JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-002.489.08-85

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. SEMPLA. Elaboração e georreferenciamento. Indicadores: de resultado, de desempenho e de regionalização do gasto público. Art. 24, XIII, Lei 8.666/93. Precedente. Sanada a ausência de consulta ao CADIN e lista de apenadas. Remessa extemporânea SERI. Falhas relevadas. REGULAR. Votação unânime.

TCs citados: 72-000.412.99-17, 72-000.356.07-20, 72-003.778.05-95

264ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

Transitado em julgado em: 19.04.2012

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar regular o Contrato 003/2008, com dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93, ante o preenchimento dos requisitos legais, e relevar as falhas de natureza formal apontadas pelo Órgão Técnico desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro EURÍPEDES SALES.

Presentes a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA e os Procuradores FRANCISCO COLLET E SILVA e CLAUDIA ADRI DE VASCONCELLOS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de fevereiro de 2012.

EDSON SIMÕES – Presidente.

MAURÍCIO FARIA – Relator.

RELATÓRIO

Trata o presente da análise do Contrato nº 003/2008 realizado por dispensa de licitação, celebrado entre a Secretaria Municipal de Planejamento – SEMPLA e a Fundação do Desenvolvimento Administrativo - FUNDAP, cujo objeto contempla a elaboração e georreferenciamento de indicadores.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC manifestou-se pela irregularidade do contrato em razão das seguintes infringências:

1) Ao princípio da isonomia, haja vista que a pesquisa de mercado (fl. 27), para atendimento à justificativa de preço exigida pelo art. 26 da Lei nº 8.666/93, evidenciou a existência de pelo menos outras duas instituições que, a princípio, cumprem os requisitos do inciso XIII, artigo 24 (instituição brasileira de pesquisa com reputação ético-profissional e sem fins lucrativos);

2) Não há evidência da verificação pela Contratante do eventual impedimento da contratada, seja através do exame da publicação das listas de entidades apenadas/suspensas, ou consulta ao CADIN Municipal, esta para subsidiar a previsão do art. 3º da Lei Municipal 14.094/05. Apesar disso, cabe consignar que em consulta procedida pela própria auditoria em 02.10.08 (Fls.177) não revelou pendência em nome da contratada. Desta feita, Aud insiste no apontamento de irregularidade porque esta verificação não comprova a situação pretérita à época da contratação.

3) A remessa eletrônica das informações extemporânea.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o parecer do órgão técnico pela irregularidade da contratação.

No entanto, a Assessora Subchefe de Controle Externo divergiu dos posicionamentos antecedentes, aduzindo que o legislador admitiu a possibilidade de contratação direta, como trata o art. 24 da Lei 8.666/93, mesmo em situações em que o caso concreto permita o exercício da competitividade, razão pela qual opinou pelo acolhimento do ajuste.

Intimada, a Origem apresentou defesa alegando em síntese que:

1) Não tem amparo na boa doutrina a visão exposta nos autos de que a simples possibilidade de levantamento de preços implica exigência de licitação, porque o regime jurídico das licitações, desde o disposto no art. 37, XXI, afasta a exigência legal geral de licitação para os casos previstos expressamente em lei "ressalvados os casos especificados na legislação", o que proporciona fundamento de validade na própria Constituição para o art. 24 da Lei 8.666/93, segundo o qual "é dispensável a licitação" para os casos nele enumerados (entre eles, o do contrato em análise);

2) Em relação à falta de documentação que comprova a consulta ao CADIN, para afastar qualquer dúvida, foi consultada a Secretaria Municipal de Finanças, que confirmou a inexistência de débito da contratada à época. Também foi acostada à defesa, cópia do Diário Oficial da Cidade da ocasião da assinatura do contrato, que comprova a ausência da contratada da lista das apenadas;

3) Por fim, em relação à falta de remessa dos dados ao Sistema Eletrônico de Informações – SERI reconheceu-se a extemporaneidade, porém, acostou-se jurisprudência desta Corte no sentido de que se trata de falha que "*merece ser relevada, dada a sua natureza formal"* (TC 72.003.778.05-95, Rel. Maurício Faria, j. 30/04/2008, v.u).

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM opinou pela regularidade do ajuste, com base nas justificativas colacionadas pela Origem, bem como no parecer da Assessora Subchefe de Controle Externo.

A Secretaria Geral, por sua vez, acompanhou a manifestação do Órgão Técnico pela irregularidade, ressaltando, entretanto, que a remessa extemporânea ao SERI é passível de ser relevada.

É o relatório.

VOTO

O deslinde da questão que ora se apresenta demanda necessariamente que se discorra sobre a possibilidade de contratação direta da Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP, por dispensa de licitação, com fundamento no art.24, XIII da Lei 8.666/93.

Verificou-se, pelo exame dos autos, que havia duas entidades sem fins lucrativos capacitadas para a realização do objeto, fato que, segundo entendimento da Auditoria desta Corte, ensejaria obrigatoriedade de licitação. Para reforçar tal posição houve por bem acostar aos autos o julgado do Tribunal de Contas da União (Acórdão n°1.731, 1ª Câmara, rel. Min. Iran Saraiva) para fundamentar sua decisão pela irregularidade do ajuste.

Há que se ressaltar, todavia, que esta não é a melhor interpretação à luz da doutrina mais abalizada.

Com efeito, o eminente jurista Marçal Justen Filho nos ensina que: *" ...a Administração não pode privilegiar certa instituição,* ***de modo injustificado****. Se diversas instituições desempenham atividades equivalentes e todas podem ser contratadas pela Administração, é imperioso justificar o motivo de preferência por uma delas especificamente.* ***Se não for possível encontrar um fundamento compatível com o princípio da isonomia****, a solução será produzir um processo seletivo que assegure tratamento igualitário a todas as possíveis*

interessadas." (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed. Dialética, p.330) – destacou-se.

No caso dos autos, constatou-se que por ocasião da pesquisa de preços foram consultadas três entidades sem fins lucrativos cujo objeto social era compatível com o serviço a ser contratado.

A Fundação Economia de Campinas – FECAMP apresentou orçamento no valor de R$ 513.280,00 (quinhentos e treze mil duzentos e oitenta reais). (Fls.24/25).

A Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE apresentou custos para a consecução dos trabalhos no valor de R$ 516.960,00 (quinhentos e dezesseis mil novecentos e sessenta reais). (Fls.26).

Já a contratada, Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP, apresentou proposta no valor de R$ 480.960,00 (quatrocentos e oitenta mil novecentos e sessenta reais), ou seja, aproximadamente R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a menos do que as concorrentes. (Fls.16/23).

Assim sendo, não se pode afirmar que a contratada foi escolhida sem que houvesse qualquer justificativa para isso. A simples apresentação de preço indiscutivelmente mais vantajoso já justifica por si só a escolha, não havendo que se falar em não observância ao Princípio da Isonomia. Demais disso, há que se salientar que existe compatibilidade entre o serviço contratado.

Justen Filho ao comentar o art.24 da Lei 8666/93 em sua obra supracitada aduz que *"... a Administração deverá buscar a maior qualidade e o menor desembolso possíveis, segundo a natureza do interesse a ser satisfeito.* ***Entre propostas de qualidade equivalente, deverá escolher a de menor preço****. Quando for escolhida proposta de maior preço, deverá indicar-se o motivo para tanto. Nada impede que esse motivo seja a qualidade do serviço, a reputação do contratado, o preço por ele exigido para contratos similares etc."* (p.298) destacou-se.

Esta Corte já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto nos TCs 72.000.412.99-17 e **TC nº 72-000.356.07-20 dentre outros, acordando no sentido de considerar regular o ajuste com dispensa de licitação, nos termos do art.24, XIII da Lei de Licitações,** em face da correlação entre os serviços objetivados e a finalidade da contratada e quanto aos preços contratados, posto que coerentes com os de mercado.

Demais disso, como bem colocou a Origem, a dispensa só é possível quando há viabilidade de competição, do contrário seria inexigibilidade, prevista no art. 25 da Lei de Licitações.

Quanto à alegação de irregularidade por falta de comprovação de consulta ao CADIN e à lista das apenadas, considero sanadas as

falhas diante dos documentos juntados pela Origem que comprovam a regularidade da entidade na ocasião da assinatura do contrato.

Por fim, quanto à remessa extemporânea dos dados ao Sistema Eletrônico de Informações – SERI, mantenho meu entendimento de que se trata de falha que "*merece ser relevada, dada a sua natureza formal"* consubstanciado no TC 72.003.778.05-95, mencionado pela Origem.

Diante do exposto, **JULGO REGULAR** a contratação da Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP, com dispensa de licitação, nos termos do art.24, XIII, da Lei 8.666/93, ante o preenchimento dos requisitos legais e relevo as falhas de natureza formal apontadas pelo Órgão Técnico desta Corte.