TC 72-001.374.13-95

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SEHAB. Construção de unidades habitacionais. Conjunto Habitacional Minas Gás. Inexistência de evidências da situação de regularidade fiscal da Contratada à época da assinatura do Ajuste, mas comprovada a situação regular perante o FGTS e o INSS posteriormente. Ausência de assinatura edital. NE insuficiente. REGULARES. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 61, Lei 4.320/64. Art. 40 § 1º, XVII, Lei n.º 8.666/93.

2.910ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 12/07/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.861ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e JOÃO ANTONIO – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolhendo as razões apresentadas pela Secretaria Municipal de Habitação e pelos responsáveis, e, ainda, na ausência de notícia de dolo, culpa ou má-fé dos agentes, tampouco prejuízo ao erário, em julgar regulares a Concorrência 16/2012-SEHAB e o Contrato 003/2013-SEHAB, sendo que o Conselheiro EDSON SIMÕES, quanto ao ajuste, o fez em caráter excepcional.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as cautelas de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor e EDSON SIMÕES.

Declarou-se impedido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno desta Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de fevereiro de 2017.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise da Licitação 16/2012/SEHAB e do Contrato 003/2013/SEHAB direcionados à execução de obras do Conjunto Habitacional Minas Gás, compreendendo a construção de 100 (cem) unidades habitacionais.

O referido Ajuste foi firmado entre a Secretaria Municipal de Habitação/SEHAB e a Construtora Cronacon Ltda., no valor de R$ 7.854.146,84 (sete milhões, oitocentos e cinquenta e quatro mil, cento e quarenta e seis reais e oitenta e quatro centavos).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle realizou os adequados procedimentos de fiscalização e elaborou o Relatório de fls. 279/283, tendo apontado as seguintes irregularidades: Licitação:

O Edital não possui assinatura ou rubrica em suas folhas, contrariando o § 1º[1] do inciso XVII do artigo 40 da Lei 8.666/93;

A Cláusula 10.6.3.1[2] do Instrumento Convocatório apresenta condição restritiva à participação dos interessados, em desobediência ao disposto no inciso I[3], do §1º do artigo 3º do mesmo Diploma Legal;

Contrato: Os documentos fiscais da Contratada não estavam vigentes quando o Ajuste foi assinado, em afronta ao artigo 29[4] da Lei das Licitações;

---

[1] § 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados

[2] 10.6.3 - Atestado comprobatório da aptidão para .....: 10.6.3.1Construção de conjunto habitacional de interesse social com 5 ou mais pavimentos de no mínimo 50 unidades.

[3] § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

[4] Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de

A Nota de Empenho foi emitida em valor insuficiente para cobrir as despesas do exercício de 2013, descumprindo o artigo 61[5] da Lei 4.320/64.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da Auditoria pela irregularidade da Licitação e do Contrato, sugerindo fosse cientificada a Pasta das conclusões alcançadas. Oficiada, a Secretaria prestou esclarecimentos alegando, em resumo que:

a) o fato de o Edital não estar assinado ou rubricado não é capaz de gerar a nulidade do Certame, visto que ele foi devidamente validado pela Assessoria Jurídica, dele não resultando qualquer prejuízo;

b) o termo "conjunto habitacional de interesse social" é de amplo domínio público e se refere aos empreendimentos habitacionais viabilizados pelo Poder Público, destinados à população de baixa renda e consistem em urbanização de favelas e construção de novas unidades habitacionais, envolvendo a realização de trabalho social junto à população afetada, assim a exigência da Cláusula 10.6.3.1 do Edital tem razão de ser e é recomendada a fim de que a contratada tenha experiência específica também no aspecto social, já que as ações são complexas e conjugadas.

Ademais, no caso específico, o trabalho social a ser desenvolvido, por força do Convênio firmado com a CDHU ficaria sob a responsabilidade da COHAB. Em seu favor citou a Decisão Judicial proferida no Agravo de Instrumento 0049290-67.2012.8.26.0000[6];

c) as Notas de Empenho eram emitidas mensalmente conforme liberação por SEMPLA, contudo existiam recursos suficientes na dotação orçamentária própria;

d) a Contratada sempre manteve a regularidade fiscal tanto que firmou posteriores Aditamentos.

Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

[5] Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

[6] ....A licitação em questão diz respeito a obras de grande vulto, as quais exigem, além da extrema capacidade técnica, o devido acompanhamento social consistente na remoção de inúmeras famílias – encontradas em locais indignos de habitação – com deslocamento para abrigos provisórios e posterior retorno às edificações erigidas. Vislumbrada a acuidade do objeto licitatório, de se verificar a razoabilidade da conduta da Administração ao exigir, em fase de pré-qualificação, a demonstração de habilidades específicas para a consecução da reurbanização exigida. E tal imposição foi colocada, indistintamente, a todos os participantes do certame, em total respeito ao princípio da isonomia...

As considerações tecidas pela Pasta não alteraram o entendimento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que manteve a conclusão pelas falhas na Licitação e no Contrato.

Identificados como responsáveis José Floriano de Azevedo Marques, Paulo Sérgio Mendonça Cruz, Chede Antonio Zayat e José Frederico Meier Neto foram regularmente cientificados acerca das irregularidades, sendo certo que o primeiro ficou silente, enquanto os demais apresentaram suas defesas, todas de teor assemelhado, reproduzindo a já apresentada pela Pasta às fls. 326/332, conforme sintetizei linhas acima.

A Auditoria, apesar das manifestações acrescidas, ratificou as conclusões antes alcançadas, no que foi acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, tendo, o Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo acrescentado que a falta de assinatura e rubrica do Edital é insuficiente para macular o Certame, porém deve ser lembrado que a orientação é voltada a homenagear o princípio da segurança jurídica e facilitar o exercício do controle.

Consignou também que a exigência de qualificação deve ser objeto de ponderação, considerada caso a caso, de acordo com a especialidade do objeto, desde que não ocorra limitação desarrazoada do universo de competidores. Ainda, registrou que a lei veda a contratação com empresa em situação fiscal irregular, assim a falta da apresentação dos respectivos documentos, por si só, deve ser tida como falha da instrução do processo.

Já no que toca ao empenho em valor insuficiente para o exercício de 2013, considerou que, neste caso, não há elemento de prova que embase a justificativa apresentada.

Em razão da existência de manifestações desfavoráveis dos Órgãos Técnicos desta Casa sobre o Instrumento Convocatório e a Contratação em análise, em sede de saneamento da instrução processual, determinei a intimação da Construtora Cronacon Ltda., contudo, não houve o oferecimento de defesa.

Por seu lado, a Procuradoria da Fazenda Municipal defendeu os atos praticados e requereu a regularidade dos Instrumentos, alegando que, em razão da peculiaridade do objeto, não só está justificada como é necessária a comprovação de experiência específica em obras da mesma natureza e ainda ressaltou o interesse público envolvido e, para ilustrar, reproduziu fragmentos das manifestações da Secretaria e dos Interessados.

Quanto aos demais apontamentos, afirmou que são de ordem acessória e formal, incapazes de gerar dano, razão pela qual podem ser relevados. Igualmente, pontuou que na hipótese concreta não há apuração de prejuízo, nem comprovação de dolo ou má-fé dos envolvidos.

A Secretaria Geral, concluindo a instrução processual, opinou no mesmo sentido da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

É o relatório.

VOTO

O trabalho desenvolvido pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle aponta a ocorrência de falhas tanto no Instrumento Convocatório como no Contrato dele decorrente. Contudo, não obstante os valorosos pareceres, os argumentos apresentados não se mostraram suficientes para ensejar a irregularidade dos Instrumentos.

Com efeito, dentre as infringências apontadas, a que me parece de maior relevância refere-se à suposta condição restritiva à participação de interessados contida no item 10.6.3.1 do Edital, uma vez que se exigiu dos licitantes a comprovação de experiência prévia na construção de conjuntos habitacionais de interesse social, com 5 (cinco) ou mais pavimentos e, no mínimo, 50 (cinquenta) unidades.

A Secretaria e os Interessados, no entanto, justificaram essa prática na peculiaridade, vulto e complexidade do objeto buscado, que se trata de urbanização de favela e construção de unidades habitacionais destinadas à população de baixa renda o que envolve, além dos trabalhos técnicos de engenharia, a realização de atividades sociais junto à população afetada, vez que ao mesmo tempo em que ocorrerá a construção das unidades e as obras de infraestrutura, deverão ser efetuados a remoção e o reassentamento dos moradores de área densamente povoada e a posterior recolocação nas unidades construídas.

Outrossim, verifico que 5 (cinco) empresas se apresentaram para o Torneio Licitatório, dentre as quais apenas 1 (uma) não foi habilitada, o que demonstra, que não houve restrição do universo de competidores.

Assim, acolho as justificativas das defesas por considerar que, na hipótese dos autos, a condição estipulada não é desproporcional nem desarrazoada.

Ainda sobre o Instrumento Convocatório, a falta de assinatura e rubrica de suas páginas não é suficiente para impedir seu acolhimento, pois se reveste de caráter meramente formal, não gerando qualquer prejuízo ao Procedimento Licitatório, tendo sido ademais validado pela Assessoria Jurídica da Pasta.

Já no que se refere ao Contrato, o empenhamento insuficiente à cobertura da despesa, ato infringente do artigo 61 da Lei Federal 4.320/64, na realidade, decorreu do controle orçamentário e financeiro imposto pela

Secretaria Municipal de Planejamento que, nos termos das informações trazidas na defesa da Pasta, liberava mensalmente os recursos, de modo que alternativa não lhe restava, ao menos no âmbito de sua competência, senão cumprir aquelas determinações e, assim, realizar o empenhamento da despesa a menor.

Por fim, no tocante à inexistência de evidências da situação de regularidade fiscal da Contratada à época da assinatura do Ajuste, muito embora o nosso sistema normativo preveja a apresentação tempestiva de Certidões válidas, objetivando evitar o estabelecimento de relações com entidades inadimplentes com os encargos fiscais e sociais, há que se ponderar que a falta da referida documentação, por si só, não permite inferir que a Empresa se encontrava em débito. Sendo assim, com respaldo em pesquisa realizada por minha Assessoria nos sítios eletrônicos competentes, verifiquei que à época, a Contratada encontrava-se em situação regular perante o FGTS e o INSS.

No que toca aos demais tributos, em homenagem ao Princípio da Razoabilidade e com base na documentação colacionada aos autos às fls. 333/337, entendo possível considerar que as Certidões emitidas após a contratação afastam o vício original porventura existente, fazendo-o desaparecer.

Diante do exposto, acolhendo as razões apresentadas pela Secretaria Municipal de Habitação e pelos responsáveis apontados e, ainda, na ausência de notícia de dolo, culpa ou má-fé dos agentes, tampouco prejuízo ao Erário, julgo regulares a Licitação 16/2012/SEHAB e o Contrato 003/2013/SEHAB, determinando, na sequência, após as cautelas de praxe, o arquivamento dos autos. (2.861ª S.O.)