

TC/009941/2021

Objeto: Contrato - Prestação de serviços técnicos especializados consistentes em apoio em estudos, avaliações, assessoria e consultoria à revisão participativa do Plano Diretor Estratégico de São Paulo, aprovado pela Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 - contratação direta por dispensa de licitação - Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e alterações, artigo 24, XIII

Interessados: Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (*), Fundação Para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia - Fdte

Relator: Domingos Dissei

Competência: CÂMARA

PARECER

SENHORA SECRETÁRIA-GERAL

Cuida o presente de análise formal do Termo de Contrato nº 02/2021/SMUL, firmado por meio de dispensa de licitação entre a Secretaria Municipal de Urbanismo (SMUL) e a Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia (FDTE), cujo objeto é a prestação de serviços técnicos especializados consistentes em apoio em estudos, avaliações, assessoria e consultoria à revisão participativa do Plano Diretor Estratégico de São Paulo.

Válido observar que a presente análise originou-se em obediência às peças 16 e 23, em virtude da Representação apresentada pelo Vereador Antônio Donato Madorno (peça 01) e do pedido de auditoria ao ajuste feito pelo Vereador Antônio Biagio Vespoli (peça 17), por supostas irregularidades.

A Auditoria elaborou Relatório de Análise de Contratação (peça 46), no qual apresentou as seguintes conclusões:

“4.1. A caracterização dos serviços não contou com um nível satisfatório de detalhamento e precisão das necessidades, se mostrando insuficiente para sua formatação, não sendo apresentado o Projeto Básico e orçamento detalhado com a composição de todos os custos unitários dos serviços, em infringência ao artigo art 7.º, inc. I e II e § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93 (subitem 3.3.4.).

4.2. A Origem não apresentou o Termo de Referência da contratação, utilizando-se da proposta de preços da contratada como Termo de Referência, deixando, assim, de caracterizar minimamente o objeto do contrato e possibilitando que a entidade Contratada defina os serviços a

serem executados, em infringência à LF n.º 8.666/93, art. 55, inc. I, art. 7º, inc. I e II e § 4º (subitem 3.3.5. e 3.3.3.1.).

4.3. Não foi apresentada a comprovação prévia da execução de serviços análogos pela Contratada, para justificar a contratação direta, em infringência ao art. 24, XIII c/c 25, II da LF n.º 8.666/93 (subitem 3.3.6.).

4.4. Não foram juntadas as Composições de Preços unitários dos serviços, desatendendo o § 2º do art. 114, c/c inciso II, § 2º, art. 7º da Lei Federal n.º 8.666/93 e em afronta à determinação do TCU na Súmula 258/2010 (subitem 3.3.3.6.).

4.5. Não foram definidos os preços, as condições e os critérios de medição dos serviços, bem como não foi especificada a data-base em caso de reajustamento de preços, em infringência ao art. 55, inc. III, da LF n.º 8.666/93 (subitem 3.3.3.3.).

4.6. A assinatura do Contrato ocorreu sem a devida comprovação da regularidade fiscal do contratado, em especial pela apresentação de certidão de regularidade com a Fazenda Municipal e o Fundo de Garantia (FGTS) com validade vencidas, além de consulta ao CADIN Municipal não contemporânea à contratação, em inobservância ao art. 29 da LF n.º 8.666/93 e arts. 40 e 41 do DM n.º 44.279/2003 (subitem 3.3.3.2.).

4.7. Não foi especificada a forma de entrega e do recebimento definitivo dos serviços, em infringência ao art. 55, inc. IV, da LF n.º 8.666/93 (subitem 3.3.3.4.).

4.8. Não foi mencionado no termo de Contrato que a contratação se deu por dispensa de licitação, em infringência ao art. 55, inc. X, da LF n.º 8.666/93 (subitem 3.3.3.5.).

4.9. Não foi especificado o regime de execução, em infringência ao art. 55, inc. II, da LF n.º 8.666/93 (subitem 3.3.3.2.).”

Instada a se manifestar, a AJ sugeriu, antes de sua manifestação conclusiva, a expedição de ofício à Origem, bem como a intimação dos responsáveis e da contratada, para conhecimento e manifestação (peças 49 e 50).

Devidamente oficiados/intimados (peças 52 a 57), a FDTE (peças 67 e 68), a SMUL (peças 69 a 82) e o Sr. Cesar Angel Boffa de Azevedo (Secretário de SMUL à época) (peça 89) apresentaram seus esclarecimentos.

Após análise das manifestações apresentadas, a Auditoria concluiu pela superação dos apontamentos 4.7 e 4.9, pela manutenção dos apontamentos 4.1, 4.3, 4.4 e 4.8, pela parcial superação dos apontamentos 4.5 e 4.6 e pela retificação do apontamento 4.2, que passou a constar com a seguinte redação: *“4.2. O Termo de Referência da contratação não caracterizou de forma unívoca o objeto do contrato, de forma a demonstrar com clareza os serviços e produtos a serem contratados, prejudicando*

tanto o acompanhamento adequado da execução contratual pela Origem, quanto a realização de Auditoria em infringência à LF n.º 8.666/93, art. 7º, inc. I e II § 2º e § 4º (subitens 3.3.5. e 3.3.3.1.)” (peça 96).

Ao seu turno, a AJ opinou pela permanência das irregularidades consubstanciadas nos itens 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 e 4.5, ressaltando a superação dos itens 4.7 e 4.9, além de manifestar serem passíveis de superação os itens 4.6 e 4.8 (peças 98 e 99).

A PFM propugnou pelo acolhimento dos atos em análise, relevando-se eventuais impropriedades ou, subsidiariamente, que fossem aceitos os efeitos jurídicos dos atos praticados (peça 105).

É o relatório.

Inicialmente, destaco que o procedimento de fiscalização na modalidade Análise, previsto no art. 44, IV do Regimento Interno deste E. Tribunal de Contas, bem como na Resolução 06/00 também deste Tribunal, foi devidamente instruído e contou com a oitiva dos interessados, em respeito à ampla defesa e ao contraditório.

A priori, ressalvo que o acompanhamento da execução contratual foi autuado no TC nº 013427/2021, o qual se encontra pendente de julgamento.

Ademais, a contratação analisada nestes autos teve sua legalidade questionada na Ação Popular nº 1042037-31.2021.8.26.0053, analisada pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que declarou a nulidade do Contrato nº 02/2021/SMUL e a consequente recomposição ao erário dos gastos eventualmente efetuados.

Quanto ao mérito, sobrelevo que das irregularidades verificadas no Contrato nº 02/2021/SMUL foram consideradas superadas pelo órgão técnico as constantes aos itens 4.7 e 4.9, remanescendo os apontamentos encartados nos itens 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6 e 4.8.

Diante da constatação de que a caracterização dos serviços não contou com um nível satisfatório de detalhamento e precisão das necessidades, se mostrando insuficiente para sua formatação, não sendo apresentado o Projeto Básico e orçamento detalhado com a composição de todos os custos unitários dos serviços, em infringência ao art. 7º, inc. I e II e § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93 (**item 4.1**), apesar da defesa da Origem ter se direcionado no sentido de que a realização deste detalhamento de custos seria comum nas obras e nos serviços de engenharia, mas não no objeto da presente contratação por possuir caráter eminentemente intelectual, indicando que o detalhamento dos serviços constou no Termo de Referência, concluiu a Especializada não assistir razão à Pasta.

À luz do exposto, válido frisar que por força do § 9º do art. 7º da Lei nº 8.666/1993, a exigência de projeto básico e de orçamento detalhado aplica-se também aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

O projeto básico destina-se a garantir igualdade de conhecimento a todos, reproduzindo a perfeita caracterização do objeto a ser contratado, para que as propostas sejam adequadas e exequíveis, favorecendo preços justos pela redução de riscos influenciados pelo desconhecimento do objeto, sendo imprescindível para a realização de qualquer obra ou serviço, conforme pacífica jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU):

“Outra falha na contratação refere-se a ausência de projeto básico, orçamento detalhado e justificativa de preço, infringindo, respectivamente, os incisos I e II do § 2º do artigo 7º e o inciso III do parágrafo único do artigo 26 da Lei no 8.666/1993, como bem aponta a instrução.

Essas ocorrências revestem-se de maior gravidade quando se observa que o Tribunal, por meio da Decisão 45/1999 Plenário, já determinou expressamente que “observe o disposto nos arts. 7º, § 2º, inciso II, 40, § 2º, inciso II, e 48, inciso II, § 1º, todos da Lei no 8.666/1993, alterada pela Lei nº 9.648/1998, no intuito de fazer constar dos procedimentos licitatórios estimativa de valor a ser contratado e ainda adotar os critérios objetivos previstos em lei, para a análise da inexequibilidade das propostas”.

*Atente-se que, por força do § 9º do artigo 7º da Lei no 8.666/1993, a exigência de projeto básico e de orçamento detalhado aplica-se também aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Ainda que se entenda que “projeto básico” é próprio de serviços de engenharia, é de ver que o dispositivo legal não fez essa restrição. Assim, entendo que a melhor interpretação da lei é no sentido de que os serviços, ainda que não sejam de engenharia, tem de ser descritos em minúcias, com todas as etapas a serem executadas, com indicação dos encargos do contratado e cronograma físico financeiro etc., como bem assevera Marçal Justen Filho (Comentários a lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo, Dialética, 2001, pp.109/110).” **Acórdão 427/2002 Plenário (Voto do Ministro Relator)***

Como se denota do julgado colacionado, não há restrição no dispositivo legal de obrigação da apresentação de projeto básico e orçamento detalhado com a composição de todos os custos unitários às obras e serviços de engenharia, razão pela qual acompanho o entendimento de Auditoria no sentido de que os serviços, ainda que não sejam de engenharia, devem observar a legislação mencionada.

Não obstante, a planilha com a composição dos custos unitários constitui peça fundamental para a verificação da conformidade da proposta comercial com os preços correntes no mercado.

Nesse sentido, vale transcrever as seguintes decisões proferidas pelo TCU¹:

“No que tange à existência de orçamento estimativo em composições de custos unitários, é fato que, independente da modalidade de licitação, a elaboração de planilhas que expressem a composição dos custos unitários é peça imprescindível para o processo licitatório, conforme se observa no comando do inciso II, §2º, do art. 7º da Lei 8.666/93” (Acórdão 2.133/2010, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

“(…) não é possível licitar obras e serviços sem que o respectivo orçamento detalhado, elaborado pela Administração, esteja expressando, com razoável precisão quanto aos valores de mercado, a composição de todos os seus custos unitários, nos termos do art. 7º, §2º, II, da Lei 8.666/93, tendo-se presente que essa peça é fundamental para a contratação pelo preço justo e vantajoso (...) (Acórdão 1.038/2011, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho).

Destarte, opino pela manutenção do apontamento.

No que se refere ao **item 4.2**, diante da defesa fornecida pela Origem de que o Termo de Referência serviu como base para a contratação em questão, indicando o estabelecido na cláusula primeira referente ao objeto do contrato para definição dos serviços a serem executados, procedeu a Auditoria a retificação do apontamento estabelecendo que o Termo de Referência da contratação não caracterizou de forma unívoca o objeto do contrato, de forma a demonstrar com clareza os serviços e produtos a serem contratados, prejudicando tanto o acompanhamento adequado da execução contratual pela Origem, quanto a realização de Auditoria, em infringência à LF nº 8.666/93, art. 7º, inc. I e II, § 2º e § 4º.

Ademais, ponderou o órgão técnico que a Lei Federal nº 8.666/93 não utiliza a expressão “Termo de Referência” e sim “Projeto Básico”, além do documento denominado pela SMUL como Termo de Referência não atender o disposto na legislação de regência, vez que somente os itens 4 “Execução dos Serviços Técnicos” e 5 “Metodologia” poderiam ser considerados como parte de um TR.

Nesse diapasão, destaco que a par da carência de projeto básico, a especificação do objeto constante do Termo de Referência não detém a clareza e a precisão prescritas pelos arts. 54, §§ 1º e 2º e 55, caput, inciso I, da Lei Federal nº

¹Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 239.

8.666/93, posto que não traz o detalhamento do objeto a ser contratado, razão pela qual entendo que o apontamento merece ser mantido.

O **item 4.3** indicou não haver sido apresentada a comprovação prévia da execução de serviços análogos pela Contratada, para justificar a contratação direta, em infringência ao art. 24, XIII c/c 25, II da LF nº 8.666/93.

Em resposta a Origem apontou haver sido exigido no subitem 8.1 do TR como elemento de análise de qualificação técnica atestado(s) de bom desempenho anterior em contrato da mesma natureza ou similar fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, na execução de serviços iguais ou similares; contendo, necessariamente, a especificação dos serviços executados e local. Nesse passo, indicou que os mesmos teriam sido apresentados pela FDTE, de modo a comprovar que a Fundação haveria desempenhado serviços análogos ao da contratação pretendida pela municipalidade.

Inobstante as exigências referenciadas pela Origem no TR, o órgão técnico entendeu que os atestados fornecidos pela FDTE não poderiam ter sido aceitos pela SMUL como sendo iguais ou similares aos serviços a serem contratados, além de não constarem os serviços executados. Como abordado na fl. 10 da peça 96, os serviços apresentados pela Contratada não se assemelhavam às dimensões da capital paulistana, bem como aos serviços de revisão do PDE do Município de São Paulo.

Desta forma, entendo assistir razão à AJ ao manifestar que *“a imprecisão na definição do objeto, que inviabiliza o prévio conhecimento das atividades a serem realizadas, impede a contratação com a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, caput, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, tendo em vista a impossibilidade de aferir a compatibilidade da atuação da entidade com o objeto contratado”*.

Com efeito, destaco que para fins de contratação direta por dispensa de licitação destas entidades, deve haver relação entre os fins institucionais da entidade e o objeto que se pretende ajustar, o que, em tese, afasta a possibilidade de utilização de um contrato dessa natureza para a realização de atividades que não guardem estrita relação com os seus objetivos estatutários, voltados necessariamente à pesquisa, ensino ou ao desenvolvimento institucional.

Nesse sentido, aliás, é o que estabelece a Súmula nº 250 do TCU:

“A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado”.

Assim, opino pela manutenção do apontamento.

Quanto ao **item 4.4** que indica não haverem sido juntadas as Composições de Preços unitários dos serviços, desatendendo o § 2º do art. 114, c/c inciso II, § 2º, art. 7º da Lei Federal nº 8.666/93 e em afronta à determinação do TCU na Súmula 258/2010, discorreu a Origem que a Súmula referenciada trata de obra ou serviço de engenharia, não se aplicando a presente contratação, sobrelevando, novamente, que a exigibilidade de planilha detalhada de custos é imposta apenas para a formação de preços de serviços que permitem a decomposição objetiva das despesas inerentes à sua execução.

Sob este enfoque, repiso abordagem realizada no âmbito do apontamento 4.1 no sentido da ausência de caracterização dos serviços a que se referem os dispositivos legais como sendo de engenharia. Desta sorte, opino pela manutenção do apontamento.

No que tange ao **item 4.5** considerou-se superada pela Auditoria a parte dispositiva que indicava a ausência de definição dos preços, condições e critérios de medição dos serviços, vez que, ainda que não apresentadas as composições de custos unitários, as condições e os critérios de medição constam na cláusula décima segunda do contrato e no item 9 “Da Forma de Faturamento e Pagamento” do TR.

Entretanto, foi mantido o apontamento quanto à não formalização no contrato da data-base em caso de reajustamento de preços, em infringência ao art. 55, inc. III, da LF nº 8.666/93.

Nesse aspecto, em que pese a remissão da Origem às cláusulas segunda “Valor do Contrato” e décima segunda “Do Pagamento”, entendeu a Especializada que diante da possibilidade de uma possível prorrogação de prazo que suplante 1 ano, a data-base se faz necessária, o que acompanho.

Quanto a assinatura do ajuste sem a devida comprovação da regularidade fiscal da contratada com o Fundo de Garantia (FGTS), visto que apresentada certidão de regularidade com validade vencida, além de consulta ao CADIN Municipal não contemporânea à contratação (**item 4.6**), manifestou a Origem que a empresa se encontrava regular perante o CADIN, não havendo a obrigatoriedade da juntada ao processo, além de arguir que o Certificado de Regularidade do FGTS em nome da Fundação estava válido durante o período de 14.04.2021 a 11.08.2021. Destarte, alegou que todas as certidões de regularidade fiscal estavam vigentes no momento da assinatura do contrato, porém, por um lapso, quanto à certidão do FGTS houve um atraso entre a data de apresentação e a data de assinatura.

Conforme manifestação da AJ, de acordo com a documentação juntada aos autos, não havia irregularidade na situação fiscal da contratada,

embora, de fato, tenha havido uma falha quanto a juntada da mesma no processo administrativo.

Sendo assim, em que pese na data de lavratura do contrato não haver sido comprovada a regularidade fiscal perante o CADIN e o FGTS, considerando a apresentação *a posteriori* da situação de regularidade da contratada, ao que parece, não houve prejuízo à finalidade para a qual se exige a comprovação da regularidade fiscal (aferição da capacidade da licitante de cumprir o objeto da licitação). Desta feita, diante do caráter formal da impropriedade, entendo, na esteira da AJ, que o apontamento pode ser excepcionalmente relevado, à critério superior.

Em alinhamento, destaco o entendimento desta Egrégia Corte de Contas:

TC 3429/2021

ANÁLISE. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SVMA. Concessão para a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção, execução de obras e serviços de engenharia. Parques Municipais. 1. A intempestividade da consulta ao CADIN municipal e da emissão do Certificado de Regularidade do FGTS para a formalização do Termo de Aditamento, se delas não decorreram prejuízos, podem ser impropriedades alçadas a aspectos formais da contratação, portanto passíveis de relevação. REGULARES. Votação unânime (julgado em 21.06.2023 – Relator Domingos Dissei).

TC 007736/2004

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. SGM. Preparação e execução da administração dos eventos do Carnaval 2005. Art. 24, VII, Lei 8.666/93. Arts. 1º e 2º, §3º, Lei 10.831/90. Ausência de comprovação de regularidade FGTS. Leis 9.012/95 e 11.015/92. Apresentação posterior, ainda na vigência contratual. Admissibilidade. Precedentes. ACOLHIDO. Votação unânime.

No que se refere a regularidade perante a Fazenda Municipal, a Auditoria considerou como superado o apontamento, vez que o contrato foi assinado dentro da validade da Certidão Conjunta de Débitos de Tributos Mobiliários, cuja validade foi prorrogada até 30.04.2021, por força da Portaria SF nº 69, de 6 de abril de 2021, o que acompanho.

O **item 4.7**, o qual constatou não haver sido especificada a forma de entrega e do recebimento definitivo dos serviços, em infringência ao art. 55, inc. IV, da LF nº 8.666/93, foi considerado superado pela Especializada, o que acompanho, uma vez verificado constar no item 9 “Da Forma de Faturamento e Pagamento” do TR o cronograma de desembolso, contendo cada etapa, com as datas de início e término de elaboração das mesmas, bem como a duração de cada uma delas, além do recebimento do objeto estar fundamentado no art. 73 da LF 8.666/93 que estabelece o recebimento definitivo após o término da execução do respectivo contrato.

Quanto ao **item 4.8** que dispôs não haver sido mencionado no termo de contrato que a contratação se deu por dispensa de licitação, em infringência ao art. 55, inciso XI, da LF nº 8.666/93, que determina a obrigatoriedade de cláusula no contrato estabelecendo a vinculação ao termo que dispensou a licitação, embora corrobore com a Auditoria quanto a ausência da referida cláusula, me parece, na esteira da AJ, que o apontamento poderia ser relevado, à critério superior, diante da natureza formal de tal impropriedade.

Sobre a matéria, perfilho-me ao entendimento esposado por Marçal Justen Filho, consoante o qual, acerca da obrigatoriedade da inserção das cláusulas enumeradas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, asseverou, *in verbis*:

“O texto do caput do art. 55 induz à necessidade de que todo contrato administrativo contenha as cláusulas enumeradas nos diversos incisos. Porém, nem todas as hipóteses dos diversos incisos são realmente obrigatórias. Ou seja, a ausência de algumas delas descaracteriza um contrato administrativo e acarreta a nulidade da avença. Quanto a outras cláusulas, sua presença é desejável, mas não obrigatória. São obrigatórias as cláusulas correspondentes aos incs. I, II, III, IV e VII. As demais ou são dispensáveis (porque a sua ausência não impede a incidência de princípios e regra legais) ou são facultativos, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato.”²

E, quanto a ausência de especificação do regime de execução, em infringência ao art. 55, inc. II, da LF nº 8.666/93 (**item 4.9**), considerou a Especializada como superado o apontamento, o que corroboro, visto constar nos subitens 12.1 e 12.2 da cláusula décima segunda “Do Pagamento” do Contrato nº 02/2012/SMUL e no subitem 9.1.1 do item 9 “Da Forma de Faturamento e Pagamento” do TR o regime de execução como sendo o de pagamento mensal, por etapas, com base nos produtos entregues e na porcentagem constante no cronograma, o que equivale ao regime de execução de empreitada por preço global.

Acerca da responsabilidade do ordenador da despesa, suscitada na defesa apresentada pelo Sr. Cesar Azevedo, destaco que o mesmo é parte legítima para figurar no presente processo, pois exercia à época da contratação o cargo de Secretário Municipal de Urbanismo e Licenciamento, inclusive para garantia do contraditório e da ampla defesa, o que não se confunde com a sua efetiva responsabilização.

Desta feita, entendo que eventual imputação de responsabilidade deverá ser avaliada no momento do julgamento, observando-se estritamente os atos praticados, o que necessariamente demanda a prévia individualização

² Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., Revista dos Tribunais, p. 1098.

de conduta. Inobstante, válido enfatizar que o mesmo, até o presente momento, não teve sua esfera jurídica afetada, posto que a ele não foram imputadas quaisquer penalidades.

Portanto, conforme as razões acima expostas, opino pela irregularidade do Contrato nº 02/2021/SMUL, especificamente pelas impropriedades consubstanciadas nos itens 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 e 4.5, considerando como superados os itens 4.7 e 4.9 e como passíveis de superação, à critério superior, os itens 4.6 e 4.8, sem prejuízo das determinações que Vossa Excelência entender pertinentes.

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

São Paulo, 19 de janeiro de 2024.

Isabella Kesselring Lima
Assessor de Secretaria I
OAB/SP nº 431.518