TC nº 72-003.202.05-09

ANÁLISE. TOMADA DE PREÇOS. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SME. Serviços de segurança e vigilância patrimonial. Modalidade licitatória equivocada. Vício de ilegalidade do procedimento seletivo. Acessoriedade. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 22, § 2º, 23, II, "c" e § 5º e 38, VI, Lei 8.666/93. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02.

2.752ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 03/04/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular a Tomada de Preços 08/SME/2004, pela infringência ao artigo 23, inciso II, letra "c", da Lei Federal 8.666/93, e irregulares o Contrato 081/SME/2004 e o Termo de Aditamento 38/SME/2005, por acessoriedade, uma vez que a publicação do Contrato e do Termo Aditivo, ainda que realizada a destempo, cumpriu a sua finalidade legal e constitucional.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em acolher os efeitos financeiros dos ajustes, por ausência de comprovação de prejuízo ao erário nos autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 2 de julho de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise e julgamento do procedimento licitatório na modalidade de Tomada de Preços nº 08/SME/2004, do Contrato nº 081/SME/2004 e do Termo de Aditamento nº 38/SME/2005 firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e a empresa Albatroz – Segurança e Vigilância Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de segurança e vigilância patrimonial para os prédios da Secretaria Municipal de Educação e do Conselho Municipal de Educação, no valor de R$ 812.217,60 (oitocentos e doze mil, duzentos e dezessete reais e sessenta centavos), com vigência para 12 (doze) meses.

O Termo de Aditamento nº 38/SME/2005 teve por escopo a renegociação de preços encetada pela Administração Municipal com a Contratada, sendo acordada a redução de 2% (dois por cento) do valor global do contrato, redução essa a ser efetuada por ocasião da aplicação do reajuste de preços contratual, ou seja, a partir de março de 2005 (folhas 51/94, 156/169 e 183/184).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle manifestou-se pela irregularidade do certame ante a caracterização de infringência ao artigo 23, inciso II, letra *"c"* e parágrafo 5º da Lei Federal nº 8.666/93, devido à realização de procedimento na modalidade Tomada de Preços em vez de Concorrência.

Acrescentou que, em razão do vício de ilegalidade do procedimento seletivo, por sucessão, restaram irregulares o Contrato e o Termo de Aditamento deste decorrentes.

No tocante aos citados instrumentos, ressaltou, ainda, a existência de infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/2002, pela ocorrência de intempestividade da publicação dos extratos dos Ajustes no Diário Oficial da Cidade (folhas 190/196).

A Origem foi oficiada para apresentar esclarecimentos e foram intimados para oferecimento de defesas os membros integrantes da Comissão encarregada do julgamento da Tomada de Preços em análise, bem como os Ordenadores da Despesa e Signatários dos Ajustes (folhas 290/294, 302, 304, 311, 312, 392 e 393).

A Origem justificou que as razões da intempestividade da publicação do Termo de Contrato se deu, pois, *"dia 21/04/05 (quinta-feira) feriado, com ponto facultativo no dia 22/04/05 (sexta-feira), sendo que o Extrato foi enviado*

para a publicação no dia 25/04/05 (segunda-feira) e, consequentemente, publicado no dia 26/04/05 (terça-feira)". E, também, que por se tratar de início de ano letivo, para o volume de contratos em andamento, eram insuficientes os funcionários disponíveis para dar cumprimento dos prazos no tempo legalmente fixado (folha 201).

Os membros integrantes da Comissão de Licitações esclareceram que *"o equívoco apontado pelos Órgãos Técnicos desta Corte quanto ao enquadramento da licitação, ao que se depreende da análise do processo, ocorreu por ter sido considerado somente o valor da reserva para o exercício de 2003, não tendo havido má-fé ou intenção de burlar a modalidade licitatória por parte dos setores responsáveis quer pela fixação da referida modalidade, quer pela elaboração do despacho autorizatório".*

E mais, que a falha não restringiu o número de participantes, uma vez que, consoante prescreve o artigo 22, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/93, ficou facultada a participação de empresas não detentoras de registro cadastral, desde que atendessem a todas as condições para o cadastramento, até o terceiro dia antes da data do recebimento das propostas, como ocorreu com a Contratada – Albatroz Ltda.

A Secretaria Municipal de Saúde alegou que o enquadramento equivocado do certame ocorreu por erro dos servidores responsáveis, mas isso não foi motivado por dolo ou má-fé, nem causou prejuízo aos cofres públicos. E que o Termo Aditivo nº 38/2005 foi autorizado por manifestação da Assessoria Jurídica, que não se apercebeu da incorreção do enquadramento legal do certame.

Aduziram ser insuficiente, à época, o número de servidores nas áreas administrativas e contábeis da Pasta. E, também, que, ainda que a destempo, a impropriedade registrada no Ajuste se reveste de caráter meramente formal, sendo incapaz de afetar-lhe a essência (folhas 306 a 310, 315 a 334, 335 a 354, 358 a 362, 363 a 387, 397 a 403).

A Coordenadoria IV concluiu que as razões de defesa dos Interessados, assim como as justificativas apresentadas pela Origem, não tiveram o condão de descaracterizar as infringências legais apontadas, de modo que ratificou integralmente as conclusões de seu anterior pronunciamento (folhas 222/223).

Por entender caracterizada a infringência atinente ao equivocado enquadramento legal da licitação, a teor do disposto no artigo 23, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, reputou que a falha derivou da aprovação da minuta do Edital da Tomada de Preços nº 08/04, por parte do Assessor Jurídico da Pasta da Educação, conforme ordena o artigo 38, inciso VI, da lei federal citada (folhas 226/231, 232).

A Coordenadoria II esclareceu não haver localizado *"no P.A. 2003-0.259.118-3 o parecer da Assessoria Jurídica aprovando a minuta do*

edital, nos termos do inciso VI, parágrafo único, do artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93" (folha 283).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu no sentido da irregularidade do procedimento licitatório, assim como dos demais instrumentos, por sucessão, por serem atos eivados de ilegalidade, pela inobservância do disposto no artigo 23, inciso II, letra *"c"*, da Lei Federal nº 8.666/93, que obriga a realização de Concorrência para compras e serviços acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Em reforço à sua conclusão, trouxe à colação o entendimento doutrinário de Celso Antonio Bandeira de Mello acerca da interpretação do princípio constitucional da legalidade, traduzido como sendo *"o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro".*

A Assessora Subchefe da Assessoria Jurídica propugnou pelo reconhecimento dos efeitos jurídicos produzidos pelos atos praticados, ante as justificativas de folhas 363/365 e documentos 13 a 18, nos seguintes dizeres:

"Contudo, tendo em vista as justificativas trazidas aos autos – notadamente as informações de fls. 363-365 e docs. 13 a 18 –, entendo, s.m.j., que o procedimento licitatório poderá ter seus efeitos jurídicos reconhecidos, legitimando-se, em consequência, o Contrato nº 081/SME/2004 e o Termo Aditivo 38/SME/2005, sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro Relator entender pertinente" (folhas 407/414).

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se no sentido da aprovação dos atos praticados, sob o fundamento de que as ilegalidades expostas pelos Órgãos Técnicos não macularam os Ajustes, ou, na hipótese de assim superiormente não entendido, pelo reconhecimento dos respectivos efeitos financeiros e patrimoniais, em respeito ao princípio da segurança jurídica (folhas 416/421).

A Secretaria Geral concluiu no sentido da irregularidade dos instrumentos em análise, propugnando pela aceitação dos efeitos financeiros produzidos, nos seguintes termos:

"Forçoso reconhecer que a impropriedade – atraso na publicação do ajuste no DOC – de fato ocorreu. Entretanto, ainda que com atraso, verificada a ausência de publicação no prazo legal, a Origem providenciou-a.

Importante aqui, transcrever doutrina de Marçal Justen Filho:

"O instrumento contratual somente produzirá efeitos, de regra, após publicado na imprensa oficial. A ausência de publicação do extrato não é causa de sua invalidade. O defeito não afeta a contratação. A publicação é condição para o contrato produzir efeitos. Na ausência ou no defeito da publicação, a situação se regulariza com nova publicação' (grifos nossos) (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 11ª edição – Dialética – SP – 2005. p. 528).

A publicação feita com atraso teve, assim, função sanatória do defeito, não podendo ser confundida com o próprio defeito sanado.

Acerca da escolha da modalidade licitatória, qual seja Tomada de Preços, importante destacar que essa modalidade caracteriza-se por ser menos formal que a Concorrência, destinando-se a contratações de vulto médio, até R$ 650.000,00, no caso em tela o valor adjudicado foi de R$ 812.217,60, portanto a modalidade correta seria a Concorrência.

A principal característica da Tomada de Preços é o cadastro prévio de interessados, ou seja, só participam do certame interessados previamente cadastrados. Vale salientar, que todos os interessados que preencham os requisitos para cadastramento até o recebimento das propostas podem participar do certame.

Trago à baila ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

'Ainda que o vulto do futuro contrato comporte a tomada de preços, pode o administrador optar por realizar a concorrência. Mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, não pode a concorrência ser substituída pela tomada de preços. Isso significa que pode ser escolhida modalidade mais formal do que seria a pertinente, mas nunca modalidade mais informal' (in Manual de Direito Administrativo – 21ª edição – Lumen Juris – RJ – 2009. p. 264).

Acerca do tema, o Plenário do TCU já se manifestou no Acórdão nº 177/98, cujo relator foi o Ministro Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça:

"O TCU verificou enquadramento indevido em certame na modalidade de Tomada de Preços, tendo em vista que, pelos limites então vigentes, deveria ter sido realizada Concorrência Pública. Entre outros fatos gerou irregularidade e multa'. (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in Vade-Mécum de Licitações Contratos – 2ª edição – Ed. Fórum – BH – 2005. p. 340).

Destarte, a opção equivocada da modalidade licitatória eleita pela Origem, constitui, de fato, causa suficiente para invalidação do certame.

Imperioso assinalar haver irregularidade do contrato e do aditamento em tela, por decorrerem da Tomada de Preços nº 08/SME/2004 considerada irregular pela Auditoria e por esta Secretaria Geral.

Corroborando, transcrevo entendimento de Marçal Justen Filho:

"O vício na licitação acarreta a invalidade de todos os atos posteriores, inclusive do contrato administrativo (se chegou a ser pactuado) conforme dispõe o art. 49, §2º" (ob. cit. p. 514).

Por outro lado, não significa que os efeitos financeiros do contrato não possam ser acolhidos, em atenção à boa-fé da contratada, com base no artigo 59, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93:

'Art. 59. (...).

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa'.

No mesmo sentido:

"Realizados os serviços contratados, é devido o pagamento, independentemente da eventual existência de ilegalidade decorrente da ausência de regular procedimento licitatório' (TRF/1ªR. 3ª Turma. AC nº 01275716/DF. Processo nº 1993.01.275716. DJ 22 jan. 2002. p. 33).

Assim sendo, opino pela irregularidade dos instrumentos 'sub examine' e proponho a aceitação dos efeitos financeiros produzidos, em respeito à segurança jurídica das relações, sem embargo das determinações e/ou recomendações cabíveis tendentes a não repetição do fato" (folhas 423/429).

É o relatório

VOTO

TC 3.202/05-09: Tomada de Preços nº 08/SME/2004, do Contrato nº 081/SME/2004 e do Termo de Aditamento nº 38/SME/2005 firmados entre a Secretaria Municipal de Educação e a empresa Albatroz – Segurança e Vigilância Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de segurança e vigilância patrimonial para os prédios da Secretaria Municipal de Educação e do Conselho Municipal de Educação.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade da Licitação por infringência ao artigo 23, inciso II, da Lei Federal 8.666/93, por enquadramento incorreto na modalidade Tomada de Preços, quando o correto seria Concorrência. O Contrato e o Termo Aditivo seriam também irregulares, por acessoriedade e devido à publicação extemporânea dos ajustes.

Na mesma senda, a Assessoria Jurídica ressaltou*:*

"A Lei é clara e determina a realização de ***concorrência*** *para a contratação de serviços com valor superior a R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) o que não se verifica no presente caso.*

Não pode, a Administração Pública, utilizar-se de modalidade licitatória diversa daquela a que seu objeto encontra-se enquadrada.

Sob o ponto de vista jurídico, entendemos que as defesas apresentadas não trouxeram informações ou fatos novos capazes de alterar os entendimentos antes explanados.

Pelo exposto, permitimo-nos ratificar nosso entendimento, opinando pela irregularidade do procedimento, bem como dos instrumentos 'sub examine', vez que eivados de vícios pela infringência ao artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/93".

A Secretaria Geral, por seu turno, ponderou:

"Destarte, a opção equivocada da modalidade licitatória eleita pela Origem, constitui, de fato, causa suficiente para invalidação do certame.

Imperioso assinalar haver irregularidade do contrato e do aditamento em tela, por decorrerem da Tomada de Preços nº 08/SME/2004. Assim sendo, opino pela irregularidade dos instrumentos 'sub examine".

Diante do exposto, com amparo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo irregular a Tomada de Preços nº 08/SME/2004, pela infringência ao artigo 23, inciso II, letra *"c"*, da Lei Federal nº 8.666/93 e Irregulares o Contrato nº 081/SME/2004 e o Termo de Aditamento nº 038/SME/2005, por acessoriedade, uma vez que a publicação do Contrato e do Termo Aditivo, ainda que realizada a destempo, cumpriu a sua finalidade legal e constitucional.

Acolho os efeitos financeiros dos Ajustes, por ausência de comprovação de prejuízo ao erário nos autos, bem como em atenção à seguinte proposta da Assessoria Jurídica de Controle Externo: "*o procedimento licitatório poderá ter seus efeitos jurídicos reconhecidos, legitimando-se, em consequência, o Contrato nº 081/SME/2004 e o Termo Aditivo 38/SME/2005".*

No mesmo sentido, propôs a Secretaria Geral: "*proponho a aceitação dos efeitos financeiros produzidos, em respeito à segurança jurídica das relações".*

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.