



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



19-03-14

SEB

=====

06 TC-037251/026/08

Recorrente: Bruno Ribeiro – Ex-Diretor de Obras e Serviços da FDE e Fundação para o Desenvolvimento da Educação - FDE.

Assunto: Contrato entre a Fundação para o Desenvolvimento da Educação - FDE e Consórcio JMG (composto pelas empresas JHE Consultores Associados Ltda., Maubertec Engenharia e Projetos Ltda., Gerentec Engenharia Ltda.), objetivando a prestação de serviços técnicos profissionais especializados de engenharia para gerenciamento e fiscalização de obras novas, ampliações, adequações, reformas e serviços de manutenção de prédios escolares da Secretaria da Educação situados na Região VII – Unidades Escolares contidas nas DERs: Itapecerica da Serra/Sul-2/Sul-3/Sul-1/Diadema/Santo André/São Bernardo do Campo/Mauá/Leste 3.

Responsáveis: Bruno Ribeiro (Diretor de Obras e Serviços) e Décio Jorge Tabach (Gerente de Obras).

Em Julgamento: Recurso Ordinário interposto contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a concorrência e o contrato, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando multa ao Senhor Bruno Ribeiro no valor correspondente a 200 UFESP's, com fundamento no artigo 104, inciso II, da mencionada Lei Complementar. Acórdão publicado no D.O.E. de 19-10-12.

Advogados: Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, Alexandre Venturini, Paulo José Carvalho Nunes, Gustavo Ferreira Castelo Branco e outros.

Acompanham: Expedientes: TC-009450/026/12 e TC-040249/026/10.

Procurador de Contas: Rafael Antonio Baldo.

Procuradores da Fazenda: Claudia Távora Machado Viviane Nicolau e Luiz Menezes Neto.

=====



1. RELATÓRIO

1.1 Em sessão de 02-10-2012, a E. Primeira Câmara¹ julgou irregulares a concorrência e o contrato entre a **FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FDE** e o **CONSÓRCIO JMG (JHE Consultores Associados Ltda., Maubertec Engenharia e Projetos Ltda. e Gerentec Engenharia Ltda.)**, objetivando a prestação de serviços técnicos profissionais especializados de engenharia para o gerenciamento e fiscalização de obras novas, ampliações, adequações, reformas, serviços de manutenção de prédios escolares da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo – Região VII, no valor de R\$ 4.815.036,38, com prazo de vigência de 24 (vinte e quatro) meses.

Conduziram ao julgamento desfavorável da matéria os seguintes aspectos:

- o item 7.3.II.b 4 do edital traz clara afronta ao enunciado da Súmula nº 25 deste Tribunal, ao deixar de prever que a demonstração do responsável técnico da empresa licitante seja efetuada por meio da contratação de profissional autônomo;

- a exigência disposta no subitem 7.5 IV do edital, que se refere à comprovação da regularidade fiscal, deixou de prever a possibilidade de aceitação de "certidão positiva com efeito de negativa";

- exigência de participação efetiva do interessado quando da entrega dos envelopes atinentes ao certame (item 6.4, 6.4.1 e 6.5), configurando-se uma obrigação, ao invés de uma faculdade;

Consignou ainda o eminente Relator que *“a pretensão do ex-Diretor de Obras da FDE, Senhor Bruno Ribeiro, no sentido de ser eximido de qualquer punição, afigura-se descabida, à medida que o mesmo figura como responsável pelos atos, já que homologou a presente concorrência, adjudicou o respectivo objeto e assinou o contrato”*.

E ainda, a r. decisão aplicou ao responsável à época pela contratação, Senhor Bruno Ribeiro, Diretor de Obras e Serviços, multa no valor de 200 (duzentas) UFESPs nos termos do artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93.

¹ Conselheiros DIMAS EDUARDO RAMALHO, Relator, ANTONIO ROQUE CITADINI e CRISTIANA DE CASTRO MORAES.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.2 Inconformado, o Sr. Bruno Ribeiro, ex-Diretor de Obras e Serviços da Fundação interpôs recurso ordinário (fls. 2218/2245) pleiteando a anulação da multa a ele imposta.

Argumenta que as exigências do edital e os procedimentos adotados na classificação das proponentes, fundamentos do julgamento irregular da matéria, são procedimentos que fugiriam da esfera de sua competência institucional.

Nesse sentido, aponta que possuía atribuições e competências bem específicas, previstas, definidas e limitadas pela Portaria FDE nº 37/2007. Item 'd', que trata da delegação das competências do Diretor Executivo da FDE. Referido documento traria como competência homologar, adjudicar, assinar e autorizar pagamentos, não abarcando a responsabilidade de definir exigências editalícias quanto à qualificação dos licitantes, seja técnica ou econômica, tampouco elaborar ou aprovar os termos dos editais, que já haviam sido padronizados pela FDE há anos.

Alega ainda não possuir tecnicidade licitatória e jurídica, dada sua formação como engenheiro civil, tendo firmado o procedimento licitatório porque havia todo o respaldo legal para isto, pois o certame e contrato foram devidamente aprovados pela Supervisão de Assuntos Jurídicos.

Entende que deve ser aplicado ao caso o princípio da individualização das sanções administrativas, que se trata de um direito subjetivo dos cidadãos em ser tratado individualmente pela Administração julgadora e que exige fundamentação adequada e proporcional aos atos praticados.

Por fim, transcreveu inúmeros acórdãos deste Tribunal que afastaram a multa e a condenação de devolução ao erário, inclusive por não caracterizados má-fé ou dolo.

1.3 Irresignada, a **FDE** também apresentou RECURSO ORDINÁRIO, destacando que, apesar das impropriedades apontadas, não houve nenhuma inabilitação, num universo de boa disputa, que contou com a participação de 04 (quatro) consórcios, os quais decompostos redundam em mais de uma dezena de empresas competidoras.

Destaca que o objeto foi dividido em seis lotes, os quais,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



quatro já julgados, foram considerados regulares (TCs 037245/026/08, 037247/026/08, 037249/026/08 e 037254/026/08).

Acerca da comprovação do vínculo profissional, para fins de qualificação técnica, argumenta que a Fundação passou a admitir expressamente a apresentação de contratos de prestação de serviços autônomos. Ademais sustenta que a invocação da Súmula nº 25 como fundamento para a reprovação do procedimento, num contexto em que não houve inabilitação de proponentes, parece contrariar os sentidos de proporcionalidade e razoabilidade.

Apresenta ainda considerações a respeito de decisões da Justiça do Trabalho contrárias à orientação desta Corte, pelo que pede que a matéria seja objeto de recomendação.

Em relação à regularidade fiscal esclarece que *“uma empresa que apresentasse uma dada certidão positiva com efeito de negativa, nem por isso poderia ser inabilitada do certame. É que a expressão ‘com efeito de negativa’ significa, precisamente, que deve receber o mesmo tratamento jurídico daquela negativa”*.

Defende que a presença efetiva dos interessados na licitação constitui importante requisito para a delimitação de direitos, considerando que a entrega via postal abriria “flanco” para alegações de que houve extravio voluntário ou involuntário, bem como impossibilidade de se marcar um termo final horário como limite para o recebimento dos envelopes, o que instauraria insegurança num momento crucial do processo licitatório.

Nesse aspecto ainda pondera que, dada a complexidade da licitação, não seria contrário à razoabilidade que o licitante tivesse o mínimo de cuidado de apresentar sua proposta por meio de representante qualificado, dispondo-se a acompanhar o desenvolvimento da sessão de abertura.

Requer, por fim, a revogação da pena pecuniária.

1.4 A **Assessoria Técnico-Jurídica** (fls. 2293/2296) considerou que as razões recursais da FDE não contêm elementos capazes de alterar a situação irregular constatada, sendo ainda indiscutível que o Senhor Bruno Ribeiro praticou ato com infração à norma legal ou regular, configurando a hipótese de multa nos termos do artigo 104, inciso II da Lei Complementar nº 709/93. Destarte, sugeriu o conhecimento dos recursos,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



mas, no mérito opinou pelo não provimento.

Chefia de ATJ (fls. 2297/2299), por sua vez, pronunciou-se pelo cancelamento da multa imposta ao Sr. Bruno Ribeiro, *“à vista da similaridade com o decidido nos TC’s 044072/026/07, 044026/026/07, 008510/026/07 e 003763/026/08”* e diante do fato de que *“as competências institucionalmente previstas, definidas e limitadas ao Diretor de Obras e Serviços, não lhe cabia outra atitude senão a formalização do contrato”*.

1.5 A **Procuradoria da Fazenda do Estado** (fl. 2300/2301) manifestou-se pelo **conhecimento** e **provimento** dos recursos, observando que houve ampla competitividade no certame, sem que tenha ocorrido desclassificação de licitantes ou impugnações ao edital, diante do que entendeu que possa ser a falha relevada, com recomendação, conforme jurisprudência contida no TC-037244/026/08.

1.6 O **Ministério Público de Contas** (fl. 2302/2304) opinou pelo **conhecimento** e **não provimento** dos recursos.

1.7 O Senhor Bruno Ribeiro, ex-Diretor de Obras e Serviços da FDE, apresentou (fls.2305/2308) memoriais complementares ao recurso ordinário, nos quais reiterou, basicamente, os argumentos anteriormente formulados.

2. VOTO - PRELIMINAR

2.1 O v. acórdão foi publicado no DOE de 19-10-12² (fl. 2214) e os recursos protocolados em 05-11-2012 (fls. 2218 e2246). São, portanto, tempestivos.

2.2 Satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, voto pelo seu **conhecimento**.

² Sexta-feira



3. VOTO - MÉRITO

3.1 Inicialmente, considero superado o apontado acerca da exigência de Certidão Negativa de Débito – CND, para a comprovação de regularidade fiscal, em razão do atual posicionamento desta E. Corte sobre a matéria, a exemplo do julgado no TC-003076/026/10³:

“Durante largo tempo, o entendimento da Corte rumou no sentido da impossibilidade de se exigir, para efeitos de regularidade fiscal, certidão negativa de débitos, posto que em dissonância com o previsto nos incisos III e IV, do artigo 29, da Lei de Licitações.

Uma nova interpretação, balizada na conjugação entre a Lei de Licitações e o Código Tributário Nacional, se estabeleceu, condicionando, no entanto, que ao se exigir “certidão negativa”, seja franqueada aos licitantes a possibilidade de apresentação da “certidão positiva com efeitos de negativa”, ou, simplesmente, “prova de regularidade”, a exemplo do decidido nos autos do Exame Prévio de Edital TC-43315/026/09 (sessão de 16/12/09) e no TC-269/010/04 (sessão de 11/9/07), ambos de minha relatoria.

Como visto, tal raciocínio decorre da interpretação dos requisitos inerentes à documentação relativa à regularidade fiscal, prevista no art. 29 da Lei nº 8.666/93, cujos incisos III e IV mencionam, tão somente, “prova de regularidade”, associada ao artigo 205 e 206, do Código Tributário Nacional, ao permitir que tal comprovação seja feita ainda por “certidão negativa” e/ou “certidão positiva com efeitos de negativa”.

3.2 Já a disposição contida no subitem 7.3.II.b do edital traz clara afronta à Súmula nº 25 deste Tribunal, ao não permitir que a demonstração do vínculo empregatício do responsável técnico da licitante se fizesse por meio de contratação de profissional autônomo.

No entanto, impende anotar que esta Corte, em julgamento de apelos da própria FDE, ante as peculiaridades do caso concreto, considerou que tal falha pode ser objeto de relevação.

Nesse sentido foi a decisão plenária de 22-08-12, Relator e Conselheiro EDGARD CAMARGO RODRIGUES, nos autos dos

³ Segunda Câmara, em sessão de 22-02-2011.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



TCs-015084/026/06, 015090/026/06, 015105/026/06, 015091/026/06, 020639/026/06 e 015083/026/06, *in verbis*:

“A situação é semelhante a que foi examinada por este E. Plenário, em sessão de 20/07/11, ocasião em que se deu provimento a recursos interpostos pela FDE - Fundação para o Desenvolvimento da Educação no TC-037247/026/08⁴ sob a seguinte argumentação:

‘A estreita noção de quadro permanente, expressa pela FDE quando da construção do edital, desgarrou-se, de fato, da norma de regência (art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93) e da Súmula nº 25 desta Corte, porque, embora contemplando vínculo trabalhista ou societário, não autorizou a figura do profissional autônomo, também perfeitamente capaz de responsabilizar-se tecnicamente.

(...)

Tolerável, ademais, a limitação do vínculo empregatício que, no caso, não determinou inabilitação ou foi alvo de impugnações, razão assiste a SDG e PFE quando sustentaram a aceitação dos apelos, a levar em conta, sobretudo, que se garantiram disputa e contratação pelo menor preço’.

(...)

Por outro lado, embora esta Corte tenha consolidado entendimento contrário à exigência, como condição de habilitação, de visto do CREA de São Paulo em certificados de empresas de outros Estados⁵, a incorreção no caso pode ser relevada. Como observam os órgãos técnicos, em especial SDG, “o certame contou com boa competitividade, tendo em vista que o preço foi efetivamente disputado por 08 (oito) consórcios, que decompostos em termos de número de empresas, significaram a afluência de 18 empresas competidoras o que, aliás, é indiretamente confirmado pelo fato de os órgãos de instrução não terem noticiado a

⁴ TC-037247/026/08, contrato firmado entre a Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE e Consórcio CAA – Engebanc – TCRE, decorrente de concorrência, objetivando a prestação de serviços técnicos profissionais especializados de engenharia para gerenciamento e fiscalização de obras novas, ampliações, adequações, reformas e serviços de manutenção de prédios escolares da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, julgado irregular em sessão da Segunda Câmara de 02/02/10, Conselheiro Relator Renato Martins Costa. Decisão do E. Plenário, de 20/07/11, Conselheiro Relator Edgard Camargo Rodrigues, deu provimento a recursos ordinários, para os fins de julgar regulares a licitação e o contrato, cancelando-se as multas aplicadas.

⁵ Exemplificativamente nos TC-004489/026/07, TC-006691/026/07, TC-008364/026/07, TC-008725/026/07 e TC-009144/026/07.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



interposição de qualquer impugnação, recurso administrativo ou ação judicial que versasse sobre a matéria em análise”.

*Tendo em conta essas específicas condições, meu voto é pelo **provimento** dos Recursos, para os fins de considerar regulares a licitação e os contratos dela decorrentes” (g.n.).*

Trago ainda à colação decisão da E. Câmara, prolatada no TC-037245/026/08, na sessão de 11-09-12, Relator CONSELHEIRO ROBSON MARINHO:

“Consoante fartamente demonstrado nas justificativas apresentadas, bem como nos precedentes invocados pela SDG, é incontroverso que este Tribunal tem mitigado a aplicação da Súmula 25, quando observadas as circunstâncias concretas, a exemplo do decidido pela e. Segunda Câmara, em sessão de 04/05/10, no TC-2237/002/08:

‘No tocante ao não atendimento à Súmula 25, observo que a falta de possibilidade de participação de empresas que possuíssem em seus quadros, profissionais com vínculos jurídicos diversos do da relação de emprego, como autônomos, não foi responsável por nenhuma inabilitação ou motivo de insurgência por parte de outras interessadas na disputa, não prejudicando a competitividade esperada.’

Do mesmo modo, circunstância envolvendo o mesmo objeto foi julgada regular pela e. Segunda Câmara – TC-37249/026/08 -, em sessão de 10/3/09, na qual a mesma impropriedade foi apontada, e, no entanto, relevada em razão da competitividade constatada.

Como se observa, as fundamentações, na maior parte delas, são circunscritas à ausência de impugnação ou de prejuízo à competitividade.

Há algum tempo tenho refletido sobre o assunto, até em razão de uma visão mais sistêmica do ordenamento jurídico, em especial com relação aos temas trabalhista, fiscal e previdenciário a envolver a questão, já que com a alteração da redação do inciso IV⁶ da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho - atribui responsabilidade subsidiária aos entes da administração pública direta e indireta, caso evidenciada conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8666/93 -, será necessária uma melhor atenção quanto à cobrança pela aplicação irrestrita do enunciado 25.

⁶ IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Isto porque, a exigência da aplicação do respectivo enunciado, para todos os casos, pode, por vezes, gerar situações indesejadas ao Administrador Público, pois, de um lado, pretende a Administração dar amparo à Súmula do Tribunal, possibilitando que a empresa contratada utilize-se de profissional autônomo, dando assim, vazão à competitividade que se espera da licitação; de outro, principalmente em se tratando de serviços contínuos a serem prestados pela contratada, poderá tal contratação resvalar em violação à Consolidação das Leis do Trabalho, e, por reflexo, à ordem tributária e previdenciária.

(...)

Neste ponto, merecem destaque as justificativas apresentadas pela FDE, ao defender que o entendimento desta Corte, no que se refere aos contratos de obras públicas, desenvolveu-se e cristalizou-se no sentido de que o engenheiro responsável pela mesma obra a ser contratada possa vincular-se à empresa particular por contrato de prestação de serviços na condição de autônomo, mas que, no entanto, a contratação em exame “possui especificidades que parecem autorizar juízo em favor da disciplina editalícia apresentada, quais sejam: (i) não se trata de simples contrato de obra, mas dos serviços de apoio ao gerenciamento e fiscalização de todas as obras novas, ampliações, adequações, reformas e serviços de manutenção de prédios escolares, compreendidas na extensa área geográfica do Lote licitado; (ii) não se trata, ainda, de mera responsabilidade por uma obra, mas do desempenho da função de Coordenador Geral do serviços.”.

Evidente, no caso concreto, se tratar de serviços de natureza contínua, cujas atividades serão desempenhadas por um Coordenador Geral de Serviços, ora subordinado às determinações da empresa tomadora. Portanto, sob a ótica trabalhista, previdenciária e fiscal, flagrante seria a ilegalidade da contratação de profissional autônomo, já que, pela natureza da função e do objeto, este tipo de profissional preencheria todos os requisitos para configuração do vínculo trabalhista, principalmente a subordinação e a não eventualidade.

E mais, sob a égide da atual redação da Súmula 331, aplicável aos contratos celebrados pelos entes públicos com empresas privadas, de se evidenciar a notória responsabilidade subsidiária da Administração quando comprovada a culpa in vigilando e/ou in eligendo pelos atos faltosos de sua contratada.

(...)

Inconteste, pois, que em casos de serviços contínuos a exigência destemperada de cumprimento da Súmula 25 colidirá diretamente com outras searas do direito, havendo, pois, que mitigá-la, porquanto que a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



matéria sob jurisdição desta Corte não pode seguir como se “autônoma” do sistema jurídico fosse.

No caso em exame, não se olvida que a Súmula 25 objetiva dar maior amplitude à competitividade, no entanto, pelas razões expostas, há que se ter certa dosimetria na sua aplicação, porquanto que existirão situações, como no caso de contratação de serviços contínuos, que a comprovação por outras figuras jurídicas, como no caso de autônomo, acabaria por esbarrar em questões de ordem trabalhista, tributária e previdenciária.

Não desconheço que em certas ocasiões, a demandar a especificidade do objeto a ser contratado, haverá de se facultar, também, a possibilidade de comprovação de vínculo profissional através de autônomo, via contrato de prestação de serviços, a exemplo da posição defendida pelo mesmo doutrinador administrativista⁷ “Suponha-se que um arquiteto de enorme renome e grande reputação, que se dispõe a prestar seus serviços de consultoria a uma empresa de engenharia. Tendo assumido deveres de desempenhar suas atividades de molde a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, seria correto entender que os requisitos de qualificação técnica profissional foram atendidos? Responde-se de modo positivo. A autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício mas não afasta a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente.”

Por tudo isso, no caso concreto, os serviços contratados - Serviços técnicos profissionais especializados de engenharia para gerenciamento e fiscalização de obras novas, ampliações, adequações, reformas e serviços de manutenção de prédios escolares da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo - são, no meu entender, de natureza contínua, a afastar de vez à aplicação da Súmula 25 desta Corte.

*Desse modo, voto pela **regularidade** da licitação e do contrato, bem como pela **legalidade** dos atos determinativos das respectivas despesas, com proposta de releitura dos paradigmas quanto à irrestrita aplicação da Súmula 25.*

Por força dos expedientes TCs 26106/026/11, 39202/026/11, 15081/026/12 e 41159/026/10, encaminhem-se cópias desta decisão ao Ministério Público do Estado de São Paulo”.

Assim, em razão dos diversos precedentes favoráveis e tendo em vista que a Origem demonstrou já ter adequado seus editais à

⁷

P. 237.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



jurisprudência desta Corte, considero que possam ser aceitas as razões recursais.

3.3 Não obstante remanesce a falha concernente à exigência de participação efetiva do interessado quando da entrega dos envelopes (subitens 6.4, 6.4.1 e 6.5).

Referida disposição não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente, tampouco na jurisprudência desta Casa.

No entanto, entendo que, por não constituir requisito questionado por qualquer das licitantes, e não causado inabilitações, possa ser tal impropriedade relevada, sem prejuízo de severa recomendação à Origem.

3.4 Em face do exposto, **dou provimento** aos recursos, para julgar regulares a licitação e o contrato, excluindo a multa aplicada ao Sr. Bruno Ribeiro, responsável pela assinatura do ajuste.

Sala de Sessões, 19 de março de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO