

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONTRATAÇÃO DE SISTEMA
DE ENSINO PELOS MUNICÍPIOS PAULISTAS: UMA ANÁLISE
JURÍDICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

**BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT SIGNING CONTRACTS OF
EDUCATIONAL SYSTEM FROM CITIES OF SAO PAULO: A LEGAL
ANALYSIS CASE LAW PUBLIC FINANCE COURT OF SAO PAULO**

**Guilherme Corona Rodrigues Lima¹
Maxwell Borges de Moura Vieira²**

RESUMO

Objetiva o presente trabalho a análise da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nas contratações de sistemas de ensino para os municípios paulistas. Pretende-se, de forma breve, fixar a modalidade e tipo licitatórios exigidos para esse mister e pontuar os principais motivos de irregularidades das contratações.

Para tanto, expõe-se de forma sucinta as modalidades de licitações previstas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, demonstrando, ao final, a modalidade mais indicada para a efetivação de contratações desse viés.

Ao final analisa-se uma gama de julgados proferidos pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no ensejo da análise de contratações de sistemas de ensino, demonstrando-se as

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, onde é professor-tutor de Direito Administrativo. Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP.

² Advogado. Membro da Comissão Especial de Direito Administrativo do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito - EPD. Diretor Jurídico Adjunto do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo – IPPEM/SP.

principais formas de contratação e os apontamentos mais corriqueiros concluindo qual seria, do ponto de vista da Corte de Contas Paulista, a forma correta de contratação de sistemas de ensino que deve ser levada a efeito pelas Prefeituras Municipais.

PALAVRAS-CHAVES

Contratação de sistema de ensino; modalidade e tipo licitatórios; Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

ABSTRACT

This work has as the main objective the analysis of case law about the Public Finance Court of Sao Paulo. The targets are contract signing of teaching system from cities of it state the necessity of giving modality and bidding requested to this article and point the main reasons of irregularities about signings are the keys of this presentative.

For this, it's explained succinctly the procedures of bid tender from Brazilian system of laws, which are: public tender, price survey, invitation to tender, contest bidding, auction and open outcry. In the end, the best way for the execution of such contracts is shown.

Finally, it's analyzed a series of trial given by the Public Finance Court of São Paulo State in opportunity of hires studying from education systems, showing up the main forms of contract and more commonplace notes concluding, at the end, which would be, from the point of view of the Paulista Public Finance Court, a correct form of hiring school systems that should be done by the Municipalities.

KEY-WORDS

Signing contracts of teaching system; modality and type bidding; Public Finance Court of Sao Paulo

INTRODUÇÃO

Dispõe o artigo 6º da Constituição Federal que “*são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*”, postulados estes intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A educação, nessa linha, é direito básico do cidadão, encontrando guarida constitucional, também, no artigo 208, inciso I da Constituição Federal, que dispõe que a Administração Pública tem o dever de proporcionar educação básica obrigatória e gratuita para as crianças e jovens que contam com idade entre quatro e dezessete anos, tendo nosso constituinte alçado a educação, dessa forma, como categoria de serviço público ao colocar para si, de forma cogente, a prestação de tal atividade.

Na lição de Alexandre Santos Aragão:

“(…) os serviços públicos, atividades econômicas lato sensu, que não tem ínsita em si a integração à esfera pública ou privada, ou seja, são atividades que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou outra esfera, mas que o Constituinte ou o legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua”.³

Verifica-se a importância do tema dado pelo constituinte no momento em que este obriga o administrador público municipal a aplicar, de forma compulsória, em ensino, o montante de 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos, nos termos do artigo 212 da Constituição Federal.

Cabe esclarecer que tais receitas referem-se às diretamente arrecadadas pela Administração Municipal, como o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana - IPTU, o Imposto Sobre Serviços – ISS e o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, como também as transferidas pela União e Estados membros como o Fundo de Participação dos Municípios – FPM, Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, Imposto sobre a Propriedade de Veículos

³ ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. Forense: Rio de Janeiro, 2013. p. 127.

Automotores – IPVA, Imposto sobre produtos Industrializados - IPI/Exportação, Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD, bem como, a receita da dívida ativa tributária, a de multas e juros por impostos atrasados e a derivada da chamada Lei Kandir (Lei nº 87 de 1966).

Da mesma forma, o disposto no artigo 60, inciso XII do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que institui o chamando Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da educação – FUNDEB, determina que 60% (sessenta por cento) de tais recursos devem ser utilizados na remuneração dos profissionais do magistério da educação básica.

Registre-se, ainda, que a Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, determinou que os recursos do FUNDEB devem ser utilizados no próprio ano em que obtido, permitindo que apenas 5% (cinco por cento) possam ser empenhados e pagos no primeiro trimestre do ano subsequente (art. 21, caput e § 2º).

Assim, diante de vasta imposição constitucional, tem o Município a obrigatoriedade de implementar adequado sistema de ensino para satisfazer tal direito fundamental.

Ressalta-se, ainda, a extrema importância do tema para as Prefeituras Municipais, ante o fato de que o não atendimento da aplicação dos percentuais mínimos obrigatórios na educação tem sido uma das principais causas de rejeição das contas anuais dos Prefeitos Municipais perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Nessa linha, intrigantes questões vêm à tona acerca da contratação de sistemas de ensino pelas administrações municipais, questões estas que serão estudadas, com brevidade, no presente artigo, à luz da análise da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

FORMA DE CONTRATAÇÃO DO SISTEMA DE ENSINO

A Administração Pública tem o escopo de atuar sempre voltada para o interesse público. Assim a licitação é um mecanismo utilizado para que a Administração possa escolher a melhor proposta e, ao mesmo tempo, respeitar os princípios constitucionais da isonomia e moralidade.

Conforme ensina o Professor José dos Santos Carvalho Filho a licitação é:

“O procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico”.⁴

Dessa forma, o ordenamento jurídico Brasileiro traz no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal a obrigatoriedade da Administração Pública, em todas as aquisições de bens e serviços, bem como para alienações em geral, realizar o processo licitatório, conferindo a União, nos moldes do art. 22, inciso XXVII da Lei Maior, a competência privativa para legislar sobre normas gerais. Com isso verifica-se que a Administração não tem a discricionariedade para contratar pessoas e/ou empresas para prestarem serviços para o Poder Público, pois com tal margem de escolha poderia facilmente afastar o interesse público e violar os princípios constitucionais.

Neste ponto, observa-se que a Constituição Federal está norteada por vários princípios que legitimam suas normas. Dentro desse contexto, por ser pertinente ao tema abordado no presente trabalho, se destaca os princípios que norteiam a Administração Pública os atos por ela praticados, quais sejam, dentre outros, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Dessa forma, o objetivo da atividade desempenha pelo Gestor Público deve ser sempre o bem comum. E ainda, qualquer medida do Administrador que desvie a finalidade do interesse coletivo ofende os princípios da Administração Pública, mais especificamente os princípios da impessoalidade e moralidade.

A lei de normas gerais instituída pela União para regular as licitações foi a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, denominada de Estatuto dos Contratos e Licitações. Posteriormente foi editada a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual passou a regular nova modalidade de licitação não prevista na lei geral, qual seja, o pregão.

Ressalta-se que a última tem caráter especial diante do Estatuto, pois regula especificamente uma nova modalidade de licitação, utilizando a lei geral apenas com caráter supletivo. A lei nº 8.666/93 prevê em seu art. 22 cinco modalidades de licitação, quais sejam,

⁴ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26.ed. ver., ampl e atual. Até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013. P.236

concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. É certo que as três primeiras têm o mesmo objetivo: contratação de obras, serviços e fornecimento, enquanto o concurso e o leilão têm objetos próprios e diferenciados.

Nesta linha, diante da exigência do processo licitatório imperioso se faz descrever, de forma sucinta, cada modalidade de licitação.

A concorrência caracteriza-se como modalidade de licitação utilizada para contratações de grande porte. Prevista no art. 23, inciso I, alínea “c”, e inciso II, alínea “c” do Estatuto, estabelece valores para que as licitações ocorram nessa modalidade. A característica principal da concorrência é seu formalismo e amplo procedimento, objetivando perquirir de forma exaustiva os requisitos de habilitação dos proponentes bem como analisar de forma pormenorizada as propostas apresentadas.

A tomada de preços, por sua vez, consubstancia-se na modalidade em que os interessados encontram-se previamente cadastrados nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas. Importante registrar que todos aqueles que possuem condição de cadastramento podem fazê-lo até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. Essa modalidade possui algumas diferenças da modalidade concorrência, pois se destina a contratações de médio porte e seu âmbito de divulgação é menor, já que só participam da licitação aqueles licitantes previamente cadastrados ou que pretendem se cadastrar com a antecedência exigida legalmente.

Já na modalidade convite tem-se um menor formalismo envolvido. Nesta, diferente das outras, o instrumento convocatório é chamado carta-convite e o administrador público convida empresas cadastradas ou não em seus assentamentos para participar do certame.

Uma questão relevante na modalidade convite diz respeito à quantidade de participantes do certame. A lei determina em seu art. 22, § 3º que a Administração deverá escolher ou convidar um número mínimo de três participantes. Para alguns, como Antônio Marcello da Silva, se no dia marcado para acontecer à licitação se apresentar apenas dois participantes, por exemplo, a Administração deve anular o convite, pelo fato de não ter se respeitado o princípio da competitividade previsto na Lei de Licitações. Entendendo de modo contrário, José dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella di Pietro afirmam que em nenhum momento a lei exige o comparecimento de três participantes no certame, e sim, que tenha havido a convocação para participar ao menos três ou mais licitantes, afirmando que os

interessados que compareceram não podem ser prejudicados pela ausência e desinteresse de outros convidados.

Para a modalidade concurso, nos termos do art. 22, § 4º, da lei nº 8.666/93, instaurar-se-á licitação “*entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias*”. Nessa modalidade, a Administração só poderá remunerar o autor do projeto se o mesmo ceder os seus direitos patrimoniais e permitir a sua utilização, na forma que estiver estabelecido no regulamento específico.

Por último, a modalidade leilão, nos termos do art. 22, § 5º da Lei nº 8.666/93, destina-se a venda de bens móveis inservíveis para Administração, venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e alienação de bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como o permite o art. 19 do Estatuto.

O Licitante vencedor do certame na modalidade leilão será aquele que ofertar o maior lance. Suas principais características são a ampla divulgação e, em respeito ao princípio da preservação patrimonial, deve haver, antes do certame, a avaliação de todos os bens envolvidos.

Para Carlos Ari Sundfeld, há pouca diferença entre a modalidade de concurso e a do tipo licitatório da melhor técnica. Neste, porém, a Administração deverá fixar com objetividade os critérios seletivos, ao passo que no concurso a tônica é o julgamento relativamente subjetivo (mas não arbitrário).⁵

Cabe esclarecer que as mencionadas modalidades de licitação, instituídas pela Lei nº 8.666/93, em determinados momentos, não conseguiram dar a celeridade necessária para a Administração, principalmente nos contratos menores ou de rápida conclusão. Diante disso a Lei nº 10.520/02 instituiu o pregão, com o fim de dar maior celeridade no processo de escolha dos vencedores do certame.

Podemos destacar como características e particularidades especiais da modalidade “pregão” o princípio da oralidade. Diferente das outras modalidades de licitação, em que suas

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo, Malheiros, 2. ed., 1995. p. 86

propostas deveram estar na forma escrita, no “pregão” é aceita a possibilidade de o licitante ofertar suas propostas de forma verbal no dia marcado para o certame.

O processo licitatório do Pregão pode ser realizado de duas formas, a presencial ou a eletrônica. A primeira é realizada em lugar físico destinado para isso pela Administração, com a presença dos participantes e o segundo através da internet.

Assim, ressalta-se, que pregão não é modalidade de uso obrigatório pela Administração, porém possui finalidade específica no sentido de proporcionar maior celeridade e eficiência nos procedimentos licitatórios. A União Federal, com o fim de acelerar os processos de licitação, editou o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, tornando obrigatória a modalidade de pregão para aquisição de bens e serviços comuns para todos os órgãos da Administração Federal, estabelecendo ainda a preferência para o pregão eletrônico.

No entanto, a modalidade de licitação pregão é utilizada naqueles procedimentos cujos padrões de desempenho e qualidade estejam delimitados no edital por especificações habituais do mercado e sem sofisticadas técnicas, objetivando a aquisição de bens e serviços comuns.

Nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho, que afirma que *“poderia dizer-se que bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio”*.⁶

Assim, após a constatação da obrigatoriedade do procedimento licitatório no âmbito da Administração Pública, iniciaremos a análise e peculiaridades das contratações realizadas pelas Prefeituras Municipais paulistas na aquisição de sistemas de ensino, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

A Corte de Contas Paulista, na sessão do dia 23/08/07, regulamentou algumas diretrizes a respeito da contratação de sistema de ensino por Prefeituras Municipais, tendo expedido a deliberação TCA-21.176/026/07, na qual disciplina que *“A contratação dos sistemas de ensino deverá ser precedida do correspondente processo licitatório, preferencialmente do tipo técnica e preço”*.

A Lei nº 10.520/02, como mencionado anteriormente, que institui o pregão no ordenamento jurídico brasileiro, estabeleceu que será ela utilizada para aquisição de bens e

⁶ JUSTEN FILHO. Marçal. “Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)”; 4ª Edição; Editora Dialética; pg. 30.

serviços comuns. Porém, diante da deliberação acima e análise de jurisprudência do TCE/SP, verificou-se que várias Prefeituras utilizam o sistema do Pregão para realizarem a contratação de sistemas de ensino.

Com relação à utilização da modalidade “pregão” para contratação de sistema de ensino pelas Prefeituras Municipais, cumpre registrar o entendimento do eminente Conselheiro Robson Marinho, externado nos autos do TC 7099/026/10 em sessão do dia 24/02/2010:

“não foi em vão que esta Corte, entre outros considerados para a edição da Deliberação assentada no TCA-021176/026/06, entendeu ‘recomendável que licitações da espécie sejam resolvidas mediante necessária avaliação da qualidade técnico-pedagógica do material e serviços fornecidos’, adotando-se preferencialmente o tipo técnica e preço, o que não se coaduna com uma modalidade licitatória eleita pela Administração’; assim sendo, por entender que a composição do objeto em tela, da forma como está, inviabiliza a formulação de propostas e que o tipo de licitação eleita é falha que não se resolve, neste caso, com eventual desmembramento dos serviços/bens que se pretende adquirir, manifesto-me pela anulação do edital”.

Registramos, ainda, entendimento do ilustre Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, no TC 14051/026/09, julgado em sessão plenária de 03/06/09, que afirmou que “*a modalidade pregão é permitida para o fornecimento de livros didáticos, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*”.

Dessa forma verifica-se que para a compra de livros didáticos, na qual são perfeitamente delimitados seus padrões de qualidade no edital, é permitida a utilização da modalidade “pregão”.

De outra parte, para a contratação de sistemas de ensino, que na sua grande maioria impõe a análise da qualidade técnico-pedagógica do material e dos serviços fornecidos, deve a Administração adotar o tipo licitatório “técnica e preço”, assegurando um julgamento diferenciado e específico das propostas técnicas de cada licitante, vencendo aquele que tiver maior média de pontuação técnica e comercial. Dessa forma, o pregão não pode ser a modalidade eleita pela Administração para esse tipo de procedimento, pois permite, em seu bojo, apenas a análise do menor preço e não da técnica adequada.

Sobre a modalidade pregão, conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho:

"O único critério seletivo é o menor preço (art. 4, X), mas devem ser examinados outros aspectos contemplados no edital, como prazo de fornecimento, especificações técnicas e padrões mínimos de desempenho e qualidade. Julgadas e classificadas as propostas, sendo vencedora a de menor preço, o pregoeiro a examinará e, segundo a lei, decidirá motivadamente sobre sua aceitabilidade. Não há, entretanto, indicação do que seja aceitabilidade, mas considerando-se o sistema licitatório de forma global, parece que a ideia da lei é a de permitir a desclassificação quando o preço ofertado for inexequível, ou seja, quando não comportar a presunção de que o contrato será efetivamente executado. Pode também entender-se que é inaceitável a proposta quando, por exemplo, o produto objeto da futura contratação não atender às especificações técnicas ou ao padrão mínimo de qualidade. Se tal ocorrer, o pregoeiro declarará inaceitável a proposta e desclassificará o licitante".⁷

No mesmo sentido foi à decisão proferida no TC 41443/026/10, julgado em 15/12/10, relatado pelo Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, na qual analisou-se a contratação de sistema de ensino composto por material didático para alunos e professores da rede municipal, abrangendo a educação infantil e o ensino fundamental, bem como assessoria pedagógica, avaliação institucional e acesso ao portal de educação na internet. Ressalta-se que o eminente relator verificou a incompatibilidade da modalidade pregão, pois as especificações do produto demonstram ser complexas, e não comum, a qual não permite tal modalidade.

Observa-se, ainda, o entendimento exarado no TC 517/010/07, Rel. Conselheiro Renato Martins Costa, julgado em 01/12/2012, que não admitiu a escolha pela Administração da modalidade pregão em caso análogo.

Ponto importante a ser destacado é a prática de algumas administrações municipais em contratar sistemas de ensino pela via direta, valendo-se do procedimento de inexigibilidade de licitação, hipótese na qual não existe competição, ou seja, existe apenas uma empresa no mercado que contempla o objeto a ser adquirido, conforme ensinamento de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes:

⁷ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26.ed. ver., ampl e atual. Até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013. P.313

“O caput do art. 25 da Lei 8.666/93, estabelece que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial, quando ocorrer uma das três hipóteses retratadas nos incisos que anuncia. A expressão utilizada é salientada pela doutrina pátria para assegurar que se trata de elenco exemplificativo, firmando a assertiva de que os casos registrados não são únicos. Há, porém, outra consequência decorrente do uso de tal expressão, nem sempre alcançada pelos estudiosos do tema: ao impor taxativamente a inviabilidade, associando-a ao termo inexigibilidade, a lei estabeleceu característica essencial e inafastável do instituto da inexigibilidade. Assim, mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos, se for viável a competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no caput do art. 25.”⁸

Assim, para que a Administração Municipal efetive a contratação de sistema de ensino através de procedimento de inexigibilidade deve ela comprovar no processo que o sistema e/ou material adquirido é único, justificando a necessidade de aquisição de tal material em detrimento de outro.

A jurisprudência do TCE/SP, como regra, não admite essa forma de contratação, em razão do contido na Deliberação TCA-21.176/026/07.

De forma isolada, pela possibilidade de contratação direta, decidiu o ilustre Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues no TC 001629/009/09, na sessão do dia 22/11/11, no qual se permitiu a contratação por inexigibilidade, com o seguinte fundamento:

“Acompanho a SDG, posto que também tenho por justificada a escolha dos livros voltados à 1ª e 2ª séries do ensino fundamental, segundo consta, decorrente de avaliação da “equipe do Centro de Formação Pedagógica”, que teria analisado “inúmeros livros das mais variadas empresas juntamente com professores selecionados para esse trabalho”.

Os livros selecionados (“Ler” - 1ª série, “Ler” - 2ª série, “Porta Aberta Matemática” - 1ª série, “Porta Aberta Matemática” - 2ª série, e “ALET – Alfabetização” - 1ª série), que somam 2200 e 2050 unidades de cada título voltados, respectivamente, à 1ª e 2ª séries, contam com certificação da Câmara Brasileira do Livro, atestando edição, publicação, distribuição e comercialização exclusivas da Editora FTD S/A, registrados descontos de 40% sobre os “preços de capa”

⁸ JACOBY, Jorge Ulisses. Contratação Direta Sem Licitação. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.p. 532.

Vale registrar, ainda com relação à contratação direta por inexigibilidade de licitação, a possibilidade de utilização desse mecanismo para a contratação de sistemas auxiliares de ensino e não os sistemas de ensino principais da Administração, ou seja, a possibilidade de contratação direta de um sistema de apoio aos processos de aprendizagem pré-existentes, conforme restou decidido no TC 4541/026/07, Rel. Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, julgado em 20/09/11; TC 5286/026/08, Rel. Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, julgado em 19/09/12, que versavam sobre a aquisição de mesas educacionais.

Cabe destaque, por oportuno, o posicionamento da Secretaria Diretoria Geral no TC 4541/026/07:

“Instada a pronunciar-se sobre as alegações apresentadas, a SDG manifestou-se pela regularidade da inexigibilidade da licitação, por entender que o objeto do contrato não compõe o material didático a ser empregado pela escola, mas apenas uma ferramenta auxiliar de aprendizado ou tecnologia educacional.” E prossegue, ainda, falando: “Entende pertinente rever a posição anteriormente externada, por considerar que, independentemente da data em que o ajuste foi celebrado, não se sujeita à Deliberação contida no TC-21176/026/06, podendo ser considerado, assim, como objeto singular, estando presente a inviabilidade de competição.”

Por certo, ante o contido na deliberação TCA-21176/026/06, como regra geral, para a contratação de sistema de ensino principal para os municípios, correto é a realização de licitação, tendo a Corte de Contas Bandeirante orientado seus julgados no sentido de que a melhor forma a ser adotada é a modalidade concorrência ou tomada de preços, sendo o tipo “técnica e preço”, a fim de se cotejar, ao mesmo tempo, o melhor preço para a Administração para a aquisição do material que apresente melhor conteúdo.

CASUÍSTICA DA JURISPRUDÊNCIA

Da análise jurisprudencial selecionada junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, imperioso se faz demonstrar os apontamentos mais comuns feitos pela fiscalização no ensejo da análise dos editais e contratações postas a apreciação da Corte de Contas Paulista.

Deve-se pontuar, nos julgados do TCE/SP, alguns pontos em licitações nas quais as Prefeituras Municipais pretendem contratar sistema de ensino pela forma direta, via inexigibilidade de licitação. Questão de maior incidência, por certo, diz respeito à natureza do objeto licitado, visto que, na grande maioria das vezes, o Tribunal vem entendendo que o bem a ser adquirido não é único, sendo viável, portanto, a competição, bem como que o serviço que se pretende contratar, igualmente, não é especializado, havendo outros fornecedores no mercado. Nesse sentido, foi o decidido no TC 1943/008/07, Rel. Edgard Camargo Rodrigues, julgado em 14/04/09 e TC 519/007/08, Rel. Renato Martins Costa, julgado em 11/05/10.

Observa-se também na jurisprudência que, em várias decisões do TCE/SP, analisou-se casos em que as Prefeitura Municipais que objetivavam a contratação de sistemas de ensino o fizeram através de contratação direta, o que acarretou o julgamento pela irregularidade da contratação ante a violação da Deliberação TC-A-211176/026/06. Nesse sentido, foi o decidido no TC 44319/026/08, Rel. Conselheiro Substituto Antonio Carlos dos Santos, julgado em 08/05/12, na qual a prefeitura pleiteava a contratação de duzentos e oitenta e três Centrais Educacionais Alfabeto (Mesas Educacionais Alfabeto) para unidades escolares e conveniadas e treinamento para uso do equipamento. Ressaltou o Conselheiro, na oportunidade, que "*a Deliberação desta Corte foca nessa questão, de que é necessária uma avaliação da qualidade técnico-pedagógica do material e serviços fornecidos*". Dessa forma, em assim agindo, o município violou a Deliberação do Tribunal, que é categórica ao afirmar que tal processo deverá ser precedido de licitação, preferencialmente do tipo "técnica" e "preço", para que se pudesse efetuar a avaliação necessária sobre a qualidade do material.

Nesse sentido, também, o voto do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, proferido no TC 1246/003/09, julgado em 27.11.12:

“No entanto, não restou demonstrada tal circunstância quando da assinatura do contrato em análise.

A Municipalidade defende que a contratada é a única e exclusiva a fornecer o material didático adquirido, porém não comprovou que ela é a única empresa que fornece material didático e método de ensino para atender o projeto “NAME” – Núcleo de Apoio à Municipalização do Ensino.

De fato, o material COC é fornecido exclusivamente pela empresa contratada, porém existem no mercado outros sistemas de ensino passíveis de atender o objetivo perseguido pela municipalidade, tais como sistema Etapa, Sistema de ensino SAS, Sistema de Ensino UNO, Sistema de Ensino GEO, Sistema de Ensino Poliedro e outros.

Note-se que a contratante, ao defender a exclusividade do material didático adquirido, está defendendo a exclusividade da marca COC, o que é vedado expressamente pelo inciso que fundamentou a contratação.

Observa-se, ainda, que apesar da decisão proferida no TCA-21176/026/06 ter sido publicada após a celebração do contrato em análise, os requisitos e princípios da lei de licitação estavam em vigor e deveriam ter sido atendidos pela Municipalidade, o que não restou verificado no caso.

Por fim, a própria contratante admitiu a possibilidade de realização de licitação para a contratação do objeto em análise ao afirmar, em sua justificativa, que “o Município passou a realizar procedimento licitatório para as contratações futuras que envolvem o objeto em comento” (fls. 303), de tal forma que realmente irregular a contratação direta em comento.”

Diferencia-se a modalidade pregão das outras modalidades de licitação, nos termos do art. 4º, VII, da Lei do Pregão que, iniciado o certame, os interessados e representantes das interessadas apresentarão declaração alegando que cumprem todos os requisitos de habilitação e os envelopes contendo o preço ofertado, prosseguindo o certame com a abertura deste último e verificando-se as propostas com os requisitos do edital. Assim, verifica-se na jurisprudência do TCE/SP, que tal prática só é possível quando a abertura de ambos os envelopes se dá na mesma ocasião, tendo a Corte de Contas bandeirante decidido, no bojo do TC 44.910/026/09, Rel. Antonio Roque Citadini, julgado em 10.02.2010, que a licitação se mostrava irregular diante do fato de que a Administração tinha estabelecido datas diferentes e distantes para a entrega e abertura dos envelopes, o que descaracterizaria a modalidade Pregão.

Corriqueiro n jurisprudências são apontamentos afetos a ausência de pesquisa e justificativa dos preços adotados, em afronta aos artigos 15, V e § 1º; 24 VIII; 26, parágrafo único, III; 43, IV, 48, II, todos da Lei de Licitações, conforme restou decidido no TC 002473/003/07, de relatoria do Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, julgado em 05/05/2009:

“A Lei de Licitações e Contratos reiteradamente determina que as licitações sejam precedidas de pesquisa de preços (artigos 15, V e § 1º; 24, VIII; 26, parágrafo único, III; 43, IV; 48, II; etc.) reiteradamente adverte que as contratações pela Administração Pública devem ser precedidas de cuidadosa pesquisa de preços. A providência não apenas visa a assegurar a prevalência do princípio da economicidade, como também permite que a Administração

verifique a existência dos recursos necessários, promova a devida reserva orçamentária e possa, oportunamente, realizar pontual pagamento.

No caso, não há como dizer que a providência foi tomada. Houve uma única verificação de preços, exatamente com a empresa depois contratada. De todo modo, o descuido pode, no caso, ser relevado, tendo em conta que oito empresas retiraram o edital e sete ofereceram proposta, permitindo bom cotejo de preços, que assegurasse pagamento no patamar definido pelo mercado. Acresce que se está diante de licitação não pelo menor preço, mas de técnica e preço”.

No mesmo sentido foi decidido no TC 001943/008/07, julgado em 14/04/2009, Rel. Conselheiro Fulvio Julião Biazzi; TC 590/009/08, Rel. Conselheiro Antonio Roque Citadini, julgado em 17/11/2009.

Com a pesquisa de preços, como cediço, objetiva-se prevenir que a Administração não corra risco de contratar sem conhecimento do real valor do objeto, tendo entendido o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que trata-se de uma falha que por si só tem o condão de macular toda a contratação do objeto licitado.

Destacou o Tribunal, ainda, a impossibilidade de se exigir da licitante a comprovação de regularidade junto ao Ministério da Educação e Cultura para ministrar cursos à distância, o que violaria a Súmula 14⁹ da Corte de Contas (TC 590/009/08, Rel. Conselheiro Antonio Roque Citadini, julgado em 17/11/2009).

Colhe-se dos julgados, ainda, a impossibilidade de exigência de amostras dos licitantes, ante a falta de justificativa técnica para a exigência dessa natureza. Apontou o Tribunal que, na remota hipótese da exigência ser feita, deve-se demonstrar as condições e parâmetros que serão utilizados na sua análise, sob pena de irregularidade do ato convocatório (TC 44.910/026/09, Rel. Conselheiro Antonio Roque Citadini, julgado em 10/02/10).

Como em toda licitação, o edital é o ato que a Administração Pública externa para os licitantes as regras a serem adotadas. Nesse sentido dispõe o art. 41 da Lei nº 8.666/93 que, “*a Administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*”. Assim, caso ocorra qualquer alteração no edital já publicado, fica a

⁹ Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 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 apresenta-los no momento oportuno.

Administração responsável por cumprir determinados requisitos, quais sejam, divulgar a modificação e reabrir o prazo estabelecido inicialmente, ficando dispensada dessa última obrigação apenas se tal alteração não afetar a formulação das propostas.

Registra-se, ainda, que várias informações devem estar contidas no edital, como o objeto da licitação, o preço e as condições de reajuste, o prazo, o critério de julgamento, dentre outras (art. 40 da Lei nº 8.666/93).

Ressalta-se que no caso de haver qualquer obscuridade no instrumento convocatório, é permitida a qualquer cidadão impugná-lo, no prazo de cinco dias antes da data estipulada para abertura dos envelopes de habilitação, sendo tal direito decorrente do direito de petição, consubstanciado no art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal. Já os licitantes possuem o direito de impugnação até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação (na concorrência) e dos envelopes com as propostas (no convite, tomada de preço ou concurso) ou da realização do leilão.

Diante disto, o Tribunal de Contas Paulista exige a necessidade de demonstração de critérios claros no Edital para que os licitantes possam mensurar os custos efetivos no momento de apresentar suas propostas, tendo a Corte de Contas julgado irregular exigência feita no sentido de que todas as capas de todo material seriam personalizadas sem, no entanto, explicitar seus termos, com a correta demonstração da forma e arte exigida (TC 5519/026/11, Rel. Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, julgado em 16/02/11).

Em breve síntese, são esses os principais apontamentos obtidos na jurisprudência.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo a necessidade de realização de licitação para a contratação de sistemas de ensino pelos municípios.

Destaca-se, ainda que na aquisição de referidos sistemas deve a Administração Pública Municipal observar o contido na a deliberação TCA-21.176/026/07, que disciplina que “a contratação dos sistemas de ensino deverá ser precedida do correspondente processo licitatório, preferencialmente do tipo técnica e preço”.

Mostra-se pacífico no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que, não obstante ser prática costumeira na Administração Municipal, a utilização de licitação na modalidade pregão para contratação de sistema de ensino se mostra incorreta, pois por meio

dela se mostra inviável a adoção do tipo técnica e preço, contrariando, dessa forma, a mencionada deliberação da Corte de Contas Paulista.

Tal licitação, conforme o valor envolvido, deve ser realizada na modalidade concorrência ou tomada de preços e ter como tipo de julgamento o da técnica e preço, com vistas a obter a melhor proposta para a Administração, seja em seu aspecto financeiro quanto em seu aspecto qualitativo.

A contratação direta, por inexigibilidade, como regra não é admitida, sendo possível apenas para a contratação de sistema de ensino complementar e ainda assim em casos especiais.

Por fim, todo critério constante do Edital deve ser objetivo e claro, com vistas a garantir a maior lisura possível no procedimento licitatório, selecionando, por conseguinte, o melhor contratante para a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. Forense: Rio de Janeiro, 2013.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26.ed. ver., ampl. e atual. Até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013.

JACOBY, Jorge Ulisses. Contratação Direta Sem Licitação. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008

JUSTEN FILHO. Marçal. “Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)”; 4ª Edição; Editora Dialética;

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo, Malheiros, 2. ed., 1995.

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 14051/026/09 – Tribunal Pleno – Rel. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga. Sessão de 03/06/09

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 7099/026/10 – Tribunal Pleno – Rel. Conselheiro Robson Marinho. Sessão de 15/12/12

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 4143/026/10 – Tribunal Pleno – Rel. Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Sessão de 15/12/10

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 517/010/07 – Tribunal Pleno – Rel. Conselheiro Renato Martins Costa. Sessão de 01/12/12

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 1629/009/09 – Segunda Câmara – Rel. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Sessão de 22/11/11

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 4541/026/07 – Primeira Câmara – Rel. Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Sessão de 20/09/11

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 522/005/05 – Tribunal Pleno – Rel. Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho. Sessão de 19/09/12

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 5286/026/08 – Segunda Câmara – Rel. Conselheiro Robson Marinho. Sessão de 25/09/12

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 1943/008/07 – Segunda Câmara – Rel. Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Sessão de 14/04/09

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 2473/003/07 – Primeira Câmara – Rel. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga. Sessão de 05/05/09

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 590/009/08 – Primeira Câmara – Rel. Conselheiro Antonio Roque Citadini. Sessão de 17/11/09

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 44910/026/09 – Tribunal Pleno – Rel. Conselheiro Antonio Roque Citadini. Sessão de 10/02/10

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 5519/026/11 – Tribunal Pleno – Rel. Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Sessão de 16/02/11

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 519/007/08 – Segunda Câmara – Rel. Renato Martins Costa. Sessão de 11/05/10.

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 44319/026/08 – Primeira Câmara - Rel. Conselheiro Substituto Antonio Carlos dos Santos. Sessão de 08/05/12

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC 1246/003/09 – Primeira Câmara – Rel. Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho. Sessão de 27/11/12