II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-1323/2024

Processo - TC/001853/2004
Objeto - Recursos *ex officio,* da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e da Construtora Ubiratan Ltda. interpostos em face da Decisão da Segunda Câmara de 25/8/2021 – Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras e Construtora Ubiratan Ltda. – Concorrência C09/SSO/2003 – Contrato 258/Edif/2003 – Execução de serviços e obras para construção da EMEF Primo Pascoli, na Freguesia do Ó

3.345ª Sessão Ordinária

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. SIURB. Serviços e obras para construção de EMEF. Decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. A prescrição é instituto de ordem pública, podendo ser conhecida de ofício ou por provocação dos interessados a qualquer tempo no processo. Art. 11, Res. TCMSP 10/2023. 2. Verificada a prescrição, cabe avaliar o caráter pedagógico das determinações de cunho declaratório decorrentes do procedimento de fiscalização em julgamento. CONHECIDOS. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro RICARDO TORRES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos pela PFM, pela Construtora Ubiratan Ltda., bem como da remessa *ex officio*, uma vez que foram cumpridos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 138 e seguintes, conjuntamente com o art. 119 e seguintes, todos do RITCMSP, bem como o art. 46 da Lei Orgânica deste Tribunal.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer, de ofício, a ocorrência de prescrição, reformando a Decisão da Segunda Câmara recorrida, para julgar extinto o feito, nos termos dos art. 12 da Resolução 10/2023, com relação a terceiros, mantidas, conforme o art. 13 da mencionada Resolução, as determinações e recomendações destinadas à Administração Pública Municipal.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao Secretário Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência, arquivando-se os autos com as cautelas de praxe.

Participaram do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor e JOÃO ANTONIO.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo de saúde.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de novembro de 2024.

EDUARDO TUMA – Presidente
RICARDO TORRES – Relator

/hc

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RICARDO TORRES – RELATOR

Processo: **TC/001853/2004**
Origem: Secretaria Municipal de Serviços e Obras
Objeto: **Recursos Ordinários e *Ex Officio*** – Análise do Edital de Concorrência Pública nº 09/SSO20/03 e do Termo de Contrato nº 258/EDIF/2003 (execução dos serviços e obras para construção da EMEF Primo Pascoli, Jardim dos Francos, situada na Avenida General Penha Brasil, 2.720 - SP/FÓ)

RECURSOS ORDINÁRIOS E *EX OFFICIO*. ANÁLISE DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA E DE CONTRATO. OBRAS PARA CONSTRUÇÃO DE ESCOLA. 1. A prescrição, por se tratar de instituto de ordem pública, pode ser conhecida de ofício e a qualquer tempo no processo. Aplicação do art. 11 da Resolução TCM nº 10/23. **2**. Nos termos da Resolução TCM nº 10/23, incide a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. **3**. Verificada a prescrição, cabe avaliar o caráter pedagógico das determinações de cunho declaratório decorrentes do procedimento de fiscalização em julgamento. **3.1**. No caso em tela, devem ser mantidas as determinações e recomendações do acórdão recorrido, que se destinam a reorientar a Administração Pública. Recursos conhecidos para, de ofício, reformar o acórdão recorrido, extinguindo o feito ante a consumação da prescrição, mantidas as determinações e recomendações originais.

RELATÓRIO

Egrégio Plenário,

Trago a julgamento análise do Recurso *ex officio*, nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do RITCM, e de Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e pela empresa Construtora UBIRATAN LTDA., em face do v. Acórdão de peça 13 proferido pela c. Segunda Câmara desta Corte de Contas.

Consta do aresto em questão o julgamento, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, pela irregularidade da Concorrência 09/SSO/2003 e do Contrato 258/Edif/2003, deixando o órgão parcial de se pronunciar sobre os efeitos financeiros, por se tratar de análise meramente formal.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, peça 41, interpôs Recurso requerendo, em síntese, a aceitação dos efeitos financeiros. Fundamentou seu pedido na aplicação da teoria da estabilização dos efeitos de atos administrativos viciados; na teoria da boa-fé e confiança legítima; e, ainda, na aplicação, por similitude, do mecanismo da modulação dos efeitos de atos inconstitucionais.

A Construtora UBIRATAN LTDA., peça 24, requereu que o presente recurso conhecido e provido com a reforma da r. decisão combatida para o fim de julgar regulares a concorrência e o contrato em voga ou, subsidiariamente, se mantido o entendimento pela irregularidade, que sejam preservados os efeitos dos atos praticados.

A Secretaria de Controle Externo, peça 32, concluiu que as razões de recursos apresentadas pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Construtora Ubiratan Ltda. não merecem prosperar, devendo os recursos ser julgados improcedentes.

A Assessoria Jurídica deste Egrégia Corte de Contas, peças 34, entendeu que, apesar do transcurso do tempo, não seria aplicável ao caso concreto a prescrição, pois não haveria pretensões punitiva ou ressarcitória. Quanto aos Recursos, peças 48 e 49, opinou pelo conhecimento dos mesmos e, no mérito, pelo não provimento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, peça 52 e 60, em manifestação, requereu o conhecimento e provimento dos recursos interpostos, reiterando que os efeitos dos atos praticados devem ser aceitos, levando-se em consideração o tempo decorrido (mais de 20 – vinte anos), o princípio da segurança jurídica ressaltando, ainda, a ausência de dolo ou má-fé ou mesmo prejuízo ao erário.

A Secretaria Geral, às peças 64 e 65, entendeu pela não aplicação do instituto da prescrição ao caso, a despeito do tempo decorrido, e pelo conhecimento dos Recursos e, no mérito, pelo não provimento.

É o relatório.

VOTO

É o caso de conhecer dos recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, da empresa Construtora UBIRATAN LTDA, bem como da remessa *ex officio,* para, de ofício, reconhecer a ocorrência da prescrição e extinguir o presente feito, mantendo-se os efeitos declaratórios exarados, pelos motivos que passo a expor.

1. Cumpridos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 138 e seguintes, conjuntamente com o art. 119 e seguintes, todos do Regimento Interno desta E. Corte, bem como do art. 46 da Lei Orgânica do TCM-SP, conheço dos recursos ordinário e *ex officio* em face da r. Decisão proferida pela Colenda Segunda Câmara (Peça 17).

2. A ocorrência do fenômeno prescricional no âmbito das Cortes de Contas foi sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal. Com o julgamento de precedentes qualificados nos Temas de Repercussão Geral nº 897 e 899, e na esteira do quanto decidido no julgamento da ADI nº 5.509, com base na métrica estabelecida pela Lei Federal nº 9.873/1999, foi reconhecida a aplicação do prazo quinquenal à prescrição das pretensões punitivas e ressarcitórias submetidas à deliberação dos Tribunal de Contas.

3. Para dar aplicabilidade às teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União – TCU aprovou a Resolução nº 344/2022. Essa norma estabelece os marcos interruptivos e causas de suspensão do prazo prescricional, além de orientar o julgamento da Corte quando verificada a hipótese de prescrição. O texto da resolução foi objeto de debates intensos entre as áreas técnicas da Corte de Contas federal, conforme formalizado no TC 008.702/2022-5 e resumido no Acórdão TCU 2285/2022.

4. Em seu turno, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCMSP, a partir da Resolução nº 10/2023 – publicada no Diário Oficial em 12/06/2023, conjugada à Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023, regulamentou a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória nos feitos de sua competência – transcurso quinquenal, bem como da prescrição intercorrente – transcurso trienal.

5. Quanto ao momento, a aferição da ocorrência da prescrição, nos termos do Artigo 11 da referida Resolução, pode ser realizada em qualquer fase do processo, de ofício ou por provocação dos interessados, uma vez que se trata de matéria de ordem pública. Veja-se:

> Art. 11. A ocorrência de prescrição será aferida, de ofício ou por provocação do interessado, em qualquer fase do processo, ressalvado o disposto no parágrafo único.

6. Impositivo, portanto, reconhecer, de ofício, a prescrição quinquenal no caso em tela, ocorrida, nos termos previstos do art. 2º, caput, da Resolução nº 10/2023.

7. No caso concreto, foi prolatado Acórdão de 2ª Câmara em 25/11/2021. Contudo, verifica-se que houve transcurso de prazo superior a 3 (três) anos sem movimentação processual. Mais do que isso, verifica-se a inércia de tramitação processual de 8 (oito) anos entre 12/08/2010 e 04/09/2018. Desta feita, verifica-se que o presente foi fulminado pelo instituto da prescrição intercorrente (trienal) em 13/08/2013, antes mesmo da prolação do Acórdão referido.

8. Verificada a prescrição, cumpre extinguir o presente feito, especialmente com relação aos terceiros interessados. Entretanto, nos termos da deliberação deste Tribunal de Contas no bojo do TC/336/2011, deve ser ponderada a relevância da manutenção dos aspectos declaratórios que podem emergir da análise do procedimento fiscalizatório.

9. Tal entendimento condiz com a versão já aprimorada da normatização do Tribunal de Contas da União a respeito do tema, veja-se:

> Art. 11. Reconhecida pelo Tribunal a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória em relação à totalidade das irregularidades, o processo deverá ser arquivado, ressalvada a hipótese do art. 12.
>
> Art. 12. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento das contas, a adoção de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

10. Da leitura dos autos tem-se que o acórdão ora sob análise, como decorrência da verificação de irregularidades no procedimento analisado, julgou **irregulares** a Concorrência

09/SSO/2003 e o Contrato 258/Edif/2003, deixando de se pronunciar sobre os efeitos financeiros, por se tratar de análise meramente formal.

11. Constata-se, *primo oculi*, a relevância do conteúdo declaratório do aresto recorrido, vez que se destina a reorientar a atuação da administração no sentido de melhor governança e atendimentos aos princípios constitucionais da Administração Pública, devendo, assim, ser mantido.

12. Por fim, observo que o reconhecimento da prescrição em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem no sentido de promover medidas necessárias de ressarcimento e para fins de apuração de atos de improbidade – cujas ações de reparação são imprescritíveis, nos termos do Tema 897 do STF - ou criminais.

13. Diante do exposto, voto no sentido de **CONHECER** dos Recursos interpostos pela PFM, pela Construtora Ubiratan LTDA. e *ex officio* e, de ofício, reconhecer a ocorrência de prescrição, **REFORMANDO** o acórdão recorrido para JULGAR **EXTINTO O PRESENTE FEITO**, nos termos dos art. 12 da Resolução nº 10/2023, com relação a terceiros, mantidas, conforme o art. 13 da mencionada Resolução, as determinações e recomendações destinadas à Administração Pública Municipal.

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência.

INTIME-SE a Origem, na pessoa do Sr. Secretário Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, para ciência do presente voto e do acórdão resultante.

Após, com as cautelas de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Plenário Conselheiro **PAULO PLANET BUARQUE**, 13 de novembro de 2024.

Ricardo Torres
Conselheiro

0II – DECISÃO

Processo	-	TC/001853/2004
Contratante	-	Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras
Contratada	-	Construtora Ubiratan Ltda.
Concorrência	-	C 09/SSO/2003
Contrato	-	258/Edif/2003 R$ 1.742.811,11
Objeto	-	Execução de serviços e obras para construção da EMEF Primo Pascoli, na Freguesia do Ó

346ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SIURB. Serviços e obras para construção de EMEF. 1. Intimação da Contratada. 2. A exigência de quantidades mínimas no atestado de capacidade técnico-profissional é vedada em razão do seu potencial caráter restritivo à competição e, portanto, na obtenção da proposta mais vantajosa. Súmula 263, TCU. Art. 30, § 1º, I, Lei 8.666/93. 3. O tipo de fundação é dado fundamental para a descrição de obra e deve ser estar constante do projeto básico, que, por sua vez, deve conter todos os elementos necessários à devida caracterização da obra. Art. 7°, § 4°, art. 6°, IX, e art. 40, § 2°, I, Lei 8.666/93. IRREGULARES. Votação unânime.

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar irregulares a Concorrência 09/SSO/2003 e o Contrato 258/Edif/2003, deixando de se pronunciar sobre os efeitos financeiros, por se tratar de análise meramente formal.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de agosto de 2021.

ROBERTO BRAGUIM – Presidente
EDUARDO TUMA – Relator

/cv

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA – RELATOR

TC/001853/2004 – Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras e Construtora Ubiratan Ltda. – Concorrência C 09/SSO/2003 – Contrato 258/Edif/2003 R$ 1.742.811,11 – Execução de serviços para construção da EMEF Jardim dos Francos

RELATÓRIO

Trata o presente de análise da Concorrência 09/2003, realizada pela então Secretaria de Serviços e Obras, para a construção da EMEF (Escola Municipal de Educação Fundamental) Jardim dos Francos, no valor estimado em R$ 2.129.113, 92 (dois milhões, cento e vinte e nove mil, cento e treze reais e noventa e dois centavos), bem como do Contrato nº 258/2003, dela decorrente, firmado entre o então Departamento de Edificações e a Construtora Ubiratan Ltda., no valor de R$ 1.742.811,11 (um milhão setecentos e quarenta e dois mil oitocentos e onze reais e onze centavos), pelo prazo de 270 dias.

Em uma primeira análise, a Auditoria concluiu pela regularidade da licitação (fls. 70/71) e também pela regularidade do Contrato (fls. 72/73).

A Assessoria Jurídica (fls. 76 e 79/80) solicitou análise técnica específica da equipe de engenharia, a fim de que fosse verificado o cumprimento das exigências da Lei nº 8.666/1993, em relação à elaboração do projeto básico, assim como quanto às exigências de capacitação técnica e se os preços orçados estavam de acordo com o praticado no mercado.

A então Área de Engenharia, em seu pronunciamento técnico de fls. 143/147, apresentou parecer apontando irregularidades na licitação e no contrato, quais sejam:

1 - A exigência de capacitação técnica contida no edital conflita com o disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, que veda a exigência de quantidades mínimas no atestado de capacidade técnico-profissional.

2 - Deve ser recomendado ao Departamento de Edificações – EDIF que nos futuros editais não conste a cláusula que impede os licitantes de alterarem os coeficientes das composições dos custos unitários, pois a mesma conflita com o disposto na Lei nº 8.666/93, art. 3°, § 1°, inciso I, e art. 40, inciso X, da mesma Lei.

3- O Projeto Básico de Implantação não está assinado por autoridade competente, estando, portanto, em desacordo com o que prevê o inciso I, do § 2º, do artigo 7º, da Lei nº 8.666/93.

4- O Projeto Básico que embasou a licitação não contém todos os elementos necessários à devida caracterização da obra, estando em desacordo com o que prevê o art. 7°, § 4º, e art. 6º, inciso IX, combinados com art. 40, § 2°, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

5 - O Contrato nº 258/EDIF/03, em sua Cláusula Quinta, não segue o que consta na Minuta de Contrato, descumprindo o artigo 54, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93.

Diante do acrescido, revendo seu parecer anterior, a Auditoria concluiu pela irregularidade da licitação e do contrato, com base nas infringências acima apontadas (fls. 148/149).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 152/157) corroborou o

entendimento da Auditoria, opinando pela irregularidade da licitação e do contrato nos seguintes dizeres:

Partindo da análise técnica realizada, nossa conclusão não diverge do posicionamento exarado pelos técnicos preopinantes, no sentido de que a licitação e o ajuste dela decorrente são irregulares, senão vejamos.

A Lei Federal de Licitações – nº 8.666/93 – dispõe em seu art. 7°, §2°, II, ser obrigatório proceder ao detalhamento das despesas, por meio de planilhas que indiquem os custos unitários.

Tal determinação não serve somente para propiciar a verificação da exequibilidade dos preços, mas também para viabilizar a aferição da correspondência entre os quantitativos requeridos e as previsões reais da licitação, pois é vedada, a inclusão no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo, conforme dispõe o § 4º do mencionado art. 7º.

A Administração não pode celebrar contrato sem parâmetros qualitativos e quantitativos objetivamente definidos, sob pena de prejudicar a avaliação da legitimidade do contrato no sentido da adequação de seu valor com os serviços a serem executados, bem como o controle nas medições desses serviços.

Desta feita, descumpriram-se os preceitos legais constantes do art. 7º, § 4º e art. 6º, inciso IX c/c art. 40, § 2º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Outrossim, ocorreu ainda afronta ao inciso I, § 2º do referido art. 7°, tendo em vista a ausência da assinatura da autoridade competente, pois o Projeto Básico necessita de aprovação por ato formal e motivado da autoridade competente, (...) responsabilizando-se pelo juízo de legalidade e de conveniência adotado (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" – p. 111 – 10ª Edição)

Há que se acompanhar, igualmente, o entendimento dos técnicos desta E. Corte de Contas, de que a exigência contida no edital de capacitação técnica contraria o disposto no art. 30, § l º, inciso l, da Lei Federal nº. 8.666/93. Segundo eles, tal exigência seria restritiva à competição pois ressaltaria a experiência anterior dos interessados, conforme critério de quantidade mínima, o que, além de ser vedado pelo artigo citado, também afronta o art. 3°, § 1º, inciso I, da mesma lei.

A Administração Pública deve oferecer tratamento isonômico entre os licitantes, não podendo co1neter excessos em relação às exigências de qualificação técnica e econômica, segundo se infere do art. 3 7, XXI, da CF, devendo, as exigências de qualificação técnica, ser apenas suficientes para a garantia do cumprimento das obrigações.

Ademais, a Lei nº. 8.666/93, em seu artigo 3º, faz expressa referência ao princípio constitucional da isonomia, estabelecendo ainda, a necessidade das licitações se prestarem a selecionar a proposta que ofereça mais vantagens à Administração.

No presente caso, com a referida restrição, estaria sendo cerceado o direito de um eventual licitante apresentar sua proposta de preços, e por via de consequência, uma proposta que poderia ser mais vantajosa à Administração.

Em derradeiro, esteados nas conclusões dos Engenheiros, opinamos ainda

pela irregularidade do ajuste, em razão do descumprimento do art. 54, § 1º, da Lei 8.666/93, que determina a vinculação do objeto contratual aos termos da licitação e da proposta vencedora, bem como do consequente descumprimento do princípio da licitação.

Desta feita, ante todo o exposto e, consubstanciados no relatório de AUD, opinamos pela irregularidade dos instrumentos "sub examine", pelos motivos acima aduzidos.

Conforme determinado às fls. 158, a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras foi oficiada e apresentou os seus esclarecimentos as folhas 172/180.

Em nova manifestação (fls. 184/199v), a Auditoria ratificou seu posicionamento, concluindo pela irregularidade da licitação e do contrato, entendendo possível somente relevar o apontamento referente à divergência entre a minuta e o contrato (3.5), eis que poderia ser corrigido, nos seguintes termos:

3.1 - Exigência de capacitação técnica

Ratificamos a conclusão anterior de que a exigência de atestado técnico-profissional com quantidades que constou no edital é uma infringência ao disposto no inciso I do § 1° do artigo 30 da Lei Federal n° 8.666/93.

3.2 - Coeficientes das composições de custos unitários

Ratificamos a conclusão anterior de que o engessamento dos coeficientes de produtividade frustra o caráter competitivo e representa um mecanismo de fixação de preços mínimos, infringindo o art. 3º, § 1º, inciso I, e art. 40, inciso X, dispositivos da Lei nº 8.666/93. Endossamos a sugestão de recomendação ao Departamento de Edificações – EDIF que nos futuros editais não conste cláusula que impede os licitantes de alterarem os coeficientes das composições de custos unitários.

3.3 - Assinatura no projeto básico

Ratificamos a conclusão anterior de que o projeto básico deve ser aprovado pela autoridade competente, conforme determina o inciso I do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93, e acrescemos que as plantas juntadas ao processo administrativo devem ser assinadas pelos autores do projeto, em atendimento ao artigo 14 da Lei Federal n° 5.194/66.

3.4 - Elemento do projeto básico

Ratificamos a conclusão anterior de que o projeto básico não contém todos os elementos necessários à devida caracterização da obra, infringindo o art. 7º, § 4º; art. 6º, inciso IX; combinados com o art. 40, § 2º, inciso I, dispositivos da Lei nº 8.666/93.

3.5 - Divergência entre a minuta e o contrato

Retificamos a conclusão anterior. Entendemos que houve somente uma falha formal, podendo ser acatada a defesa da Origem.

Em sua derradeira manifestação (fls. 202/206), a Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou a conclusão pela irregularidade, propondo, todavia, a aceitação dos efeitos financeiros, em razão da ausência de comprovação de prejuízo ao erário e do tempo decorrido.

A D. Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 208) pugnou pela regularidade da licitação e do contrato ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos financeiros do ajuste.

Por seu turno, a Secretaria-Geral (fls. 210/215), na esteira dos Órgãos Técnicos, também opinou pela irregularidade dos instrumentos analisados, propondo igualmente a aceitação dos efeitos financeiros.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, sobre a não intimação da Contratada, tenho a consignar o quanto segue:

O tema de chamamento de terceiro interessado aos autos era controvertido entre o Colegiado. O posicionamento que predominou até o ano de 2015 (vide TC/001747/2006 e TC/002497/2006) foi no sentido de que a Contratada não deveria ser intimada na primeira fase da instrução porque o terceiro interessado não vem a ser parte no processo, não se situando no campo da jurisdição deste Tribunal de Contas, sendo que, o § 3º do artigo 116 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas dispõe: "Serão intimados os terceiros que tiverem participado do ato ou contrato questionado ou puderem ter sua esfera subjetiva de direitos afetada pela futura decisão do feito".

Nesses termos, a Contratada deveria ser intimada na hipótese de decisão do Plenário pela irregularidade que pudesse afetar a sua esfera de direitos, reservando-lhe, assim, a faculdade de interposição de recurso, o qual lhe garantiria a apreciação das suas razões pelos mesmos órgãos técnicos, e posterior julgamento pelo mesmo órgão Colegiado, não havendo, portanto, prejuízo à Contratada.

Todavia, em 2015, após reunião e decisão alcançada pelo Pleno, restou decidido que a Contratada deveria ser intimada ainda na fase inicial da instrução. Quanto à modulação dos efeitos dessa decisão, ficou acertado que o MARCO temporal seria o ano de 2015, é dizer: os processos com instrução já finalizada nessa data, não deveriam ter a instrução reaberta, devendo ser preservados os atos já praticados em atenção aos princípios da celeridade e economia processual, sendo intimadas as contratadas para eventual interposição de recurso. Já os processos com instrução ainda não encerrada em 2015, deveriam incluir já na primeira fase, necessariamente, a intimação da Contratada para integrar o polo passivo das demandas. Este processo, que trago para julgamento se enquadra na primeira hipótese.

Justificada essa questão, quanto ao mérito, depois de analisadas as justificativas apresentadas pela Origem, a Auditoria manteve a sua conclusão pela irregularidade da licitação e do contrato.

Quanto à exigência de quantidades mínimas no atestado de capacidade técnico-profissional, trata-se de prática vedada em razão do seu potencial caráter restritivo à competição.

A matéria encontra-se pacificada pela Súmula 263 do Tribunal de Contas da União e, portanto, configura irregularidade que repercute diretamente em restrição indevida à competitividade e, por conseguinte, na obtenção da proposta mais vantajosa pela Origem, em ofensa ao disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93.

Quanto à ausência, no projeto básico, de todos os elementos necessários à devida caracterização da obra, verificou-se que, de fato, a irregularidade ocorreu, uma vez que o tipo de fundação (dado fundamental para a completa descrição da obra) foi definido em parecer técnico elaborado somente após a assinatura do contrato.

Ora, o projeto básico, é peça essencial para elaboração das propostas e orçamento detalhado por parte dos concorrentes e a sua precisão é fundamental para evitar que hajam alterações futuras no contrato, majorando valores e prazos.

Ademais, não há como se conceber a participação em certame em que não havia para os concorrentes a publicação de dado essencial para a completa descrição da obra a ser executada.

Com efeito, demonstrada a irregularidade ocasionada pelas falhas no projeto básico, contrariando o disposto no art. 7°, § 4º, e art. 6º, inciso IX, combinados com art. 40, § 2°, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93.

De outra parte, a defesa da Origem não logrou êxito em demonstrar a validade da cláusula que impediu os licitantes de alterarem os coeficientes das composições dos custos unitários.

Aludida irregularidade pode ter gerado prejuízos à competitividade e a obtenção de preços mais vantajosos pela Administração.

Por essa razão, a infringência motivou recomendação por parte da Auditoria.

Finalmente, quanto a ausência de assinatura do Projeto Básico de Implantação por autoridade competente, acompanho a Assessoria Jurídica e a Secretaria-Geral no sentido de que a falha não tem o condão de macular, por si só, a licitação e o contrato, devendo preponderar o princípio do formalismo moderado.

Todavia, como visto, as demais infringências que remanesceram eivaram os instrumentos sob análise de vícios insanáveis, não sendo possível assegurar que estas não geraram prejuízos ao erário ou à boa execução do objeto.

Ante o exposto, com amparo nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Geral, cujos fundamentos, consentâneos com o acima delineado, acolho como razões de decidir, JULGO IRREGULARES a Concorrência 09/2003, realizada pela então Secretaria de Serviços e Obras, e o Contrato 258/2003, firmado entre o então Departamento de Edificações e a Construtora Ubiratan Ltda.

Deixo de me pronunciar sobre os efeitos financeiros, considerando que se trata de análise meramente formal.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de agosto de 2021.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Corregedor