TC nº 72-002.221.08-52

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SES. Consultoria e assistência técnica financeira ao gerenciamento dos contratos. Departamento de Iluminação Pública. Otimização da operação do Sistema de Iluminação. Retificação de partes do edital. Impropriedades afastadas. REGULARES. Votação por maioria.

Relatório e Voto englobado TC: 72.000.606.07-95.

TCs citados: 72.004.104.01-93, 72.001.738.08-42

Legislação citada: Art. 7º, §§ 2º, I e II e 4º, Lei 8.666/93. Art. 37, II, CF. Art. 59, Dec. Mun. 44.279/03 e Art 18, parágrafo único, LRF.

Transitado em julgado em: 10.05.2013.

2.629ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, após vista que lhe fora concedida na 2.626ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, e pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em julgar regulares a Concorrência C01/SES/07, o Contrato 10/SES/08 e o Termo de Aditamento 01/08, uma vez que as impropriedades diagnosticadas ficaram afastadas, esclarecendo que o acompanhamento da execução do Contrato 10/SES/08, proposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte, em face das peculiaridades que envolvem a contratação, já está ocorrendo nos autos do processo TC 72.001.738.08-42, que deixou de acompanhar os presentes processados nos termos do Despacho cuja cópia encontra-se às fls. 510/511 do processo TC 72.000.606.07-95 e 234/235 destes autos.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, consoante voto apresentado em separado, votou pela irregularidade dos instrumentos supracitados, uma vez que restou evidenciada a permanência nos autos de parte essencial das irregularidades, bem como exarou determinação à SES.

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, 22 de agosto de 2012.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuida-se do exame, no âmbito do TC n.º 72-000.606.07-95, de duas versões do Edital de Concorrência nº 01/SES/07, sendo a segunda delas aprimoramento da outra -, cujo objeto encontra-se no preâmbulo descrito, e, no do TC n.º72-002.221.08-52, da Concorrência n.º 01-SES/07, do Contrato n.º 10 e do Termo de Aditamento nº 01, ambos de 2008.

A Secretaria de Fiscalização e Controle, ao examinar o Edital de Concorrência nº 01/SES/07, diagnosticou, consoante Relatório de fls. 96/117v. e manifestação de fls. 118/119v. irregularidades cuja gravidade e alcance as caracterizaram como impeditivas do regular prosseguimento do Certame.

Diante desse quadro, determinei, nos termos do Despacho de fls. 120/121, a suspensão temporária da Licitação e a intimação do Secretário Municipal de Serviços, para que fossem apresentados os devidos esclarecimentos e justificativas.

Em consequência, a mencionada Pasta encaminhou as razões de fls. 127/231.

No pronunciamento sobre os esclarecimentos prestados pela Secretaria Municipal de Serviços, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, de um lado, constatou a superação de muitas das irregularidades apontas, seja porque devidamente justificada a conduta da Pasta promotora da Licitação, seja porque houve o compromisso de introduzir reparos na peça de chamamento. Consignou, entretanto, ter remanescido parte das impropriedades antes relacionadas, dentre as quais a de que "*a exigência de visto do CREA-SP para os licitantes oriundos de outros locais é indevida (subitem 3.11 deste relatório)"*.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em percucientes manifestações estampadas às fls. 251/260, concluiu, depois de destrinchar a matéria, inclusive quanto à possibilidade de aceitação da

contratação de serviços de gerenciamento pelo ILUME, que a persistência das impropriedades obstaculizava a promoção do Certame.

Depois de devidamente cientificada a respeito das conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte, a Secretaria Municipal de Serviços encaminhou nova versão da peça de chamamento, na forma estampada às fls. 267/seguintes.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle manifestou-se às fls. 406/415vº sobre esse novo texto, concluindo que pelo menos parte das irregularidades detectadas não havia sido afastada.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, opinou, por intermédio do seu Assessor Chefe, no sentido de que as irregularidades remanescentes apontadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle não seriam suficientes para enodoar o regular andamento do Certame, além de realçar a necessidade de acompanhamento da execução do contrato que viesse a ser firmado, diante da complexidade da matéria (fls.416/418). Propôs, assim, o prosseguimento da Licitação.

Movido pelas ponderações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, autorizei a retomada do Certame, consoante Despacho publicado à página 236 do Diário Oficial da Cidade de 1º de novembro de 2007.

Na sequência, os Órgãos Técnicos carrearam aos autos os documentos de fls.427/491, os quais ilustram desde as providências tendentes à retomada da Licitação até a formalização do Contrato nº 10/SES/2008, que dela derivou.

A respeito desses elementos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ateve-se a relatar o deslinde da Concorrência sob julgamento, enquanto a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral deram por superados os questionamentos debatidos nos autos, a partir do Despacho de fl. 419, propugnando ambas a efetivação da análise da execução contratual, sendo que a Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pela regularidade dos atos sob exame.

Passo, agora, a relatar o TC nº 72.002.221.08-52, voltado ao exame da Concorrência n.º 01/SES/07, do Contrato n.º 10/SES/08 e do Termo Aditivo n.º 01, dela decorrentes.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade da Licitação, e por acessoriedade, do Contrato celebrado entre a Secretaria Municipal de Serviços e o Consórcio Enerconsult – CRA, e do Termo de Aditamento pelas razões estampadas às fls. 207/218.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por seu turno, inferiu de forma diversa, tendo em vista que as questões suscitadas já haviam sido superadas no seio do TC nº 72.000.606.07-95, concluindo, assim, pela inexistência de irregularidades capazes de macular o Certame, insistindo, de outra parte, na proposta de acompanhamento da execução contratual.

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, em seus respectivos pronunciamentos, opinaram pela regularidade da Licitação, em face da superação das falhas constatadas, bem como do Contrato e do Termo de Aditamento sob julgamento.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Estes TCs retratam, com exatidão, verdadeira comunhão de esforços entre a Administração e esta Casa, visando à superação de problemas relativos a Edital que tem por objetivo a contratação de serviços de gerenciamento dos contratos de suma importância para a população, qual sejam, aqueles que envolvem a operação do sistema de iluminação pública da Cidade.

Chamo a atenção a respeito de aspecto mencionado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, relativo à possibilidade da contratação dos serviços de gerenciamento no tocante às atividades a que se referem os processados.

Do exame dos autos sob julgamento, ficou evidenciado, de um lado, o fato da Cidade de São Paulo possuir um dos maiores sistemas de iluminação do planeta e, de outro, a comprovada insuficiência de recursos humanos e de capacidade operacional do Ilume para executar as atividades objeto do Certame.

Não se pode ignorar, nesse contexto, que a execução dos serviços de iluminação pública só passou a ser de responsabilidade do Município de São Paulo em meados dos anos 1990 e início dos anos 2000, ocasião em que a Eletropaulo, até então responsável por tal tarefa, transferiu esse encargo, de impactante magnitude, aos cuidados da Prefeitura de São Paulo.

A mera conjunção desses fatores mostra-se suficiente, por si só, para evidenciar o interesse público a balizar o Certame e a Contratação que dele decorreu, equacionando-se, assim, os pontos suscitados quanto a essa matéria.

Afora isso, vale ilustrar que o mestre Hely Lopes Meirelles considerava e discutia, de forma pioneira, a razoabilidade da formalização de contrato de gerenciamento, registrando, no festejado “Direito Administrativo Brasileiro”, ponderações a respeito, desde a natureza do instituto e seu conteúdo até a forma pela qual a Administração deveria proceder à contratação do gerenciador (vide págs. 250/252 da 26ª Edição da referida obra, publicada pela Malheiros Editores), ficando claro que a contratação almejada pela Administração respalda-se nas lições do saudoso professor.

Por fim, ressalto que esta Corte, como muito bem lembrado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 418 do TC n.º 72-

000.606.07-95, quando do julgamento da Concorrência nº 001/01/SIURB, no âmbito do TC nº 72.004.104.01-93, a qual teve por objeto a prestação de serviços especializados em gerenciamento para o planejamento e controle técnico das operações das atividades do Ilume, acolheu a mencionada Licitação, o que, pela similitude do objeto, *"elimina de dúvidas a possibilidade de se realizar a licitação nos moldes pretendidos".*

Assim, tendo em vista que as irregularidades de início apontadas foram devidamente sanadas, mediante as adequações operadas pela Secretaria Municipal de Serviços, inclusive com a elaboração de novo Edital, e considerando, também, que o Certame foi consumado sem que apontadas novas irregularidades, conforme concluíram a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, albergado por tais pronunciamentos, que incorporo ao presente, Conheço do Acompanhamento do Edital da Licitação nº 01/SES/07 e julgo REGULARES a Concorrência a ele correspondente, o Contrato nº 10/SES/08 e o Termo de Aditamento nº 01, vez que as impropriedades diagnosticadas ficaram afastadas.

Esclareço, ainda, que o Acompanhamento da Execução do Contrato nº 10/SES/08, proposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, em face das peculiaridades que envolvem a contratação, já está ocorrendo nos autos do TC nº 72.001.738.08-42, que deixou de acompanhar os presentes processados nos termos do Despacho cuja cópia encontra-se às fls. 510/511 e 234/235, dos já citados TCs nºs. 72.000.606.07-95 e 72.002.221.08-52, respectivamente.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Cuida o presente processo do acompanhamento do Edital de licitação, correspondente à Concorrência promovida pela Secretaria Municipal de Serviços, cujo objeto é a prestação de serviços técnicos especializados em consultoria e assistência técnica com apoio à otimização da operação do sistema de iluminação pública do Município de São Paulo.

Discordo do Nobre Conselheiro Relator quanto ao entendimento de que a insuficiência de recursos humanos e de capacidade operacional do Ilume para executar as atividades objetos do certame justificaria a presente contratação com as irregularidades constatadas pela Secretaria de Fiscalização e Controle na análise do presente Edital.

Entendo que mesmo após a retificação de partes do Edital pela Origem, relativa a apontamentos da Secretaria de Fiscalização e Controle, persistem irregularidades que comprometeram a licitação realizada, pelos argumentos ora apresentados.

Os itens de serviço arrolados como componentes do escopo dos serviços contratados não foram definidos com a especificidade e

delimitação suficientes, fato que compromete a posterior fiscalização e gestão da execução contratual.

Um exemplo que corrobora o afirmado se faz presente diante do fato de que não restou claro o significado e "*modus operandi"* da supervisão e controle quali-quantitativo dos serviços objeto da contratação, como descrito no Gerenciamento Técnico, pois não há definição dos resultados pretendidos pelo Sistema Gerencial de Informações Integrado, ou mesmo, o que se entende por gerenciamento das informações técnicas, administrativas, organizacionais e de desenvolvimento dos trabalhos contratados pelo ILUME junto às Subprefeituras e outras áreas da Administração Municipal.

No mesmo sentido é a ementa de decisão exarada pelo Tribunal de Contas da União, neste tema, que elucida o entendimento já sedimentado por aquele órgão de controle externo:

> ***ACÓRDÃO Nº427/2002 "Assim, entendo que a melhor interpretação da lei é no sentido de que os serviços, ainda que não sejam de engenharia, têm de ser descritos em minúcias, com todas as etapas a serem executadas, com indicação dos encargos do contratado e cronograma físico-financeiro etc., como bem assevera Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo, Dialética, 2001, pp.109/110)".***

Também não constam do Contrato as necessárias definições das metas, prazos, resultados ou quantidades que possibilitem aferir a qualidade e o dimensionamento das equipes técnicas necessárias para a execução do objeto, a qualificação profissional e o local da realização das atividades laborais de cada membro da equipe técnica, bem como os produtos a serem entregues e as ações a serem executadas, com a indicação dos custos unitários e totais de cada serviço, ação ou produto a cargo da empresa gestora e supervisora, com observância dos parágrafos 2º, incisos I e II, e 4º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

O simples argumento de que os quantitativos licitados como referência, relativos à mão de obra e materiais a serem utilizados, terem como base aqueles utilizados no contrato anterior, de mesmo objeto, não justifica, tecnicamente, o arbitramento das quantidades e necessidades da prestação de um serviço no futuro, pois a referência deveria ser do histórico de serviços efetivamente realizados.

Constata-se aqui infringência ao disposto no § 4º do art. 7º da Lei Federal n.º 8.666/93 abaixo transcrito:

> *"É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às <u>previsões reais</u> do projeto básico ou executivo."*

Podemos observar ainda que a descrição dos serviços de forma genérica e vaga não estabelece de forma clara e objetiva como a contratada realizará o "apoio à fiscalização no controle de serviços" e não há definição de critérios e metodologia para tanto, assim como verifica-se a ausência de previsão de mão-de-obra a ser alocada (quantidade, qualidade e prazo) para cada tipo de serviço.

Há que se considerar que embora essa contratação tenha por base a anterior, inclusive nos seus quantitativos e encargos, não se pode afirmar que os serviços serão compatíveis e idênticos. Evoluções certamente ocorrerão e as demandas futuras serão de alguma forma outras, e, por isso, necessariamente deveriam estar claramente definidas, sob pena de descaracterizar a prestação de serviços para configurar mera locação de mão de obra. Prova disso é a forma com que o cronograma se apresenta, de forma linear ao longo do prazo contratual.

É importante destacarmos o voto proferido pelo Conselheiro Antônio Carlos Caruso em 28.11.2001, aprovado de maneira unanime nos autos do TC n.º 72.004.104.01-93, com relação à análise do Edital de Concorrência n.º 001/01/SIURB, o qual não representou um posicionamento definitivo do Tribunal de Contas do Município acerca da possibilidade ou não da contratação do objeto em tela em face do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal e no art. 59 do Decreto Municipal n.º 44.279/03, mas sim um posicionamento atrelado às circunstâncias fáticas do momento, como podemos observar pelos trechos transcritos:

> *"Em face do interesse público em jogo, tendo em vista a essencialidade do serviço, é prematuro, neste momento, focalizando apenas o edital examinado, sem o cotejo das atribuições e competências do ILUME e de seu quadro de pessoal, traçar uma orientação firme a esse respeito"* (grifo nosso).
>
> "*Enfatizo, entretanto, a necessidade de o Executivo proceder, com urgência, a estudos, visando caracterizar quais os serviços passíveis de terceirização e, em decorrência, as implicações da Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial, do disposto no § único do art. 18."*

Não temos notícias de que, desde a data do Voto supracitado, a Origem tenha apresentado a este Tribunal as "... atribuições e competências do ILUME e de seu quadro de pessoal..." ou apresentado "... estudos, visando caracterizar quais os serviços passíveis de terceirização...".

Assim, diante do decurso do prazo de mais de 05 (cinco) anos da não apresentação dos referidos estudos, é, no vertente caso, de fundamental importância: 1) a verificação do cumprimento do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal e no art. 59 do Decreto Municipal n.º 44.279/03 e 2) a realização de um efetivo controle – interno ou externo – sobre a atividade ora licitada, caso constatada a legalidade do objeto do certame.

Da análise dos pareces constantes nos autos, e do entendimento ora acostado, fica evidenciado que muitas das irregularidades que comprometeram o Edital não foram sanadas, conforme inclusive constatado pela Auditoria no Acompanhamento da Execução do Contrato, ao discorrer em um dos itens apontados na análise que *"Não nos é possível verificar se os serviços estão sendo prestados de acordo com o pactuado e se os objetivos da contratação estão sendo alcançados, haja vista inexistir definições claras e objetivas do objeto e do escopo dos serviços contratados que possibilitem atestar e justificar tal verificação."*

Aponto, por fim, que a pretendida comunhão de esforços entre a Administração e esta Casa deve se dar com o cumprimento do disposto no Regimento Interno da Corte, conforme venho insistindo, que prevê a submissão ao Pleno, para referendo, de decisão monocrática do Relator na suspensão de licitação, em juízo cautelar, o que subtende também a eventual autorização de retomada do certame licitatório antes suspenso, o que, no caso, não foi observado, e sendo que este voto divergente registra discordância acerca de regularidade da licitação e contratação, cujos pontos controvertidos persistem na abordagem da execução contratual, em processo próprio.

Pelo exposto, **conheço das conclusões alcançadas** pela Auditoria no Relatório de Acompanhamento do Edital da Concorrência Pública n° C01/SES/06, **e voto pela irregularidade do mesmo**, vez que restou evidenciada a permanência nos autos de parte essencial das irregularidades. Determino à Origem que, no futuro, passe a utilizar critérios objetivos de definição das normas editalícias.