

TC/015641/2019

Objeto: Análise da Concorrência nº 07/2010-SEHAB, promovida pela SEHAB com o fim de contratar *a execução de obras do Programa de Urbanização de Favelas – Lote 07, no âmbito da Coordenadoria de Habitação da SEHAB, integrada pela Superintendência de Habitação Popular – HABI, pelo Programa Mananciais e pelo Departamento de Regularização do Parcelamento do Solo – RESOLO*. Vencedor do certame: Consórcio Flasa-CEI, constituído pelas empresas Flasa Engenharia e Construções Ltda e Construções e Incorporações – CEI Ltda.. Valor adjudicado: R\$ 35.115.297,67. Data da adjudicação do objeto e da homologação da Concorrência: 21.09.2010.

Valor orçado: R\$ 34.420.476,77.

Interessados: SEHAB e Consórcio Flasa-CEI, constituído pelas empresas Flasa Engenharia e Construções Ltda. e Construções e Incorporações – CEI Ltda.

Relator: Ricardo Torres.

Competência: Pleno.

PARECER

EXCELENTÍSSIMO CONSELHEIRO

Trata o presente da análise¹ da Concorrência nº 07/2010-SEHAB², promovida pela SEHAB com o fim de contratar *a execução de obras do Programa de Urbanização de Favelas – Lote 07, no âmbito da Coordenadoria de Habitação da SEHAB, integrada pela Superintendência de Habitação Popular – HABI, pelo Programa Mananciais e pelo Departamento de Regularização do Parcelamento do Solo – RESOLO*. Valor orçado: R\$ 34.420.476,77. Vencedor do certame: Consórcio Flasa-CEI, constituído pelas empresas Flasa Engenharia e Construções Ltda. e Construções e Incorporações – CEI Ltda.. Valor adjudicado: R\$ 35.115.297,67. Data da adjudicação do objeto e da homologação da Concorrência: 21.09.2010 (Peça 05).

¹ Em atendimento à determinação de fls. 10 da Peça 03 - TC/013353/2017, que versou sobre “notícia de fato apresentada pelo Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Município de São Bernardo do Campo, por meio do Ofício nº 1402/2017. TID nº 17049101”.

² A execução contábil-financeira do Contrato nº 18/2010-SEHAB foi feita no e-TCM nº 019051/2019; a análise da Pré-Qualificação Edital nº CH-07/15/2009, no e-TCM nº 015629/2019; a análise do Contrato e de seus aditivos, no e-TCM nº 015657/2019.

A Auditoria concluiu pela irregularidade da Concorrência, considerando os seguintes apontamentos (Peças 24/26):

3.1. *O despacho de homologação da licitação foi exarado pelo Chefe de Gabinete, infringindo a alínea “a” do inc. I da Portaria 202/08-SEHAB (subitem 2.1).*

3.2. *Não houve a emissão de Nota de Reserva para dar início ao procedimento licitatório, infringindo, assim, o disposto no inc. III do §2º do art. 7º da LF nº 8.666/93 (subitem 2.2).*

A Flasa Engenharia e Construções Ltda., o Sr. José Frederico Meier Neto (Chefe de Gabinete da SEHAB à época) e a SEHAB apresentaram os esclarecimentos consubstanciados nas Peças 40/43, 51/52 e 67/68, os quais foram analisados pela Auditoria e pela AJCE, que mantiveram apenas o apontamento 3.2 (Peças 60, 77 e 83/84).

A PFM requereu o acolhimento da Concorrência em análise, tendo em vista *as razões de defesa apresentada nos presentes autos*, bem como a inexistência de prejuízo, tampouco de dolo, má fé ou erro grosseiro dos agentes públicos envolvidos. Subsidiariamente, requereu a aceitação *dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, em nome do princípio da segurança jurídica* (Peça 87).

É o relatório.

Passo a opinar.

A empresa Flasa Engenharia e Construções Ltda. alega, em síntese, que: (i) não praticou nenhuma das infringências apontadas; (ii) executou as obras contratadas; (iii) cumpriu integralmente o pactuado; (iv) teve o objeto do Contrato recebido pelo Município por meio de despacho publicado no DOC de 25.02.2015 (Peças 40/43).

Com efeito, os apontamentos feitos pela Auditoria são pertinentes à fase interna do procedimento licitatório. Sendo assim, não há que se responsabilizar a empresa Flasa Engenharia e Construções Ltda. pelas irregularidades apontadas.

Já o Sr. José Frederico Meier Neto, apontado pela Auditoria como responsável pelos apontamentos 3.1 e 3.2, assevera que *não deve figurar como parte em alguns dos apontamentos da equipe de fiscalização*, uma vez que o art. 28 da citada lei 13.655/18 trouxe à baila a possibilidade de responsabilização pessoal do agente público apenas pelos atos praticados, com DOLO ou ERRO GROSSEIRO, o que (...) não ocorreu.

De minha parte, entendo que: (i) o Sr. José Frederico Meier Neto, Chefe de Gabinete à época, é parte legítima para figurar no presente processo, pois autorizou a abertura do procedimento licitatório (fls. 02 da Peça 51 e fls. 01 da Peça 09); (ii) como tal, o Sr. José Frederico Meier Neto tem direito ao contraditório e à ampla defesa; (iii) a sua intimação para manifestação nos presentes autos é importante, pois, como Chefe de Gabinete responsável pela autorização da abertura do procedimento licitatório, o Sr. José Frederico Meier Neto pode trazer justificativas e esclarecimentos importantes quanto às infringências apontadas pela Auditoria (valendo destacar aqui de antemão que o Sr. José Frederico Meier Neto trouxe defesa que infirmou o apontamento 3.1).

Já a questão da homologação do certame pelo Chefe de Gabinete (item 3.1) restou superada com os esclarecimentos prestados pelo Sr. José Frederico Meier Neto (fls. 02 da Peça 60):

A Portaria nº 459/2008, publicada no DOC em 16/12/2008, em seu caput delega “[...] ao Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Habitação competência para praticar todos os atos relativos a licitações e contratos, independente do valor, [...]”, (grifos nossos), além de revogar especialmente a Portaria nº 202/SEHAB.G/2008 [que estabelecia em seu inc. I, alínea “a”, que competia ao Chefe de Gabinete homologar licitações com valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais)].

A irregularidade consistente na ausência de nota de reserva (item 3.2), por sua vez, deve ser mantida.

Senão vejamos:

O Sr. José Frederico Meier Neto não se manifestou sobre esse apontamento.

Já a SEHAB defendeu a tese de que a expedição de nota de reserva não constitui exigência essencial para a abertura de procedimento licitatório, invocou o Decreto nº 51.194/2010, que estabeleceu o procedimento de cotas financeiras para o exercício financeiro de 2010, e apresentou nota de reserva expedida após a contratação.

Com efeito, conforme asseverado pela Auditoria, *a emissão de nota de reserva de orçamento prévia à licitação é medida prevista na legislação municipal em vigor* (art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/93) *e constitui ato que assegura a existência de recursos suficientes para a realização de despesa* (fls. 04 da Peça 77).

Nesse sentido, vale transcrever o entendimento do TCE/MS exarado no Acórdão AC02-493/2021 (Rel. Marcio Campos Monteiro):

(...) o jurisdicionado alegou que a indicação da dotação orçamentária constava no parecer contábil e argumenta que o Município não teria sofrido nenhum prejuízo com a ausência da reserva orçamentária.

Cumprе ressaltar que a indicação dos recursos para a despesa deve ser precisa, de modo a **garantir que o valor previsto para a contratação esteja disponível e reservado**, com a fim de **evidenciar que o órgão licitante terá como honrar com o pagamento da despesa**.

De acordo com a jurisprudência firme das Cortes de Contas, a indicação para reserva dos recursos para despesa deve ser precisa, de modo a **garantir que o valor previsto para a contratação esteja disponível e reservado**. Vejamos:

(...)

[Previsão de recursos orçamentários para a contratação do objeto do certame.] É na fase interna [...] que a Administração verificará o atendimento dos pressupostos legais para a contratação pretendida, entre os quais, a existência de recursos orçamentários. A prévia existência de recursos orçamentários, como requisito necessário à instauração da licitação, ressaí com clareza da Lei Federal n. 8.666/93, de 21/06/1993. [...] a existência de dotação orçamentária é condição sine qua non para a instauração de procedimento licitatório, tanto para obras e serviços, quanto para compra de bens. [...] na fase interna da licitação, além de observar as disposições contidas na Lei Federal n. 8.666/93, o gestor público deverá acautelar-se com o cumprimento das regras contidas na Lei Complementar n. 101/2000, sobretudo aquelas estatuídas no mencionado art. 16. É que [...] os incisos I e II do caput do art. 16 da Lei Complementar n. 101/2000 determinam novas providências a serem observadas na fase interna da licitação, exigências, essas, que deverão se agregar àquelas contidas nos arts. 7º, 14 e 38 da Lei Federal n. 8.666/93. [...] **além de comprovar a existência de recursos orçamentários e a adequação da despesa às leis de natureza orçamentária (LOA, LDO e PPA), é preciso que se demonstre a viabilidade financeira para a assunção da nova obrigação, com a possibilidade real de pagamento das obrigações assumidas durante o exercício financeiro, a fim de evitar o desequilíbrio das contas públicas**. [...] à Administração Pública é vedado iniciar procedimento licitatório sem prévia dotação orçamentária suficiente para suportar a respectiva despesa, bem como sem verificar a estimativa do impacto orçamentário financeiro da despesa a ser gerada, no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, como também se o aumento da despesa tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. [TCE/MG. Consulta n. 706.745. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 28/02/2007] (...) [destaques acrescentados].

A meu ver, tal apontamento poderia ser relevado na ausência de qualquer repercussão negativa, ou seja, caso os empenhos e os pagamentos tivessem sido feitos conforme estabelecido na Lei nº 8.666/93.

Ocorre que, no caso em tela, a nota de reserva foi expedida após a celebração do Contrato³ e constatou-se, no TC/015657/2019, que o valor empenhado foi insuficiente *para cobrir as despesas previstas para o primeiro mês de execução do contrato (dez/10)*⁴.

Sendo assim, entendo que o apontamento deve ser mantido, valendo, ainda, destacar a sucessão de irregularidades – relativas a empenhos e pagamentos – constatadas pela Auditoria nos processos que tramitam em conjunto com o presente TC: (i) outros empenhos também foram considerados insuficientes/intempestivos (apontamento 16.3 da análise formal do TA nº 03 e apontamento 16.3 da análise formal do TA nº 04, ambas efetuadas no TC/015657/2019, bem como o apontamento 4.3 da análise da execução contábil-financeira do Contrato, efetuada no TC/019051/2019); (ii) alguns pagamentos à Contratada foram realizados com atrasos de 10 a 33 dias e algumas das justificativas apresentadas pela Defesa foram a existência de várias fontes de recursos orçamentários e a dificuldade na liberação das cotas financeiras por parte da SEMPLA (apontamento 4.4 análise da execução contábil-financeira do Contrato – TC/019051/2019).

CONCLUSÃO

Do exposto, opino pela irregularidade da Concorrência nº 07/2010-SEHAB, tendo em vista o apontamento 3.2 (infringência ao art. 7º, §2º, II, da Lei nº 8.666/93).

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 4 de agosto de 2023.

MILENA GIOVANNETTI MAGALHÃES CASTRO
Secretária-Geral

Tramitam em conjunto o TC/013353/2017, o TC/015629/2019, o TC/015641/2019, o TC/015657/2019 e o TC/019051/2019.

³ A Homologação do certame ocorreu em 21.09.2010 (fls. 01 da Peça 17 deste TC), o Contrato foi assinado em 24.11.2010 (Peça 05 do TC/015657/2019) e a Nota de reserva foi expedida em 21.12.2010 (fls. 28 da Peça 68 deste TC).

⁴ Apontamento 3.3 da análise formal do Contrato, efetuada no TC/015657/2019.