**TC nº 72-002.669.11-62**

**2º Julgado**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Decisão que julgou irregulares os ajustes. Serviços de manutenção preventiva e corretiva dos sistemas elétrico, hidráulico e civil em geral. SGM. Inexistência de vícios passíveis de correção. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.**

**2.922ª Sessão Ordinária**

**Trânsito em julgado: 24/10/2017**

**1º Julgado**

**ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SGM. Serviços de manutenção preventiva e corretiva dos sistemas elétrico, hidráulico e civil em geral. Ausência de orçamento detalhado. Exigência de documentação de habilitação no ato da apresentação das propostas. Falhas no edital. Exigência restritiva. IRREGULARES. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.**

**Legislação citada: Art. 37, XXI, CF. Art. 7º, § 2º, II e 59, parágrafo único, Lei 8.666/93.**

**2.765ª Sessão Ordinária**

**2º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso – embargos de declaração –, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

**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 embargos de declaração opostos, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo Regimento Interno desta Corte.

**ACORDAM**, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, considerando que a matéria foi inteiramente apreciada e julgada, inexistindo

esclarecimento a acrescer, estando o julgado apto à produção de seus efeitos, e à vista do parecer da Secretaria Geral desta Casa, em negar-lhes provimento, mantendo-se inalterado o V. Acórdão proferido por este E. Tribunal Pleno, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar, após a adoção das providências regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de maio de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

## RELATÓRIO

Cuida o presente da análise dos Embargos de Declaração opostos pela empresa ACTIVE ENGENHARIA LTDA., em face do v. Acórdão de fls. 436/437, que julgou irregulares o Pregão Presencial 20/2010-SGM e o Contrato 022/2010, com aceitação dos efeitos financeiros produzidos pelos instrumentos.

A Embargante alega a existência de obscuridade no Acórdão, a comportar esclarecimentos sobre a continuidade da execução contratual, possibilitando assim a interposição do recurso ordinário caso se entenda pela necessidade de extinção do contrato, uma vez que a Recorrente suportaria prejuízo sem ter lhe dado causa.

Por força do artigo 35 do Regimento Interno desta Corte[1], os autos foram encaminhados para manifestação da Secretaria Geral.

---

[1] "Art. 35 – Compete ao Secretário Geral:
(...)
II – manifestar-se, por último, na fase instrutória:
a) nos feitos em que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ou a Procuradoria da Fazenda apontarem ilegalidade ou irregularidade substancial, ou opinarem pela condenação dos responsáveis, bem como nas consultas, representações, denúncias e recursos em geral;
(...)".

Em sua manifestação, a Secretaria Geral posicionou-se pelo conhecimento dos presentes Embargos, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade pelo Regimento Interno desta Corte e, no mérito, pela sua rejeição, dada a inexistência de contradição, obscuridade ou omissão na decisão recorrida, mantendo-se o v. Acórdão recorrido em todos os seus termos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a rejeição dos Embargos de Declaração.

É o Relatório.

**V O T O**

Conheço dos Embargos de Declaração, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo Regimento Interno deste Tribunal.

No mérito, a pretensão da Embargante não merece guarida, pois a decisão foi clara quanto aos motivos ensejadores da irregularidade dos instrumentos, bem como da aceitação dos efeitos financeiros produzidos.

Na verdade, pretende a Embargante o esclarecimento de dúvida (continuidade ou não da execução contratual), a qual não faz parte dos vícios passíveis de correção por meio dos embargos. Os embargos declaratórios, a despeito das alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, não são meio processual adequado para dirimir dúvidas.

Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves:

A dúvida não faz parte dos vícios descritos pelo diploma processual, o que deve ser elogiado, visto que não é propriamente um vício da decisão, mas um estado subjetivo de incerteza de quem não consegue compreendê-la. Caso a incompreensão seja derivada de uma obscuridade ou contradição, é natural o cabimento dos embargos de declaração, mas em razão desses vícios, e não do estado subjetivo de incerteza do leitor da decisão.[2]

No caso em análise, uma leitura do v. acórdão é suficiente para constatar a inexistência de qualquer vício a ser sanado, não havendo razão, portanto, para aclaramentos. Com efeito, no acórdão guerreado, constou a fundamentação para a aceitação dos efeitos financeiros, nos seguintes termos:

“ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos instrumentos, sendo que os Conselheiros MAURICIO FARIA – Revisor e JOÃO ANTONIO o fizeram em homenagem ao princípio da

[2] *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Ed. JusPodivm. 2016, p. 1714.

segurança jurídica e por se tratar de ajustes já executados, bem como considerando que não houve constatação efetiva de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário, invocando, também, o regramento contido no parágrafo único do artigo 59 da Lei Federal 8.666/93, no sentido de que a nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada".

Não procede, portanto, a alegada necessidade de se aclarar a decisão recorrida, na medida em que contém clareza e precisão necessárias à compreensão das questões nela resolvidas. Todos os aspectos referentes à licitação e ao contrato foram apreciados, inexistindo os vícios passíveis de correção por meio dos embargos de declaração.

Assim, considerando que a matéria foi inteiramente apreciada e julgada, inexistindo esclarecimento a acrescer, estando o julgado apto à produção de seus efeitos, e à vista do parecer da Secretaria Geral, conheço dos Embargos de Declaração opostos e nego-lhes provimento, mantendo-se inalterado o v. Acórdão proferido por este E. Tribunal Pleno, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Após as providências de praxe, arquivem-se os autos.

**1º Julgado**

**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, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, apresentado em separado, e JOÃO ANTONIO, em julgar irregulares o Pregão Presencial 20/2010-SGM e o Contrato 022/2010–SGM, tendo em vista:

- a comprovada ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários;

- as falhas observadas relativas à documentação tratada nos itens 5.2.3.7, 5.2.3.8 e 5.2.3.9 do edital, atinente à capacitação que deveria ter sido exigida no ato da habilitação técnica e não no ato da apresentação da proposta de preços, como constou no edital, assim como tais exigências extrapolaram o preceito estabelecido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que restringe as exigências de qualificação técnica àquelas notadamente indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator, nos termos de seu relatório e voto, que conheceu excepcionalmente da licitação, acolheu o contrato e exarou recomendação.

**ACORDAM**, ainda, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos instrumentos, sendo que os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor e JOÃO ANTONIO o fizeram em homenagem ao princípio da segurança jurídica e por se tratar de ajustes já executados, bem como considerando que não houve constatação efetiva de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário, invocando, também, o regramento contido no parágrafo único do artigo 59 da Lei Federal 8.666/93, no sentido de que a nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e JOÃO ANTONIO.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo previamente justificado.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de setembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

**RELATÓRIO**

Trata o presente da análise do Pregão Presencial n° 20/2010-SGM e do Contrato n° 022/2010-SGM, dele decorrente, celebrado entre a Secretaria do Governo Municipal – SGM e a empresa Active Engenharia Ltda., tendo por objetivo a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva dos sistemas elétrico, hidráulico e civil em geral, das unidades que integram a sede do Governo Municipal.

Em análise à licitação, o Órgão Auditor desta Corte concluiu pela regularidade do procedimento, com as seguintes ressalvas: ausência de

orçamento detalhado em planilhas que expressassem a composição de todos os custos unitários, configurando descumprimento do disposto no inciso II do § 2º, do art. 7º da Lei Federal 8.666/93, e exigência imprópria de apresentação de atestados de Saúde Ocupacional, Laudo do Programa de controle médico e saúde ocupacional e Certificado de participação no treinamento da norma NR-10, no envelope da proposta de preços.

No tocante à contratação, posicionou-se o Órgão Auditor pela regularidade do contrato.

**A Assessoria Jurídica de Controle Externo,** por sua vez**,** entendeu, com relação às exigências de qualificação técnica, quais sejam: apresentação de atestados de Saúde Ocupacional, Laudo do Programa de controle médico e saúde ocupacional e Certificado de participação no treinamento da norma NR-10, que houve certamente um equívoco da Origem, posto que são requisitos que dizem respeito à licitante e não ao objeto licitado, de modo que foram inadequadamente exigidos no envelope proposta.

No que concerne ao apontamento relativo à ausência de orçamento em planilhas detalhadas de custos unitários, observou aquela digna Assessoria que embora seja certo que, muitas vezes, referida regra não possa ser cumprida rigorosamente, no caso em exame não há nos autos qualquer referência ou critério utilizado para aferição de aceitabilidade dos custos unitários.

Instados a oferecer defesa, esclareceram os responsáveis que a natureza dos serviços contratados, envolvendo serviços de manutenção corretiva, portanto imprevisíveis, inviabilizou a elaboração de planilha detalhada de custos unitários. Alegaram ainda que foi realizada uma estimativa de custo do objeto licitado, por meio de pesquisa junto ao mercado especializado, de modo que a ausência de planilha de custos unitários não afetou a disputa, uma vez que várias empresas participaram do certame, tendo sido seu objeto adjudicado à empresa que ofertou o menor preço global, que, como informado, estava abaixo da média apurada na pesquisa de mercado.

No que diz respeito às exigências de atestados, laudo e certificado, aduziram os responsáveis que estas não trouxeram qualquer prejuízo ao certame.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo,** por meio de um de seus assessores, voltou a se manifestar, pontuando, desta feita, que a apresentação de orçamento detalhado em planilha de custos unitários era um dos requisitos para instauração de licitação.

Ressaltou, ademais, que a ausência da planilha de custos prejudicava, na prática, a eventual aplicação do instituto da repactuação, de maneira a restar prejudicado o direito da própria contratada à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Assim, ratificou sua posição no sentido de que houve infringência a dispositivo da norma matriz das licitações.

A Assessor Chefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo, por seu turno, acolheu o entendimento do Assessor preopinante, acrescentando, no tocante à exigência de atestados, laudo e certificado, previstos nos itens 5.2.3.7, 5.2.3.8 e 5.2.3.9 do edital, que as irregularidades não decorrem apenas do fato de terem sido tais documentos exigidos como parte integrantes da proposta, mas por extrapolarem o limite legal de exigências de qualificação técnica, que devem se restringir àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal**, por sua vez, mediante manifestação circunstanciada acerca do contrato, entendeu que as restrições aos procedimentos não teriam causado qualquer prejuízo à Origem, ou gerado benefício indevido à contratada ou a terceiros.

Apontou, ainda, que a ausência de planilha de custos unitários não significou que a Origem não possuísse elementos capazes de verificar os valores, a fim de conseguir o melhor preço possível. Ressaltou, ademais, que a presença de tal planilha não é vinculativa à Administração e/ou à contratada.

Assim, entendendo que a finalidade objetivada foi devidamente atingida e que não se constatou prejuízo ao Erário, propugnou pelo acolhimento do Pregão e do Contrato, ou, alternativamente, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros.

A **Secretaria Geral** acompanhou a manifestação da Assessoria Jurídica, opinando pela irregularidade do Pregão e do Contrato dele decorrente.

A **Origem,** em nova manifestação, destacou que as exigências contidas no Edital foram baseadas em normas regulamentadoras do Governo Federal, expedidas pelo Ministério do Trabalho e que não sofreu nenhuma impugnação. Destacou, ainda, que o certame contou com 6 (seis) participantes

A contratada, de sua parte, alegou ter cumprido todos os requisitos do Edital, inclusive com a entrega da planilha de custo e formação de preços, e que sagrou-se vencedora do certame em razão da apresentação do menor preço global.

Em que pesem os elementos acrescidos pela Origem, os órgãos técnicos e especializados desta Corte mantiveram seus anteriores posicionamentos.

É o relatório.

## VOTO

Consoante se verifica na instrução destes autos, os órgãos técnicos desta Corte apontaram, no tocante ao procedimento de licitação que precedeu o ajuste, a ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressassem a composição de todos os custos unitários, bem como a inapropriada exigência de apresentação de atestados, laudo e de certificado, quer pela sua apresentação no envelope proposta, quer por extrapolar o limite legal de exigências, fatos que, no entender da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral são suficientes a macular o certame e consequentemente a contratação.

Contudo, embora reconhecendo a imprescindibilidade de que as licitações para obras e serviços sejam precedidas de orçamento detalhado, na forma preceituado pelo artigo 7º, inciso II, da Lei nº 8666/93, como aliás tem sido reiteradamente apontado pelos Tribunais de Contas, não se pode descurar do fato de que, no caso em exame, o julgamento do certame se deu pelo menor preço global, sendo certo, ainda, que para balizar seus trabalhos a Origem contava com uma pesquisa de preços de marcado.

Ademais, o pagamento pelos serviços prestados - os quais consistem, em síntese, na manutenção permanente de equipe de manutenção nos prédios principais (Edifício Matarazzo e Edifício São Joaquim), e equipes volantes em outras unidades, bem como no fornecimento do material de consumo necessários a tais serviços - se baseia num valor fixo mensal, sem necessidade, portanto, da utilização de preços unitários, como ocorre em obras e serviços de engenharia.

No que diz respeito às exigências previstas nos itens 5.2.3.7, 5.2.3.8 e 5.3.2.9, todas pertinentes à segurança do trabalho e que foram consideradas excessivas, discordo do entendimento manifestado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, por entende-las plenamente compatíveis com a natureza dos serviços prestados, que envolvem manutenção preventiva e corretiva dos sistemas elétrico, hidráulico e civil em geral dos edifícios apontados, por meio de equipes.

Ressalte-se, ainda, que não consta terem sido tais exigências impugnadas, bem como ter restado evidenciado que as 6 (seis) empresas participantes do certame apresentaram referida documentação, de modo que não se pode considerar que as exigências questionadas constituíram impedimento à participação da licitação.

Por todo o exposto, **CONHEÇO**, excepcionalmente, do Pregão Presencial n° 20/2010-SGM e **ACOLHO** o Contrato n° 022/2010-SGM, dele decorrente, sem prejuízo de recomendar à Origem que, de futuro, nas licitações para os serviços de seu interesse, elabore prévia planilha de composição de custos unitários, ainda que o julgamento seja pelo menor valor global.

É o meu voto.

**VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria**:

Razão assiste aos órgãos preopinantes desta Corte, no que tange aos apontamentos de irregularidades quando da análise da Licitação, pois comprovada a ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários.

Da mesma forma, evidenciam-se falhas observadas relativas à documentação tratada nos itens 5.2.3.7, 5.2.3.8 e 5.2.3.9, atinente à capacitação que deveria ter sido exigida no ato da habilitação técnica e não no ato da apresentação da proposta de preços, como constou no Edital, assim como que tais exigências extrapolaram o preceito estabelecido no art. 37, inciso XXI, DA CF, que restringe as exigências de qualificação técnica àquelas notadamente indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nestes termos, à vista dos elementos constantes dos autos, que demonstram que o procedimento da contratação deixou de observar normas essenciais estabelecidas pela Lei Federal n° 8.666/93, consoante exposto, julgo irregular o Pregão Presencial n° 20/2010 e o Contrato n° 22/2010 . Reconheço, contudo, os efeitos financeiros por eles produzidos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e por se tratar de ajustes já executados, bem como, considerando que não houve constatação efetiva de dolo, má fé ou prejuízo ao erário. Para tanto, invoco, também, o regramento contido no parágrafo único do artigo 59 da Lei Federal nº 8.666/93, no sentido de que a nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada.