TC nº 72-000.217.07-23

ANÁLISE. TOMADA DE PREÇOS. CONTRATO. SMDHC. Desenvolver e implantar sistema organizacional. Controle de documentos. Padronização das rotinas de trabalho. Fluxos de processos administrativos. Modalidade de licitação imprópria. Ausência de divulgação na internet. Impropriedades relevadas. ACOLHIDOS EXCEPCIONALMENTE. Votação unânime.

Legislação citada: Arts 2º, II e 17, § 2º, Lei Mun. 13.278/02, art. 9º, Dec. 44.279/03; arts. 3º, 22, § 2º, 23, I, "b" e II, 41 e 44, § 1º, 48, Lei 8.666/93; Dec. Lei 2.300/86.

2.687ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado 05.12.2013

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher, em caráter excepcional, a Tomada de Preços 001/06/SEPP e o Contrato 017/SEPP/2006, dela emergente, relevando as impropriedades de cunho formal, por não vislumbrar má-fé dos servidores responsáveis, e, sobremaneira, prejuízos à Administração Pública.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de julho de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

O presente TC tem por alvo a análise da Tomada de Preços nº 001/2006/SEPP e do Contrato nº 017/2006/SEPP, dela fluente,

objetivando o desenvolvimento e a implantação de um sistema organizacional na Pasta promovente, Secretaria Especial para Participação e Parceria, atual Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania, no valor de R$ 1.071.651,42.

No exame do Certame Licitatório, consubstanciado no Relatório de fls. 324/331, a Auditoria concluiu por sua irregularidade devido às infringências ao artigo 17, § 2º, da Lei Municipal nº 13.278/2002[1], e ao artigo 9º do Decreto nº 44.279/2003[2]; aos artigos 3º, 23, II, 41 e 44, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993[3]; aos subitens 5.3.3 e 5.3.1 do Edital (campo 13). Na análise contratual, documentada às fls. 332/333, concluiu, também, por sua irregularidade por força daquele primeiro exame (campo 16).

Tais ilações foram endossadas pelos superiores hierárquicos daquela Unidade (fl. 334).

Na mesma esteira foi o parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, sugerindo, no entanto, a audiência da Pasta.

A Secretaria Especial para Participação e Parceria prestou os esclarecimentos encaminhados pelo ofício resposta de fls. 350/353, ressaltando que eventuais falhas cometidas são de caráter formal, além de refutar os apontamentos da Subsecretaria de Fiscalização deste Tribunal.

Ofereceu também defesa o ex-Secretário da Pasta, José Police Neto, atual Vereador, justificando a modalidade de licitação instaurada, a faculdade legal de possibilitar às interessadas o saneamento de suas propostas e a

---

[1] **Art. 17** - As formas e prazos de publicidade de atos convocatórios são aqueles a seguir definidos:
...
§ 2º - Os atos convocatórios, sem distinção de modalidade, serão sempre disponibilizados para consulta nas repartições e divulgados seus extratos pela Internet.

[2] **Art. 9º**. Observado o disposto no artigo 17 da Lei nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, os atos convocatórios deverão ser divulgados pela "internet", na página da Prefeitura do Município de São Paulo.

[3] **Art. 3º** - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
 Alterado pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 495, de 19/07/2010
 Alterado pelo artigo 1º da Lei nº 12.349, de 15/12/10
Art. 23 - As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: ...
II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
a) convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
b) tomada de preços - até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
c) concorrência - acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).
• Alterado pela Lei nº 9.648, de 27/5/98
Art. 41 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.
Art. 44 - No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
§ 1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

inexistência ao descumprimento do Edital, desde que a substituição do CREA[4] pelo CRA[5] se deu antes da abertura da licitação (fls. 373/377).

Essas defesas foram analisadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, respectivamente, às fls. 356/362 e 364/367 (da Secretaria) e às fls. 379/385 e 387/390 (de José Police Neto), que ratificaram suas manifestações pretéritas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, opinou pela acolhida tanto da Licitação como do Ajuste consequente, com relevação das impropriedades de caráter formal, ou, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados (fls. 392/398), enquanto a Secretaria Geral acompanhou as conclusões dos Órgãos Técnicos pré-opinantes (fls. 399/402).

É o relatório sucinto.

VOTO

Como já foi noticiado no segmento relatorial, o foco deste TC é a análise da Licitação e do Ajuste dela decorrente, tendo por escopo a implantação e o desenvolvimento de um sistema organizacional para a então Secretaria Especial para Participação e Parceria-SEPP, visando ao controle de documentos, à padronização das rotinas de trabalho e ao fluxo dos processos administrativos.

Para a contratação pretendida a Secretaria utilizou-se da Tomada de Preços, modalidade considerada imprópria pela Auditoria e pelas Unidades pré-opinantes por infringir o artigo 23, inciso II, letra "b", da Lei Federal nº 8.666/1993[6], o qual admite aquela espécie para compras e serviços até o teto de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A extrapolação desse limite obrigava a licitação na modalidade "Concorrência", a teor da letra "c", do mesmo dispositivo legal.

Na espécie, a Concorrência seria obrigatória, considerando que a estimativa inicial superava, em muito, o limite da Tomada de Preços, pois, como doutrinava o saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, um dos mais conceituados administrativistas de nosso tempo:

"Concorrência é a modalidade própria para contratos de grande valor em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a

---

[4] CREA – Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura

[5] CRA – Conselho Regional de Administração

[6] **Art. 23** - As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:
I - para obras e serviços de engenharia:
b) tomada de preços - até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

antecedência mínima prevista em lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular."[7]

Por isso, não me parecem razoáveis "*data venia*", as justificativas do então Titular da Pasta e do ex-Secretário de classificar os serviços licitados como "engenharia consultiva", caso esse em que seria aplicável o inciso I, letra "b", do artigo 23, da Lei Federal nº 8.666/1993, pois o artigo 2º, inciso II, da Lei Municipal nº 13.278/2002 define os serviços de engenharia como:

"toda atividade técnica relacionada com obra, em que predominem serviços profissionais sobre o fornecimento de materiais, como consertos, pequenos reparos, serviços de limpeza ou manutenção de obras, além de trabalhos técnicos-científicos, a exemplo de projetos, laudos, pareceres, cuja execução exija atuação ou acompanhamento de profissional sujeito à fiscalização do sistema CONFEA/CREA".

Portanto, não há qualquer similitude entre os serviços licitados e contratados com aqueles que a Lei conceitua como de engenharia, de sorte que, "*concessa venia"*, não procede, nesse particular, a justificativa daquelas autoridades.

Sem embargo, alguns aspectos, de ordem doutrinária, devem ser sopesados na utilização da Tomada de Preços em lugar da modalidade adequada, - concorrência -, no caso específico focalizado neste procedimento.

A Tomada de Preços, na conceituação do artigo 22, parágrafo 2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, é a

"...*modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação."*

No exame dessa conceituação, Marçal Justen Filho anota, nos seus comentários, que a Lei alterou de modo sensível a configuração da Tomada de Preços, lembrando que no sistema do *Dec.-lei 2.300/86 "somente podiam participar da tomada de preços aqueles que se encontrassem regularmente inscritos no cadastro do órgão licitante."* Entretanto, prossegue o festejado administrativista: *"A Lei determinou que podem participar da tomada de preços também os interessados."*.....*que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas."*[8]

Essa modificação legislativa aproximou, na opinião dos doutos (Hely Lopes Meirelles[9], Marçal Justen Filho[10]), a Tomada de Preços à Concorrência, permitindo a qualquer interessado promover seu cadastramento

---

[7] Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 29ª edição, 2004, pág. 304, Capítulo V/7.1.
[8] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 2000, 7ª edição, pág. 197, nº 5.
[9] Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 29ª edição, 2004, pág. 310, nº 7.2.
[10] O.p.cit. pág. 197.

simultaneamente à abertura da Tomada de Preços até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (artigos 21 e 22, parágrafo 2º, da Lei Federal nº 8.666/1993).

Assim, no rigor conceitual, o característico distintivo entre a Tomada de Preços e a Concorrência é a amplitude de participação de interessados nesta modalidade, refletindo sobre a fase de habilitação, não vedando a outros interessados, que não os cadastrados, nas condições previstas no dispositivo comentado.

Bem por isso entendo que, malgrado a impropriedade assinalada na escolha da modalidade de licitação, não se pode negar que a Tomada de Preços atingiu a finalidade pretendida pela Administração, selecionando o melhor contratante sem agressão ao princípio da igualdade, posto que não havia vedação para outros interessados participarem do certame, que não os estritamente cadastrados, a teor do artigo 22, parágrafo 2º, da Lei Federal nº 8.666/93.

E, conforme esclarecido pela Pasta, a Secretaria Especial para Participação e Parceria constituiu um Órgão novo dentro da estrutura organizacional do Executivo Paulistano, destinado a absorver atividades que vinham sendo precariamente exercidas por outras Pastas, motivo pelo qual a Superior Administração Municipal decidiu remanejar competências e agrupá-las em um único Órgão, para o desenvolvimento de programas, sobretudo de caráter social/cultural e/ou assistencial (fl. 350). Explicitou, também, que, diante da falta de um cadastro próprio e específico, utilizou o da SIURB, à época da montagem do pleito licitatório, por assimilação das atividades abrangidas no contrato colimado àquelas da área de engenharia consultiva, induzindo seus agentes a adotar a modalidade impugnada pelas unidades técnicas e Secretaria Geral, assunto já apreciado mais atrás (fl. 350).

São aspectos que me levam a aceitar, em caráter excepcional, a Licitação em análise, partindo do pressuposto de ausência de má-fé dos responsáveis e de prejuízos à Administração Pública Municipal, pois como já acentuou o Ministro Moreira Alves, no voto proferido no Mandado de Segurança nº 22.050-3:

"Em direito público, só se declara a nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo."[11]

De outra face, não me parece caracterizada a afronta ao artigo 44, parágrafo 1º, do mesmo Diploma Federal, que veda *"a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa, ainda que indiretamente, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes",* apontada pela Auditoria como irregularidade insanável.

De fato, o artigo 48, parágrafo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, facultava à Administração possibilitar o saneamento da documentação e das propostas quando todos os licitantes fossem inabilitados ou as propostas fossem desclassificadas, mediante a concessão dos prazos estipulados nesse dispositivo.

---

[11]Diário da Justiça da União - DJU de 15.09.1995.

Assim agiu a empresa Ziguia Engenharia Ltda., a despeito de manter o valor de sua proposta, mesmo incluindo mais um consultor para as 12 (doze) atividades da prestação do serviço.

Porém não vislumbro irregularidade no fato de a adjudicatária recompor seus preços unitários para manter o preço global ofertado, motivo pelo qual não me parece razoável, "*data venia"*, o questionamento da Auditoria para esse procedimento, por entender que a inclusão de mais um consultor para as 12 (doze) atividades, elevaria, necessariamente, o valor da proposta primitiva de R$ 1.071.651,42 (um milhão, setenta e um mil, seiscentos e cinquenta e um reais e quarenta e dois centavos) para R$ 1.260.583,02 (um milhão, duzentos e sessenta mil, quinhentos e oitenta e três reais e dois centavos), o que não traria qualquer vantagem à Administração, afastando-se dos fins do pleito licitatório, que é a busca do melhor contratante.

Também não vejo rompimento do princípio da igualdade entre os licitantes, pois nada impedia a outra licitante a Gauss Consultores Associados Ltda. de reduzir o preço de sua proposta, nos termos admitidos pelo artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93.

No que se refere ao descumprimento dos artigos 17, parágrafo 2º, da Lei Municipal nº 13.278/02, e 9º do Decreto nº 44.279/03, que obrigam a divulgação, na Internet, dos atos convocatórios, na integra ou mediante extrato, para consulta dos interessados, são normas, a meu ver, de cunho supletivo da publicidade exigida no artigo 21 da Lei Federal nº 8.666/93[12], cuja falta não invalida o procedimento licitatório, sendo, assim, passível de relevação.

Por fim, a Auditoria apontou, no rol das irregularidades assinaladas, descumprimento dos itens 5.3.1 (habilitação jurídica) e 5.3.3 (qualificação técnica) do Edital, condições essas que passaram a fazer parte do ajuste celebrado.

Tais impropriedades, na minha visão, assumem caráter formal, porquanto a não abrangência do objeto contratual na disposição que define os fins da empresa (cláusula II – fl. 128) não configura vício substancial que comprometa a validade e eficácia do ajuste, enquanto a substituição da inscrição no CREA/CONFEA, originariamente admitida, pela inscrição no Conselho Regional de

---

[12] **Art. 21** - Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:
I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;
II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal, quando se tratar respectivamente de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;
III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

Administração – CRA, por igual, não implicou vicio substancial do contrato formalizado. Tratou-se, ademais, de alteração previamente comunicada no DOC de 24.08.2006, seis dias antes da data designada para a abertura das propostas (fl. 124).

Assim, pelas razões expostas, ACOLHO, em caráter excepcional, a Tomada de Preços nº 001/06/SEPP e o Contrato nº 017/2006/SEPP, dela emergente, relevando as impropriedades de cunho formal colacionadas nas conclusões do Relatório da Auditoria, referendadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, por não vislumbrar má-fé dos servidores responsáveis, e, sobremaneira, prejuízos à Administração Pública.

É como voto.