TC nº 72-002.998.03-94

2º Julgado

RECURSOS VOLUNTÁRIO e PFM. Decisão que julgou irregulares, não aceitou os efeitos financeiros e aplicou multa. Serviços de consultoria. Plano Diretor. Subprefeitura. Art. 3º, Lei 13.278/02. Definição do objeto insuficiente. Uso do sistema de RP indevido. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.399ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 18.11.2008.

1º Julgado

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. ATA DE RP. NOTA DE EMPENHO. SUBPREFEITURA. Serviços de consultoria. Plano Diretor. Definição do objeto insuficiente. Serviços não habituais ou rotineiros. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. IRREGULARES. Votação unânime.

224º Sessão Ordinária da Primeira Câmara

2º JULGADO

ACÓRDÃO

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

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 oferecidos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e pelo Senhor Jilmar Augustinho Tatto, na medida em que restaram adequadamente preenchidos os requisitos correspondentes.

CONSIDERANDO que os respeitáveis recorrentes, utilizando-se de vigor no debate e na demonstração de sua argumentação, não lograram abalar os fundamentos do julgado increpado, permanecendo hígida a convicção de que houve, no caso, insuficiência na definição do objeto contratado, com inadequada utilização do sistema de atas, consoante claramente demonstrado

no voto condutor da R. Decisão da Primeira Câmara recorrida, visto que os serviços contratados não portam as qualidades de "habituais" e "rotineiros" exigidas em lei;

CONSIDERANDO que os argumentos trazidos à discussão, a partir da irresignação demonstrada às fls. 315/321 e 339/346 dos autos, são meras reproduções de defesas apresentadas anteriormente, sem adição de elemento novo capaz de suscitar reflexão a ensejar novo debate,

ACORDAM, ademais, no mérito, à unanimidade, em negar provimento ao recurso interposto pelo Senhor Jilmar Augustinho Tatto.

ACORDAM, ainda, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Relator, Antônio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales, em negar provimento ao apelo da PFM, mantendo íntegra a R. Decisão da Primeira Câmara recorrida.

ACORDAM, também, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar que seja encaminhada cópia do presente Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, em atendimento às reiteradas solicitações constantes dos autos.

Vencido, em parte, no mérito, o Conselheiro Maurício Faria, que, consoante voto apresentado em separado, deu parcial provimento ao recurso de autoria da PFM, para aceitar os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, anulando a pena de multa aplicável ao responsável, diante da ausência de indícios de dolo ou má-fé.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Caruso – Revisor, Eurípedes Sales e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 08 de outubro de 2008.

Edson Simões – Presidente.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se do exame de Recursos voluntários, interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Jilmar Augustinho Tatto, em face da r. decisão de fls. 313/314, que julgou irregulares a Concorrência nº 16/SMSP/COGEL/2002, a Ata de Registro nº 84/SMSP/COGEL/2002 e a Nota de

Empenho nº 8733/2003, dela decorrente, referentes ao registro de preços para a prestação de serviços técnicos de engenharia.

Referida decisão, proferida pela Colenda Primeira Câmara deste Tribunal, por unanimidade, e em conformidade com o relatório e voto do Relator, assim decidiu em razão de o objeto da mencionada ata de registro de preços encontrar-se insuficientemente delimitado e genérico, frustrando o caráter competitivo do certame e inviabilizando a comparação do preço dos serviços – licitados e, depois, registrados com os preços de mercado, e de não poderem ser considerados habituais ou rotineiros os serviços prestados para elaboração de Plano Diretor Regional, nos termos do artigo 3º da Lei nº 13.278/02 **(nota 1),** que não encontrariam, portanto, respaldo jurídico em Ata de Registro de Preços.

Restou decidido, ainda, à unanimidade, a não aceitação dos efeitos financeiros dos referidos instrumentos, e a aplicação ao ordenador da despesa de multa no valor de R$ 393,89 (trezentos e noventa e três reais e oitenta e nove centavos), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei nº 9.167/80 **(nota 2)**, e determinação de envio de ofícios à Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital e à Câmara Municipal.

Inconformados, a Procuradoria da Fazenda Municipal e o Sr. Jilmar Augustinho Tatto ofereceram Recursos.

A primeira recorrente aduziu que os serviços ajustados por meio da Ata de Registro de Preços não detinham qualquer complexidade, tratando-se, ao contrário, de serviços comumente utilizados nas Subprefeituras, subsumindo-se, portanto, aos conceitos de habitualidade e rotina exigidos para a utilização de Atas de Registro de Preços.

Sustentou, ainda, que mesmo que se admita que os instrumentos escolhidos pela Subprefeitura para proceder à contratação em exame não tenham se revelado os mais acertados, o que se verifica é que os serviços foram prestados, entregues e adimplidos. Aduziu, assim, que em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, os seus efeitos financeiros e patrimoniais devem ser reconhecidos.

Dessa forma, o Órgão Fazendário requereu o conhecimento e o provimento do Recurso, com acolhimento dos instrumentos em pauta, tornando-se insubsistente a multa cominada, ante a inexistência de dolo, culpa ou má fé. Propôs, como alternativa, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste lavrado, dado que a situação já se encontra consolidada no tempo, não tendo remanescido qualquer pendência entre as partes, tampouco prejuízo ao Erário.

Por sua vez, o Sr. Jilmar Augustinho Tatto alegou em seu favor que as expressões "habituais" e "rotineiras", constantes da lei, sugerem serviços freqüentemente necessitados pelos órgãos públicos e que nem tudo o que

se realiza com alguma freqüência, repetidamente, é comum ou desprovido de sofisticação.

Acrescentou que, no caso em tela, as características fundamentais, envolvendo planejamento, programação e periodicidade sequencial, justificaram a utilização de Atas.

Quanto ao objeto, asseverou que ficou ele bem delimitado e definido no próprio relatório de análise da contratação, sendo certo que a especificação pretendida está na promoção de diversos itens direcionados a executar o Plano Diretor da Subprefeitura.

Enfatizou, por outro lado, que os procedimentos não geraram prejuízo ao Erário e que os preços estavam de acordo com os de mercado, não havendo qualquer indício de má-fé. Requereu, ao final, o provimento do Recurso para reforma da decisão, com o reconhecimento da regularidade da Concorrência e da Ata de Registro de Preços.

Na fase instrutória, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, ao examinar os Recursos apresentados, manifestou por seu conhecimento, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

No mérito, porém, entendeu inconsistentes os argumentos neles aduzidos, ressaltando que a questão fora convenientemente analisada nos pareceres de fls. 200/204, 219/223 e 278/291, em que se concluiu que a Administração não efetuou a melhor contratação para este caso específico, por não ser possível a celebração de contratos de consultoria para a elaboração do Plano Diretor mediante a utilização de Ata de Registro de Preços.

Ademais, a freqüência com que a Subprefeitura utiliza determinados serviços não os transmuda em habituais e rotineiros, no sentido que lhes empresta a lei, ou seja, somente podem ser objeto de Ata de Registro de Preços aqueles serviços que por sua natureza não se caracterizem como complexos ou como técnico-especializados.

Pautando-se nestes argumentos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou, então, pelo conhecimento dos Recursos e, no mérito, pelo não-provimento, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, opinou pelo conhecimento e provimento dos Recursos interpostos, pelas razões colacionadas aos autos.

De sua parte, a Secretaria Geral pronunciou-se pelo recebimento dos Recursos interpostos, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade exigidos no artigo 140 **(nota 3)** do Regimento Interno deste Tribunal. No que pertine ao mérito, entendeu que não há como deixar de reconhecer a falha

apurada, no sentido que deveria a contratação ter sido objeto de licitação específica, já que os serviços não são rotineiros ou habituais, como exige o artigo 3º da Lei nº 13.278/02, não cabendo, na hipótese, a aplicação do sistema de registro de preços. Assim, não resta dúvida de que o meio utilizado pela Contratante foi inapropriado.

Nestas condições, opinou pelo conhecimento dos Recursos interpostos e no mérito por seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

Na estrita seara da admissibilidade, conheço dos Recursos oferecidos na medida em que restaram adequadamente preenchidos os requisitos correspondentes.

O enfrentamento do mérito, porém, conduz-me ao improvimento dos mencionados apelos, na forma das conclusões alcançadas em sua larga instrução.

Assim concluo porque os respeitáveis recorrentes, utilizando-se de vigor no debate e na demonstração de sua argumentação, não lograram abalar os fundamentos do julgado increpado, permanecendo hígida a convicção de que houve, no caso, insuficiência na definição do objeto contratado, com inadequada utilização do sistema de Atas, consoante claramente demonstrado no voto condutor da Decisão, posto que os serviços contratados não portam as qualidades de "habituais" e "rotineiros" exigidas em lei.

Com efeito, os argumentos trazidos a debate, a partir da irresignação demonstrada às fls. 315/321 e 339/346, são meras reproduções de defesas apresentadas anteriormente, sem adição de elemento novo capaz de suscitar reflexão a ensejar novo debate.

Por estas razões e valendo-me daquelas deduzidas pelos órgãos técnicos, nego provimento aos apelos, mantendo íntegra a decisão recorrida.

Determino, também, que seja encaminhada cópia do acórdão ao digno 8º Promotor de Justiça da Cidadania, em atendimento às reiteradas solicitações constantes dos autos.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto, por preencherem os requisitos de admissibilidade.

Para o julgamento do mérito da contratação de serviços técnicos para a elaboração do plano diretor regional, levada a efeito pela Subprefeitura da Vila Prudente, entendo oportuno trazer à baila um panorama geral das diversas contratações realizadas para a elaboração dos planos diretores regionais das Subprefeituras.

Para cumprir o disposto no artigo 173 da Lei 13.430/02, que atribui às Subprefeituras a competência para elaborar os Planos Regionais, com o objetivo de complementar as proposições do Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, de modo a atender às peculiaridades do sítio de cada região e às necessidades e opções da população que nela reside ou trabalha, as Subprefeituras firmaram contratações de diferentes formas.

Algumas subprefeituras celebraram contratos administrativos por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93; duas delas realizaram licitação na modalidade convite; outras se valeram da inexigibilidade de licitação para contratar Oscip; e outro grupo, no qual se inclui a Subprefeitura da Vila Prudente, firmou contratos decorrentes de Atas de Registro de Preços que tinham por objeto serviços técnicos de engenharia para elaboração de projetos, estudos, laudos e especificações técnicas.

Dentre as diferentes formas de contratação é imperioso reconhecer que algumas não podem conviver entre si, por serem contraditórias, a exemplo da realização de prévio procedimento licitatório e da inexigibilidade, enquanto outras podem coexistir validamente, hipótese na qual se inclui a contratação precedida de licitação específica e aquela oriunda de ata de registro de preços.

Por esta razão, entendo que a existência de uma variedade de formas de contratação não macula, por si só, a legalidade dos ajustes. A solução passa, a meu ver, pela análise específica de cada caso.

O julgamento dos recursos em análise requer o exame do cabimento do sistema de registro de preços. Nos termos da Lei 13.278/02 e do Decreto 44.279/03, poderão ser objeto de registro de preços os bens ou serviços, considerados de uso habitual ou rotineiro, para os quais não se possa prever o exato quantitativo a ser demandado pela Administração, em especial quando houver necessidade de contratações freqüentes, conveniência de entregas parceladas ou necessidade de atendimento a mais de um órgão ou entidade.

Nas palavras de Mariense Escobar, em obra monográfica intitulada *"O Sistema de Registro de Preços nas Compras Públicas: Teoria e Prática", 'registro de preços é o sistema pelo qual, mediante licitação, seleciona-se a proposta de preços unitários a serem utilizados pela Administração em contratos futuros destinados a aquisição de bens ou contratação de serviços, de consumo e uso freqüentes'.*

De acordo com a legislação em vigor e com a doutrina especializada, o objeto do registro de preços é um bem ou serviço de uso rotineiro, habitual pela Administração Pública.

A prestação de serviços técnicos para a elaboração dos Planos Diretores Regionais, em cumprimento ao disposto no artigo 273 da Lei 13.430/02, não é serviço rotineiro, que deva ser utilizado com freqüência pela Administração, ao revés, guarda a característica da especificidade.

Por esta razão, corroboro o entendimento exposto pelo nobre Conselheiro Relator quanto à inadequação do sistema de registro de preços para a contratação de serviços técnicos especializados para a elaboração do Plano Diretor Regional da Subprefeitura da Vila Prudente.

O não-cabimento do sistema de registro de preços para o objeto da contratação em tela não exime o fato de o contrato ter sido executado e de ter decorrido um considerável tempo entre sua celebração e o presente julgamento, situações que não podem ser ignoradas.

Como se depreende das informações constantes dos autos, foi o serviço executado pelo contratado, inexistindo igualmente qualquer apontamento sobre eventual prática de preço em desacordo com o mercado, de forma que o disposto no artigo 59, § único, da Lei Federal nº 8.666/93 deve ser observado, no sentido de que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que ela for declarada.

Isto porque a invalidação de contrato já executado, ou cuja execução já se iniciou, faz com que a Administração deva levar em conta seus efeitos fáticos, que muitas vezes não podem ser desfeitos, como é o caso. Na impossibilidade de reversão, vemos que o ordenamento jurídico estipulou uma solução no dispositivo retromencionado, de forma que o que não for reversível deve ser indenizado, incidindo também o princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto e dou parcial provimento ao recurso de autoria da Procuradoria da Fazenda Municipal, para aceitar os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, anulando a pena de multa aplicável ao responsável, diante da ausência de indícios de dolo ou má-fé.

Notas

(1) Lei nº 13.278/02
Art. 3º O fornecimento de materiais em geral e a prestação de quaisquer serviços, em ambos os casos, desde que habituais ou rotineiros, poderão ser contratados pelo sistema de registro de preços.

(2) Lei nº 9.167/80
Art. 52. As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções:
Inciso II – Multa.

(3) Regimento Interno do TCM
Art. 140. O Relator poderá indeferir, liminarmente, o seguimento do recurso, quando não atendido qualquer dos pressupostos de admissibilidade a seguir previstos.

1º JULGADO

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales, após vista que lhe fora concedida na 222ª S.O. da Primeira Câmara, ocasião em que votou o Conselheiro Edson Simões – Relator.

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 irregulares a Concorrência 16/SMSP/COGEL/2002, bem como a Ata de Registro de Preços 84/SMSP/COGEL/2002 e a Nota de Empenho 8733/2003 dela decorrente, em razão de o objeto da mencionada ata de registro de preços estar insuficientemente delimitado e por demais genérico, frustrando o caráter competitivo do certame e inviabilizando a comparação do preço dos serviços – licitados e, afinal, registrados – com os preços de mercado, bem assim de os serviços prestados para elaboração de Plano Diretor Regional não poderem ser considerados habituais ou rotineiros, nos termos previstos pelo artigo 3º da Lei Municipal 13.278/02, não encontrando, portanto, respaldo jurídico em ata de registro de preços.

DECIDEM, outrossim, à unanimidade, deixar de acolher os efeitos financeiros dos referidos instrumentos.

DECIDEM, também, à unanimidade, aplicar ao ordenador da despesa a multa de R$ 393,89 (trezentos e noventa e três reais e oitenta e nove centavos), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar o envio de ofícios ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, em atendimento às suas solicitações, bem como à Câmara Municipal de São Paulo, na pessoa do Vereador Domingos Odone Dissei, encaminhando-lhes cópia da presente decisão.

Participou do julgamento o Conselheiro Eurípedes Sales.

Presente o Procurador da Fazenda Joel Tessitore.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de julho de 2007.

Antônio Carlos Caruso – Presidente.

Edson Simões – Relator.

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise da Concorrência para Ata de Registro de Preços 16/SMSP/COGEL/2002 e da Nota de Empenho número 8733/03, no valor de R$ 57.982,00 (cinquenta e sete mil novecentos e oitenta e dois reais) dela decorrente, pactuada entre a Prefeitura do Município de São Paulo, por meio da Subprefeitura de Vila Prudente/Sapopemba, e a empresa Lenc – Laboratório de Engenharia e Consultoria S/C Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de elaboração das propostas do Plano Diretor Regional.

A Divisão Técnica VI opinou pela regularidade dos procedimentos relativos à licitação e à contratação (folhas 193/197).

Por seu turno, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que a consultoria específica à elaboração de Plano Diretor não constitui objeto de concorrência para registro de preços, conforme artigo 3º da Lei 13.278/02, por não se tratar de serviço habitual ou rotineiro. Assim, opinou pela irregularidade da licitação e da contratação (folhas 200/203).

Oficiada a Origem, esta apresentou razões no sentido de que o Plano Diretor é documento derivado do Plano Diretor Estratégico e, portanto, de menor complexidade, coadunando-se com a ata de registro de preços também porque o preço praticado foi de acordo com o de mercado (folhas 212/215).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, invocando a legislação e as lições da doutrina, reiterou o seu posicionamento, no sentido de que apenas serviços habituais e rotineiros podem ser objeto de ata de registro de preços, o que não ocorreu na hipótese vertente (folhas 219/223).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação final conclusiva, posicionou-se no sentido de que os serviços ajustados por meio da ata de registro de preços em exame não detinham qualquer complexidade, uma vez que consistiram apenas em fornecimento de dados e elementos a título de subsídio para a elaboração do Plano Diretor Regional, a cargo dos técnicos da própria Subprefeitura. Por tal motivo e por não se ter notícia de prejuízo ao Erário, opinou o Órgão Fazendário pelo acolhimento da licitação e do contrato em análise (folhas 225/229).

A Secretaria Geral concluiu no sentido do não-acolhimento do certame licitatório da ata de registro de preços, considerando para tanto que seu objeto é insuficientemente delimitado e por demais genérico, frustrando o caráter competitivo do certame e inviabilizando a comparação dos preços dos serviços licitados, e, também, que os serviços prestados para elaboração

do Plano Diretor Regional não podem ser reputados como habituais ou rotineiros (folhas 255/257).

É o relatório.

VOTO

A utilização de registro de preços para serviços de engenharia encontra-se prevista no artigo 3º da Lei Municipal número 13.278/02, que dispõe:

'O fornecimento de materiais em geral e a prestação de quaisquer serviços, em ambos os casos, desde que habituais ou rotineiros, poderão ser contratados pelo sistema de registro de preços'.

Como se vê, a ata de registro de preços em exame tem como objeto, conforme a cláusula 1.1, a prestação à Prefeitura Municipal de São Paulo dos seguintes serviços técnicos de engenharia: *'Elaboração de projetos, estudos, laudos técnicos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamentos, composição de custos, cronogramas e afins usando a conservação, adequação e complementação da infraestrutura urbana em áreas com ocupação consolidada (total ou parcialmente) e que apresentem problemas com benfeitorias públicas e precárias, controle e ensaios quantitativos e qualitativos de serviços nos contratos de SMSP (Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras) em que haja aplicação de materiais de construção conforme normatização vigente'.*

Trata-se, no caso, de objeto insuficientemente delimitado e por demais genérico, frustrando o caráter competitivo do certame e inviabilizando a comparação do preço dos serviços – licitados e, afinal, registrados – com os preços de mercado.

Verifica-se, também, que os serviços prestados para a elaboração do Plano Diretor Regional não podem ser considerados habituais ou rotineiros, nos termos previstos pelo artigo 3º da Lei Municipal número 13.278/02, e, portanto, não poderiam encontrar respaldo jurídico em ata de registro de preços.

Razão assiste, pois, à Assessoria Jurídica que, com base na doutrina de Hely Lopes Meirelles, assevera:

> *'Como visto, não parece se tratar de habitualidade ou serviços rotineiros. Pelo contrário, se comparado aos ditames doutrinários, enseja matéria complexa, de verdadeira referência, implicando trabalho árduo, de acordo com as peculiaridades, ou melhor, especificidades de cada região'.*

Em face do exposto, JULGO IRREGULARES a Concorrência para Registro de Preços 16/SMSP/COGEL/2002, bem como a Ata de Registro de Preços número 84/SMSP/COGEL/2002 e a Nota de Empenho número 8733/03 dela decorrente, deixando de acolher seus efeitos financeiros.

APLICO, ainda, ao Ordenador da Despesa a MULTA de R$ 393,89 (trezentos e noventa e três reais e oitenta e nove centavos), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80.

Oficie-se ao Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça e Cidadania, em atendimento às suas solicitações, bem como à Câmara Municipal de São Paulo, na pessoa do Vereador Domingos Odone Dissei, encaminhando cópias da presente decisão (222ª S.O. da Primeira Câmara).