenta condições para ser processada.

Embora o acolhimento da referida prejudicial torne insustentável o exame dos demais itens impugnados na inicial, não se furta o Relator, na oportunidade, a igualmente apreciá-los.

Em princípio, o questionamento atinente ao regime de execução do futuro contrato parece improcedente.

Os elementos disponíveis no Edital levam a conclusão que o futuro contrato será essencialmente executado sob o regime da empreitada por preço global, uma vez que as propostas deverão ser assim formuladas, conforme formulário padronizado de proposta.

De outra parte, sobre o tipo de licitação escolhido, embora a padronização dos bens e serviços de informática possa servir como argumento em favor do julgamento pelo menor preço, é difícil concluir se a técnica também não deve ser sopesada, à medida que sequer o conceito de acesso à “Internet” encontra-se especificado.

Nestas circunstâncias, a reavaliação e ponderação do assunto, por parte da Prefeitura, seria medida mais adequada no momento.

Por último, também procedente seria a questão relativa à forma de disponibilização das planilhas de custo.

De regra, compete à Administração esclarecer as dúvidas das licitantes, franqueando-lhes o acesso às informações constantes do processo de licitação.

Isso, contudo, não se evidencia no caso concreto, à medida que, como mencionado anteriormente, a intervenção da Prefeitura nos autos limitou-se à remessa de documentos reproduzidos do processo de licitação, o que não indica, por exemplo, se os custos estimados estavam detalhados e decompostos, à disposição dos interessados, portanto.

Diante disso, também encaminharia o Relator no sentido da procedência desse ponto questionado (...).

TC-18925/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 13/7/05 - DOE de 21/7/05, págs. 46/48. O E. Plenário acolheu como prejudicial ao mérito a impugnação relativa à falta de projeto e de informações técnicas necessárias ao detalhamento do conceito de acesso à “Internet”, determinando à Prefeitura, com base na atividade de controle externo da Administração conferida a esta Corte de Contas, nos termos do art. 113, § 2º, da LF nº 8666/93, que adote as providências necessárias à anulação do processo licitatório referente à Tomada de Preços, devendo aquela Administração elaborar o competente projeto básico das obras e serviços, nos moldes delineados no voto do Relator, instruindo, com isso, eventual novo processo de licitação, enfatizando à referida Prefeitura as observações a propósito

das demais questões suscitadas e alertando-lhe da impossibilidade de prosseguimento do certame.

Determinou, por fim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

Fixação de Atestados

• Representações formuladas por Empresa, contra Editais de concorrências instauradas por Prefeitura, objetivando a contratação de empresa para execução de “Centro Educacional Integrado”.

(...) Procedente é a representação naquilo que se refere à fixação de “no máximo dois atestados”.

À vista dos esclarecimentos complementares trazidos pela Prefeitura, bem como o porte das obras que pretende sejam executadas, não vislumbra o Relator motivos para questionar a existência de peculiaridades técnicas que demandem, realmente, imposição mais rigorosa para comprovação da experiência anterior das licitantes.

Contudo, não obstante os quantitativos previstos para comprovação da capacidade técnica operacional afigurem-se razoáveis (50% a 60%), a delimitação de dois atestados impõe comprovação potencial de pelo menos oito itens por documento (16 itens eleitos/máximo 2 atestados) que, consoante anotaram os Órgãos opinantes, é praticamente inexequível porquanto estejam envolvidos três ramos distintos de engenharia, tal qual sucede para a qualificação profissional.

Aliado a tudo isso está à impossibilidade de somatórios, nos termos dos itens 4.1.4.4.2 e 4.1.4.5.4 do Edital.

Nota-se, ainda, que há incongruência entre itens do Edital (4.1.4.4 e 4.1.4.4.1), circunstância que pode causar prejuízo aos eventuais participantes, pois, enquanto aquele prevê que cada um dos serviços deverá ser atendido por até dois atestados operacionais, este dispõe que a comprovação de todos os serviços deverá ser realizada pelo mesmo número de atestados (mesmo se verifica quanto aos itens 4.1.4.5.2 e 4.1.4.5.3 - relativamente à capacidade profissional).

Por fim, acolhe a proposta de Órgão Técnico, por oportuna, para retificação do item 4.1.4.5.1a.

A estipulação do referido item restringe a aceitação das CAT's apenas aos profissionais detentores de vínculo trabalhista, societário ou de direção com a empresa licitante.

Desse modo, ainda que não tenha sido objeto de impugnação pela Representante, a correção é medida que se impõe diante de formulação que pode, de fato, alijar da disputa empresa que somente disponha de profissional prestador de serviços (...).

TCs- 16519/05 e 16520/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 13/7/05 - DOE de 21/7/05, págs. 46/48. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a representação formulada, determinando à Prefeitura que retifique os subitens 4.1.4.5.1 (para inclusão de profissional com vínculo contratual), 4.1.4.4.1 e 4.1.4.5.2 (deixando de impor limitação) dos Editais das concorrências públicas, atentando para a necessidade de adequar as demais disposições que com eles guardem pertinência, republicando os Editais e abrindo novo prazo para apresentação de propostas, com obediência rigorosa das disposições da LF nº 8666/93.

Determinou, outrossim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

Fixação de quantitativos de comprovação de experiência em 100% do objeto pretendido

• **Representação formulada contra Edital de concorrência pública, instaurada por Prefeitura, objetivando a contratação dos serviços de coleta de lixo domiciliar, coleta de resíduo hospitalar com transporte e tratamento, varrição manual de vias e logradouros públicos, varrição mecânica de ruas e avenidas e demais serviços relativos à limpeza urbana, com fornecimento de mão-de-obra e equipamentos adequados.**

(...) De igual modo, também não encontra respaldo na Jurisprudência desta Corte a fixação de quantitativos de comprovação de experiência em 100% do objeto pretendido, conforme exigido pelo mencionado item 10.3.1.

O entendimento consolidado no âmbito de nossa Jurisprudência é de que são razoáveis percentuais de comprovação limitados à 50% dos totais licitados, conforme se constata nos precedentes do Tribunal Pleno nos Processos: TCs-6115/026/02, 11752/026/03, 13255/026/04 e 15430/026/04.

No que diz respeito ao item 10.3.5, que exige que as licitantes apresentem documentos comprobatórios de vínculo empregatício dos responsáveis técnicos para com a empresa em *no mínimo 12 (doze) meses, contados da publicação do edital*, verifica o Relator que tal previsão contraria expressamente o texto do inc. I do §1º do art. 30 da Lei de Licitações, que fixa a necessidade da comprovação desse vínculo apenas na data estipulada para entrega das propostas.

As razões apresentadas pela Prefeitura se mostram extremamente singelas, vez que reputam essa previsão a finalidade de evitar que os interessados contratem profissionais apenas para participar da licitação.

Com efeito, essa preocupação da Prefeitura encontra-se dirimida pela própria norma, a rigor da previsão constante do § 10 do art. 30 da Lei de Licitações, a qual impõe que os responsáveis técnicos deverão participar da obra ou serviço, somente admitindo sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração. Confirmando-se, assim, a ilegalidade desse aspecto do Edital.

Por fim, com relação à violação do disposto no inc. II do § 2º do art. 7º e no inc. II do § 2º do art. 40, ambos da Lei nº 8666/93, em virtude de não constar do Edital planilha orçamentária de preços unitários, impedindo a formulação de propostas, tem o Relator que a ilegalidade suscitada pela Representante merece uma maior reflexão.

Por diversas vezes este Tribunal teve oportunidade de se pronunciar sobre a relatividade do prejuízo que a contrariedade dos citados dispositivos legais, notadamente quando esse descumprimento não prejudica a formulação de propostas pelos interessados, implicando em restritividade do procedimento.

Isto porque o orçamento estimativo de contratação tem propriamente relevância na fase interna da licitação, ou seja, deve ser realizado pela Administração como medida antecedente à instauração do certame, para dimensionar os custos que serão envolvidos na contratação, possibilitando a prévia reserva dos recursos financeiros necessários para fazer frente às obrigações assumidas, além definir alguns pontos essenciais do procedimento, como a modalidade de licitação e os requisitos de qualificação econômica a serem exigidos no Edital.

Assim, elaborado esse orçamento, não haveria propriamente a necessidade de sua divulgação, bastando que a Prefeitura facultasse o acesso ao mesmo a aqueles que porventura tenham interesse em consultá-lo.

No caso presente não existe qualquer prova ou indício de que o Poder Público licitante tenha elaborado a referida estimativa; porquanto a defesa limitou-se a dizer que o Edital possuía todos os elementos necessários à formulação de propostas.

Dessa forma, à míngua de maiores elementos comprobatórios, entendo que persiste a impugnação que aponta a violação do inc. II do §2º do art. 40 da Lei nº 8666/93.

TC-20446/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão do Tribunal Pleno de 27/7/05 - DOE de 4/8/05, págs. 32/34. O E. Plenário, atendo-se estritamente aos termos dos questionamentos propostos, julgou procedente a representação formulada, determinando à Prefeitura que proceda à retificação do Edital da concorrência pública nos aspectos assinalados no voto do Relator, com o acréscimo proposto quanto ao item 2, das Conclusões, alertando-se os Responsáveis que, após procederem às retificações necessárias, deverão atentar para o disposto no § 4º, do art. 21, da LF nº 8666/93.

Decidiu, outrossim, por proposta do Conselheiro Renato Martins Costa, acolhida à unanimidade, incluir, quanto ao aspecto referente aos responsáveis técnicos admitidos ao certame, os sócios da empresa, os que possuírem vínculo empregatício, bem como um terceiro contratado para esta função.

Decidiu, também, com fundamento no inc. II, do art. 104, da LC nº 709/93, aplicar à Responsável pelo procedimento, Prefeita do Município, a pena de multa correspondente a 1000 (mil) vezes o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo - UFESP, por violação às disposições do inc. I do § 1º do art. 30 da LF nº 8666/93.

Determinou, ainda, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

Determinou, por fim, o encaminhamento do processo à Diretoria competente da Casa, em subsídio à eventual contratação que venha resultar do certame licitatório.

Não-comprovação da complexidade dos serviços

• **Representação formulada por Empresa, contra exigências contidas em Edital de concorrência pública, instaurada por Prefeitura, objetivando a execução de obra de implantação de empreendimento habitacional de interesse social, além de equipamentos comunitários e públicos em área da Prefeitura.**

No tocante a impugnação de que tratam os autos referente à exigência de índice de liquidez corrente e índice de liquidez geral, iguais ou superiores a 2,0, o Relator defende a posição de que a Administração precisa ter certeza de estar celebrando contrato com quem tenha condições de bem executar as obrigações que vier a assumir, razão pela qual, em situações excepcionais, tem tolerado a exigência de índices superiores àqueles predominantemente aceitos por esta Corte, com a razoabilidade recomendável pela doutrina e a nossa Jurisprudência.

No presente caso, apesar do elevado valor estimado do empreendimento, R\$ 130.000.000,00, o Relator entende, como Órgão Técnico, não ter ficado demonstrada a alegada complexidade dos serviços que evidenciassem índices maiores, prin-

principalmente porque se trata de um Edital de Pré-Qualificação com exigências, em si mesmas bastante elevadas, e voltadas para uma concorrência já anunciada, a ser realizada pelo tipo de menor preço (...).

Por fim, merece destaque a ressalva feita por Órgão Técnico, relativa à questão do Índice de Endividamento Geral (IEG - igual ou menor que 0,30), não impugnado, mas para o qual deve a Administração, no estabelecimento das condições de capacitação econômico-financeira, levar em conta frente ao ramo de negócios, bem como a atual conjuntura econômica vivenciada pelo País, leva o Relator a recomendar que a Prefeitura reavalie os parâmetros estabelecidos para apreciação do IEG, a fim de propiciar uma maior disputa entre as boas empresas do ramo, afastando qualquer indício de restritividade.

TC-16872/05 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 6/7/05 - DOE de 14/7/05, págs. 41/43. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a representação formulada contra o Edital da Pré-Qualificação, Processo Administrativo nº 5703/05, modalidade concorrência pública, determinando à Prefeitura que retifique os subitens 7.1.2.3.1 e 7.1.2.3.2 do Edital, adequando-os às disposições legais que regem a matéria, nos termos constantes do referido voto, devendo, em consequência, republicar o novo texto editalício e reabrir o prazo, na conformidade do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.

Consignando, outrossim, que o exame da matéria restringiu-se aos pontos impugnados, recomendou à referida Prefeitura que, ao republicar o Edital, reanalise-o em todas as suas cláusulas, em especial a respeito de uma melhor avaliação do IEG exigido, de modo a permitir maior afluência de potenciais interessados, devendo, ainda, eliminar outras eventuais afrontas à legislação ou à Jurisprudência desta Corte de Contas.

Determinou, por fim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

À margem do julgamento, por proposta do Conselheiro Antonio Roque Citadini, Relator, foi determinada a realização de estudos a respeito da legalidade das exigências feitas pela Caixa Econômica Federal diante da legislação vigente, bem como seja feito um levantamento para apurar quais Prefeituras aderiram ao Programa de Carta de Crédito Imóvel na Planta com recursos do FGTS, da Caixa Econômica Federal, visando esclarecer de que forma estão sendo realizadas essas transferências de contas.

Parâmetros seguros para mensuração de custos

• **Representação formulada por Laboratório, contra Edital de licitação, na modalidade tomada de preços, instaurada por Prefeitura, objetivando a contratação de empresa para a prestação de serviços técnicos de exames de imagens de radiologia, constantes da Tabela SUS, com estimativa média mensal de 3800 exames/mês, mediante solicitação da Secretaria de Saúde do Município.**

(...) Não se mostra adequada a prévia inserção do valor global do ajuste na minuta do contrato, já que ainda não foram revelados os montantes que serão contratados pela Administração ao final do procedimento licitatório, de tal forma que deverá ser corrigido o item "2.2", da minuta do contrato.

Já no tocante aos valores da Tabela SUS para os procedimentos que serão contratados, esses devem constar do ato

convocatório, a fim de que existam parâmetros seguros para mensuração de custos com vistas à formulação das propostas, tendo em vista que o critério de julgamento será o do menor preço "...consubstanciado no maior desconto percentual oferecido sobre os valores da Tabela SUS..." (...).

TC-23129/05 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão do Tribunal Pleno de 24/8/05 - DOE de 1º/9/05, págs. 41/43. O E. Plenário julgou parcialmente procedente a representação formulada contra o Edital da tomada de preços, determinando à Prefeitura que proceda à correção do item 2.2 da minuta do contrato, bem como à inserção dos valores da Tabela SUS para os procedimentos que serão contratados, 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 art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93, para oferecimento das propostas, cessando, deste modo, os efeitos da medida liminar referendada pelo E. Plenário da Casa.

Determinou, outrossim, seja oficiado ao Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

Determinou, por fim, concluídas as providências e anotações de estilo, o encaminhamento do processo à Diretoria de Fiscalização competente, em subsídio à instrução de eventual contrato que venha a ser formalizado.

Pedido de desistência formulado por representante

• **Representação formulada por Empresa, contra tomada de preços, instaurada por Prefeitura, objetivando coleta, transporte e tratamento de resíduos sépticos de saúde do Município.**

Preliminarmente, quanto ao pedido de desistência formulado pela Representante, *não pode ser acolhido*, vez que recebida a representação por este Tribunal, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8666/93, a matéria deixa a esfera de pretensão exclusiva da Representante para tornar-se matéria de ordem pública, impondo-se a esta Corte o exame das impugnações, conforme competência fiscalizatória que lhe foi atribuída pelos arts. 70 e 71 da CF e arts. 32 e 33 da CE, muito embora a Representante tenha se contentado com as explicações oferecidas pela Prefeitura.

No mérito, a representação mostra-se de fato procedente. Quanto a:

Exigência de Certidão Negativa de Débito de Tributos Mobiliários e Imobiliários Estadual (ICM, ICMS, IPVA, ITBI - Causa Mortis, ITCMD e AIR). (...)

Ausência de valor estimado da contratação e quantidade de veículos que deverão ser utilizados na execução dos serviços (...).

Exigência que se relaciona ao item 7.2.21, que impõe a apresentação de documentos de terceiros que não integram diretamente a licitação, ou seja, "a comprovação de disponibilidade através de carta própria ou de carta de intenção de terceiros" (...).

TC-25085/05 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 14/9/05 - DOE de 22/9/05, págs. 36/39. O E. Plenário, em preliminar, não acolheu o pedido de desistência formulado pela Representante, e, quanto ao mérito, julgou procedente a representação formulada, determinando à Prefeitura que retifique os Itens 7.2.2.2 e 7.2.2.1 do Edital da tomada de preços, bem como todos os que com

eles guardem pertinência, devendo, também, constar o valor estimado da contratação e o número de veículos a serem disponibilizados, adequando-os às disposições legais que regem a matéria, republicando, em consequência, o novo texto editalício e reabrindo o prazo, nos termos do art. 21, § 4º, da LF nº 8666/93.

Consignando, outrossim, que o exame se restringiu aos pontos impugnados, recomendou à referida Prefeitura que, ao republicar o Edital, reanalise-o em todas as suas cláusulas para eliminar outras eventuais afrontas à legislação ou à Jurisprudência desta Corte de Contas, devendo o sr. Prefeito diligenciar no sentido de bem conduzir a licitação, de modo a não propiciar a postergação da contratação almejada e dar ensejo a novas contratações emergenciais.

Determinou, por fim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

Poderes da Comissão de Licitação

• **Representação formulada por Empresa, contra Edital de concorrência instaurada por Prefeitura, objetivando a contratação de empresa especializada na área de informática.**

Sem embargo da exposição dos motivos que a levaram a optar pela inserção dos critérios de julgamento das propostas, parece ao Relator a Administração licitante haver se excedido ao estabelecer “*graus de detalhamento, clareza, facilidade, visualização e padronização*”, sem contudo, discriminar como medir tais graus, ou mesmo em que se basearão os aspectos eleitos, já que não aferíveis objetivamente, porque de conteúdo mutável segundo a ótica do julgador, o que, a toda a evidência, pode dar margem a interpretações dúbias e favorecimentos indevidos.

Assim, tenho por descabido o estabelecimento de critérios dependentes, em última instância, do cotejo entre propostas, na busca da mais clara, mais fácil ou mais detalhada, transformando o certame em um jogo de azar e fazendo do acaso o parâmetro de escolha do vencedor.

Razão assiste, pois, à Representante quando impugna, por extensão, o *item 9.6.5.1.*, na medida em que outorga à Comissão Permanente de Licitação poderes para, *a seu critério*, desclassificar qualquer concorrente que não apresente capacidade técnica, financeira ou administrativa para a execução dos serviços.

Recordam, a respeito, Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino que “*sendo a licitação um procedimento administrativo por princípio vinculado à vontade da lei e não discricionário ao talante do gosto pessoal dos membros da Comissão, precisam esses últimos decidir assim ou assado porque o critério de julgamento é objetivo, e lhes manda fazer assim ou assado; não porque lhes pareça melhor julgar desta ou daquela maneira.*”

Procedem, pois, as impugnações apontadas (...).

TC-22013/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 17/8/05 - DOE de 26/8/05, págs. 28/31 - retificada em 1º/9/05, p. 43. O E. Plenário, consignando que a análise da matéria limitou-se aos pontos de controvérsia apontados pela Peticionária, julgou parcialmente procedente a representação formulada contra o Edital de concorrência, determinando à Prefeitura que proceda à retificação dos itens 4.2.1.2., 4.2.2.3., 4.2.2.4., 4.2.2.5., 4.2.4.1., 4.2.4.2., 4.2.5.1. e 4.2.3.2. do Anexo I e subitem

9.6.5.1 do item 9.6.5. do referido Edital, recomendando-lhe, também, fiel observância das prescrições da LF nº 8666/93, em especial as relativas ao artigo 21, § 4º.

Determinou, por fim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

O voto proferido pelo Relator foi publicado na íntegra na edição nº 113 desta Revista, Seção “Votos”, pág. 85/89.

Republicação de edital com as alterações determinadas e acréscimo de outros itens

• **Representação formulada por Empresa, contra Edital de concorrência pública, instaurada por Prefeitura, objetivando a prestação de serviços de coleta de lixo domiciliar, hospitalar, limpeza, lavagem e desinfecção de feiras livres, varrição, coleta de entulhos e outros serviços correlatos.**

O Edital da licitação em análise já foi alvo de impugnação pela mesma Representante, cuja decisão proferida por este E. Plenário, na sessão de 18/5/05, foi no sentido da procedência parcial, com determinação de retificação de itens atinentes à qualificação técnica (visita técnica e quantitativos exigidos) e republicação do Edital.

Conforme bem demonstrado pelos Órgãos Técnicos desta Corte, a nova versão do Edital lançado à praça, além de efetuar as alterações determinadas, *acrescentou outros itens à parcelas de maior relevância e alterou a planilha de serviços e preços.*

As impugnações que recaem sobre os acréscimos introduzidos no Edital, mostram-se, de fato, *parcialmente procedentes.*

A impugnação quanto à exigência de atestados relativos às especificidades de operação de aterro sanitário *é procedente.* A inovação trazida, com individualização de atividades, sem qualquer justificativa técnica plausível, realmente restringe a competitividade. O Relator já teve oportunidade de observar que forma bastante comum de vício no procedimento licitatório é exigência de atestados com especificidades tais que acabam eliminando qualquer possibilidade de disputa (...).

Procedente, também, a impugnação relativa a exigência *inovadora na nova versão do Edital*, de atestado de fornecimento para comprovação de capacitação técnico-profissional, notadamente fornecimento de manta em PDEA. É pacífica a Jurisprudência desta Corte, no sentido de que a experiência no fornecimento de materiais e equipamentos deverá ser demonstrada somente na aferição da qualificação técnico-profissional. A própria Prefeitura reconheceu a impropriedade da exigência, atribuindo-a como mero “erro material” (...).

Esgotadas as impugnações, o Relator passa a fazer algumas considerações que entende relevantes. Os serviços, objeto da presente licitação, estão sendo prestado sob *regime emergencial*, conforme contrato firmado em 1º/3/05, a findar-se em 31 de agosto p.f.

O Edital anteriormente lançado à praça, no mês de Março/05, trouxe exigências incompatíveis com o ordenamento jurídico, tanto que foi impugnado por esta Corte, em 18/5/05, a qual determinou sua correção. Note-se que não houve pressão por parte da Administração em atender aos reclamos desta Corte, tanto que requereu à época concessão de prazo suplementar de 20 dias para apresentar suas justificativas.

Após a decisão desta Corte, cabia à Administração, apenas, republicar o Edital com as correções determinadas, sendo que

sobre os termos daquela versão do Edital não caberia novas impugnações. Resolveu, então, a Administração inovar. O Edital sofreu novas impugnações, cujas incorreções, em parte, a própria Administração reconheceu.

Por óbvio, novo contrato emergencial deverá ser firmado, já que os serviços essenciais não podem sofrer solução de continuidade. Ao ver do Relator, a Administração Municipal não agiu com a diligência necessária a dar o tratamento urgente e necessário que requeria a situação, motivo este que justifica a aplicação de multa.

TC-21587/05 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 3/8/05 - DOE de 18/8/05, págs. 28/32. O E. Plenário, consignando que o presente exame se restringiu aos pontos impugnados, julgou parcialmente procedente a representação formulada, determinando à Prefeitura que retifique o subitem 3.1. "c.3" do Edital de concorrência pública, conforme apontado no voto do Relator, adequando-o às disposições legais que regem a matéria, devendo, em consequência, republicar o novo texto editalício e reabrir o prazo para apresentação de propostas, nos termos do § 4º, do art. 21, da LF nº 8666/93, com recomendações para que a referida Prefeitura, ao retificar o Edital, reanalise-o em todas as suas cláusulas, para eliminar outras eventuais afrontas à legislação ou à Jurisprudência desta Corte de Contas.

Decidiu, ainda, em face do contido no referido voto, aplicar ao sr. Prefeito multa em valor equivalente a 1000 (mil) UFESP's, nos termos do inciso II, do artigo 104, da Lei Complementar nº 709/93, a ser recolhida no prazo de trinta dias, consoante arts. 85 a 87 da referida Lei Complementar.

Determinou, por fim, seja oficiado à Representante e à Representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

• Prestação de contas de Executivo Municipal.

(...) Conquanto tenham sido observados os principais itens constitucionais, subsiste o desequilíbrio econômico financeiro.

Destaca o Relator que a execução orçamentária apresentou um déficit de 10,37%;

A dívida de curto prazo aumentou, passando de R\$1.248.428,28, em 2002, para R\$2.404.644,02, em 2003, ocasionada, principalmente, por inscrição de "Restos a Pagar", ao passo que os valores inscritos não contavam com disponibilidade financeira (R\$243.388,24);

Descumprimento da LC nº 101/00, arts. 20, inc. III, letra "b" e 71, quanto ao limite estabelecido, para despesas com pessoal, que atingiu 56,33% da receita corrente líquida.

Ausência de recolhimento dos encargos sociais ao Fundo de Previdência Municipal, desde de 1999. Conquanto a defesa noticie o parcelamento do débito, a Prefeitura não vem cumprindo o avençado, acumulando o débito em R\$2.735.927,60 (...).

TC-3000/03 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 13/9/05 - DOE de 21/9/05, págs. 26/30. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas da Prefeitura, com recomendações, à margem do parecer,

arquivamento dos expedientes mencionados no referido voto e determinação à Unidade Regional competente.

EXIGÊNCIA DE PROVA DE COMPROMISSO COM TERCEIROS

• **Contrato celebrado entre Serviço Autônomo de Água e Esgoto e Empresa, com vistas ao fornecimento de mão-de-obra e materiais para execução de serviços de extensão de rede e ligações de esgoto.**

É duplamente restritiva a cláusula 1.16.2. do Edital, que além de reclamar das licitantes não proprietárias do imóvel que servirá de canteiro de obras comprovação de disponibilidade mediante apresentação de opção de compra e venda ou de locação emitida pelo dono do estabelecimento, estabelece perímetro máximo para sua localização.

Nos termos do art. 30, § 6º da Lei nº 8666/93, a documentação destinada à comprovação da qualificação técnica deve se limitar à declaração formal da licitante de disponibilidade do local considerado essencial para o cumprimento do objeto, vedando-se a exigência de prova de compromisso com terceiros, já que tal prática restringe o universo de proponentes na medida em que as obriga a assumir compromisso de retorno incerto e com manifesto risco. Neste sentido, registre-se Jurisprudência deste Tribunal, de que são exemplos, os TC's-14472/026/03, 30459/026/01, 31681/026/01, 2269/004/02, dentre outros.

A delimitação do local e da capacidade do imóvel, no máximo a 15 Km do Paço Municipal, constitui de igual modo fator que limita a participação de interessados, a exemplo do decidido nos TC's- 12687/026/04 e 15192/026/03.

TC-24281/00 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 12/7/05 - DOE de 20/7/05, págs. 28/31. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública, o contrato e o termo em exame, bem como ilegal o ato determinativo da despesa, aplicando-se à espécie o contido no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC nº 709/93.

FRACIONAMENTO DE DESPESA

• **Contratos celebrados entre Legislativo Municipal e Empresas, objetivando a aquisição de materiais de construção, reforma, elétricos, mão-de-obra especializada e equipamentos.**

A instrução dos autos demonstrou que a Interessada, visando a execução de um único objeto, ou seja, reforma e ampliação da Câmara Municipal, utilizou-se da realização de vários convites e de duas dispensas de licitação, para adquirir diversos materiais destinados à execução dos referidos serviços, sempre de forma parcelada e de pequenos valores para fugir do certame licitatório correto.

Tal procedimento é contrário ao art. 23, § 5º da Lei nº 8666/93, caracterizando fracionamento da contratação.

Cabe destacar, que nas duas oportunidades que a Interessada teve para justificar sua conduta, a mesma não conseguiu demonstrar qual benefício adveio para a Administração com a realização de tal procedimento.

MAU USO DA CONTRATAÇÃO DIRETA

• Recurso Ordinário interposto por Instituto, contra r. decisão da E. Primeira Câmara que julgou irregular dispensa de licitação e contrato.

Para se conferir legalidade à modalidade de dispensa do certame licitatório escolhido pela Municipalidade, mister se faz a presença, também, dos requisitos apontados no art. 26 da Lei nº 8666/93, entre os quais a realização de pesquisa que, no caso, deve refletir a compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, bem como a razão da escolha da contratada. Tais condições não podem ser olvidadas, sob pena de transpor os limites do poder discricionário da Administração (...).

Ora, a documentação trazida à colação pelo Instituto não permite aferir com segurança se os preços praticados eram compatíveis com os de mercado. Por outro lado, o caráter subjetivo da finalidade e prioridade com que foram apresentados os motivos da contratação só reforça o descumprimento do dispositivo legal apontado, o que leva o Relator a propor o desprovimento do recurso.

Por outro lado, não pode deixar de tecer algumas considerações acerca dessa matéria, diante de um certo abuso que tem observado nas contratações da espécie, que têm proliferado em muitos setores da Administração Pública. O que preocupa o Relator é o mau uso da contratação direta de *“instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional”*, já que, na realidade, a finalidade por trás dela é outra, de simples prestação de serviços diversos e que, por vezes, poderiam configurar usurpação de competências próprias da gestão pública.

Não cabe aqui questionar a capacidade, a notória especialização do Instituto, bem como sua decisão de ampliar o leque de serviços que presta, fato que o levou a se transformar, a partir de 1997, em *Instituto de Negócios*.

Mas não pode deixar de observar que essa amplitude do objeto societário poderá descaracterizar a finalidade específica de instituição dedicada à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional, inviabilizando, assim, sua contratação direta pela Administração Pública, à vista da *“necessidade de um vínculo de pertinência absoluta entre a função da instituição e o objeto da avença com a Administração”*, na preleção de *Marçal Justen Filho* sobre os requisitos para as contratações com base no indigitado inciso.

De qualquer modo, nos cabe verificar se os serviços contratados e efetivamente prestados ao Poder Público não refogem do contorno delineado na regra de exceção inserta no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8666/93 e, por isso, se o ajuste não se destina a fraudar a regra geral da licitação pública, guindada a princípio constitucional - art. 37, XXI, da CF e art. 2º da Lei de Licitações (...).

Ademais, não se pode perder de vista a intenção do legislador no que concerne à introdução, no Estatuto das Licitações, do dispositivo referenciado, não contemplado pela norma anterior, o Decreto-lei nº 2300/86 (...).

Destarte, não é possível qualquer contratação com fundamento no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8666/93 que não tenha por objeto o desenvolvimento científico, a pesquisa ou a ca-

Outra falha que macula as contratações ora examinadas é a falta de projeto básico, visto que tal omissão prejudicou a viabilidade e a conveniência da execução da obra, impedindo uma real visão dos gastos a serem despendidos e se havia disponibilidade financeira para tanto e, principalmente, se a compra de forma fracionada ou parcelada como alega a Interessada, foi mais ou menos onerosa para a Administração (...).

TCs-1314/04 a 1326/04 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 16/8/05 - DOE de 24/8/05, págs. 28/32 - retificada no DOE de 31/8/05, p. 43. A E. Câmara julgou irregulares os convites, as dispensas de licitação e os contratos decorrentes, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, aplicando-se à espécie o contido 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, sob pena de remessa dos processos ao Ministério Público.

LIMITES IMPOSTOS PELA EC Nº 25/00 PARA O SUBSÍDIO DO PRESIDENTE DE LEGISLATIVO MUNICIPAL

• Recurso Ordinário interposto por ex-Presidente de Câmara Municipal, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que determinou ao Responsável a restituição ao erário de quantia recebida indevidamente a título de subsídio, com os devidos acréscimos legais.

Quanto ao mérito, o Relator entende que deva prevalecer o respeitável julgamento de primeiro grau.

Como já exposto no relatório que antecede este voto, o Recorrente insurge-se quanto à determinação de devolução da quantia de R\$7.644,00, cujo valor, embora estivesse de acordo com as regras constantes da lei que o fixou, ultrapassou o limite imposto pela EC nº 25/00.

Lembro que essa questão ficou definitivamente dirimida quando esta Corte de Contas, respondendo a consulta formulada por Presidente de Câmara Municipal, objeto do TC-18801/026/01- publicada na edição nº 105 desta Revista, págs. 33/40, divulgou sua posição no sentido de que o subsídio do vereador investido no cargo de presidente da câmara pode ser diferenciado, desde que sejam respeitados, dentre outros, os limites da EC nº 25/00.

Como neste caso a remuneração paga ao Presidente superou um dos limites supracitados, qual seja, o de 30% do subsídio dos deputados estaduais (previsto no inc. VI, alínea “b”, do art. 29 da CF), a quantia recebida em excesso deve ser restituída aos cofres municipais, em face de assente Jurisprudência desta Corte

TC-182/02 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 14/9/05 - DOE de 22/9/05, págs. 36/39. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, confirmando-se, em todos os seus termos, o v. Acórdão recorrido.

pacitação tecnológica ou que a instituição contratada não se dedique à recuperação social do preso. Qualquer outra finalidade do ajuste direto, ainda que o objeto social da instituição abarque aquelas atribuições, estará irremediavelmente inquinado de irregularidade e, por conseguinte, o agente público responsável e o beneficiado da avença se sujeitarão à pena de detenção e multa prevista no art. 89 da lei de regência (...).

TC-31187/01 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 6/7/05 - DOE de 14/7/05, págs. 41/43. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, ficando mantido o v. Acórdão recorrido.

O voto proferido pelo Relator foi publicado na íntegra na edição nº 113 desta Revista, Seção “Votos”, págs. 107/110.

MODALIDADE LICITATÓRIA NÃO PREVISTA NA LEI

• **Representação formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a respeito do Edital de chamamento realizado por Prefeitura, objetivando o cadastramento de empresas interessadas na execução de obras, serviços de pavimentação asfáltica e afins.**

A instrução dos autos demonstrou que o certame em tela processou-se com diversas irregularidades, notadamente quanto à restritividade da exigência contida no item 1.1 do Edital, que atribuiu 50 pontos à empresa com sede ou estabelecimento já instalado nos limites do Município.

Também não vejo como acolher os argumentos ofertados no tocante à nomeação da licitação de “edital de chamamento”, modalidade não prevista na Lei nº 8666/93, contrariando o disposto nos seus arts. 3º, § 1º, I, e 22, § 8º.

Por fim, não restou adequadamente comprovada a economicidade do ajuste.

TC-1539/00 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 5/7/05 - DOE de 13/7/05, págs. 54/58. A E. Câmara, considerando procedente a representação formulada, julgou irregulares a licitação na modalidade Edital de Chamamento e o contrato, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Determinou, outrossim, seja oficiado ao Subscritor da inicial, dando-se-lhe ciência da presente decisão.

NÃO ESPECIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS

• **Contrato celebrado entre Prefeitura e Empresa, objetivando o fornecimento de mão-de-obra, de serviços gerais, na quantidade de até 400 servidores, para execução de serviços diversos juntos aos Centro de Educação e Recreação, Unidades de Ensino Fundamental, Centros Municipais de Saúde, Prontos Socorros, Praças Esportivas e Recreativas, Cemitérios e outros.**

(...) A matéria em apreço encontra-se comprometida pelas irregularidades do Edital e impropriedades cometidas nas fases do processo seletivo.

Como bem enfatizaram os Órgãos opinativos, o rompimento da relação contratual não se revela suficiente, nem hábil para eliminar as graves e múltiplas infrações ao diploma licitatório, mesmo porque a avença gerou despesas, restando feridos os princípios fundamentais, como o da Legalidade, Publicidade e Isonomia (...).

Ainda que superadas algumas questões, porque devidamente justificadas ... , outros aspectos impõem a reprovação dos atos aqui analisados.

Refere-se o Relator, principalmente, às omissões verificadas, como a não especificação dos serviços a serem prestados e a falta de quantificação do pessoal por período e tipo de serviço, prejudicando a aferição da proposta mais vantajosa.

Essa indefinição, certamente, acabou provocando muitas dúvidas e diversos pedidos de esclarecimentos por parte das licitantes, e mesmo alterações no Edital, já que tais dados produziam reflexos diretos na composição dos custos dos serviços.

É muito provável que seja esse o motivo de ter havido comprometimento na efetiva participação no processo seletivo, na medida em que 12 empresas adquiriram o Edital, mas somente 4 apresentaram os envelopes contendo a documentação de habilitação e proposta comercial.

Depreende-se dos elementos processuais que foram examinadas as propostas de 3 licitantes, conforme se observa na grade comparativa constante nos autos, cujos preços unitários apresentam razoável discrepância em relação aos da empresa que ofereceu os menores valores unitários.

Como se vê, a falta de parâmetros objetivos tanto da dimensão do objeto, como de seus custos, influenciou no universo de proponentes, induzindo, ainda, à conclusão de que o procedimento acabou privilegiando a proponente vencedora, por ter sido contratada no ajuste anterior (TC-2358/010/99).

As alterações efetivadas no instrumento convocatório e somente comunicadas às empresas que o retiraram, sem nova divulgação na imprensa e reabertura do prazo para oferecimento de proposta, constituem ofensa à regra do § 4º, do art. 21, do diploma licitatório, na medida em que foram implementadas modificações, como a exclusão do Anexo II, relacionadas, em parte, com os questionamentos efetuados pelas participantes acerca dos custos da mão-de-obra a ser fornecida.

No tocante à exigência editalícia de que a empresa abraze filial no Município, considera o Relator, igualmente, inaceitáveis as justificativas da Origem, uma vez que imposições da espécie limitam e direcionam a participação no certame, além de, obviamente, atentar para a economicidade, pois a instalação de escritório acarreta aumento nos custos dos serviços, que, por certo, será agregado ao valor final da proposta.

Da mesma forma, afigura-se irregular a previsão de reajuste com base nos índices e percentuais da categoria profissional contida na cláusula quinta do contrato, já que o procedimento representa clara ofensa à norma que estipula o prazo de 12 meses para qualquer reajustamento contratual.

As demais imperfeições anotadas, como a ausência de cláusulas essenciais no ajuste, só vêm agravar o rol de ilegalidades cometidas, não comportando relevação.

TC-1408/00 - Rel. Subst. de Cons. Wallace de Oliveira Guirelli - Sessão da 1ª Câmara de 12/7/05 - DOE de 20/7/05, págs. 28/31. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência

pública, o contrato decorrente e as despesas geradas durante sua vigência, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Decidiu, outrossim, por violação aos Princípios da Isonomia, Legalidade, Publicidade e do julgamento objetivo previsto no art. 3º da Lei nº 8666/93, aplicar multa ao Prefeito, autoridade que assinou o contrato, em valor equivalente a 1000 (um mil) UFESP's, com fundamento no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, fixando-se o prazo de trinta dias para o recolhimento.

PAGAMENTO DE SERVIÇOS SEM A COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO

• Recursos Ordinários interpostos por ex-Presidente de Câmara Municipal, contra decisão da E. Primeira Câmara que julgou irregulares contrato, termo aditivo, rescisão em exame, bem como ilegal ato determinativo da despesa.

As razões oferecidas não afastaram as detectadas impropriedades dos procedimentos, nas quais se assentaram os decretos de irregularidade exarados.

Persistem não abaladas as constatações de prejuízo ao erário em decorrência da digitalização de documentação em duplicidade e de *pagamento por serviços cuja realização não restou extreme de dúvida.*

Assim, embora a contratação atendessem ao interesse público, sua execução revelou-se não coadunada ao Princípio da Economicidade, posto que ensejou indevida duplicidade de digitalização de documentos, quando a informática propicia, como anotado por Órgão Técnico, recursos e técnicas práticas e fáceis de controle e extração de cópias.

Também, por descuidada fiscalização, tornou-se potencialmente desvantajosa ao erário, na medida em que levou a pagamento por serviços não comprovadamente realizados, como apurado na diligência efetuada na instrução deste procedimento recursal. Essa análise técnica evidenciou erro na nomeação dos arquivos de CD-Rom, cujo conteúdo os Requerentes ora invocam, e também indevida armazenagem de arquivos em mais de uma mídia ótica.

As argumentações dos ora Recorrentes não bastaram para arrear essas falhas, que inquinaram de grave vício o contrato e sua execução.

TCs-1399/96 a 1403/96 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 6/7/05 - DOE de 14/7/05, págs. 41/43. O E. Plenário conheceu dos Recursos Ordinários interpostos e, quanto ao mérito, negou-lhes provimento, mantendo-se, integralmente, os vv. Acórdãos recorridos.

PAGAMENTO INDEVIDO DE SESSÕES EXTRAORDINÁRIAS

• Prestação de contas de Legislativo Municipal.

As contas não estão em condições de receber manifestação de regularidade, por conta das falhas apontadas no relatório de auditoria, que não foram afastadas com a juntada de defesa, especialmente:

a) Despesas com Auxílios, Encargos Gerais de Gabinetes, no montante de R\$ 269.434,88, concedidas através de Resolução, com afronta ao dispositivo constitucional (art. 39, § 4º, da CF), devendo tal numerário ser devolvido aos cofres públicos, consoante Jurisprudência firmada por esta Colenda Câmara (TC-326/026/01); e

b) Pagamento indevido de sessões extraordinárias, não só pela inobservância do Princípio da Anterioridade, como também pela Lei Orgânica do Município, que veda o pagamento de sessões extraordinárias, exceção feita no período de recesso (...).

TC-1456/03 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 20/9/05 - DOE de 28/9/05, págs. 33/37. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, letras “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal, com recomendação.

Determinou, outrossim, ao Presidente da Câmara que adote providências no sentido do recolhimento das importâncias impugnadas pela auditoria da Casa, com os devidos acréscimos legais, devendo a guia de recolhimento ser encaminhada a este Tribunal, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem que se dê conhecimento das providências adotadas, transitado em julgado o prazo para recurso da presente decisão, e expedida a notificação de praxe, cópia de peças dos autos deverá ser encaminhada ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.

PAGAMENTO NO ATO DA ASSINATURA DO CONTRATO, DE 20% DO VALOR TOTAL

• Contrato firmado entre Prefeitura e Instituto, objetivando a contratação de consultoria técnica especializada, visando a promoção de cursos, oficinas e assessorias especializadas envolvendo a Secretaria Municipal de Educação e os profissionais do Ensino.

(...) Em face do teor do art. 26 da Lei de Licitações, os Interessados não lograram demonstrar a compatibilidade dos preços contratados com os de mercado, nem tampouco foi demonstrado que os custos dos serviços avençados justificavam o valor ajustado entre as partes.

A par de eventual dificuldade em efetuar comparativo de preços, não há informação nos autos que explique como se chegou ao valor contratual.

Outro ponto questionado referiu-se à estipulação do pagamento, no ato da assinatura do contrato, de 20% do valor total, o que infringiu o art. 62 da Lei 4320/64. A Prefeitura não soube justificar com argumentos sólidos e convincentes tal antecipação, limitando-se a discorrer sobre a necessidade de dispor de “um valor com o qual o contratado poderá cobrir eventuais gastos iniciais até a conclusão dos serviços”.

Também não foi esclarecido a contento o fato de terem sido realizados e pagos serviços que não estavam previstos contratualmente. Aqui mais uma vez as justificativas foram evasivas e não enfrentaram diretamente o assunto.

Por outro lado, importante registrar que este contrato se assemelha em tudo aquele tratado no TC-31187/026/01, firmado anteriormente a este, entre as mesmas partes (publicado na íntegra na edição nº 111 desta Revista, págs. 92/95).

Naquela ocasião, acolhendo o voto do ilustre Relator Robson Marinho, foi negado provimento ao Recurso Ordinário interposto, tendo em vista, dentre outras questões abordadas, a falta de justificativa para o preço praticado.

TC-12870/02 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 2/8/05 - DOE de 17/8/05, págs. 26/29. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Determinou, outrossim, à vista do teor do expediente TC-6444/026/03, seja oficiado ao Sr. Desembargador, dando-se-lhe ciência da presente decisão.

PAGAMENTO POR INDENIZAÇÃO DAS SESSÕES EXTRAORDIÁRIAS AOS SENHORE EDIS

• **Recurso interposto por ex-Presidente de Câmara Municipal, contra r. decisão da E. Segunda Câmara que determinou recolhimento das importâncias recebidas indevidamente pelos agentes políticos.**

(...) A Lei nº 339/00, que dispôs sobre a fixação dos subsídios dos Vereadores e Presidente da Câmara do Município, para a legislatura de 2001 a 2004, estabeleceu, em seu art. 7º, o pagamento por indenização das Sessões Extraordinárias aos senhores Vereadores, observado o limite de quatro sessões mensais, em períodos de recesso parlamentar.

A despeito do ato de fixação disciplinar acerca do pagamento de tais sessões, não restou estabelecida na referida legislação a correspondente remuneração pela participação nas mesmas, para as quais se pagou, aleatoriamente, a quantia de R\$500,00, ou seja, 50% dos subsídios fixados aos Vereadores. Agrava a situação exposta, o fato de que a lei autorizadora fora editada após o conhecimento do resultado do pleito imediatamente anterior, ferindo frontalmente os Princípios Constitucionais da Impessoalidade e da Moralidade.

Ademais, a sessão especial em foco, convocada para promover a eleição da Mesa Diretora do Legislativo para o exercício de 2002, cuidou de matéria absolutamente previsível no mister da Câmara e poderia acontecer normalmente durante o período legislativo.

Oportuno salientar que, a despeito de restar caracterizada a necessidade de reparação dos cofres municipais, considero ponderável o pleito do ex-Chefe do Legislativo quando reclamou a responsabilização individualizada dos Agentes Políticos envolvidos (...).

TC-652/01 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão do Tribunal Pleno de 27/7/05 - DOE de 4/8/05, págs. 30/32. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, deu-lhe provimento parcial, para o fim de considerar regulares os pagamentos de indenizações trabalhistas, mantendo-se os termos da r. decisão recorrida no que diz respeito às importâncias recebidas indevidamente pelos agentes políticos, consignando, expressamente, que cabe ao atual Presidente da Câmara a adoção de providências junto aos ex-Vereadores, no sentido da devolução das quantias individualmente percebidas a maior, na conformidade dos cálculos demonstrados por Órgão Técnico, com as devidas atualizações.

PREÇO OFERTADO PELA LICITANTE ACIMA DO VALOR ESTIMADO

• **Contrato celebrado entre Prefeitura e Empresa, tendo por objeto a prestação de serviços de enriquecimento tecnológico dos cursos de língua inglesa nas escolas da Prefeitura.**

Os elementos constantes da instrução deste processo apontam para um desfecho desfavorável à Contratante. Com efeito, embora parte das falhas apontadas possa ser relevada porque justificadas pela Origem, outras remanescem inalteradas, maculando a licitação e o contrato em exame (...).

A ausência de pesquisa de preços; as divergências existentes entre o conteúdo do Edital e o do contrato, relativas à periodicidade e à fórmula de reajuste; a garantia contratual exigida em discordância com a lei; a prevalência do contrato sobre as normas constantes do Edital; a falta de critérios objetivos para o julgamento das propostas técnicas; os preços da proposta muito acima do valor estimado constituem práticas administrativas que se contrapõem às normas constantes da legislação que regem os procedimentos licitatórios.

Tudo indica que parte dessas falhas tenha afastado do certame outras potenciais empresas prestadoras dos serviços licitados. Creio, mesmo, que a estimativa de preços, elaborada de forma irreal, provavelmente bem abaixo do valor de mercado, tenha sido a grande responsável pelo desinteresse no certame. É que os serviços pretendidos tinham um componente expressivo em termos de investimento, concernente ao fornecimento de um grande número de computadores - um para cada dois alunos matriculados na rede municipal de ensino, que já no ano de 2000 era composta 4.635 estudantes.

Assim, a participação de uma única proponente indica a própria negativa da existência de concorrência, modalidade sob a qual foi promovida a licitação, impedindo, na prática, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como exige a lei. *Ademais, restou evidenciada a falta de economicidade do ajuste, uma vez que foi aceito o preço ofertado pela licitante, de nada menos do que 352,42% acima do valor estimado.* Era o caso de desclassificação sumária da proposta e não de adjudicação e contratação da única empresa participante.

Fica, pois, evidente a transgressão aos postulados inscritos no art. 3º da LF nº 8666/93, em especial os que visam a proteger os princípios básicos da Legalidade, Impessoalidade, Igualdade, Publicidade, da Vinculação ao Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo das Propostas.

TC-1708/00 - Rel. Subst. de Cons. Sérgio Ciquera Rossi - Sessão da 1ª Câmara de 19/7/05 - DOE de 27/7/05, págs. 15/19. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública e o contrato, bem como ilegais as despesas decorrentes, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

PREÇOS PRATICADOS NOS ADITAMENTOS

• **Termo de Aditamento e Termo de Reti-Ratificação subsequentes a contrato, firmados entre Serviço Municipal de Saneamento Ambiental e Empresa.**

(...) Os esclarecimentos apresentados pela Origem, apesar de justificarem o acréscimo dos serviços, não foram capazes de refutar as incongruências relativas aos preços praticados nos aditamentos do objeto contratado.

No caso, ainda que tenha havido o ressarcimento da quantia paga a maior, consoante elementos constantes do processo, o preço pactuado, que compõe os acréscimos dos serviços, foi levado a efeito pelos instrumentos ora analisados no valor de R\$7,35 para o homem/hora, de acordo com informações do próprio Serviço Municipal de Saneamento Ambiental.

Acontece que tal valor, que era de R\$7,00 para os mesmos serviços no contrato original, fora corrigido irregularmente, no importe de 5% (cinco por cento), por meio do 1º Termo de Aditamento já julgado e condenado, definitivamente, por este Tribunal.

O Princípio da Acessoriedade, na espécie, há que ser aplicado, pois, no caso concreto, os preços passaram a ser executados com valores anteriormente reprovados pela Corte.

Resulta clara a incúria do agente público, na condução administrativa, vez que caberia àquela Autarquia realizar a correção dos valores declarados irregulares, e não continuar a praticá-los, contrariando, por conseguinte, os Princípios da Legalidade e da Eficiência estabelecidos pelo “caput”, do art. 37, da Carta Magna, bem como pelo “caput”, do art. 3º, da Lei de Licitações.

TC-18231/00 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão da 1ª Câmara de 27/9/05 - DOE de 5/10/05, págs. 41/44. A E. Câmara julgou irregulares o 2º Termo de Aditamento e o Termo de Reti-Ratificação, subsequente, acionando-se o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

Decidiu, outrossim, nos termos do art. 104, inc. I, da referida Lei Complementar, aplicar multa de 500 (quinhentas) UFESP's ao sr. Diretor Superintendente do Serviço Municipal de Saneamento Ambiental e autoridade que firmou os respectivos instrumentos à época, por violação do “caput”, do art. 37, da CF e do “caput”, do art. 3º, da Lei nº 8666/93, fixando-lhe o prazo de trinta dias para atendimento.

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

• Prestação de contas de Legislativo Municipal.

As contas não estão em condições de receber manifestação de regularidade, por conta do pagamento a maior feito ao senhor Presidente da Câmara.

A alteração do subsídio do Presidente da Câmara no curso da legislatura desrespeitou o Princípio da Anterioridade previsto no art. 29, VI da CF.

Se não bastasse isso, a lei que concedeu o aumento do subsídio foi editada em dezembro de 2003, e os pagamentos ocorreram durante todo o exercício (...).

TC-1324/03 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 30/8/05 - DOE de 14/9/05, págs. 31/35. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, letras “b” e “c”, da LC nº 709/93, julgou irregulares as contas da Câmara Municipal, com recomendações.

Decidiu, outrossim, com base nos arts. 30, §§ 1º e 2º, e 31, da referida Lei Complementar, condenar o Responsável ao recolhimento da importância impugnada, no prazo de trinta dias, consignando, se houver o descumprimento do determinado, que os autos sejam remetidos ao Ministério Público, após o trânsito em julgado, para as providências de sua alçada.

PUBLICAÇÕES DESTINADAS À PROMOÇÃO PESSOAL

• **Representação formulada por Prefeito, informando possíveis irregularidades praticadas na gestão anterior, relacionadas com pagamentos de publicações de atos oficiais e de notícias de interesse do Município.**

O conjunto de falhas detectadas nos autos é suficiente para configurar a procedência da representação.

Com efeito, as justificativas ofertadas pelo Interessado não esclareceram a falta de certame licitatório para contratação de Jornal durante o exercício analisado; a falta de licitação e de contrato para respaldar as despesas realizadas com o outro Jornal durante os exercícios de 1993 a 1996; as divergências apuradas, ainda que pequenas, entre os valores pagos e os efetivamente devidos, já que a quantidade de centímetros de coluna constantes das notas fiscais não conferem com a medição efetuada pela auditoria; e as despesas impróprias realizadas com publicações de nítida promoção pessoal.

Quanto às falhas atinentes à contratação de Jornal, em que pese ter sido precedida de certame licitatório na modalidade convite, a despesa respectiva também não pode ser considerada regular, em face das divergências constatadas entre os valores devidos e os pagos por centímetro-coluna, assim como pelo conteúdo de algumas das publicações, de caráter eminentemente promocional da pessoa do Chefe do Executivo. Além disso, após referida contratação, a Administração continuou a publicar matérias em outro Jornal, também participante do certame, mas que não se sagrou vencedora por cobrar preços superiores.

(...) O Responsável pelas despesas está a merecer, pelo conjunto das irregularidades verificadas, uma penalidade pecuniária, além de ser condenado a devolver ao erário municipal os valores despendidos com publicações destinadas à promoção pessoal, constantes dos autos (...).

TC-1963/97 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 27/9/05 - DOE de 25/10/05, págs. 41/44. A E. Câmara julgou procedente a representação formulada e ilegais as despesas efetuadas com promoção pessoal, condenando-se o responsável, ex-Prefeito, a devolver aos cofres municipais os valores concernentes a publicações, com os devidos acréscimos legais, bem como a recolher ao Fundo Especial de Despesa, deste Tribunal, no prazo de trinta dias, multa em valor equivalente a 200 (duzentas) UFESP's, com fundamento no inc. II do art. 104 da LC nº 709/93, aplicando-se à espécie o disposto nos incs. XV e XXVII do art. 2º da referida Lei Complementar, com recomendação.

Determinou, outrossim, seja encaminhada cópia da presente decisão ao representante do Ministério Público do Município, como requerido nos autos.

QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL

• **Contrato celebrado entre o Serviço Municipal de Saneamento Ambiental e Empresa, objetivando a execução de obras dos sistemas de esgotamento sanitário e de abastecimento de água de bairro daquele Município.**

De fato as irregularidades apontadas são graves e relevantes.

O Edital em seu item 3.4.3.3.1.1 embora tenha permitido o somatório dos quantitativos constantes de todos os atestados apresentados para a comprovação de qualificação técnico-operacional, exigiu que os contratos atinentes tivessem sido executados na mesma época, ou seja, que a empresa licitante comprovasse a realização de diversas obras no mesmo espaço de tempo, extrapolando o disposto no art. 30, inc. II, da LF nº 8666/93, pois não se limitou à mera comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos.

Ademais, incontesti que tal imposição contrariou frontalmente o art. 30, § 5º, do Estatuto Licitatório, restringindo a participação de um maior número de proponentes, haja vista que trinta e nove empresas retiraram o Edital e somente seis participaram, das quais três foram habilitadas, duas inabilitadas e uma desistiu do certame.

Além disso, restou constatada a veracidade de que a Municipalidade não possuía recursos orçamentários suficientes à cobertura das despesas contratuais, infringindo a regra disposta nos arts. 7º, § 2º, inc. III, e 14, da LF nº 8666/93.

Tanto é verdade que somente foi empenhado parte dos recursos contratuais, estando aquém do necessário, com clara transgressão à norma imposta no art. 60 da LF nº 4320/64.

E, ainda, o ato da adjudicação antecedeu ao ato de homologação e realizada por pessoa incompetente para tanto, desrespeitando o contido no art. 43, inc. VI, do Estatuto Licitatório.

Por fim, considerando o extenso rol de impropriedades constatadas, resta claro que a Administração do Serviço Municipal de Saneamento Ambiental utilizou-se da fixação de cláusulas em desconformidade à lei, tornado o procedimento viciado, na medida que logrou afastar eventuais interessados, assim como alijou quase a totalidade dos que participaram, impossibilitando, o alcance da melhor proposta.

TC-10145/03 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 20/9/05 - DOE de 28/9/05, págs. 33/37. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública, o contrato e os termos aditivos em exame, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Determinou, outrossim, a remessa de cópias de peças dos autos ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.

Decidiu, por fim, com fundamento no art. 104 da referida Lei Complementar, aplicar ao sr. Diretor Superintendente à época dos fatos, multa no valor equivalente a 200 (duzentas) UFESP's, a ser recolhida no prazo de trinta dias, devendo ser expedida notificação, nos termos do art. 86 da citada Lei Complementar.

RECOLHIMENTO DE TAXAS DE INSCRIÇÃO DE CONCURSO

• **Representação formulada por Vereadores de Legislativo Municipal, informando possíveis irregularidades praticadas por Executivo Municipal na contratação direta de Empresa.**

As irregularidades noticiadas pelos Representantes confirmaram-se durante a instrução dos autos.

Em que pesem as justificativas oferecidas pela Origem, a Contratada, desrespeitando determinação constante no Edital, recebeu diretamente taxas de inscrição de alguns candidatos.

De sua parte, a Prefeitura, descumprindo as regras estabelecidas na LF nº 8666/93, dispensou a licitação.

Sobre essa questão, aliás, o Relator acolhe integralmente a manifestação da Auditoria.

O dispositivo legal citado no parecer da Procuradoria Jurídica - art. 24, inc. II, da mencionada lei, faz pressupor que a contratação não ultrapassaria R\$8.000,00. Todavia, segundo a documentação constante dos autos o valor recebido pela Contratada, com as inscrições para os dois concursos atingiu R\$15.915,00.

TCs-6680/03 e 473/05 - Rel. Subst. de Cons. Carlos Alberto de Campos -Sessão da 2ª Câmara de 2/8/05 - DOE de 17/8/05, págs. 26/29. A E. Câmara julgou irregulares a dispensa de licitação e o contrato decorrente (TC-473/007/05), aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Decidiu, em consequência, considerar procedente a representação formulada (TC-6680/026/03), determinando a expedição de ofícios aos Representantes, bem como ao Sr. Promotor de Justiça do Município, subscritor do ofício constante dos autos, comunicando o decidido neste processo, com encaminhamento do presente voto, bem como do Acórdão correspondente.

Determinou, por fim, ao Cartório do Relator, tendo em vista que os fatos ora examinados não influenciam no exame dos concursos públicos realizados, que providencie a tramitação autônoma dos TCs-766/007/05 e 1077/007/04 e posterior encaminhamento ao Gabinete do Relator, para prosseguimento da instrução e análise.

RESCISÃO CONTRATUAL

• **Contrato celebrado entre Serviço Autônomo de Água e Esgoto e Empresa, objetivando o fornecimento mensal de tíquete alimentação para servidores públicos municipais.**

O exame realizado pelos Órgãos de Instrução e Técnicos apontou a ocorrência de falhas importantes, relacionadas à habilitação e posterior contratação de Empresa que apresentava grau de endividamento muito superior ao estabelecido no Edital (malgrado o não atendimento do mesmo subitem editalício tenha determinado afastamento de outra proponente), a não publicação do Edital em jornal de grande circulação e a exigência, para habilitação técnica, de credenciamento junto ao Programa de Alimentação do Trabalhador.

Não obstante a natureza grave das impropriedades, nota-se que a Origem, muito embora tenha assumido estas ocorrências, não se preocupou em adotar qualquer medida preliminar para apuração de responsabilidades.

Com efeito, restringiu seu procedimento à invalidação dos atos quando, na hipótese, se fazia necessária a elaboração de Termo de Rescisão; afinal, o ajuste havia surtido efeitos e gerado despesas por mais de dois anos (...).

Até o momento não há notícias de que o Serviço Autônomo de Água e Esgoto tenha elaborado o termo resolutivo e efetivamente posto fim ao vínculo contratual com a Empresa Administradora de Cartões de Crédito.

Quanto às demais irregularidades, ainda que pudessem ser objetos de excepcional tolerância se verificadas isoladamente, no presente caso apenas contribuem para agravar o panorama processual.

TC- 1407/03 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 23/8/05 -DOE de 31/8/05, págs. 36/39. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública, o contrato e ilegais as despesas decorrentes, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

Decidiu, ainda, nos termos do art. 104, III, da referida Lei Complementar, aplicar multa de 500 (quinhentas) UFESP's ao sr. Superintendente do Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município.

REUNIÃO POLÍTICO-PARTIDÁRIA

• Prestação de contas de Legislativo Municipal.

(...) No que toca à participação de três Vereadores em Encontro Nacional de Vereadores e Deputados Estaduais, muito embora a defesa ateste que se trata de atividade parlamentar revertida em proveito dos cidadãos, os elementos constantes dos autos comprovam que se efetuou reunião político-partidária, cujas despesas não deveriam ser suportadas pela Câmara Municipal.

Os dispêndios com folha de pagamento excederam os parâmetros estabelecidos pela CF (art. 29-A, § 1º), o que por si só é motivo para rejeição das contas em apreço.

Destaco que, consoante entendimento pacífico desta Câmara, a base de cálculo utilizada para apurar os dispêndios com folha de pagamento é a receita efetivamente realizada no exercício.

Por derradeiro, no que tange à remuneração dos agentes políticos, pautou-se o Legislativo, nos termos da defesa, em certidão emanada pelo IBGE, no sentido de que a população do Município, em julho de 2003, era de 51.406 habitantes.

A respeito, asseverou Órgão Técnico, com acerto, que os limites impostos pelo art. 29, VI, da CF para cálculo da remuneração dos Vereadores dependem do número de habitantes do Município à época da expedição do ato fixatório, no caso vertente, o ano de 2000.

TC-1251/03 - Rel. Subst. de Cons. Carlos Alberto de Campos - Sessão da 2ª Câmara de 23/8/05 - DOE de 31/8/05, págs. 36/39. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. III, alíneas “b” e “c” da LC nº 709/93, julgou irregulares

as contas da Câmara Municipal, exceção feita aos atos pen- dentes de apreciação por este Tribunal, com determinação à auditoria competente da Casa.

Determinou, outrossim, ao atual Chefe do Poder Legislativo que adote providências no sentido da restituição ao erário, atualizada pelo índice IPC-FIPE até a data do recolhimento, das quantias mencionadas no voto do Relator, despendidas com Encontro Nacional de Partido Político, bem como das verbas pagas a maior aos Vereadores e ao Presidente da Câmara no exercício de interesse, conforme cálculos da auditoria. Após o trânsito em julgado, o processo será encaminhado ao Cartório, nos termos e para os efeitos do art. 86 da LC nº 709/93 e, não sendo comprovado o recolhimento, ao Ministério Público para as providências de sua alçada.

SALDO DAS CONTAS DE RECURSOS ADICIONAIS VINCULADAS AO ENSINO

• Contas de Executivo Municipal.

Mesmo que observado o crescimento da receita, bem como superávit orçamentário de 2,5% no exercício pretérito, constatou-se elevado déficit da execução orçamentária de 10,9%. Ressalte-se que, após os alertas expedidos nos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º bimestres de 2003, deixou o Responsável de adotar medidas de contingenciamento das despesas previstas no art. 9º da LRF.

Demais, além do déficit financeiro de R\$300.893,73, verificou-se sensível crescimento de 123,11% da dívida fluante em relação ao período anterior, decorrente da falta de pagamento do montante inscrito em “Restos a Pagar” em 2002. Já no período examinado (2003), além do cancelamento de empenhos processados, notou-se crescimento de 118,44% da importância inscrita em “Restos a Pagar” em relação a 2002, para a qual não havia disponibilidade financeira que pudesse ampará-la.

Além disso, do total dos mapas orçamentários de precatórios do exercício, deixou a Administração de inserir qualquer importância na Lei Orçamentária, bem como de empenhar e de liquidar ao menos parte do valor indicado no demonstrativo constante dos autos, contrariando o § 1º, do art. 100, da CF. Destaque-se, ainda, a existência de saldo de precatórios de exercícios anteriores na ordem de R\$32.852,03.

Ao contrário do alegado na peça defensiva, o montante de R\$286.659,15 refere-se ao saldo das contas de recursos adicionais vinculadas ao Ensino decorrentes de convênios QESE e outros, recebidos no exercício anterior.

Assim, razão não assiste à Origem em considerar a mencionada importância (R\$286.659,15) referente a convênios QESE e outros como despesas destinadas à manutenção e ao desenvolvimento do Ensino, pois, como é cediço, são tratados como fontes adicionais de recursos, com destinação integral para o setor de Educação, não devendo, por isso, compor o cálculo para fins de atendimento ao art. 212 da CF.

Neste sentido orienta o Manual Básico de Aplicação no Ensino e as Novas Regras, item 11, p.16 (...).

Deste modo, como apontado pela auditoria, o Município deixou de atender o art. 212 da CF, eis que destinou apenas

22,93% das receitas de impostos à manutenção e ao desenvolvimento do Ensino.

TC-3036/03 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 5/7/05 - DOE de 13/7/05, págs. 54/58. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas da Prefeitura, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações e formação de autos apartados, à margem do parecer, e determinação à auditoria competente da Casa.

SEQUESTRO DE RECEITA

• Prestação de Contas de Executivo Municipal.

Têm peso decisivo para a desaprovação das presentes contas:

- a insuficiente aplicação de recursos na manutenção e desenvolvimento do Ensino, correspondentes a 24,94% da arrecadação proveniente de impostos e transferências;

- os excessivos gastos com pessoal, que, apesar de terem sido reduzidos, em relação ao exercício anterior, de 61,10% para 56,76%, continuam acima do limite máximo legal de 54%;

- o reiterado descumprimento do art. 100, § 1º, da CF, que redundou no sequestro de receitas, consoante determinação do Poder Judiciário;

- a evolução do déficit orçamentário de 5,24%, em 2002, para 8,50%;

- os desacertos verificados pela auditoria nas peças contábeis, que, se corrigidos, certamente, agravariam ainda mais os resultados financeiro, econômico e patrimonial apresentados nas peças contábeis e elevariam, por conseguinte, o passivo real a descoberto de R\$6.872.856,56 para R\$16.398.576,71;

- o crescimento do saldo da conta "Restos a Pagar", em relação ao exercício anterior, de R\$17.737.240,30 para R\$26.910.268,06 sem recursos financeiros suficientes para sua cobertura, diante da disponibilidade de apenas R\$1.872.451,88;

- o aumento das dívidas fundada e flutuante, que passaram de, respectivamente, de R\$136.323.098,54 e R\$20.537.544,26, em 2002, para R\$137.748.966,69 e R\$30.233.187,05, correspondendo a primeira a 109,16% da receita corrente líquida e a segunda a 23,96% dessa mesma receita; e

- a inobservância da ordem cronológica de pagamentos (...).

TC-2732/03 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 30/8/05 - DOE de 14/9/05, págs. 33/36. A E. Câmara emitiu parecer desfavorável à aprovação das contas do Prefeito, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações e formação de autos apartados, à margem do parecer, determinação à auditoria da Casa, arquivamento dos processos relacionados no voto do Relator, devendo, antes, ser encaminhada cópia de parte da presente decisão, relativa à matéria de que tratam, aos Subscritores das respectivas peças inaugurais, e tramitação em separado do TC-3537/003/04.

SERVIÇOS CONTRATADOS QUE NÃO ENCONTRAM PREVISÃO NO ESTATUTO DA FUNDAÇÃO

• **Recurso Ordinário interposto por Município, contra decisão da E. Primeira Câmara que julgou irregulares dispensa de licitação e contrato firmado entre Prefeitura e Licitação.**

No mérito, o Relator não encontrou motivos para alterar o decidido.

Conquanto as atividades contempladas pelo objeto visem suprir necessidades relevantes da Administração, observa-se que o conjunto de tarefas e requisitos técnicos está ao alcance de inúmeras empresas de informática que atuam com bancos de dados, desenvolvimentos de sistemas, migração de dados e operações congêneres, o que torna o objeto perfeitamente passível de ser licitado.

Por outro lado, em consulta realizada na página da Internet da Fundação, bem como em face dos documentos constantes dos autos, verificou-se que as atividades da Fundação são voltadas à área de Aplicações Espaciais (meteorologia, sensoriamento remoto e geoprocessamento) e à área de Engenharia e Tecnologia Espacial (gerenciamento, assessoramento, industrialização de equipamentos relacionados ao setor espacial).

Assim, os serviços contratados, que incluem até consultoria em legislação contábil, não encontram previsão no Estatuto da Fundação, o que também torna inviável a aplicação do disposto no art. 24, XIII, da LF nº 8666/93, invocado pela Origem para dispensar a licitação.

Quanto à justificativa da escolha da Contratada, denota-se que residiu no entendimento de que poderia haver conflito entre os Sistemas ora contratados e o Sistema de Informação Geográfica Municipal, oriundo de outra avença, e que foi também realizado pela Fundação.

Contudo, entende o Relator que a integração entre os sistemas poderia ser garantida por qualquer empresa com corpo técnico-profissional similar ao apresentado pela Contratada, havendo no mercado diversas firmas gabaritadas para tanto.

Observa, ainda, que a alegação do Recorrente de que anteriormente à presente contratação foi intentada licitação que teria restado fracassada, não veio acompanhada de qualquer prova de sua ocorrência bem como da impossibilidade de sua repetição.

No tocante ao TC-8409/026/02 mencionado pela Origem, este não a socorre, pois lá, embora figurasse como contratada a mesma Fundação, o objeto contratado difere do aqui examinado.

TC-26271/03 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 5/7/05 - DOE de 14/7/05, págs. 41/43. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, ficando mantido o v. Acórdão recorrido.

SITUAÇÃO EMERGENCIAL NÃO-COMPROVADA

• **Recurso Ordinário interposto por Prefeito, contra decisão da E. Primeira Câmara que considerou irregulares dispensa de licitação e contrato.**

Em que pese a argumentação deduzida nos autos, não logrou a Administração demonstrar, por meio dos competentes

elementos de prova, a efetiva ocorrência de situação emergencial que porventura pudesse comprometer a segurança da coletividade ou mesmo expor o Erário a alguma espécie de risco, legitimando, em tese, a contratação direta de serviço até então inexistente no Município, nos termos admitidos pela legislação de incidência.

Importa também observar que a ausência de posicionamento definitivo deste Tribunal (à época da celebração da avença de interesse) a respeito da impossibilidade de estabelecimento de vínculo entre a remuneração de contratos dessa natureza e o volume de multas aplicadas por infração às normas de trânsito não pode ser invocada como permissivo para celebração de contrato não precedido do devido processo seletivo ou, ainda, como fator de imediata e definitiva superação da referida impropriedade, que inclusive já havia constituído objeto de polêmica nos autos de representação (TC-27662/026/02) proposta contra determinado edital de concorrência pública da Prefeitura.

TC-7104/02 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão do Tribunal Pleno de 6/7/05 - DOE de 14/7/05, págs. 41/43. O E. Plenário conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento, ficando mantida a r. decisão recorrida.

TERMO DE COMPROMISSO DA EMPRESA LICITANTE

• **Contrato celebrado entre Prefeitura e Cooperativa Médica, objetivando a prestação de serviços médicos relativos aos plantões de 12h e 24h para o Pronto Socorro Municipal.**

(...) As razões de defesa e documentação expostas pela Origem não lograram dirimir a totalidade das incongruências apontadas durante a instrução processual.

A ausência de divulgação do ato convocatório em imprensa de grande circulação no Estado restringiu, à evidência, a competitividade da licitação analisada, resultando, pois, na participação de apenas uma licitante no certame, o que fere claramente com a regra do inc. III, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

Não menos restritiva foi a exigência editalícia de apresentação de *“Termo de Compromisso da Empresa Licitante, declarando que executará os serviços, utilizando, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de mão-de-obra local, conforme prescreve a Lei nº 377/02”*.

Isso porque, ainda que tenha a Administração, em sua defesa, afirmado que a Lei Municipal, apesar de editada com a intenção de aproveitar mão-de-obra local nos serviços contratados pela Prefeitura, não se aplicava à espécie do objeto que fora licitado, tal exigência constou, de fato, no Edital, ofendendo o Princípio da Isonomia.

Com efeito, esse procedimento, no caso concreto, tendo em conta a participação de proponente única, refletiu negativamente na afluência de empresas de outros municípios, possivelmente interessadas na concorrência e com aptidão para desenvolver os serviços pretendidos, mas sem condições de atender aquele requisito nos moldes ali propostos, tendo sido beneficiada, ao final, a Contratada com sede naquele Município.

Da mesma forma, como observado pelos Órgãos Técnicos, a Prefeitura não demonstrou, de forma cabal, a compatibilidade

de dos preços avençados com os de mercado à época, uma vez que ausente do processo a pesquisa prévia.

Ora, apenas o fato de os preços pactuados corresponderem aos mesmos pagos aos serviços médicos prestados conforme o quadro funcional daquele Município, que vinculado ao regime da CLT não serve de subsídio para estipular valor à contratação e nem confirma a consistência do respectivo orçamento previsto, como pretendera a Municipalidade.

As falhas constatadas na conduta administrativa acabaram por ofender os Princípios da Igualdade, da Competitividade e da Eficiência, insculpidos pelo “caput”, do art. 37, da CF e pelo art. 3º da Lei de Licitações, uma vez que não restou assegurada à Administração melhores condições de contratação e nem a seleção da proposta mais vantajosa, como forma de alcançar o interesse público (...).

TC-1203/04 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão da 1ª Câmara de 20/9/05 - DOE de 28/9/05, págs. 37/40 - retificada em 5/10/05, p. 38. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública, o contrato e o termo de reti-ratificação em exame, acionando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Decidiu, outrossim, com fundamento no art. 104, inc. II, da referida Lei Complementar, aplicar ao sr. Prefeito, à época, multa no valor de 500 (quinhentas) UFESP's, por violação do “caput”, do art. 37, da CF e do art. 3º, da Lei nº 8666/93, fixando-lhe o prazo de trinta dias para atendimento.

URGÊNCIA CRIADA PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO

• **Representação formulada por Vereador, contra ajustes emergenciais firmados por Executivo Municipal.**

(...) O inc. XXI, do art. 37, da Carta Magna é claro e preciso ao determinar, como regra geral a ser fielmente seguida, que as contratações da Administração devem estar lastreadas em processos de licitação que assegurem igualdade de condições a todos os potenciais fornecedores.

As demais hipóteses apenas e tão-somente excepcionam a regra geral estabelecida na CF, em algumas hipóteses especialíssimas, de tal forma que, por possuírem a natureza de exceção, essas mesmas hipóteses legais não podem ser objeto de uma interpretação que as leve a servir de amparo a todo e qualquer propósito do Administrador.

Pois bem, o inc. IV, do art. 24, da Lei de Licitações, dispositivo invocado reiteradamente pela Municipalidade como fundamento dos ajustes em apreço, prevê a hipótese de dispensa de licitação em eventos que possam ser caracterizados como “casos de emergência ou calamidade pública”, o que não fora delineado no caso que se acha em apreciação.

Isto porque, *ao que consta de todos os elementos trazidos à colação, a urgência invocada pela Administração tratou-se de contexto criado por ela própria, à vista de imperdoáveis descompassos revelados na gestão dos serviços de limpeza pública, os quais, em verdade, evidenciaram ofensa ao Princípio da Eficiência.*

Com efeito, a necessidade de reestruturação do planejamento municipal de limpeza pública não pode ser caracterizada como um evento que sustente a manutenção de contratos emergenciais ao longo de mais de vinte e quatro meses, na

medida em que tal conduta afronta o senso comum do que é atendimento ao interesse público.

A propósito, a própria Assessoria Técnica demonstrou que não procedem as alegações de que a Administração não dispunha de alternativas.

Nessa conformidade, está clara a violação do dispositivo contido no inc. XXI, do art. 37, da CF, na medida em que as contratações ora apreciadas não se amoldaram à hipótese prevista no inc. IV, do art. 24, da Lei de Licitações, sendo essa a razão pela qual há a incidência do art. 104, inc. II, da Lei Orgânica desta Corte, fazendo-se necessária a imposição de multa à Autoridade responsável pelos ajustes, tal como propôs Órgão Técnico.

TCs-1809/01, 384/02, 3167/01 e 566/02 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão da 1ª Câmara de 26/7/05 - DOE de 3/8/05, págs. 24/27. A E. Câmara julgou procedente a representação formulada (apreciada no TC-1809/007/01), bem como irregulares as dispensas de licitação e os contratos emergenciais, aplicando-se à espécie o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC nº 709/93.

Decidiu, outrossim, considerando que houve efetiva violação do art. 37, inc. XXI, da CF, aplicar multa ao sr. Prefeito, em valor correspondente a 2.000 (duas mil) UFESP's, com fundamento no art. 104, inc. II, da LC nº 709/93.

VALOR DO OBJETO IMPÕE A REALIZAÇÃO DE UM ÚNICO CERTAME

• **Representação formulada por Prefeito, sobre possíveis irregularidades praticadas pela administração Municipal, relacionadas ao fracionamento do objeto de contratação, para evitar licitação na modalidade tomada de preços e direcionamento de certame.**

(...) Consta evidenciado no processo que a Prefeitura quis, e fez, um monumento homenageando os 500 anos de descobrimento do Brasil.

Na obra foram consumidos recursos da ordem de R\$157.998,71, compondo valor e objeto que impunham a realização de um único certame licitatório, na modalidade tomada de preços, não se permitindo a realização de dois convites.

É fundamental, para a linha que se defende, considerar o aval técnico da Assessoria Técnica, ao entendimento de que as "cotas" de uma edificação podem e devem estar previstas em projeto, já que de antemão conhecida a topografia do terreno, sendo injustificado o alegado desconhecimento prévio em relação aos serviços acrescidos, no montante de R\$8.364,89.

Ainda que assim não fosse, podendo-se desconsiderar tal valor como integrante do projeto inicial e imaginando que realmente a detecção da necessidade de serviços adicionais somente seria possível após as obras iniciadas, ainda assim, é possível afirmar que a Administração Municipal deveria ter realizado o certame na modalidade tomada de preços, se não pela obrigação legal, mas pelo zelo necessário à salvaguarda da realização de todos os atos durante a realização do certame licitatório.

Explica o Relator.

"Enquanto o valor limite para determinar a modalidade licitatória convite como viável corresponde a R\$150.000,00, o valor estimado para a realização dos dois convites alcançou a cifra de R\$149.633,86, apenas R\$366,14 abaixo do limite, em

certame licitatório cujas propostas, caso alcançassem valor superior ao orçado, fatalmente conduziram à revogação dos convites e nova licitação na modalidade tomada de preços, perdendo-se os atos até então praticados. Note-se que, em se considerando as propostas das demais participantes, o valor ultrapassa o limite para realização de convite.

Essa conjectura, porém, se admite à discussão apenas para afastar outra, no sentido do desconhecimento da Administração acerca da íntegra do objeto, quanto mais das necessidades relacionadas ao termo de aditamento de valor, correspondente ao convite nº 3/00.

Voltando aos fatos e à comprovação de que a Administração agiu deliberadamente no sentido de parcelar os serviços para evitar procedimento licitatório de alcance mais amplo, tem-se que uma obra de concepção única foi dividida em duas parcelas distintas, que ao final englobaram, separadamente, a fundação e a edificação do monumento propriamente dita.

Consoante disposições contidas nos incs. I e II, do § 2º, do art. 7º, no art. 8º e nos §§ 1º, 2º e 5º, do art. 23, todos dispositivos da Lei de Licitações, podemos chegar a duas conclusões: o projeto básico deveria ser levado a efeito para o conjunto total da obra; a previsão de realização do objeto em etapas ou o parcelamento da execução por meio de duas ou mais licitações estariam autorizados na lei, desde que respeitada a modalidade licitatória correspondente à íntegra do objeto.

Somente esses fatos, a ausência de previsão para o todo e a falta de certame licitatório em modalidade de alcance mais amplo, já bastariam para decretação de irregularidade da matéria. Porém, os procedimentos administrativos levados a efeito comprometem, ainda mais, as contratações efetuadas de forma parcelada e por convites distintos. O direcionamento dos certames à Empresa pode ser reconhecido pela constatação de que tal empresa foi a única convidada para participar dos dois certames, tendo oferecido preços idênticos ao orçado pela Prefeitura no primeiro convite e bem próximos no segundo, não se justificando o seu chamamento à participação das disputas, por tratar-se de empresa situada em longínqua Cidade, preterindo-se a convocação de empresas locais ou mesmo de cidades vizinhas, mais próximas.

Além disso, procedimentos como intimações de atos e de decisões não obedeceram aos prazos e formalidades legais, bem como não se formalizou o obrigatório termo contratual.

O que antes se tinha como indícios ou evidências de veracidade dos fatos narrados na inicial consubstancia-se, agora, após o ex-Prefeito deixar transcorrer *in albis* o prazo que lhe fora concedido para defesa, como teor verídico, impondo-se o reconhecimento da procedência da Representação (...).

TCs-796/02 e 2290/02 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 13/9/05 - DOE de 21/9/05, págs. 26/30. A E. Câmara julgou procedente a representação formulada, irregulares os convites e respectivas contratações aperfeiçoadas por Ordens de Serviço, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, aplicando-se à espécie os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC nº 709/93.

Decidiu, ainda, nos termos do inc. II do art. 104 da referida Lei Complementar, aplicar multa no valor equivalente a 300 (trezentas) UFESP's, a ser recolhida na forma da Lei nº 11077/02.



ESTADUAL

Elaborado por Marilena Lehmann Pimentel

ADOTE COM RIGOR AS NORMAS RELATIVAS AOS PROJETOS EXECUTIVOS DOS SERVIÇOS E OBRAS

• **Contrato celebrado por Companhia e Empresa Construtora objetivando a execução das obras da Estação de Tratamento de Esgotos, gradeamento e caixa de areia, linha de recalque, estação de tratamento de esgotos, recuperação da ETE existente, subestação e integrantes do Sistema de Esgotos Sanitários.**

O Relator entende que são passíveis de serem relevadas as falhas apresentadas durante a instrução dos termos, pois houve uma adequação entre os termos, não causando prejuízos ao erário.

As ocorrências de suspensões no andamento da obra decorreram de problemas financeiros do Governo do Estado, sendo que a Companhia buscou dar continuidade aos serviços nos moldes do projeto e preços originais.

Cabe, no entanto, recomendação para que a Companhia adote com rigor as normas relativas aos projetos executivos dos serviços e obras.

TC - 6231/98 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 20/9/05 - DOE de 28/9/05, fls. 33/37. A E. Câmara julgou regulares os Termos de nºs 1 a 4 em exame, bem como conheceu dos termos de recebimento provisório e definitivo, com a recomendação para que a companhia adote com rigor as normas relativas aos projetos executivos dos serviços e obras.

ADOTE PROVIDÊNCIAS NO SENTIDO DE ENCAMINHAR AO TRIBUNAL OS CONTRATOS MENCIONADOS PELA AUDITORIA

• **Contas Anuais da Secretaria de Estado.**

Conforme demonstração da instrução processual, as falhas apontadas pela auditoria foram em sua maioria esclarecidas pelo responsável, que anunciou a adoção de medidas corretivas para algumas delas, sendo que a remanescente não tem o condão de macular a totalidade das contas, uma vez que não foi registrado nenhum óbice que evidenciasse má-fé ou prejuízo ao erário.

TC - 2323/03, 2324/03 e 2326/03 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 13/9/05 - DOE de 21/9/055, fls. 30/34. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. II, da LC 709/93, julgou regulares as contas da Secretaria de Estado, exercício de 2003, dando-se quitação ao Sr. Secretário da Pasta à época, bem como aos ordenadores de despesa, e liberando-se os responsáveis por almoxarifado

dos e adiantamentos nominados em cada um dos processos, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações à origem que adote providências no sentido de encaminhar para exame deste Tribunal os contratos mencionados pela auditoria e envide esforços para dar cumprimento às metas estabelecidas na lei de Diretrizes Orçamentárias e determinação à auditoria que verifique, em próxima fiscalização, a efetivação das providências regularizadoras anunciadas.

A EXIGÊNCIA DE ATESTADOS SÓ DEVE SER EFETIVADA QUANDO ABSOLUTAMENTE NECESSÁRIA

• **Contrato precedido de Pregão celebrado por Companhia e Empresa de Indústria e Comércio objetivando o fornecimento de uniforme operacional.**

A comprovação de quantitativos talvez não se apresentasse relevante, tendo em conta que em se tratando da produção de vestuário é bem provável que a empresa que produziu 30 ou 40% do quantitativo pudesse ser capaz de produzir o quantitativo pretendido, considerando tratar-se de serviço sem qualquer complexidade ou envolvimento de equipamentos sofisticados. Não fora o fato de a licitante não haver ofertado um dos itens necessários - *camiseta pólo* - e poder-se-ia dizer que o certame licitatório não teria atentado para o princípio da economicidade. (...).

Verifica-se que a modalidade de Pregão é perfeitamente aplicável, posto que se trata de fornecimento de bens comuns, com características padronizadas, passíveis de serem encontrados num mercado próprio, devidamente descritos no Edital.

Também restaram atendidas as formalidades do art. 3º do Dec-Est nº 47.297/02, uma vez que o Diretor Administrativo e a Diretoria Plena foram responsáveis, respectivamente, pela autorização de abertura e pelos atos de homologação e adjudicação.(...).

O Relator ressalta, ainda, que a contratação se operou por valor correspondente a 72,82% do orçamento estimativo da Contratante, gerando economia da ordem de R\$ 301.314,00, o que demonstra a eficácia do procedimento.

TC - 13255/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 20/9/05 - DOE de 28/9/05, fls. 33/37. A E. Câmara julgou regulares a licitação na modalidade Pregão e o contrato decorrente, bem como legal o ato determinativo das despesas, com recomendação para que a exigência de atestados seja efetivada quando absolutamente necessária.

AJUSTE O PERÍODO DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS DISPONIBILIZADOS A TÍTULO DE ADIANTAMENTO

• Balanço Geral da Fundação

Entende o Relator que as falhas são de natureza formal e podem ser relegadas ao plano das recomendações.

No que se refere ao TC-1674/005/03, registra que a conclusão da sindicância foi acolhida pelo dirigente e a Fundação ajuizou Ação de Improbidade Administrativa, pleiteando ressarcimento dos valores irregularmente despendidos.

TC - 3668/03 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 13/9/05 - DOE de 21/9/05, fls. 26/30. A E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. II, c.c. o art. 35 da LC 709/93, julgou regulares com ressalva as contas da Fundação quitando-se os responsáveis, e liberando-se os responsáveis por adiantamentos e almoxarifado, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendações à origem que ajuste o período de aplicação dos recursos disponibilizados a título de adiantamento; atenda ao prazo imposto pelas Instruções nº 2/02 para apresentação das relações de ordem cronológica de pagamentos; efetue a publicação da remuneração de cargos e salários nos termos do art. 39, § 6º, da CF; e promova a adequação do sistema de registro dos bens patrimoniais quanto à localização física dos bens.

ALTERAÇÃO SIGNIFICATIVA DO VALOR CONTRATADO SOB ALEGAÇÃO DA COMPRA TER SIDO FEITA POSTERIORMENTE, SENDO QUE TRÊS ANOS APÓS OBTVEU-SE PREÇO MENOR DO QUE O ORA EM EXAME

• Contrato celebrado entre o Departamento e Firma de Comércio e Serviços para aquisição de 600 fogões industriais.

Houve alteração significativa dos valores, já que o preço unitário do fogão industrial fora fixado em R\$ 1.050,00, face ao produto ora contratado, estipulado em R\$ 2.011,00.

Argumentou a origem que houve alteração de ordem técnica auferida ao longo do tempo o que teria, via de consequência, repercutido sobre os valores do produto. Para o Relator esse argumento não pode prevalecer, pois em compra posterior obteve-se por produto similar preço também menor ao ora em exame, de R\$ 1.791,00.

TC - 25168/03 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 26/7/05 - DOE de 3/8/05, fls. 24/27. A E. Câmara julgou irregulares a licitação na modalidade Pregão Presencial e o contrato, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93.

AO CELEBRAR TERMOS QUE IMPLIQUEM EM ACRÉSCIMO DO VALOR CONTRATUAL ENCAMINHE A MANIFESTAÇÃO EXIGIDA NO DECRETO Nº 41.165/96

• Contrato celebrado entre o Departamento e Firma de Engenharia objetivando a prestação de serviços para execução de obras de implantação do reservatório de amortecimento de picos de cheias, no município de São Paulo.

O Relator recomenda à origem que em futuros processos encaminhe a manifestação exigida no Decreto nº 41.165/96 ao celebrar termos que impliquem em acréscimos do valor contratual. Determina também que sejam encaminhados os termos provisório e definitivo e demais documentos legalmente exigidos, a fim de que o processo TC-11195/026/03 possa merecer apreciação de mérito.

TC - 11999/03 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 26/7/05 - DOE de 3/8/05, fls. 22/24. A E. Câmara julgou regulares os termos aditivos de re-ratificação em exame, com recomendação à origem e determinação à auditoria da Casa no tocante ao processo TC-011195/026/2003, referente à execução contratual, que deverá continuar a tramitar em conjunto, para apreciação de seu mérito.

A PESQUISA DE PREÇOS DEVE SER SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A ECONOMICIDADE DA DESPESA

• Contrato celebrado entre Hospital e Firma de Serviço e Apoio Médico Hospitalar e Laboratorial objetivando compra de equipamento de uso técnico hospitalar.

O extrato do ajuste foi publicado, intempestivamente, na imprensa oficial; a licitação foi previamente autorizada; e a pregoeira estaria habilitada para presidir o certame.

O 1º termo aditivo acresceu quantitativo, no valor correspondente a 25% do inicialmente pactuado.

O Relator julga que a legalidade do procedimento ficou maculada pela ausência de prévia pesquisa de preços entre três empresas que atuam no segmento, nos termos reclamados pelo Dec-Est nº 34.350/91.

A Associação Brasileira dos Importadores de Equipamentos, atestando a exclusividade da contratada na distribuição dos equipamentos, a despeito de tentar demonstrar a exclusividade da contratada no fornecimento dos materiais das marcas especificadas não logrou comprovar que seria ela a única a fornecer os produtos licitados e, nestas condições, a única que poderia participar da prévia cotação de preços.

Ao contrário, a análise dos papéis encaminhados, especialmente as propostas das outras participantes do pregão, evidencia que outras empresas também comercializam, no Brasil, máquinas de envelopar e de fracionar líquidos, bem como carro de medicamento.

O Relator julga que a análise da proposta coloca em xeque a alegação da origem de que a pesquisa mercadológica entre três fornecedoras não foi possível em face da inexistência dos equipamentos no mercado nacional, já que a máquina de envelopar, para dose unitária da marca oferecida é de procedência nacional.

Aliás, a proposta apresentada pela empresa derruba, inclusive, a veracidade do atestado emitido pela ABIMED, pois a máquina para fracionamento de líquidos por ela oferecida tem como fabricante empresa fabricante americana que, segundo a declaração ofertada teria conferido à contratada exclusividade para distribuir seus produtos no Brasil.

De igual modo, o carro de medicamento para dose unitária da marca Accu Chart, que segundo atestado anexado e justifi-

cativas da origem seria comercializado com exclusividade pela Help Med está também apresentado pela empresa Contrast em sua proposta.

É certo que a cotação de preços é elemento essencial a qualquer licitação que se pretenda levar a termo, pois a conformidade dos valores ofertados só pode ser aferida se o contratante tiver elaborado, na fase interna da licitação, a necessária pesquisa.

Nestas condições, é mister que a Administração se valha de parâmetros seguros e confiáveis, não podendo correr o risco de contratar sem conhecimento prévio do valor real do objeto pretendido e, no caso, a pesquisa de preços efetuada apenas com a empresa contratada não se revela instrumento suficiente para demonstrar a economicidade da despesa.

TC - 8276/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 30/8/05 - DOE de 14/9/05, fls. 33/36. A E. Câmara julgou irregulares a licitação na modalidade Pregão, o contrato e o 1º termo aditivo, bem como ilegal o ato determinativo da despesa, aplicando-se o disposto no art. 2º, incs. XV e XXVII, da LC 709/93.

AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DA COMPATIBILIDADE DOS PREÇOS COM OS PRATICADOS NO MERCADO

• **Contrato firmado entre Universidade e Firma de Indústria e Comércio para locação de máquinas fotocopiadoras, com fornecimento de materiais de consumo (exceto papéis e grampos) e assistência técnica com fornecimento de peças de reposição para os Órgãos e Unidades da Universidade.**

O Relator reputa não justificada a ausência de verificação da compatibilidade dos preços com os praticados no mercado, haja vista o lapso temporal de oito meses observado entre a formalização da Ata de Registro de Preços e a celebração do contrato, bem como a alteração procedida no edital que, por significativa, impunha nova publicação do texto, a teor do disposto no art. 21, § 4º da LF 8666/93 e alterações, procedimento que não foi observado.

TC - 3014/03 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 26/7/05 - DOE de 3/8/05, fls. 24/27. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública para registro de preços e o contrato em exame, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93.

CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO SÃO FATOS NOVOS ONDE O PODER PÚBLICO AINDA ESTÁ BUSCANDO ADOPTAR FORMULAS DEFINITIVAS

• **Acompanhamento da execução do Contrato de Concessão Onerosa da malha rodoviária Estadual, figurando como Poder Concedente, o Departamento como contratante e Sistemas como Concessionária.**

Relembra o Relator que esse Sistema foi o primeiro lote a ser dado em concessão, cuja execução contratual referente ao período de 1º/05/98 a 30/06/99, também foi a primeira a ser avaliada por esta Corte, e havia, como há até hoje, uma enorme preocupação quanto à correta execução desses contra-

tos, cujo êxito, se baseia no cumprimento pela Concessionária, mediante firme fiscalização, de forma a atender os requisitos básicos de sua essência, cujo cerne reside na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

(...). Por óbvio que decorridos, hoje, sete anos do primeiro ajuste e com a criação da ARTESP o panorama mostra-se diferente se comparado com a 1ª avaliação (...).

Esta Corte, por sua vez, também teve que reavaliar alguns dos conceitos rígidos que estabeleceu no início da fiscalização - a primeira do gênero no Estado de São Paulo, para, agora, concordar com alguns pontos explanados pela ARTESP, principalmente no que se refere às modificações introduzidas nos encargos da concessionária com readequação, supressão e acréscimo de obras, impostas por demandas da comunidade, do Poder Concedente, ou mesmo de fatos supervenientes imprevisíveis à época do ajuste (...).

Não se pode negar, que o sucesso das concessões no Estado de São Paulo estão diretamente ligadas à ação deste Tribunal de Contas, que entende não ser o contrato de concessão um contrato aberto, que pode ser manipulado ao bel prazer da concessionária para atender aos seus interesses.

Por certo, se a concessionária não se sujeitar a procedimentos contínuos de fiscalização, acabará por confundir o serviço público como próprio e incorrer em práticas incompatíveis com a natureza do serviço público.

A firme fiscalização exercida por esta Corte demonstra que, embora sem “engessar o contrato”, dado que a sua própria natureza permite readequações, é possível atingir as metas pré-estabelecidas, sem propiciar risco de sacrifício do interesse público e da sociedade em geral (...).

Preocupada em aperfeiçoar os métodos de fiscalização e, principalmente em razão da grande complexidade que envolve a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que pode ser afetado em razão do atraso dos investimentos a ARTESP contratou a FGV para desenvolver uma metodologia de análise que garanta a transparência e a integridade dos cálculos (...).

Uma das obrigações da Concessionária, que deve gerir o todo e perseguir nível tal de excelência na prestação dos serviços, para que o usuário tenha certeza de que o pedágio que paga é justo e corresponde aos serviços prestados, definidos como adequados na qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança (...).

Quanto à defasagem nos investimentos, alega o Relator que é a questão mais crítica nos períodos examinados, porque trouxe um ganho indevido para a concessionária, alterando a taxa interna de retorno do projeto e o equilíbrio da equação econômico-financeira do projeto (...).

Assim, verifica-se que num contrato de 20 anos, o acompanhamento da execução em pequenos períodos pode trazer algumas distorções, pois a análise isolada pode não refletir a qualidade, eficiência e presteza dos serviços prestados e das obras executadas, como também pode não refletir o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste (...).

O Relator leva em consideração ainda o fato de que, com a criação da agência reguladora, foram corrigidas várias falhas estruturais que prejudicaram o desempenho da fiscalização nos moldes estabelecidos no decreto que criou a comissão de monitoramento em caráter temporário (...).

TC - 30334/98 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 16/8/05 - DOE de 24/8/05, fls. 32/35. A E. Câmara julgou regular o acompanhamento da execução do contrato de concessão onerosa, referente ao período em exame, com recomendação à origem no sentido de que abra contas bancárias específicas, individualizadas, para o recebimento dos valores repassados pelas concessionárias, a título de ônus fixo e variável, a fim de possibilitar um melhor controle desses recursos, por meio de conciliação bancária, mormente para verificar a destinação que lhes é dada.

DESCUMPRIMENTO DA ORDEM CRONOLÓGICA DOS PAGAMENTOS

• **Relatório que aponta descumprimento da ordem cronológica dos Pagamentos.**

O Relator recomenda à Autarquia que promova a regularização do desacerto.

TC - 3639/03 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 5/7/05 - DOE de 13/7/05, fls. 54/58 - Retificada no DOE de 15/7/05, fl. 23. A

E. Câmara, com fundamento no art. 33, inc. II, c.c. o art. 35 da LC 709/93, julgou regulares com ressalva as contas da Comissão de Serviços Públicos, exercício de 2003, quitando-se o responsável, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com a recomendação de que cumpra a ordem cronológica dos pagamentos.

DEVEM SER EXCLUÍDAS DO EDITAL CLÁUSULAS QUE IMPEÇAM O COMPARECIMENTO DE QUEM JÁ TENHA FORNECIDO O OBJETO DA LICITAÇÃO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA SUBCONTRATADA

• **Contrato celebrado entre Companhia e Firma de Material objetivando o Fornecimento de veículo ferroviário para inspeção e manutenção de rede aérea e socorro de material rodante composto por veículo de controle e apoio, plataforma leve de carga e vagão reboque para socorro.**

Compõem o processo as devidas justificativas, inclusive de preços, pareceres, autorizações e publicações, tendo sido recolhida a garantia contratual, por carta fiança do Banco Bradesco, correspondente a 5% do valor ajustado.

Não obstante, um aspecto merece detalhamento diante de decisões havidas no E. Plenário, quanto à vedação de participação de empresas que eventualmente já tivessem fornecido tais veículos na condição de sub-contratada.

No caso, diante da natureza do bem adquirido (*veículo ferroviário para inspeção e manutenção de rede aérea e socorro de material rodante em caso de descarrilamento*) e de seu elevado valor, crê o Relator que a exigência não se mostre assim tão restritiva, não parecendo ter sido esse o motivo do não comparecimento das empresas que retiraram o edital, mesmo porque nenhuma delas se insurgiu contra o edital.

TC - 12352/05 - Rel. Subs. de Cons. Carlos Alberto de Campos - Sessão da 2ª Câmara de 23/8/05 - DOE de 31/8/05,

fls. 36/39. A E. Câmara julgou regulares a concorrência internacional e o contrato em exame, com recomendação à Companhia no sentido de que doravante, exclua de seus editais cláusulas que impeçam o comparecimento de quem já tenha fornecido objeto da licitação na condição de empresa subcontratada.

EQUÍVOCO NO FUNDAMENTO LEGAL PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA

• **Contrato firmado entre Fundação Popular e Fundação de Desenvolvimento, tendo por objeto a prestação de serviços para administração de bolsas de estágios a serem concedidas pela contratante a estudantes regularmente matriculados e com frequência efetiva nos cursos vinculados às instituições de ensino público ou privado, de ensino superior, de ensino médio e de educação profissionalizante de nível médio.**

Conquanto tenha havido equívoco no fundamento legal para a contratação direta, verifica o Relator que o instrumento contratual menciona o dispositivo correto, ou seja, o inc. VIII, do art. 24, do Estatuto Licitatório, portanto, superada a questão.

No mais, constam dos autos a manifestação favorável das Secretarias da Fazenda e de Economia e Planejamento a respeito dos aspectos orçamentários e financeiros, justificativa para contratação; aprovação pelo Conselho Deliberativo e, por fim, a ratificação da dispensa de licitação pelo Superintendente da Fundação.

TC - 14898/05 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazi - Sessão da 2ª Câmara de 30/8/05 - DOE de 14/9/05, fls. 31/33. A E. Câmara julgou regulares a dispensa de licitação e o contrato subsequente, bem como legal o ato determinativo da despesa, com recomendação à origem para que observe a LF 8666/93, especialmente quanto ao índice adequado para os casos de dispensa de licitação.

EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, QUE COMPROMETEM A COMPETITIVIDADE DO CERTAME, EM DESRESPEITO AO DISPOSTO NO ART. 30, I, § 1º E 5º, DA LF 8666/93

• **Contrato firmado pelo Departamento com Firma de Engenharia e Tecnologia objetivando a execução de obras e serviços de estabilização e proteção de taludes em trecho de Rodovia.**

Depreende-se da análise dos autos que a Licitação, realizada na modalidade de Tomada de Preços e o Contrato dela decorrente foram processados de forma irregular, fora dos parâmetros traçados pela legislação regedora da matéria.

Foram detectadas as seguintes irregularidades no procedimento em análise:

- falta de autenticação na guia de participação;
- aplicação da fórmula para apurar a Disponibilidade Financeira Líquida dos Licitantes que contraria o limite estipulado no art. 31, § 3º, da LF 8666/93.

- exigências de qualificação técnica, que estariam comprometendo a competitividade do certame, em desrespeito ao disposto no art. 30, I, § 1º e 5º, da LF 8666/93.

No tocante às falhas remanescentes, as justificativas apresentadas não o socorrem, e são suficientes para se determinar a irregularidade de toda a matéria.

A exigência quanto à aplicação da fórmula para apurar a Disponibilidade Financeira Líquida, somada aos requisitos exigidos quanto à qualificação técnica acabou por impingir ao certame caráter restritivo.

Ocorre que a união dos fatores, no caso concreto, restringiu a competitividade, ao determinar que será admitida a comprovação de aptidão, em um único contrato, e, ainda, com limitação de tempo, seis meses.

O Departamento afrontou o princípio da razoabilidade e da competitividade, em desrespeito ao disposto no art. 30, II, § 1º e 5º, da LF 8666/93.

O Relator lembra que, consoante Ata da Comissão Julgadora de Licitações, duas empresas participaram do certame e uma foi inabilitada por deixar de apresentar o atestado de qualificação técnica exigido.

Não obstante, o contratante alegou que no TC-31736/026/02 esta Corte julgou regular a Licitação que estabelecia exigência idêntica. Relembra o Relator que naqueles autos houve a participação efetiva de 11 empresas.

E, mais, nos exemplos citados a título de jurisprudência (TC-8.762/026/01, TC-31.780/026/01, e TC-13.486/026/02), observa-se que participaram efetivamente dos certames cinco, três e 15 empresas respectivamente.

Ainda, a completar, o caso ora em exame trata-se de execução de obras e serviços de estabilização e proteção de taludes em rodovias, o que não caracterizou nenhuma excepcionalidade e complexidade que justificassem as exigências impugnadas.

Assim, o Contratante não conseguiu demonstrar as razões técnicas das exigências editalícias impostas em seu Edital, as quais resultaram no exíguo ingresso de tão-somente uma empresa interessada que foi considerada habilitada.

TC - 19867/03 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 19/7/05 - DOE de 27/7/05, fls. 13/15. A E. Câmara julgou irregulares a tomada de preços e o contrato em exame, bem como ilegais os atos determinativos das despesas, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93 e fixando-se o prazo de 60, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que o responsável apresente a este Tribunal as providências adotadas em face da presente decisão, sob pena de remessa do processo ao Ministério Público.

FALTA DE PLANEJAMENTO NAS CONTRATAÇÕES EVIDENCIANDO DESCASO COM A COISA PÚBLICA

• **Contrato celebrado entre a Secretaria e Empresa Construtora objetivando a execução de obras e serviços de Construção do Centro de Detenção Provisória.**

Observa-se a falta de planejamento com que a Secretaria vem fazendo suas contratações, talvez pela urgência de uma

medida paliativa para o problema da super lotação de detentos em delegacias, talvez por problemas estruturais, pelos quais passa hoje toda Administração Direta do Estado.

Observa o Relator que os índices exigidos no Edital são extremamente restritivos, a exigência de disponibilidade financeira líquida igual ou superior ao orçamento da Secretaria, ultrapassando em muito o limite legal (*art. 31 da LF 8.666/93*). Esta Corte condena a fixação de cláusula tão restritiva.

Quanto ao problema ocorrido com o local, onde iria ser realizada a obra, ficou evidente o descaso com os princípios constitucionais que regem os contratos públicos.

A Secretaria ficou segurando a Contratada durante três meses até que ficasse resolvido o novo local, celebrando o Termo de Reti-Ratificação que alterou o lugar onde se construiria o CDP, apenas seis meses depois. E, mais, pelos Aditamentos seguintes alterou, ainda, o cronograma físico-financeiro, dilatou o prazo do contrato, e acresceu outros serviços.

Um outro fato, ocorrido nos autos referente à contratação ora examinada, confirma as assertivas anteriores, com relação à má condução da coisa pública; a Secretaria recebeu a notícia da impossibilidade de construção do CDP no mesmo dia em que assinou o contrato, sendo indicado, também, o novo local providenciado pela Prefeitura.

Porém, como se verificou, todas as ações da Pasta foram tardias.

TC - 16887/01 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 23/8/05 - DOE de 31/8/05, fls. 36/39. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública, o contrato e os termos de Reti-Ratificação e aditamentos em exame, aplicando-se à espécie o contido nos incs. XV e XXVII do art. 2º da LC 709/93.

Decidiu, outrossim, tomar conhecimento do termo de recebimento provisório.

FÓRMULA ESTIPULADA PARA A APURAÇÃO DO COMPROMETIMENTO ECONÔMICO-FINANCEIRO SEM OS DEVIDOS ESCLARECIMENTOS

• **Contrato firmado entre a Companhia e Empresa de Engenharia, objetivando as obras e serviços de terraplenagem, drenagem condominial, redes de água e esgoto e edificação de Unidades Habitacionais e Centros de Apoio.**

Persistem as questões impugnadas, que são, em sua maioria, as mesmas já apreciadas em processos envolvendo não só a própria Companhia, como outros órgãos da Administração, nos quais se decidiu desfavoravelmente sobre os temas.

As justificativas ofertadas não se afiguram suficientes para afastá-las, em especial, a fórmula estipulada para a apuração do comprometimento econômico-financeiro das licitantes.

Irregular o procedimento adotado pela Companhia na utilização de orçamento defasado, permitindo a concessão de reajuste dos valores contratados, antes mesmo do início da execução dos serviços.

No tocante ao recolhimento parcelado da garantia contratual, trata-se de questão superada pela Jurisprudência desta Corte, nos autos do TC-36883/026/99, condenando tal prática.

TC - 29636/00 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão da 1ª Câmara de 19/7/05 - DOE de 27/7/05, fls. 15/19. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública, o contrato e os termos subseqüentes, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93.

GASTOS NÃO PREVISTOS NA FINALIDADE ESTATUTÁRIA DA FUNDAÇÃO

- **Contas anuais de Fundação.**

O Relator não considera correto o direcionamento de significativa parcela de recursos em atividades estranhas aos objetivos da Fundação, como se verificou em relação à doação de R\$ 7000,00 objetivando, a construção de Ginásio de Esportes na Universidade.

Não há justificativa para que a Fundação venha participar de forma parcial ou total da construção de Ginásio Esportivo, visto que não se encontra abrangido no rol de suas finalidades estatutárias o apoio, manutenção ou incentivo ao esporte.

Da mesma forma, não há pertinência no pagamento de R\$ 1535,00, relativo à compra de equipamentos de informática.

TC - 2100/02 - Rel Subs. Cons. Wallace de Oliveira Guirelli - Sessão 1ª Câmara de 5/7/05 - DOE de 13/7/05, fls. 54/58. A E. Câmara nos termos da letra "c", do inc. III, do art. 33, da LC 709/93, julgou irregulares as contas da Fundação, referentes ao exercício de 2002, ressaltados os atos pendentes de apreciação por este Tribunal.

Decidiu, outrossim, aplicar ao responsável pela entidade à época dos dispêndios indevidos, com fulcro no disposto no art. 36, da referida norma legal, multa de valor correspondente a 500 UFESP's, fixando-lhe o prazo de 30 dias para comprovar a esta Corte a adoção da providência.

Determinou, ainda, ao atual responsável pela Fundação, com fundamento no inc. XXVII, do art. 2º, da citada LC, que adote providências regularizadoras, objetivando, inclusive, a retomada dos equipamentos de informática e o ressarcimento dos recursos repassados à Universidade, para construção de Ginásio Esportivo, devendo no prazo de 60 dias, sob pena de multa, noticiar a este Tribunal as medidas adotadas.

MODALIDADE LICITATÓRIA QUE LIMITOU O UNIVERSO DA COMPETIÇÃO, IMPOSSIBILITANDO A ESCOLHA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

- **Ajuste, por meio de pedido de compra, entre o Instituto e Empresa, visando à aquisição de equipamentos de informática para atualização tecnológica da plataforma de processamento de dados.**

Preliminarmente, o Relator comenta o aspecto levantado pelo Instituto no sentido de que este Tribunal não tem competência para examinar os seus atos, pelo fato deste Instituto tratar-se de uma entidade fechada de previdência privada.

Ora, essa questão, já foi exaustivamente debatida no âmbito desta Corte, sendo que cabe sim a este Tribunal exercer a sua atribuição fiscalizadora sobre essa Entidade, pois que foi instituída e é patrocinada por sociedade controlada pelo Poder Público do Estado de São Paulo, qual seja, Banco Nossa Caixa

S/A. Logo, é detentora de recursos que lhe são carreados originariamente pelo Tesouro Estadual.

A origem equivocou-se quanto à modalidade de licitação adotada, posto que, em virtude do valor da aquisição - R\$ 699.592,19 a modalidade correta a ser procedida correspondia à concorrência e não a convite.

Segundo Resolução SF - 26 de 9/06/98, o limite para a realização de convite, nos casos de compras e serviços, era de R\$ 80.000,00. Acima de R\$ 650.000,00, a modalidade licitatória cabível era concorrência.

Assim, o Instituto, ao optar por modalidade licitatória menos abrangente - convite, limitou o universo de competição, impossibilitando, desse modo, à Administração, a escolha de proposta mais vantajosa.

TC - 5772/02 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 12/7/05 - DOE de 20/7/05, fls. 24/28. A E. Câmara julgou irregulares a licitação na modalidade Convite e o ajuste decorrente (pedido de compra), bem como ilegal o ato determinativo das despesas, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93, determinando aos responsáveis que, no prazo de 60 dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, informem a esta Corte de Contas sobre as providências adotadas.

MOROSIDADE NA COBRANÇA DE CRÉDITOS

- **Contas anuais de Companhia.**

A Auditoria apontou falhas como a morosidade na cobrança de créditos, Índice de provisão para devedores duvidosos de 30%,

Mas foi apurado significativo lucro que somado aos lançamentos de incorporação de bens recebidos em exercícios anteriores, provocou redução da ordem de 73,08% nos prejuízos acumulados.

Os resultados referidos repercutiram nos índices econômicos, representando evolução positiva nos indicativos, se comparados ao exercício anterior.

TC - 3683/03 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão da 1ª Câmara de 23/8/05 - DOE de 31/8/05, fls. 40/42. A E. Câmara julgou regulares as contas da Companhia, exceção feita aos atos pendentes de apreciação por este Tribunal, com recomendação para que sejam aprimorados os procedimentos administrativos.

NÃO MAIS IMPONHA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DISPONIBILIDADE FINANCEIRA LÍQUIDA IGUAL OU SUPERIOR A 50% DO VALOR ORÇADO PARA A CONTRATAÇÃO, COMO PRESSUPOSTO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

- **Contrato celebrado entre a Secretaria de Estado e Empresa de Engenharia objetivando a execução das obras e serviços de construção do Centro de Detenção Provisório.**

O Relator recomenda à Secretaria que não mais imponha nos futuros certames exigência de comprovação de Disponibilidade Financeira Líquida igual ou superior a 50% do valor orçado para a contratação, como pressuposto de qualificação

econômico-financeira, tal como já decidira esta Corte na apreciação de matéria abrangida no TC-016010/026/02.

Outra questão a ser ressaltada é a imposição estabelecida no edital, segundo a qual deveriam as licitantes comprovar a execução anterior de obra de Unidade Prisional, como condição para qualificação técnica, pois, a garantia da segurança da obra, ao contrário, é pressuposto a ser obtido através “da execução em conformidade com os projetos, com as Normas Técnicas e com os devidos ensaios tecnológicos...”

TC - 5934/02 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão da 1ª Câmara de 13/9/05 - DOE de 21/9/05, fls. 30/34. A E. Câmara julgou regulares a concorrência pública e o contrato em exame, com recomendações no sentido de que não mais imponha nos futuros certames a exigência de comprovação de Disponibilidade Financeira Líquida igual ou superior a 50 % do valor orçado para a contratação, como pressuposto de qualificação econômico-financeira.

NÃO MAIS VINCULE A CONSTITUIÇÃO DE GARANTIA CONTRATUAL À EMISSÃO DE ORDEM DE SERVIÇO

• **Pregão Presencial que resultou em celebração de contrato entre Companhia e Casa da Moeda objetivando o fornecimento de bilhetes magnetizados, pré-codificados, para a liberação de acesso de passageiros nos bloqueios eletrônicos instalados nos sistemas gerenciados pela Companhia.**

Já houve contratação similar, cujo certame e contrato foram julgados regulares pela 1ª Câmara, em sessão de 31/05/05.

Diante da inexistência de prejuízo à Administração que pudesse comprometer o certame e a contratação, pois a garantia foi contratada um dia após a data de assinatura do contrato, o Relator julga regular a licitação e o contrato, mas propõe recomendações à origem.

TC - 4276/05 - Cons. Rel. Renato Martins Costa - Sessão da 2ª Câmara de 27/9/05 - DOE de 5/10/05, fls. 38/41. A E. Câmara julgou regulares a licitação na modalidade Pregão Presencial e o contrato em exame, com recomendações à origem que observe o art. 11 das Instruções 1/02 deste Tribunal e adicionalmente não mais vincule a constituição de garantia contratual à emissão de ordem de serviço.

O ADMINISTRADOR DEVE ENCONTRAR, PARA CADA CASO CONCRETO, UMA MANEIRA OBJETIVA DE AFERIR CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL DOS INTERESSADOS, GARANTINDO A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAQUELES QUE TENHAM REAL CAPACIDADE POTENCIAL PARA DESENVOLVER OBRAS OU SERVIÇOS COM A SEGURANÇA QUE O INTERESSE PÚBLICO REQUER

• **Tratam-se de quatro ajustes, originários da mesma concorrência - tipo menor preço - realizada pela Companhia e Empresa de Saneamento visando prestação de serviços de limpeza de estações, terminais urbanos, obras de arte e trens. Em análise, ainda, respectivos termos de aditamento.**

Informa o Relator que o presente edital de licitação foi objeto de representação, indeferida (decisão publicada em 06/09/02),

por não se ter identificado, **na ocasião**, a restritividade suscitada para as exigências de qualificação operacional (...).

Analisando-se o desenvolvimento do processo de seleção realizado e os efeitos das disposições editalícias voltadas à apuração da capacidade técnica, não se pode negar que o acesso ao certame restou efetivamente comprometido.

O edital estipulou, para habilitação em um lote, que a interessada comprovasse experiência operacional na limpeza de estações ferroviárias ou metroviárias, ou trens, equivalente a 100% do total pretendido, em um atestado, pelo prazo de 12 meses; e se desejasse concorrer em mais de um lote, era necessário demonstrar capacidade de 50% do quantitativo de cada um, com a possibilidade de somar até dois atestados.

Em princípio, **inexistindo limitação de tempo ou época**, a exigência de comprovação de experiência anterior de 12 meses na execução de serviços de limpeza, não merece reprovação. Trata-se de demonstração *pertinente e compatível* ao prazo de vigência estabelecido nos ajustes.

Relativamente à demonstração de capacidade mediante atestados lembra o Relator, por oportuno, que este Tribunal consolidou entendimento que se resume na possibilidade de ser exigida comprovação profissional e operacional, **admitindo somente para esta a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis - em torno de 50% - ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.**

No caso, apura-se que as imposições voltadas à comprovação da capacidade operacional realmente determinaram o afastamento de empresas do certame.

Embora a Companhia alegue a estipulação de critérios necessários à manutenção da qualidade dos serviços de limpeza e à segurança, entende o Relator que as imposições editalícias - especificações dos locais e quantitativos - não podem ser tolerados(...).

Como resultado dos excessos praticados, temos que das 12 empresas que acorreram à disputa, sete foram inabilitadas por não atenderem o mencionado item do edital (...).

O que se confirma, afinal, é que apenas as ex-contratadas das Empresas, seja para limpeza de estações ou de trens - detentoras da experiência desejada porque lhes foi concedida oportunidade de tê-la - estavam em condições de participar da disputa o que evidencia, o estabelecimento de indesejável reserva de mercado e, no presente caso, prejudicou sobremaneira a busca pela melhor oferta (...).

TC - 20062/03, 20068/03 e 20070/03 e outros - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 27/9/05 - DOE de 5/10/05, fls. 41/44. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública, os contratos e os termos aditivos em exame, bem como ilegais as despesas decorrentes, acionando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93.

O NÃO ATENDIMENTO ÀS INSTRUÇÕES DESTA CÂMARA ENSEJARÁ A APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS

• **Termo aditivo que tem como finalidade prorrogar por mais 12 meses o contrato celebrado entre o Instituto e Firma**

de alimentação, assim como reduzir o valor do desjejum e café da tarde dos funcionários.

O Relator avisa que o não atendimento às Instruções desta Corte ensejará a aplicação de multa aos responsáveis pelo Instituto, nos termos do art. 104 da LC 709/93.

Quanto à confirmação das providências adotadas referentes à penalidade imputada à contratada, fica desde já o Instituto notificado, nos termos da Lei acima citada, a providenciar a remessa de cópias da documentação pertinente.

TC - 1605/01 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 16/8/05 - DOE de 24/8/05, fls. 28/32 - Retificado no DOE de 31/8/05, fl. 43. A E. Câmara julgou regulares os termos aditivos e a rescisão contratual, com a recomendação no sentido de que atenda às Instruções deste Tribunal, notificando o Instituto para que providencie a remessa de cópia da documentação pertinente à comprovação das providências adotadas frente à penalidade imposta à contratada, nos termos do art. 104 da LC 709/93.

O REGIME DE EXECUÇÃO DEVERÁ CONSTAR TANTO DO EDITAL COMO DO TERMO CONTRATUAL, CONFORME DISPOSTO NO ART. 40 “CAPUT” DA LF 8666/93

• **Contrato celebrado entre Companhia e Empresa de Saneamento, objetivando a prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial das instalações, estações, trem-uniidade e locomotivas, com fornecimento de mão-de-obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos, visando a obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene.**

A contratação em exame obedeceu às normas estabelecidas na LF 8.666/93.

Uma questão mereceu o acionamento de prazo e a apresentação de justificativas por parte da Companhia, que dizia respeito a possível restritividade quanto à exigência de garantia de capital, atrelada ao prazo contratual estipulado em 30 meses.

Os esclarecimentos ofertados demonstraram que a exigência de qualificação econômico-financeira obedecia ao limite máximo de 10% do valor contratual, em atendimento ao disposto no art. 31, § 3º da Lei de Licitações, e que no seu cadastro de fornecedores havia 14 empresas do ramo que estariam aptas a participar do certame.

Superada essa questão o certame não apresentou qualquer impropriedade de relevância.

TC - 25684/01 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzini - Sessão da 2ª Câmara de 13/9/05 - DOE de 21/9/05, fls. 26/30. A E. Câmara julgou regulares a concorrência pública e o contrato, bem como legais os atos determinativos das despesas, com recomendações para que observe o regime de execução, que deverá constar tanto no edital como no termo contratual, conforme disposto no art. 40 “caput” da LF 8666/93 e as normas editadas pela Casa contidas nas Instruções nº 2 art. 10 – Item I, encaminhando os contratos dentro do prazo.

PERCALÇOS PELOS QUAIS PASSA O SISTEMA PENITENCIÁRIO EXIGINDO ATENÇÃO ESPECIAL

• **Termos aditivos de prorrogações celebrados entre a Secretaria de Estado e Firma de alimentação objetivando o fornecimento de alimentação aos presos recolhidos.**

A origem, embora não tenha atendido integralmente ao dispositivo legal que limitou os acréscimos de serviços, trouxe justificativas convincentes, pois a circunstância fática vivenciada pela Cadeia, à época da prorrogação do prazo contratual - impeditiva da formalização regular do termo celebrado - restou demonstrada, haja vista os percalços por que passa todo o sistema carcerário.

TC - 29863/01 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 2/8/05 - DOE de 17/8/05, fls. 29/31. A E. Câmara julgou regulares os termos aditivos em exame, bem como legais os atos determinativos das despesas com recomendação à origem para que, em casos futuros, cumpra fielmente as disposições da LF 8.666/93.

QUANTITATIVOS MÍNIMOS FIXADOS NO EDITAL QUE EXTRAPOLAM OS LIMITES ACEITOS PELA JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL

• **Contrato, precedido de concorrência, firmado entre a Companhia e Empresa Construtora, visando complementar a construção de estrada vicinal, em consequência da rescisão de ajuste anterior.**

Os quantitativos mínimos fixados no edital, objetivando demonstrar qualificação técnica, extrapolam os limites aceitos pela jurisprudência deste Tribunal. Dos estudos realizados foi possível aferir que os percentuais foram de 78,05% para solo brita compactado e 159,24% para quilômetros de vias com pavimento asfáltico.

Admite-se como parâmetro máximo, via de regra, atestados comprovando execução de até 50% do objeto licitado. Patamar superior a este somente é aceito quando tecnicamente justificado o que não se configurou aqui. Ademais, o Relator não vislumbra complexidade suficiente em obra de complementação de construção de estrada vicinal que explique demanda superior ao objeto contratual.

TC - 28585/03 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 12/7/05 - DOE de 20/7/05, fls. 28/31. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública e o contrato, aplicando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93.

RECURSOS ORDINÁRIOS

• **Recurso Ordinário interposto por Secretaria de Estado pretendendo a reforma da r. sentença que julgou irregulares determinados atos de admissão de pessoal por tempo determinado.**

A Recorrente aduz que as contratações aqui examinadas não foram efetuadas com fundamento nos incs. II e IX do art. 37 da CF por não se tratar de investidura em cargos ou em-

pregos públicos, mas sim de prestação de atividades temporárias, vinculadas a projetos culturais específicos. Esclarece que a ação desenvolvida pela Secretaria de Estado caracteriza-se como serviço público, essencial para a população, uma vez que compete ao Estado garantir o acesso às fontes da cultura nacional, bem como apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais, conforme disposições constitucionais.

Afirmando que o embasamento para as admissões está contido nas disposições do art. 3º Decreto 42.322/97, junta os processos de credenciamento dos contratados.

Em seguida, a Recorrente anexa documentação, na qual informa que a Secretaria firmou com o Ministério Público do Trabalho o termo de compromisso de ajuste de conduta, visando equacionar as questões sobre contratação de pessoa física.

O Relator, através da análise dos autos, verificou que não há como se comprovar a necessidade temporária e o excepcional interesse público exigidos pela CF, em seu art. 37, inc. IX, que justifiquem as admissões sem prévio processo seletivo, posto que as funções a serem exercidas não são temporárias e sim permanentes.

Além do mais, as contratações não podem ser enquadradas nos Decretos 42.322/97 e 43.200/98 e Resolução SC 84, de 17/12/97, conforme pretende a Recorrente, pois não estão contempladas nas citadas legislações, que regulamentam e regem a atribuição dos honorários pagos a título de horas extras e o credenciamento dos “preletores”.

Ainda: não houve prévio processo seletivo, ainda que simplificado, não se podendo auferir, ao certo, quais os critérios de avaliação adotados.

TC - 13089/00 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão da 1ª Câmara de 30/8/05 - DOE de 14/9/05, fls. 33/36. A E. Câmara conheceu do Recurso Ordinário e, quanto ao mérito, negou-lhe provimento.

• Recurso Ordinário interposto por Superintendente e Membros da Comissão dos Transportes contra a decisão da E. Segunda Câmara, que reconheceu o “cumprimento apenas parcial das obrigações” constantes do Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário e aplicou multa aos responsáveis, impôs determinações e fez recomendações.

Quanto às preliminares argüidas, de cerceamento de defesa, o Relator acompanha a fundamentação da decisão recorrida, no sentido de afastá-las, mas tão-somente em relação aos ocupantes de cargos de direção, apenados com multa pecuniária.

Cumpra aclarar, no entanto, a inaplicabilidade da Lei Estadual nº 10.117/98, no que se refere à intimação de atos, pois “a jurisdição desta Corte de Contas está aparelhada de legislação específica, que, harmonizada com comando constitucional, regula a prática dos atos processuais sob sua tutela”.(...).

Há, nos autos, comprovação de que houve intimação, via Imprensa Oficial, do Secretário de Estado, do Superintendente e do Coordenador Geral bem como que, no prazo fixado, compareceram ao processo, os Srs. que subscreveram as mesmas razões de defesa, passando, então, a integrar o pólo processual, ainda que em razão dos cargos ou funções por eles ocupados, como fora divulgado no DOE.

Já os demais membros da Comissão de Monitoramento não tiveram a mesma oportunidade de exercer o contraditório,

motivo pelo qual deve ser anulada a decisão recorrida, na parte em que foram penalizados com multa, reiniciando, para eles, a instrução processual.

A decisão guerreada fundamentou-se, essencialmente, na verificação de que houve investimento financeiro menor do que o inicialmente previsto para o período analisado, decorrendo, daí, o desrespeito a prazos de execução de obras, a alteração do cronograma da concessão sem o tempestivo reequilíbrio em favor do usuário e, por conseguinte, a ineficiência da fiscalização do Poder Concedente.

Observou o Relator, que parte das falhas relativas a atrasos na implementação de serviços e obras foi afastada por meio das manifestações encaminhadas pelo órgão regulador das concessões rodoviárias, especialmente no tocante ao Programa Intensivo Inicial. (...).

Propôs o Relator “*que este E. Tribunal deveria alterar o seu procedimento quanto ao acompanhamento da execução dos contratos de concessões rodoviárias, no sentido de efetuar as fiscalizações ordinárias anualmente, mas só julgar o resultado depois de determinado período processado, suficiente que seja para compatibilizar investimentos com retornos financeiros, atrasos e adiantamento de obras com re-equilíbrio econômico-financeiro, etc.*” (...).

Por outro lado, é de se frisar que as tarifas de pedágio pagas pelos usuários das rodovias concedidas não guardam relação direta com o volume de serviços e obras implementados em determinado período. Estes dependem de investimentos da concessionária, cujo retorno não ocorrerá de imediato, mas ao longo de todo o período de concessão.(...).

De acordo com a sistemática adotada no Programa de Desestatização das Rodovias do Estado de São Paulo, foi previamente estabelecido pelo Poder Concedente o volume e a quantidade das obras a serem realizadas pelas concessionárias em cada lote licitado, bem como os níveis de serviços e os valores das tarifas, sendo que para estas também se previu a forma de reajustamento anual.(...) Reitere-se que a cobrança de pedágio, por se tratar de preço público e não de tributo, não guarda relação com a destinação das receitas recolhidas pelo Estado ou com determinada obra colocada à disposição do usuário, e sim com a administração da rodovia, vista em sentido global, com a manutenção e todos os benefícios implantados.

Por outro lado, a competência do Poder Concedente é restrita à verificação do cumprimento das obrigações da concessionária, no que tange à realização das obras, sua qualidade e se nos prazos previstos, à manutenção da malha rodoviária e ao recolhimento dos encargos.(...).

A fórmula para esse equacionamento, dentro da ciência financeira, resulta de metodologia desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, segundo a qual basta substituir o cronograma físico-financeiro no fluxo de caixa vigente pelo cronograma re-adequado, para se obter o resultado financeiro referente à inclusão, exclusão, postergação ou antecipação das obras previstas.(...).

Entretanto, não se pode perder de vista que as propostas financeiras das concessionárias das rodovias, nos 12 lotes em que se dividiu a malha rodoviária estadual foram estruturadas em períodos anuais, obedecendo a um fluxo de caixa distribuído ao longo de 20 períodos, que contemplam todo o prazo de cada concessão, ou seja, os 20 anos.(...).

Diante da pouca experiência do Poder Público, ante o inusitado e especificidade da matéria, os contratos de concessão de estradas não puderam ser delineados de forma definitiva, perfeita, sendo necessária a permanente incorporação de instrumentos de adequação do serviço aos anseios da sociedade, o que enseja revisão permanente do ajuste, por meio dos termos aditivos e modificativos.

Pondera o Relator que simultaneamente às outorgas constituiu-se uma Comissão de Acompanhamento das Concessões, em caráter temporário, mas a estrutura administrativa indispensável para a fiscalização nos cerca de 3.500 quilômetros de estradas concedidas só foi proporcionada com a criação da Agência Reguladora – ARTESP, em abril de 2002, na forma de autarquia de regime especial, autorizada pela LC 914, de 14/1/02.(...).

Não poderia deixar de ressaltar o resultado de pesquisa de satisfação dos motoristas, realizada pela Fundação Instituto de Administração – FIA, publicada no DOE de 12/8/04.

TCs - 22944/701/98 e 22944/702/98 - Cons. Rel. Robson Marinho - Sessão do Tribunal Pleno de 17/8/05 - DOE de 17/8/05, fls. 28/31 - Retificado no DOE de 1/9/05, fls. 43. O E. Plenário conheceu dos recursos ordinários interpostos, por tempestivos.

No tocante às preliminares argüidas, de cerceamento de defesa, decidiu afastá-las, tão-somente em relação aos ocupantes de cargos de direção, apenados com multa pecuniária - Secretário de Estado, Superintendente e Coordenador Geral das Concessões, pois a eles é de ser aplicada à disposição do art. 90 da LC 709/93; e, quanto aos demais membros da referida Comissão, por não terem oportunidade de exercer o contraditório, decidiu anular a r. decisão recorrida, na parte em que foram penalizados com multa, reiniciando, para eles, a instrução processual, a partir do r. despacho, notificando-os individualmente para que prestem as devidas informações.

No tocante ao mérito, deu provimento parcial aos recursos, reputando parcialmente cumpridas as obrigações contratuais referentes ao período, sem prejuízo de se manter as recomendações, e, na mesma linha, prover os recursos, para excluir as penalidades pecuniárias impostas aos recorrentes e demais membros da então Comissão de Monitoramento das Concessões.

REPRESENTAÇÕES

• **Representação formulada por Empresa de Engenharia e Tecnologia que se insurgiu contra exigências contidas no edital da concorrência, instaurada pela Secretaria de Estado - Coordenadoria Geral de Administração, que tem por objeto a execução de obras de ampliação e reforma do hospital regional. O certame encontra-se suspenso, conforme decisão referendada pelo E. Plenário em sessão anterior.**

A Representante alega que o edital contém exigências que restringem a competitividade e contrariam a Lei e a jurisprudência desta Corte.

Alega que *“Impõe-se como condição clausular do consórcio, declaração de irrestrita e irretroatável aceitação das condições da concorrência, porém este tipo de exigência vem sen-*

do censurada e rejeitada por esse E. Tribunal de Contas, como pressupões adesão a condições que podem não ser coerentes com a orientação legal”.

Alega também que *“a exigência no sentido de que a comprovação de qualificação se faça, única e exclusivamente, num só contrato, é restritiva e, portanto, contrária ao princípio da competitividade”.*

Alega ainda que *“... não há a mínima compatibilidade e coerência em exigir 4.000 metros lineares de estacas para uma obra de cinco pavimentos com 7.000 m² de párea construída”.*

O Relator levou em consideração aspectos relevantes da presente licitação, por tratar-se de reforma e ampliação de hospital em funcionamento, concluindo que, a Representação mostra-se, de fato, parcialmente procedente.

Quanto a Qualificação Técnica, - Capacitação Técnico-operacional, - Execução em um único contrato, de reforma de um hospital em funcionamento, numa área de intervenção igual superior a 4.000 m², e com atuação, no mínimo nas seguintes áreas: cozinha industrial, central de esterilização e ala de internação, julga o Relator ser, procedente a impugnação.

Exigir que se comprove a experiência por meio de um único atestado é, de fato, ilegal, pois afronta o § 1º do art. 30 da Lei de Licitações e assim tem decidido reiteradamente esta Corte. (...).

Também procede a impugnação que se refere a *“uma área de intervenção igual ou superior a 4.000 m”*, porque, embora os quantitativos exigidos estejam nos patamares acolhidos por esta Corte, a *“área de intervenção”* é insuscetível de comprovação por meio de atestados já que deles constaria apenas à área de reforma abrangida, relegando-se assim à Comissão Julgadora valorações de cunho subjetivo.

Quanto à impugnação relativa a exigência de no mínimo 4.000 metros lineares de estacas para uma obra de cinco pavimentos com 7.000 m², tomando por base o parecer técnico, que entendeu *“ser realmente inaceitável que a metragem de estaqueamento tenha estimativa tão extensa”*, também foi considerada procedente, aliada ao fato de não constar nos autos o projeto de fundação, nem a planilha de quantidades e preços para confirmar os quantitativos em pauta.

Quanto à exigência de declaração de irrestrita e irretroatável aceitação das condições da Concorrência, embora aceitável porque não impede o direito dos licitantes de se socorrer, quando necessário, tanto da esfera administrativa quanto da judiciária, considera procedente, porque a exigência é dirigida apenas às empresas consorciadas, o que fere o princípio da isonomia entre os demais licitantes, colocando-os em pé de desigualdade.

TC - 22343/05 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão do Tribunal Pleno de 17/8/05 - DOE de 26/8/05, fls. 28/31 - Retificado no DOE de 1/9/05, fl. 43. O E. Plenário decidiu pela procedência parcial da representação formulada, determinando à Secretaria de Estado - Coordenadoria Geral de Administração que proceda à retificação do edital, adequando-os às disposições legais que regem a matéria, devendo, em consequência, republicar o novo texto editalício e reabrir o prazo, nos termos do art. 21, § 4º, da LF 8666/93.

Consignando, outrossim, que o exame se restringiu aos pontos impugnados, recomendou à Secretaria de Estado

– Coordenadoria Geral de Administração que, ao republicar o novo texto, re-analise-o em todas as suas cláusulas para eliminar outras eventuais afrontas à legislação ou à jurisprudência desta Corte de Contas.

• **Representação formulada por Firma Locadora de Veículos contra o edital do Pregão da Companhia objetivando a prestação de serviços de transportes terrestres de carga e passageiros, com fornecimento de veículos, para as instalações da Companhia na Capital e no Interior, sob o regime de execução indireta.**

Insurgiu-se a Representante contra a apresentação do “Atestado de Visita” como pressuposto de qualificação técnica, de tal forma que as licitantes deverão realizar essa visita técnica em 7 unidades localizadas em municípios distintos, ensejando a realização de longas viagens em um período exíguo, já que os locais se localizam em cidades distantes e o prazo para abertura do Pregão é de oito dias apenas;

Alega ainda que houve exigência de índices econômicos não usuais no mercado, e ainda define critério totalmente descabido e subjetivo para atribuir, através de fórmula aritmética, notas a cada índice exigido, infringindo o princípio do julgamento objetivo, bem como os arts. 3º e 31, § 5º, da LF 8.666/93;

A especificação para os veículos descritos que consta da minuta do Contrato, determina que os mesmos devam possuir “motor 2.8”, o que restringe a participação de possíveis interessados no certame, pois, atualmente, há no mercado somente dois modelos de veículos que possuem esse “motor 2.8”.

Procede ao inconformismo da autora com relação à exigência do atestado de visita técnica nas sete unidades da Companhia especificadas no ato convocatório, como pressuposto de qualificação técnica para o Pregão em análise, em primeiro lugar, porque as razões expostas pela Companhia nada elucidaram acerca dos motivos que a levam a impor tal requisito.

Sob outro aspecto, caso fosse realmente necessária à visita técnica, estaria descaracterizada a condição essencial para a adoção da modalidade Pregão, tal como se acha definido pelo artigo 1º e parágrafo único, da LF nº 10.520/02.

TC - 24048/05 - Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho - Sessão do Tribunal Pleno de 31/8/05 - DOE de 15/9/05, fls. 46/48. O E. Plenário, decidiu pela procedência parcial da representação formulada contra o edital do Pregão, determinando à Companhia que elimine a exigência do referido edital, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e reabertura do prazo legal, nos termos do art. 21, § 4º, da LF 8.666/93, para oferecimento das propostas, cessando, deste modo, os efeitos da medida liminar referendada pelo E. Plenário da Casa, em sessão anterior.

Determinou, outrossim, seja oficiado à representante e à representada, dando-se-lhes ciência da presente decisão.

REPUBLICAÇÃO DO EDITAL EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA COMPETIÇÃO E ISONOMIA

• **Contrato celebrado entre Companhia e Empresa de Saneamento objetivando prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial das instalações, estações, trens-unidade e locomotivas, com fornecimento de mão-de-obra, saneantes do-**

missanitários, materiais e equipamentos, visando à obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene.

O edital foi objeto de Representação tratada nos autos do TC 8225/026/01. Nessa ocasião determinou-se à origem que procedesse à revisão da “Avaliação da Metodologia Operacional” estabelecida no Anexo do edital, fixando, claramente e de forma objetiva, que aspectos seriam considerados para a pontuação dos documentos. Alertou-se, ainda, à Companhia que, após as retificações necessárias, atentasse para o disposto no § 4º, do art. 21 da LF 8666/93.

Afastando-se do quanto determinado, “a origem limitou-se a comunicar as alterações efetuadas às empresas que retiraram o edital, através de fac-símile, e por entender que a exclusão dos critérios de avaliação da Metodologia Operacional, tratados no anexo, não afetavam a formulação das propostas, remarcou a data de abertura da licitação, que se encontrava suspensa”.

O procedimento levado a termo tratava dos critérios de avaliação da metodologia operacional e alterou significativamente as condições de participação.

Nesta circunstância, a republicação do edital se impunha, em atenção aos princípios da ampla competição e isonomia.

TC - 25685/01 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 13/9/05 - DOE de 21/9/05, fls. 30/34. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública e o contrato em exame, acionando-se os incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93.

RETENÇÃO PARCELADA DA CAUÇÃO REPRESENTADA EM MEDIÇÕES EFETIVADAS E UTILIZAÇÃO DE ORÇAMENTO DESATUALIZADO, COM DEFASAGEM ENTRE A DATA BASE E A ASSINATURA DO CONTRATO

• **Contrato celebrado entre a Companhia e Empresa de Engenharia e Comércio Ltda objetivando a execução de obras e serviços de edificação de 288 unidades habitacionais e de três centros de apoio ao condomínio, serviços de terraplenagem, drenagem condominial, redes condominiais de água e esgoto em empreendimento habitacional.**

Duas impropriedades tornam irregular o procedimento.

A retenção parcelada da caução representada em medições efetivadas e utilização de orçamento desatualizado, com defasagem entre a data base e a assinatura do contrato.

Tais faltas encontram-se amplamente analisadas nesta Casa, que condena a prática das mesmas, uma vez não encontra respaldo no Estatuto Licitatório e porque descaracteriza a garantia que representa o instituto da caução.

No que tange aos Termos Aditivos, de Alteração e de Encerramento, o relator considera-os contaminados diante das faltas detectadas, de vez que, por serem acessórios ao Termo Principal, não vê como desvinculá-los do mesmo.

TC - 24282/00 - Cons. Rel. Fulvio Julião Biazzi - Sessão da 2ª Câmara de 23/8/05 - DOE de 31/8/05, fls. 36/39. A E. Câmara julgou irregulares a concorrência pública, o contrato e os termos de alteração, de aditamento e de encerramento e liquidação em exame, bem como ilegal o ato determinativo da despesa, acionando-se os incs. XV e XXVII do art. 2º da LC 709/93.

SEGUROS DE AERONAVES POLICIAIS

• **Contratação direta celebrada entre o Departamento e Companhia de Seguros objetivando a prestação de seguros de três helicópteros modelo Esquilo.**

A contratada se enquadra nas disposições do art. 24, inc. VIII da LF 8666/93 em face de sua natureza jurídica, de direito público interno, criada para o fim específico de explorar operações de seguro sendo sua escolha motivada pela previsão contida no Decreto Estadual nº 44.187/99, que impõe aos órgãos da Administração Direta e autarquias a obrigatoriedade de contratarem seguros somente pela COSESP.

Não foi possível atender integralmente as disposições do Decreto Estadual nº 34.350/91, pois a cotação prévia de preços entre três empresas do ramo restou prejudicada, porque as demais consultadas – a Itaú Seguros e a Companhia Paulista de Seguros - informaram que não operam com seguros de aeronaves policiais.

O Relator fez recomendação à origem para que doravante observe a determinação contida no art. 61, parágrafo único da LF 8666/93.

TC - 7927/05 - Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues - Sessão da 1ª Câmara de 16/8/05 - DOE de 24/8/05, fls. 32/35. A E. Câmara julgou regulares a dispensa de licitação e o contrato decorrente, bem como legal o ato determinativo da despesa, com recomendação à origem para que doravante observe a determinação contida no art. 61, parágrafo único da LF 8666/93.

TERMOS ADITIVOS COM ACRÉSCIMO DE VALORES ULTRAPASSANDO O LIMITE ESTABELECIDO NO § 1º, DO ART. 65 DA LF 8666/93

• **Contrato firmado entre a Companhia e Empresa de Publicidade, tendo por objeto a prestação de serviços de comunicação, divulgação e publicidade.**

No exame dos autos verificou o Relator que os 3º e 4º termos aditivos foram julgados irregulares por acrescentarem valores que ultrapassam o limite estabelecido no § 1º, do art. 65 da Lei 8666/93, e, desta forma, o mesmo juízo alcança o termo em análise, posto que este vem somar novo valor ao contrato.

TC - 12498/00 - Cons. Rel. Antonio Roque Citadini - Sessão da 2ª Câmara de 30/8/05 - DOE de 14/9/05, fls. 31/33. A E. Câmara julgou irregular o 5º Termo de Alteração, aplicando-se o disposto nos incs. XV e XXVII, do art. 2º, da LC 709/93, ciente este Tribunal, em 60 dias, das medidas adotadas.



editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

Rua da Mooca, 1921 São Paulo SP
Fones: 6099-9800 - 0800 0123401
www.imprensaoficial.com.br

