TC 1.968/2019

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SEHAB. Serviços para a elaboração dos produtos necessários à regularização de núcleos urbanos informais, incluindo os serviços de planejamento, monitoramento e gestão das etapas de regularização fundiárias. Programa de Regularização Fundiária. 1. Nos serviços de regularização fundiária contínua não há que se falar na coexistência de um regime misto com parte de serviço por escopo e parte de serviço continuado. Dec. Mun. 58.400/18. 2. É vedada a contratação de serviços inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do órgão, por acentuarem riscos de terceirização da atividade-fim. Art. 3º, IV, Dec. 9.507/18. NÃO ACOLHIDO. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

3.110ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em não acolher o edital da Concorrência 03/SEHAB/2018, em razão de suas irregularidades, bem como em determinar à SEHAB o seu refazimento, escoimado das irregularidades registradas nestes autos, posto que, nos moldes propostos, o certame não reúne condições de prosseguimento.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Secretaria Municipal de Habitação e à Controladoria Geral do Municipal, para ciência.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Habitação que informe a este Tribunal, **no prazo de 20 (vinte) dias**, o histórico dos gastos com regularização fundiária (de 2018 a 2020), incluindo a quantidade de regularizações levadas a termo, os núcleos habitacionais beneficiados, bem como especificando quem são os prestadores de serviços nas contratações emergenciais.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após as medidas regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, EDSON SIMÕES e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

São Paulo, 30 de setembro de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento o Acompanhamento do Edital da Concorrência 03/SEHAB/2018, do tipo técnica e preço, tendo por objeto a Contratação de empresa ou consórcio de empresas para prestação de serviços técnicos especializados de consultoria, assessoria, apoio e execução de atividades necessárias ao programa de regularização fundiária de núcleos urbanos sob a responsabilidade da Secretaria Municipal de Habitação do Município de São Paulo, bem como o suporte de bens, serviços e materiais de apoio necessários à sua execução, com valores globais dos orçamentos de referência estimados em R$ 30.045.579,58 para o Lote 1 (regiões Sudeste, Sul e Extremo Sul, com 233 núcleos urbanos e 127.494 famílias estimadas) e R$ 33.790.834,26 para o lote 2 (abrange as regiões Centro, Leste e Norte, com 277 núcleos urbanos informais e 110.685 famílias estimadas), com prazo de execução de 12 (doze) meses e com vigência a partir da emissão da primeira Ordem de Início dos Serviços, para ambos os lotes.

Trata-se de um edital com objeto bastante amplo, dada a complexidade própria dos serviços pretendidos, cuja discussão acerca dos pontos questionados pelos órgãos deste Tribunal perdura desde 15/03/2019, quando se deu a suspensão do certame. Pretende a SEHAB a contratação de um conjunto de produtos e serviços para atuar nas áreas que necessitam de regularização fundiária utilizando, conforme seu planejamento, de vários ou de todos os produtos, de acordo com a situação de cada uma delas.

Do Termo de Referência que integra o Edital, consta ampla explanação do contexto em que se insere a proposta, justificativa da necessidade dos serviços, e explicação sobre o objeto, a ser dividido em lotes, contando, cada um, com produtos de duas categorias: produtos de regularização e produtos de consultoria assessoria, apoio e execução de atividades necessárias ao processo de regularização fundiária.

Ainda, conforme explicitado no Termo de Referência, a contratada deverá contar com equipe de coordenação, equipe executora (compostas, por arquitetos, engenheiros, advogados, especialistas em regularização fundiária, tecnólogos, Assistentes Sociais, Auxiliares Administrativos e Técnicos de TI), suporte material para o desenvolvimento de todas as atividades, destacando-se escritório de apoio técnico, além de prover o deslocamento das equipes.

O Edital contou, também, com Planilhas contendo memória de cálculo de quantitativos de produtos para cada lote e estimativa de horas dos profissionais integrantes das equipes. Das Planilhas pertinentes aos produtos consta a indicação de locais, áreas aproximadas, número de famílias e número de processos administrativos referentes às áreas que necessitam de regularização.

No que diz respeito à primeira versão do edital, a Equipe de Auditoria, ao elaborar a conclusão do Relatório no item 4, formulou 11 (onze) apontamentos, a seguir elencados:

"4.1. As atribuições definidas no subitem 4.2 do Termo de Referência, que não são passíveis de delegação à iniciativa privada, consistentes no "planejamento, coordenação e acompanhamento" das atividades de regularização fundiária, que se inserem no rol de competências exclusivas de SEHAB, infringiram o Decreto Municipal nº 57.915/17;

4.2. Infringência ao artigo 6.º, inciso IX da Lei Federal de Licitações, haja vista a imprevisibilidade do mapeamento realizado no Termo de Referência, manifestado na flexibilização contida nos subitens 1.2. (impossibilidade de previsão do número exato de ocorrências) e 3.2. (flexibilização dos quantitativos de mão de obra) do Edital;

4.3. Na forma prevista pelo Edital e seus Anexos, a contratação pretendida, embora formalmente tratada como sendo por escopo, poderá se transformar, na prática, em contratos de execução continuada, rechaçados no Parecer SEHAB/AJ nº 010272511, com o agravante de que sob essa natureza não haverá impedimento para a prorrogação indefinida do contrato até o exaurimento do seu objeto, embora o edital estabeleça um prazo de 12 meses para a realização dos serviços;

4.4. O orçamento de referência que instrui o certame não atende ao que exige o art. 7º, § 2º, inciso II e o § 4º do mesmo artigo, todos da LF nº 8.666/93, que impõem, para licitar, orçamento de referência detalhado com a composição de todos os custos unitários, com previsões de quantitativos correspondentes às previsões do projeto básico;

4.5. Ampliação indevida do instrumento convocatório, no subitem 10.6.1., para apresentação de atestados a potenciais interessados que não detenham o conhecimento do objeto a ser executado, o que pode ser agravado ainda, quando do julgamento das propostas, por se tratar de certame a ser avaliado por técnica e preço;

4.6. Os critérios de pontuação das Propostas Técnicas do Edital são genéricos, subjetivos e não atendem às exigências de clareza e objetividade impostas pelos art.3º, art. 46, § 1º, inciso I, e art. 40, inciso VII, todos da LF nº 8.666/93;

4.7. Considerando que a sistemática de pontuação adotada pelo Edital distorce o equilíbrio na ponderação entre as propostas técnica e comercial, pelo fato de resultar na importância consideravelmente maior na pontuação da Proposta Técnica, em detrimento da Proposta Comercial, cuja contribuição na Pontuação Final não ultrapassará 7%, seria mais indicada a utilização do tipo de licitação "técnica" em vez do tipo "técnica e preço";

4.8. Há uma distorção, a menor, da remuneração prevista no Edital para as funções de Engenheiro/Arquiteto Júnior, em relação ao firmado como piso na convenção coletiva de trabalho, para o biênio 2018/2019, em infringência ao art. 43, inciso IV da Lei Federal nº 8.666/93;

4.9. Infringência à interpretação do artigo 71 da Lei Federal nº 8.666/93, determinada pelo julgado da ADC nº 16 do STF e pela Súmula nº 331, inciso IV do TST, ante a falta de qualquer previsão de acompanhamento/fiscalização da mão de obra envolvida no objeto a ser contratado;

4.10. Infringência do subitem 13.2.2, em relação ao artigo 33, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93, por não eximir os consórcios formados por empresas de micro e pequeno porte do acréscimo da apresentação adicional da comprovação de patrimônio líquido, em trinta por cento;

4.11. Há impropriedades formais no Edital e seus Anexos que devem ser saneadas."

Embora a suspensão do certame por este Tribunal tenha ocorrido em março de 2019, somente em julho de 2019 a SEHAB apresentou uma nova minuta de edital (peça 67), sobre a qual se manifestou a Auditoria (peça 69) reiterando seus anteriores apontamentos, com exceção apenas àqueles referentes aos itens 4.5 e 4.10, que entendeu superados, caso confirmadas as novas redações quando de sua republicação.

Em setembro de 2019, diante dos apontamentos da Auditoria, novos esclarecimentos foram solicitados à SEHAB, tendo esta informado, em dezembro de 2019, que estava efetuando a revisão do edital a ser reapresentado em janeiro de 2020.

Em fevereiro de 2020, finalmente, a Pasta juntou aos autos uma nova minuta de Edital, acompanhada de esclarecimentos e justificativas.

No tocante ao apontamento pertinente à terceirização de sua atividade-fim, argumentou, em síntese, que após o julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional) 324 pelo STF teria sido superado o entendimento da Justiça do Trabalho que veda a terceirização de atividade-fim. Afirmou que a ela cabe estabelecer diretrizes, elaborar, coordenar, implementar, gerir e avaliar a Política Municipal de Habitação de Interesse Social, a partir do desenvolvimento de mecanismo e modelos apropriados para a viabilização e implementação, exercício de poderes típicos da Administração. Aduziu que ao contratado caberá executar estudos e propostas de alternativas técnicas, apresentando aos gestores públicos os pormenores práticos, essenciais à perfeita elaboração das ações almejadas.

Fez, ainda, alusão ao Decreto Municipal 58.400/18, que prevê a contratação, pelos órgãos públicos municipais, de serviços contínuos "ligados ou não à sua atividade-fim", e, segundo seu entendimento, o diploma legal de 2018 teria revogado tacitamente o artigo 59 do Decreto Municipal 44.279/03, no ponto em que limita a contratação somente às atividades-meio.

Quanto ao apontamento de insuficiência do projeto básico, apresentou um panorama da irregularidade habitacional da Cidade e informou que os quantitativos de produtos e atividades previstos no Termo de Referência e no Orçamento de Referência foram elaborados com base nas quantidades e características dos núcleos definidos como "áreas de priorização". Esclareceu, ainda, terem sido incluídas no orçamento horas de consultoria, de assessoria, de apoio e de execução de atividades de regularização fundiária, que foram calculadas para atender demandas auxiliares.

Defendeu seu entendimento quanto a ser o serviço de natureza continuada, indicando ser esta a posição final acolhida, de modo vinculante à Secretaria, pela Procuradoria Geral do Município, bem como defendeu, para o julgamento das propostas, a fórmula adotada para a ponderação entre a nota técnica e nota comercial (70/30), alegando ser sua aplicação considerada legítima pela Controladoria-Geral da União e também já ter sido acolhida em certames da SIURB.

Sobre a referida minuta manifestou-se a Equipe de Auditoria (peça 84) como segue: 4.1. - reiterou o apontamento relativo à terceirização da atividade-fim da Secretaria; 4.2 - retificou o apontamento para constar a falta de correlação entre o termo de referência e a planilha de composição dos produtos, quanto à descrição das atividades e aos quantitativos de horas de "Consultor" na planilha orçamentária, bem como a existência de uma única base de remuneração para os serviços de consultoria, apoio e assessoria previstos no subitem 6.1 do Termo de Referência ao Edita; 4.3. - reiterou o apontamento quanto à natureza dos serviços contratados; 4.4. - reiterou o apontamento quanto ao

orçamento de referência – quantitativos sem justificativa técnica e insuficiência de itens de preços unitários; e 4.7. - reiterou o apontamento quanto à ponderação entre nota técnica e nota comercial, entendendo superados os demais.

Ressalte-se que no tocante à natureza dos serviços, a Equipe Auditora, a despeito das justificativas apresentadas pela SEHAB, sustentou que os serviços técnicos profissionais especializados pretendidos têm marcos temporais definidos e produtos definidos a serem entregues. Expressou entendimento de que a natureza permanente do órgão ou contínua da atividade de regularização fundiária não transformam os serviços técnicos pretendidos em permanentes e contínuos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo sugeriu que a Especializada se manifestasse de modo a especificar, na nova minuta apresentada, quais termos e expressões, etapas e produtos descritos no Termo de Referência ainda persistia, como não atendido, o princípio da segregação de funções, quando se referiu, quanto ao apontamento 4.1, a atos de organização e gestão, para execução dos serviços e acompanhamento técnico dos produtos, e, quanto ao item 4.3, se ainda persistia, à luz da versão atual do edital, a possibilidade da remuneração de equipes fixas por tempo integral, a despeito de execução indireta por custos unitários.

Em nova manifestação (peça 92) a Equipe de Auditoria esclareceu que "O exame acurado dos itens 5 e 6 do Termo de Referência (Anexo I, Peça 80, p. 49/77) em confronto com as atribuições da CRF, previstas no art. 16 do Decreto Municipal nº 57.915/17, permite inferir que as atividades finalísticas da SEHAB poderão ser desenvolvidas por meio do contrato pretendido, não com caráter meramente instrumental, consentâneo com nosso sistema jurídico (art. 37, II e XXI da CRFB/88), mas até mesmo substituindo-se ao Administrador Público."

Nessa linha de entendimento, citou o Subitem 3.3 do Termo de Referência – Justificativa da contratação, bem com o subitem 4.1. - Da organização do Objeto, bem como apontou alguns produtos, descritos nos itens 5 e 6, os quais aprofundam os indícios de que a atuação do contratado irá além de atos materiais, instrumentais ou de apoio, abrangendo atividades de organização e gestão, ferindo a segregação de funções.

A Auditoria referiu-se aos seguintes pontos do Termo de Referência:

"Subitem 3.3 do Termo de Referência – Justificativa da contratação

Considerando a complexidade da intervenção de regularização fundiária em núcleos urbanos e analisando-se, de um lado, a escala dos problemas fundiários existentes no Município e, de outro, a atual estrutura institucional e técnica da SEHAB para trabalhar este problema, tem-se que é

decisivo para o bom andamento do Programa um suporte técnico quantitativamente compatível coma demanda e qualitativamente especializado para assegurar seus objetivos. (Peça 80, p. 46, grifos nossos).

[...]

Não obstante, os núcleos habitacionais do Município de São Paulo possuem características muito singulares, como o adensamento excessivo, configurações físicas muito diferenciadas, constantes transformações do território ocasionada pela acelerada dinâmica social, entre outras, o que demanda a necessidade de permanente acompanhamento técnico, para viabilizar a criação de estratégias específicas a cada área e alcançar um resultado final adequado à realidade fática. (Peça 80, p. 46/47, grifos nossos).

Em seguida, o subitem 4.1. do Termo de Referência – Da organização do Objeto, onde constam as informações que fundamentaram o núcleo do apontamento registrado no subitem 4.1. do Relatório de Acompanhamento de Edital (Peça 30, p. 17):

[...]

No total, são 18(dezoito) PRODUTOS que materializam a integralidade da documentação técnica e das ações previstas para a realização da regularização fundiária plena.

Os produtos serão elaborados a partir da verificação da necessidade de cada núcleo urbano informal, considerando o seu estágio na regularização e eventuais elementos técnicos já produzidos [...].

[...]

Como regra geral, o conjunto de produtos elaborados nestas 4 (quatro) Etapas, permite que o Município obtenha a aprovação municipal da regularização fundiária e que protocole, junto às Serventias de Registro de Imóveis, o pedido de registro do parcelamento e dos direitos reais de garantia da posse ou propriedade aos beneficiários finais da regularização. (Peça, 80, p. 48, grifos nossos)

Alguns dos produtos descritos nos itens 5 e 6 do Termo de Referência aprofundam os indícios de que a atuação do contratado irá além de atos materiais, instrumentais ou de apoio, abrangendo atividades de organização e gestão, ferindo a segregação de funções:

5.1.3. PRODUTO 3 – Diagnóstico Jurídico, Urbanístico, Social e Ambiental e Indicação de Estratégias para a Regularização Fundiária

[...]

- Indicar estratégias para a regularização tendo em vista as exigências da legislação aplicável e as etapas da regularização fundiária decorrentes, com indicação das pendências jurídicas, para o registro imobiliário.

Observações: O Relatório de Diagnóstico deve conter propostas de alternativas viáveis para a superação de todos os eventuais entraves verificados. (Peça 80, 58/59).

5.2. ETAPA II – APROVAÇÃO MUNICIPAL DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. Esta etapa engloba todas as atividades necessárias à aprovação da regularização fundiária, incluindo a aprovação do Estudo Técnico Ambiental, quando identificada ocupação em Área de Preservação Permanente – APP, Áreas de Unidade de Conservação de Uso Sustentável e Área de Proteção de Mananciais – APM, conforme Lei Federal nº 13.465/17, regulamentada pelo Decreto Federal nº 9.310/18. (Peça 80, p. 65, grifos nossos).

6.1. ATIVIDADES DE CONSULTORIA, ASSESSORIA, APOIO E EXECUÇÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.

- Apoio no acompanhamento das interfaces com os órgãos municipais, estaduais, federais, suas permissionárias e concessionárias;

- Elaborar Relatórios Gerenciais consolidando as informações relevantes para tomada de decisões da SEHAB/CRF, visando à eficácia na gestão da regularização fundiária; (Peça 80, p. 75, grifos nossos).

[...]

- Apoio na coleta das anuências de empresas concessionárias de serviço público, órgãos da administração direta e indireta e outros envolvidos de alguma forma no processo de regularização fundiária do núcleo; (Peça 80, p. 76, grifos nossos).

[...]

- Acompanhar os procedimentos administrativos necessários ao registro de imissão de posse junto aos órgãos municipais competentes; (Peça 80, p. 77, grifos nossos).

[...]

- Apoio na elaboração de documentos, prestação de contas, boletins de medição, resumo de serviços prestados e demais elementos que deverão ser enviados à Caixa econômica Federal – CEF dos serviços de regularização fundiária realizados nos núcleos urbanos inseridos nos Termos de Compromisso assinados com o Governo Federal;

- Consultoria específica para tratar de temas gerais pertinentes à Regularização Fundiária visando trabalhar a superação de entraves e enfrentamento de situações específicas, conforme a necessidade;

- Consultoria específica para tratar de temas relacionados a agentes externos, como Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Cartórios de Registro de Imóveis, dentre outros que tenham interface com a Regularização Fundiária; (Peça 80, p. 77, grifos nossos).

Enfatizou a Auditoria que o próprio Plano de Trabalho a ser apresentado pelas licitantes, a ser apreciado para fins de pontuação técnica, apresenta esses indícios ao prever que a licitante deverá apresentar a descrição da metodologia adotada para o planejamento das ações de regularização fundiária nos núcleos urbanos informais, bem como a descrição do sistema de monitoramento e avaliação das atividades, de modo a possibilitar a quantificação das atividades, o seu controle físico e financeiro, a análise dos resultados alcançados e a identificação de eventuais falhas, com a finalidade de subsidiar a tomada de decisão para aprimoramento da ação pública.

Trouxe ainda aos autos notícia de que Auditoria realizada no âmbito da Controladoria Geral do Município, acerca de contratações emergenciais realizadas pela SEHAB, concluiu que há possível terceirização de atividades, recomendando, inclusive a realização de concurso público para a contratação de servidores.

Quanto à indagação da Assessoria Jurídica de Controle Externo relativa à persistência da remuneração de equipes fixas por tempo integral, tal como comumente ocorre em serviços de prestação continuada, a Auditoria confirmou o apontamento.

Instada a se pronunciar, a SEHAB voltou a ressaltar a importância e a necessidade dos serviços, a defender a não ocorrência da terceirização de sua atividade-fim, e a se contrapor aos demais questionamentos da Equipe de Auditoria, juntando aos autos uma última versão de edital (constante da Peça 100).

Reiterou que as atividades licitadas, de planejamento, coordenação e acompanhamento, estão no nível de execução e não interferem na atribuição da SEHAB, que ficará no gerenciamento. Voltou a afirmar que, de acordo com a Assessoria Jurídica da Pasta, após o julgamento da ADPF 324, pelo Supremo Tribunal Federal, não há mais distinção entre a possibilidade de terceirização das atividades-meio e fim da Administração Pública, sendo normatizada nesta Municipalidade pelo Decreto Municipal nº 58.400/18.

Informou que o item 6 do Termo de Referência foi reformulado e que as atividades ali presentes consistem na consultoria, na assessoria e no apoio à regularização fundiária. Citou uma série de procedimentos

a serem executados pela contratada e que resultarão num produto, cuja conclusão tem caráter de recomendação e não de determinação às decisões da SEHAB.

Buscou esclarecer que a contratada será responsável pela confecção do Estudo Técnico Ambiental, mas que sua aprovação será da alçada da SEHAB e que os relatórios gerenciais a serem produzidos na execução do ajuste não se confundem com os relatórios previstos no artigo 16 do Decreto Municipal nº 57.915/2017, que arrola as atribuições da Coordenadoria de Regularização Fundiária.

Anotou que a atividade 27 do item 6.1. do Edital será alterada para "[...] acompanhar, junto com o órgão municipal competente os procedimentos de registro de imissão de posse."

Mencionou que a previsão da atividade 33, consistente na "Consultoria específica para tratar de temas gerais pertinentes à Regularização Fundiária visando trabalhar a superação de entraves e enfrentamento de situações específicas, conforme a necessidade," foi inserida para viabilizar a nova realidade introduzida pela Lei Federal nº 13.465/2017, e que a atividade 34, prevê "Consultoria específica para tratar de temas relacionados a agentes externos, como Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Cartório de Registro de Imóveis, dentre outros que tenham interface com a Regularização Fundiária", para a obtenção de parecer técnico especializado quanto ao tema de Legitimação Fundiária, previsto no artigo 23 da Lei Federal 14.465/2017.

Sobre a nova minuta de Edital constante da peça 100, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, registrou, em síntese, que, a despeito das alterações promovidas no Edital, persistiam diversas ambiguidades e inconsistências não vencidas pelos esclarecimentos trazidos aos autos, existindo, ainda, margem intolerável de dúvida quanto a serem os serviços pretendidos auxiliares, instrumentais ou acessórios, ligados ou não à atividade-fim daquele órgão público.

Discorreu acerca de aspectos jurídicos sobre o tema para afastar a alegação de que, após o julgamento da ADPF 324, não haveria mais sentido, no âmbito da Administração Pública, em distinguir entre atividade-meio e atividade-fim, posto que embora sob sua influência sucederam alterações das legislações de regência, como ocorreu na esfera federal por meio do Decreto 9.507/2018, persistem restrições no tocante à aplicabilidade da terceirização de certas atividades.

Afastou a incidência, no caso em exame, do Decreto municipal nº 58.400/2018, que estabeleceu regras sobre a contratação de serviços contínuos, com alocação de mão de obra não eventual por parte da Administração, por não se apresentar esse diploma, por si só, como suficiente à superação da questão relativa à terceirização da atividade-fim da SEHAB.

Por fim, à mingua de parâmetros normativos municipais dispondo sobre critérios objetivos de distinção acerca da matéria, e utilizando por analogia o art. 3º do Decreto Federal 9.507/2018, sugeriu a Assessoria Jurídica de Controle Externo que a SEHAB, de forma pontual, circunstanciada e detalhada, com relação a cada uma das atividades e produtos então destacados pela Auditoria apresentasse os esclarecimentos e/ou justificativas necessárias ao afastamento das dúvidas quanto a não configurarem tais atividades as seguintes hipóteses: (a) tomada de decisão; (b) posicionamento institucional da SEHAB nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; (c) estratégicos, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimento e tecnologias; (d) poder de polícia; (e) regulação; (f) outorga; (g) aplicação de sanção; e (h) inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da SEHAB, correspondendo, portanto, a serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios, passíveis de serem terceirizados.

A Auditoria (Peça 107) voltou a reiterar seus apontamentos, consignando que o registrado no item 4.1, quanto à terceirização da atividade-fim da Secretaria, por si só, elide qualquer possibilidade de prosseguimento do certame.

Por fim destacou o fato de haver denúncia acerca do cenário de terceirização de atividades-fim da SEHAB, bem como de suspeitas de eventuais irregularidades envolvendo o Programa de Regularização Fundiária, constantes do TC/001849/2019, assunto em fase de apreciação pela Controladoria Geral do Município, consoante informação inserta na peça 91.

Após realização de Mesa Técnica em 18 de junho de 2020, a SEHAB pontuou a forma como o edital fora concebido, e ressaltou que o produto 3 – "Diagnóstico Jurídico, Urbanístico, Social e Ambiental e Indicação de Estratégias para a Regularização Fundiária", pretende sugerir possibilidades que subsidiem a tomada de decisão da SEHAB. Afirmou que em nada se confunde com as atividades finalísticas da Administração.

Esclareceu que a expressão "estratégia de regularização" é utilizada recorrentemente, tanto por especialistas na matéria de regularização fundiária, quanto na própria legislação específica sem que haja confusão entre ela e a estratégia do Programa de Regularização Fundiária, esta definida pela área técnica e validada pelo Gabinete do Secretário.

Alegou estar convicta e mantém o entendimento de que a natureza dos serviços a serem contratados é continuada, e de que as planilhas de áreas priorizadas contendo os quantitativos de produtos e atividades de apoio, assessoria e consultoria, bem como o mapeamento dos núcleos urbanos informais e atividades previstas para os mesmos, foram anexados ao SEI 6014.2018/0001287-2 e são entendidos como o projeto básico da licitação. Defendeu, também, a ponderação utilizada entre a nota técnica e a nota comercial (70/30), reiterando os argumentos já anteriormente apresentados, tendo em vista a

complexidade do processo de regularização fundiária e a necessidade de empresas tecnicamente habilitadas para tais serviços.

Quanto às ponderações da Assessoria Jurídica de Controle Externo relativas ao Decreto Federal 9.507/2018, alegou, inicialmente, que a mencionada norma se aplica à Administração Pública Federal, não havendo, em âmbito municipal, norma cogente com idêntico conteúdo, sendo que eventual aplicação analógica dessa norma por este Tribunal pode ocorrer, em tese, porém deve ser adotada cautela, dentro de certa razoabilidade, a fim de se evitar a descontinuidade da prestação do serviço público à população.

Acrescentou que, conforme informado em Mesa Técnica e em documentos já apresentados, o quadro técnico de efetivos disponível está aquém da capacidade para exercer as atividades finalísticas da Secretaria, previstas no Decreto Municipal nº 57.915/2017, somadas às demais atividades cotidianas; não sendo possível absorver, ainda, as atividades de ordem operacional para todos os núcleos urbanos irregulares do Município e/ou ainda para os que têm demanda.

Na sequência, manifestou-se o Secretário da Pasta, ressaltando a premência desta licitação, uma vez que a Secretaria vem trabalhando com contratos emergenciais para cumprimento do programa e metas de regularização fundiária, sendo certo que, desde o início do processo, todos os apontamentos da Auditoria, passíveis de serem revisados ou corrigidos, foram detalhados e alterados. Porém, alguns pontos não poderão ser alterados, pois comprometerão significativamente o trabalho que se pretende realizar.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em derradeira manifestação, a despeito dos argumentos oferecidos pela SEHAB, entendeu persistirem inconsistências e ambiguidades no Edital que realçam, em conjunto, não obstante as alterações levadas a efeito, o sentido das críticas desde o início anotadas pela Equipe de Auditoria quanto ao Item 2.1 – terceirização –, pelo que mantém o apontamento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal alinhou argumentos para concluir que o certame tem condições de continuar, sem prejuízo do acompanhamento da execução contratual, que certamente afastará os riscos vislumbrados pelas unidades técnicas deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento o Edital da Concorrência 03/SEHAB/2018, do tipo técnica e preço, tendo por objeto a contratação de empresa ou consórcio de empresas para prestação de serviços técnicos especializados de consultoria,

assessoria, apoio e execução de atividades necessárias ao programa de regularização fundiária de núcleos urbanos sob a responsabilidade da Secretaria Municipal de Habitação do Município de São Paulo, bem como o suporte de bens, serviços e materiais de apoio necessários à sua execução, com valores globais dos orçamentos de referência estimados originalmente* em R$ 30.045.579,58 para o Lote 1 (regiões Sudeste, Sul e Extremo Sul, com 233 núcleos urbanos e 127.494 famílias estimadas) e R$ 33.790.834,26 para o lote 2 (abrange as regiões Centro, Leste e Norte, com 277 núcleos urbanos informais e 110.685 famílias estimadas), com prazo de execução de 12 (doze) meses e vigência a partir da emissão da primeira Ordem de Início dos Serviços, para ambos os lotes.

Trata-se de um edital com objeto bastante amplo, em razão da complexidade dos próprios serviços pretendidos, com pontos questionados pelos Órgãos deste Tribunal perdurando desde 15/03/2019, quando se deu a suspensão do certame.

Pretende a SEHAB a contratação de um conjunto de produtos e serviços para atuar nas áreas que necessitam de regularização fundiária utilizando, conforme seu planejamento, de vários ou de todos os produtos, de acordo com a situação de cada uma delas.

Mesmo após várias justificativas e esclarecimentos oferecidos pela SEHAB, inclusive quanto à última versão do Edital com alterações (Peça 100), a Auditoria desta Corte, em suas diversas manifestações, ratifica seu apontamento no sentido de que inúmeras atividades a serem desenvolvidas pela contratada não são de mera execução, mas substituem as atribuições finalísticas da Administração, o que, no seu entendimento, por si só, afasta a possibilidade de prosseguimento do certame pretendido.

Cita, nesse sentido, a Lei Municipal 16.414/2016, que traz os cargos de engenheiro, geólogo, arquiteto e agrônomo, apontando uma série de laços entre os quadros funcionais da SEHAB e o objeto da licitação.

Ainda, a Equipe de Auditoria, destaca denúncia anônima apresentada à Ouvidoria deste Tribunal, relativa a esta licitação, em instrução no TC/001849/2019, apontando eventuais irregularidades, além de possível terceirização de mão-de-obra. Tal denúncia foi remetida à Controladoria Geral do Município.

A questão da terceirização de atividades próprias de servidores no âmbito da SEHAB foi também objeto de denúncia apresentada à Ouvidoria desta Corte, em instrução no TC/005087/2019, que, entre outros fatos, observou que a SEHAB não realiza concurso público e mantém, em seus quadros, profissionais de empresas contratadas.

Ressalte-se constar dos autos (Peça 91) ofício da Controladoria Geral do Município noticiando o resultado de Auditoria realizada para

avaliar a regularidade de contrações emergenciais para a prestação de serviços técnicos especializados previstos em Programas e ações de responsabilidade da SEHAB que, entre suas conclusões, aponta a possível terceirização de atribuições da Secretaria, bem como uma possível indevida delegação de atividades estratégicas e de fiscalização, recomendando a realização de concurso público.

No tocante à natureza do serviço, a Equipe de Auditoria deste Tribunal mantém entendimento, oposto ao da SEHAB, de que o objeto licitado tem natureza de serviço por escopo e não continuado. Observa também que o estabelecimento de equipes fixas, sem a previsão dos quantitativos de horas por profissionais, revela, diante das justificativas apresentadas, a falta de planejamento em relação ao Programa de Regularização Fundiária, a cargo da Coordenadoria de Regularização Fundiária.

Portanto, não há no edital a previsão de entrega de nenhum relatório de sucesso das regularizações. Isso deveria ser previsto, inclusive com determinação de entrega trimestral de relatórios, para aferição do custo-benefício do que se pretende alcançar.

Por fim, sustenta que a sistemática de pontuação adotada para o julgamento das propostas (70/30) distorceria o equilíbrio de ponderação entre a proposta técnica e a comercial.

A SEHAB, em suas alegações, defende que as atividades a serem desenvolvidas pelas contratadas não se confundem com as atividades finalísticas da Administração. Sustenta a natureza continuada dos serviços, bem como entende suficientemente justificados todos os demais apontamentos.

Quanto à ponderação entre nota técnica e nota comercial, reafirma seu entendimento de que não é excessiva, justamente pela necessidade e importância do conhecimento técnico, tanto da empresa quanto de seus profissionais das diversas áreas compreenderem o trabalho que envolve o atingimento da regularização fundiária urbana em uma cidade com as características e dimensões como São Paulo.

No que diz respeito à questionada terceirização, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, em síntese, após discorrer acerca de aspectos jurídicos sobre o tema afastou a incidência, no caso, da alegação de que após o julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional) 324, não haveria mais sentido em distinguir entre atividade–meio e atividade-fim.

Afastou também a incidência do Decreto nº 58.400/2018, que estabelece regras sobre a contratação de serviços contínuos, com alocação de mão de obra não eventual por parte da Administração, e examinou o assunto utilizando, por analogia, o artigo 3º, inciso IV, do Decreto Federal 9.507/2018, que veda a contratação de serviços inerentes à categorias funcionais abrangidas por

plano de cargos do órgão ou entidade, concluindo, ao final, remanescerem acentuados riscos de terceirização da atividade-fim da Pasta, pois evidenciada a prática, pelas equipes da futura contratada, de atividades de planejamento, gerenciamento e acompanhamento, não passíveis de terceirização.

Nesse cenário, mesmo após os esclarecimentos da SEHAB, a Assessoria Jurídica de Controle Externo elenca os pontos em considera persistirem ainda dúvidas quanto à terceirização das atividades próprias daquela Pasta.

Assim, diante de exaustiva instrução realizada nos autos, acompanhando o entendimento da Auditoria, manifesto, primeiramente, meu entendimento no sentido de que, mesmo que prestados na forma adotada pela SEHAB, os serviços licitados têm natureza de serviços por escopo e não de serviços continuados, na medida em que as ações realizadas em cada local, ainda que não venham a culminar com a sua efetiva regularização, não voltarão a ser repetidas, mesmo que a necessidade da Pasta por serviços de regularização fundiária seja contínua, não havendo, portanto, que se falar na coexistência de um regime misto com parte de serviço por escopo e parte de serviço continuado para justificar a utilização do Decreto Municipal nº 58.400/2018, que regulamenta a contratação de serviços contínuos com alocação de mão de obra não eventual.

Quanto à falta de correlação entre o termo de referência e a planilha de composição de custos, no que diz respeito à descrição das atividades e aos quantitativos de horas de "consultoria" na planilha orçamentária, bem como a existência de uma única base de remuneração para os serviços de consultoria, apoio e assessoria previstos no Termo de Referência do Edital, diante das justificativas da SEHAB, e a despeito da apontada falta de planejamento por parte do Órgão Auditor, entendo que a questão somente poderia ser melhor avaliada em sede de execução contratual.

Sobre a fórmula adotada para o julgamento das propostas (70/30), não a reputo inadequada, tendo em vista as justificativas da SEHAB e considerando também que ela tem sido aceita por este Tribunal em outros certames julgados por técnica e preço, nos moldes já aceitos pelo TCU.

Todavia, no que tange à questão polêmica e controversa, relativa à terceirização da atividade-fim da Coordenadoria de Regularização Fundiária, ressalto que, a par de reconhecer as dificuldades estruturais da Pasta, bem aclaradas nos autos, e a necessidade e relevância desse serviço para a Cidade, não se pode, sob pena de grave irregularidade, desconhecer as atividades próprias do órgão e simplesmente desprezar a regra constitucional de contratação mediante concurso público, existindo carreiras para atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e realizá-las por meio de serviços contratados de terceiros. Razão pela qual acolho o entendimento dos Órgãos desta Corte.

Ressalte-se que, mesmo que se cogitasse de determinar

a exclusão do edital de atividades apontadas como impróprias pela Auditoria deste Tribunal, não haveria como se garantir a sua não desfiguração.

Diante de tudo que dos autos consta, não acolho o edital da Concorrência 03/SEHAB/2018, em razão de suas irregularidades, determinando à SEHAB o seu refazimento, escoimado das irregularidades registradas nestes autos, posto que, nos moldes propostos, o certame não reúne condições de prosseguimento.

Encaminhe-se cópia deste voto e do Acórdão a ser produzido à Secretaria Municipal de Habitação e à Controladoria Geral do Municipal, para ciência.

Após as medidas regimentais cabíveis arquivem-se os autos.