EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.248.05-00

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMO DE RETIRRATIFICAÇÃO. SPTRANS. Execução das obras remanescentes. Implantação da infraestrutura para operação. Linha Parque Dom Pedro II – Sacomã. VLP. Ausências de autuação de processo, de previsão orçamentária, de assinatura no edital e de comprovação de publicação eletrônica. Desvio na formulação precária da planilha do orçamento. Exigência de comprovação de capacidade técnica restritiva. Publicação extemporânea. Redação precária em cláusula contratual. Princípio da acessoriedade. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 7º, § 2º, III, art. 38, art. 40, § 1º, Lei 8.666/93. Art. 26, Lei 13.278/02. Art. 37, CF. Arts. 9º e 19, Dec. Mun. 44.279/03.

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, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em julgar irregulares a Concorrência 030/2003 e o Contrato 2004/086, pelas seguintes razões:

1 - desvios na formulação da planilha do orçamento, em razão da precariedade com que foi elaborada, sem a devida decomposição dos preços e quantidades unitárias nos subitens integrantes dos itens, afrontando o artigo 7º, inciso II, do § 2º, da Lei 8.666/93, ferindo, ainda, o princípio da legalidade que, por mandamento constitucional (artigo 37 da Constituição Federal), deve conduzir a Administração Pública, em todos os níveis;

2 - falta de autuação do processo administrativo, em inobservância ao "caput" do artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, o que, por si só, ditaria a nulidade dos instrumentos ora julgados, por se tratar de formalidade essencial;

3 - disposições no edital restringindo o princípio da competitividade do certame, ao exigir exibição de três instrumentos contratuais anteriores para comprovação da capacidade técnica dos licitantes;

4 - ausência de previsão orçamentária na abertura do certame e, consequentemente, na contratação, em flagrante violação à regra do inciso III do § 2º do artigo 7º da mesma Lei 8.666/93;

5 - falta de assinatura no edital, em desobediência ao artigo 40, § 1º, da Lei Federal 8.666/93 e ao artigo 19 do Decreto Municipal 44.279/03;

6 - ausência de comprovação da publicação eletrônica do edital, ao arrepio do artigo 9º do Decreto Municipal 44.279/03;

7 - precariedade na redação da cláusula 8ª do contrato, pondo em risco o uso correto do mecanismo de reajuste aplicável aos valores ajustados;

8 - publicação do resumo do contrato fora do prazo previsto em lei, em desrespeito aos ditames legais e ao princípio constitucional da publicidade.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em julgar irregular o Termo de Retirratificação 2004/A-136, deles decorrente, pelo princípio da acessoriedade.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em deixar de acolher os efeitos financeiros produzidos.

ACORDAM, também, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar a cada um dos responsáveis identificados nos autos, a multa no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), com fundamento no inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar a expedição de ofício, acompanhado de cópia do relatório e voto do Relator e do presente Acórdão, ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta aos requerimentos feitos sobre a matéria.

ACORDAM, também, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar a expedição de ofício, acompanhado de cópia de inteiro teor deste Acórdão, à Procuradoria Geral do Município – PGM, para que adote as medidas cabíveis relativas à eventual necessidade de reparação de prejuízos e responsabilização dos responsáveis.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar que sejam cientificados deste Acórdão o Prefeito do Município de São Paulo – PMSP e a Câmara Municipal de São Paulo – CMSP.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, consoante voto apresentado em separado, julgou regulares os instrumentos em exame.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte realize o acompanhamento contábil da execução do Contrato 2004/086.

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, 13 de setembro de 2012.

ROBERTO BRAGUIM - Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES - Relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos do exame da Concorrência nº 30/2003, do Contrato nº 86/2004 dela decorrente e do Termo de Retirratificação nº 136-A/2004, celebrados entre a São Paulo Transporte S.A. e o Consórcio Queiroz Galvão/Andrade Gutierrez, tendo por objeto a execução de obras remanescentes da implantação da infraestrutura necessária à operação na linha Parque D. Pedro II – Sacomã, grupo de linhas 1, do Subsistema de Transporte Coletivo de Passageiros de Média Capacidade do Município de São Paulo (o popular “Fura-Fila”), no valor de R$ 143.797.208,53 (cento e quarenta e três milhões, setecentos e noventa e sete mil, duzentos e oito reais e cinquenta e três centavos)[1], equivalente a R$ 214.943.730,91 (duzentos e quatorze milhões, novecentos e quarenta e três mil, setecentos e trinta reais e noventa e um centavos) se atualizados para julho/2012, aplicando-se o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Em sua primeira manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade de todos os instrumentos analisados, nos seguintes termos:

---

[1] Valor fixado com base na tabela da então Secretaria de Serviços e Obras, vigente em junho de 2002 (conforme às folhas 300 dos autos) e correspondendo a R$ 214.943.730,91 trazidos a valor presente, por meio da aplicação da variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) no período, para jul/2012.

Irregularidade da Concorrência, em razão de:

1) Ausência de autuação do devido processo administrativo, contrariando o artigo 38 da Lei Federal 8.666/93[2];

2) Erros na planilha do orçamento, que assinalavam unicamente valores estimados para os serviços relativos às instalações elétricas e hidro-sanitárias, rede de prevenção e combate de incêndio e paisagismo, deixando de apontar os preços unitários e as quantidades dos itens que compõem cada um desses serviços. Além disso, apenas 23,5% (vinte e três inteiros e cinco décimos por cento) do valor global orçado (correspondentes, a época, a R$ 33.792.344,00 (trinta e três milhões, setecentos e noventa e dois mil, trezentos e quarenta e quatro reais) e, se atualizados para julho/2012, equivalentes a R$ 50.511.776,76 (cinquenta milhões, quinhentos e onze mil, setecentos e setenta e seis reais e setenta e seis centavos)[3] tiveram composição de preço conhecida, infringindo o inciso II do § 2º do artigo 7º da já citada Lei 8.666/93[4];

3) Cláusulas editalícias criando obstáculos ao princípio da competitividade do certame, como evidenciado pelos subitens 5.5.5 e 5.5.5.1 do edital[5], com disposições sobre comprovação da capacidade técnica e apresentação de atestados, em afronta ao artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal[6], ao artigo 3º, § 1º, inciso I, alínea "e", e aos §§ 3º e 5º do artigo 30 todos da Lei Federal 8.666/93;[7]

---

[2] Lei 8.666, de 1993, artigo 38: O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente

[3] atualmente equivalentes a R$ 50.511.776,76, atualizados pelo mesmo IPCA supra referido, jul/2012

[4] Lei 8.666, de 1993, artigo 7: As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: ...parágrafo 2º: As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: ...II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

[5] 5.5.5 A comprovação de capacidade técnica exigida no item 5.5.4 deverá ser feita pela apresentação de até 3 (três) contratos por PROPONENTE, devendo ser atendidos, ainda, as seguintes condições: 5.5.5.1 Todos os serviços/obras constantes nos subitens dos itens 5.5.4.1, 5.5.4.2, 5.5.4.3, 5.5.4.4 e 5.5.4.5 deverão estar contidos em um só contrato, admitindo-se, em caso de consórcios, a somatória de contratos executados por cada [*sic*] consorciadas, por atendido das quantidades.

[6] Constituição Federal, artigo 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

[7] Lei 8.666, de 1993, artigo 3: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.§ 1º - É vedado aos agentes públicos: ...I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Artigo 30: A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: ...§ 3º Será sempre admitida a comprovação de

4) Previsão de recursos sujeita à aprovação de Lei orçamentária, infringindo o inciso III do § 2º do artigo 7º da mesma Lei 8.666/93;

5) Falta de assinatura do edital, datado posteriormente à divulgação da licitação, em prejuízo do artigo 40, § 1º, da Lei Federal de licitações[8] e do artigo 19, § 2º, do Decreto Municipal 41.772/02, então vigente;[9]

6) Carência de prova da publicação eletrônica (na Internet) do edital, em desatenção ao artigo 9º do Decreto Municipal 41.722/02[10]; e

7) Ausência de clareza na redação adotada na cláusula 8ª do contrato, relativa ao início da aplicação do reajuste dos preços, contrariando os itens 1.2, 1.2.2 e 1.3 da Portaria da Secretaria Municipal da Fazenda n° 104/94[11].

Irregularidade do Contrato, em função de:

1) previsão de recursos sujeita à aprovação da Lei Orçamentária, infringindo o inciso III do § 2º do artigo 7º da mesma Lei 8.666/93;

2) falta de clareza no texto adotado na cláusula 8ª do contrato; e

3) atraso na publicação do extrato do Termo de Contrato, em desacordo com o artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02.

Por fim, a Auditoria concluiu, também, pela irregularidade do Termo de Retirratificação, por suceder Certame e Ajuste considerados irregulares (folhas 646 a 651; 654 a 655 e 657 a 659).

---

aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior; ...§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

[8] Lei 8.666, de 1993, artigo 40: O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:...§ 1º - O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

[9] Decreto 44.279, de 2003, que revogou o Decreto 41.772, de 2002, mantendo as mesmas disposições, no mesmo número de artigo. Artigo 19: Compete às comissões de licitação: ...§ 2º - Ao presidente da comissão de licitação cabe datar e assinar os atos convocatórios.

Tais disposições, todavia, foram mantidas com idêntico teor e mesmo número no Decreto 44.279, de 2003, que o revogou.

[10] Decreto 44.279, de 2003, artigo 9º (com idênticas disposições do Decreto supramencionado): Observado o disposto no artigo 17 da Lei nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, os atos convocatórios deverão ser divulgados pela "internet", na página da Prefeitura do Município de São Paulo.

[11] Portaria SF nº 104, de 1994, com instruções para a conversão de cruzeiro em real dos valores de prestação de serviços e execução de obras

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, opinando pela irregularidade da Licitação, do Ajuste e do Termo de Retirratificação (folhas 662 a 664).

A São Paulo Transporte – SPTrans foi oficiada e os Responsáveis[12] foram intimados. O então Presidente da SPTrans (e Signatário do Contrato) e o Diretor de Gestão, à época, (Ordenador do certame e co-Signatário do Contrato) apresentaram as suas razões.

Todos arguiram que a empresa tem método próprio para autuar seus processos. Além disso, alegaram que, tanto o ineditismo, quanto o porte da obra exigiram tratamento diferenciado das demais contratações, o que se refletiu, principalmente, na elaboração da planilha de preços. Asseveram que a falta de liberação de recursos orçamentários e as adequações do projeto durante a execução das obras teriam dificultado a individualização dos valores.

Assumiram a publicação extemporânea do sumário do contrato, mas insistiram na existência da divulgação eletrônica da convocatória (sendo que teria ocorrido apenas a falta de extração de uma via em suporte físico). Afirmaram, enfim, que nenhuma das disposições do edital teria restringido a competitividade no certame (folhas 671 a 688).

Após exame dos documentos e argumentos de defesa, a Coordenadoria V manteve o seu parecer pela irregularidade dos instrumentos ora tratados, no que foi acompanhada pela Área Jurídica desta Corte, que também pugnou pela irregularidade da Concorrência, do Contrato e do Termo de Retirratificação (folhas 814 a 819v°, 864 a 869 e 881 e 882).

Sobrevieram seguidos ofícios do Ministério Público, que, por cinco vezes, solicitou informações sobre o andamento do presente (folhas 801; 821; 831; 846; 870).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento dos instrumentos, ou subsidiariamente, a aceitação de seus efeitos financeiros.

Por derradeiro, a Secretaria Geral igualmente propugnou pela irregularidade do Certame, do Contrato e do Termo de Retirratificação, em face da ausência de aprovação de recursos na Lei Orçamentária e da inexistência da decomposição de custos por quantidade e preços na planilha do orçamento[13],

---

[12] **Gerson Bittencourt**, ordenador da despesa e signatária do Contrato, então Diretor Presidente da SPTrans. Apenas ele apresentou defesa; **José Evaldo Gonçalo**, também signatário do contrato, então Diretor de Gestão da empresa e, na sequência, seu Presidente; também firmou o termo aditivo, juntamente com **Eliel Rodrigues Marins**, diretor de Finanças e Administração.

[13] A Secretaria Geral observou que as falhas na autuação do processo administrativo ocorreram em época anterior ao Comunicado da Presidência nº 035, de 2004, pelo qual a SPTrans, acatando sugestão desta Corte de Contas, aceitou modificar a forma de autuação de seus processos administrativos. Dessa forma, na linha dos pareceres já emitidos por aquela Secretaria, esta se manifestou pela relevação dessa anormalidade, da mesma forma que

entendendo serem releváveis as falhas pela não autuação do processo, pelo atraso na publicação do ajuste e ausência de clareza na redação da cláusula oitava do contrato (folhas 937 a 945).

É o relatório.

VOTO

Graves irregularidades marcaram o Certame e a Contratação ora em exame, sendo que, as razões de defesa apresentadas pelos Interessados não tiveram o condão de dirimi-las, motivo pelo qual, os Órgãos Técnicos e a Secretaria Geral, mantiveram, à unanimidade, as suas conclusões iniciais pela irregularidade dos instrumentos em razão do seguinte:

1- Desvios na formulação da planilha do orçamento, em razão da precariedade com que foi elaborada, sem a devida decomposição dos preços e quantidades unitárias nos subitens integrantes dos itens, afrontando o artigo 7°, inciso II, do § 2º, da Lei 8.666/93, ferindo, ainda, o princípio da legalidade que, por mandamento constitucional (artigo 37 da Constituição Federal[14]), deve conduzir a Administração Pública, em todos os níveis;

2- Falta de autuação do processo administrativo, em inobservância ao *caput* do artigo 38 da Lei Federal 8.666/93[15], o que, por si só, ditaria a nulidade dos instrumentos ora julgados, por se tratar de formalidade essencial. Não procedem as alegações da SPTrans de que, por não se sujeitar aos preceitos da aludida Lei Federal de Licitações, segue método particular de autuação de processos. Ora, a questão é incontroversa na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que a Lei Geral das Licitações e Contratações possui incidência em todas as contratações públicas, inclusive, nas realizadas pelas sociedades de economia mista controladas, direta ou indiretamente, pelos Municípios, ilação que se extrai clara do parágrafo único do seu artigo 1º da aludida Lei;

3- Disposições no edital restringindo o princípio da competitividade do certame, ao exigir exibição de três instrumentos contratuais anteriores para comprovação da capacidade técnica dos licitantes;

4- Ausência de previsão orçamentária na abertura do certame e, consequentemente, na contratação, em flagrante violação à regra do inciso III do § 2º do artigo 7º da mesma Lei 8.666/93;

---

entendeu releváveis a publicação fora de prazo do extrato do ajuste, a falta de assinatura no edital, a ausência de clareza na clausula 8ª do contrato e a divulgação intempestiva na Internet.

[14] Constituição Federal, artigo 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...

[15] Lei 8666, de 1993, artigo 38: O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente (grifos nossos).

5- Falta de assinatura no edital, em desobediência ao artigo 40, § 1º, da Lei Federal 8.666/93 e ao artigo 19 do Decreto Municipal 44.279/03[16], frisando que a licitação pública não é outra coisa senão um conjunto de formalidades impostas à Administração, como condição para garantir o princípio da isonomia na celebração de contratos, não se justificando a atribuição de maior importância a umas em detrimentos de outras;

6- Ausência de comprovação da publicação eletrônica do edital, ao arrepio do artigo 9º do Decreto Municipal 44.279/03[17];

7- Precariedade na redação da cláusula 8ª do contrato, pondo em risco o uso correto do mecanismo de reajuste aplicável aos valores ajustados; e

8- Publicação do resumo do contrato fora do prazo previsto em lei, em desrespeito aos ditames legais e ao princípio constitucional da publicidade.

A irregularidade do Termo de Retirratificação é decorrente, no caso, do princípio da acessoriedade.

Diante de todo o exposto, com base nos pareceres dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO irregulares a Concorrência nº 030/2003, o Contrato nº 086/2004 e o Termo de Retirratificação nº 136-A/2004[18], deixando de acolher os seus efeitos financeiros.

Com amparo no inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80, aplico, a cada um dos Responsáveis, identificados nos autos, a multa no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos).

DETERMINO a expedição de Ofício, acompanhado de cópia do relatório e voto da decisão a ser alcançada ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta aos requerimentos constantes dos autos.[19]

Determino que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle

---

[16] Notas de rodapé 6 e 7 da página 2

17 Decreto Municipal 44.279, de 2003, art. 9º. Observado o disposto no artigo 17 da Lei nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, os atos convocatórios deverão ser divulgados pela "internet", na página da Prefeitura do Município de São Paulo.

[18] Contrato no valor, à época da contratação, de R$ 143.797.208,53 (cento e quarenta e três milhões, setecentos e noventa e sete mil, duzentos e oito reais e cinquenta e três centavos) atualmente equivalentes a R$ 238.336.377,00 (duzentos e trinta e oito milhões, trezentos e trinta e seis mil, trezentos e setenta e sete reais),

[19] Foram enviados pelo MP cinco ofícios reportados no relatório, o primeiro deles datado de 14 de maio de 2007; o último, de 17 de junho de 2009.

O Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, requisitou informações e cópia de Decisão eventualmente já proferida,[19] visando instruir procedimento instaurado no âmbito daquele Órgão, sendo o último Ofício enviado a este Tribunal, em 13 de dezembro de 2010 (Ofício nº 9.840/2010).

realize o acompanhamento contábil da execução do Contrato nº 86/2004.

Determino, também, a expedição de ofício, acompanhado de cópia de inteiro teor da decisão a ser alcançada, à Procuradoria Geral do Município, para que adote as medidas cabíveis relativas à eventual necessidade de reparação de prejuízos e responsabilização dos responsáveis.

Determino, por fim, sejam cientificados da Decisão a ser alcançada pelo Plenário deste Tribunal o Prefeito e à Câmara Municipal de São Paulo.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro MAURICIO FARIA

Não é possível lidar com as irregularidades apontadas sem que antes as situemos no contexto de todo o período que marca a implantação do programa comumente conhecido como “Fura-Fila”.

A partir da ideia-fantasia lançada na campanha eleitoral de 1996, a concepção inicial do programa surgiu em 1997, e sua contratação ocorreu em 1998. Na medida em que a licitação se pautou somente pelo projeto básico, e a Administração contratante optou por realizar o projeto executivo de forma concomitante com a obra, explorando o permissivo legal, o programa foi sendo objeto de sucessivas redefinições que ficaram evidentes ao se comparar o projeto inicial com o que efetivamente foi realizado no trecho Sacomã – Parque Dom Pedro, cuja operação somente teve início 10 anos depois, em 2007, e no trecho de ligação com a Vila Prudente, cuja operação somente teve início 12 anos depois, em 2009.

Dessa mera constatação, por enquanto desprendida de qualquer juízo, surge o seguinte:

Em linhas gerais, podemos dividir esse longo período em três fases distintas, ou seja, uma primeira fase de implantação inicial decorrente da assinatura do Contrato nº 04/98; uma segunda fase de retomada definida por um processo de detalhamento do projeto a partir de 2001, correspondente às definições do Termo Aditivo nº 11/02; e uma terceira fase que compreende a decisão de extinção do contrato então vigente e a realização de duas novas licitações, das quais surgiram o Contrato nº 86/04, referente à contratação do remanescente de obras dos trechos 01 e 02, e o Contrato nº 70/04, que se refere às obras do trecho 03.

No âmbito desta Corte de Contas, houve a apreciação do Contrato nº 04/98 e de seus respectivos aditamentos (as duas primeiras fases, portanto), no âmbito dos TCs nºs 72.003.189.98-33 e 72.001.008.03-55, quando restou definido o acolhimento, por unanimidade, do contrato e, de outra parte, a rejeição do Termo Aditivo nº 11 por maioria de votos, sob o fundamento de que as alterações de projeto introduzidas pelo aditamento ultrapassavam o limite

quantitativo de acréscimo permitido em lei. Contudo, não houve qualquer restrição aos elementos técnicos e às planilhas de redefinição do projeto, seja no âmbito da manifestação da Auditoria, seja no âmbito do próprio julgado.

Por sua vez, no processo ora em julgamento, verifica-se a análise do Contrato nº 86/04 (trechos 01 e 02). Já o Contrato nº 70/04 (trecho 03), este é analisado no âmbito do TC nº 72.003.509.05-83.

Estabelecido esse panorama em que se pretende situar etapas diferentes da implementação do "Fura-Fila" e as correspondentes fiscalizações realizadas por este Tribunal de Contas, é possível extrair uma conclusão que, no meu modo de ver, é absolutamente relevante ao deslinde das questões a serem enfrentadas no processo "sub judice", quais sejam:

As ações administrativas nominadas como terceira fase foram analisadas por esta Corte de forma exclusivamente voltada às licitações e aos contratos, mas nem sequer tangenciaram uma abordagem acerca da extinção do Contrato nº 04/98, ou quanto, no caso, esta rescisão contratual representou uma gestão razoável que permitiu levar adiante o empreendimento, seja como um elemento de superação à solução de projeto que enfrentou dificuldades de ordem técnica desde o seu nascedouro, seja como forma de prevenção a eventuais condenações judiciais do Município de São Paulo.

De fato, dos autos se depreende que as novas soluções de gestão do empreendimento, no sentido de novas licitações e contratações, surgiram da necessidade de administrar os direitos de um primeiro contratado que detinha o objeto de forma já julgada regular, mas cujas soluções nele previstas já não mais atendiam às necessidades de implantação do sistema de transporte segregado, apesar dos gastos realizados.

Cabe ressaltar, ainda, que se a opção para incorporar as novas soluções técnicas que viabilizaram o sistema fosse a de incluí-las no âmbito do próprio contrato firmado em 1998, surgiriam indubitáveis questionamentos acerca do desvirtuamento do objeto, bem como infindáveis discussões acerca da aceitação ou reprovação de acréscimos de natureza qualitativa. Aliás, isso já estava presente na forma como foi julgado o Termo Aditivo nº 11/02.

Por outro lado, pelo que é possível compreender, as soluções não mais passavam pelo próprio Contrato nº 04/98, o que ensejou o cômputo do já realizado a autorizar a decisão de rescisão, posto que, desta forma, ao mesmo tempo, afastava os riscos de eventual indenização ao então contratado (em face do eventual argumento de ser ainda detentor do objeto) e também viabilizava a continuidade do processo de implantação do VLP.

Apesar de os relatórios produzidos pela Auditoria não terem voltado seu foco às medidas de transição supra dispostas, o que por si só já representa certo prejuízo de análise global, apontaram, por outro lado, aspectos de irregularidade que remetem àquela compreensão de evolução de projeto, e disso

estamos a falar em relação à planilha de orçamento, em relação à falta de previsão orçamentária e, ainda, em relação à restritividade na comprovação técnico-profissional a ser demonstrada em até três atestados.

Planilha de Orçamento:

Quanto a este tópico, duas situações são apontadas pelo relatório da Auditoria.

A primeira delas refere-se à alegação de que apenas 23,5% do valor orçado teve a composição de preço conhecida.

Na verdade, as composições de custos eram conhecidas na sua integralidade, e não apenas no percentual de 23,5% do valor global como concluiu o relatório da Auditoria, pois este percentual menor correspondia às tabelas da então Secretaria de Serviços e Obras-SSO, e o restante, tido como desconhecido, se apresentava como remissão à antiga planilha constante do Contrato nº 04/98. Nesse ponto, mais uma vez, reitero o fato de que, se as análises da licitação e do correspondente Contrato nº 86/04 tivessem se voltado às definições de adequação de projeto produzidas antes mesmo da rescisão levada a efeito em 2003, e que foram reproduzidas para construir as bases da licitação no mesmo ano, problemas dessa ordem teriam sido desde logo esclarecidos.

A segunda situação apontada refere-se à alegação de erro na planilha por assinalar valores estimados para os serviços relativos às instalações elétricas e hidrossanitárias, rede de prevenção e combate a incêndio e paisagismo, sem apontar os preços unitários e quantitativos dos itens.

Esta irregularidade, em especial, será objeto de análise em separado ao final deste voto, tendo em vista que não se insere nessa dinâmica que trata da conexão entre o momento de encerramento do primeiro contrato e a licitação do remanescente de obras.

Falta de Previsão Orçamentária:

Neste ponto, o problema da transição no desenvolvimento evolutivo da obra se mostrou ainda mais contundente, pois a compreensão de que não havia disponibilidade financeira para a licitação, e o subsequente Contrato nº 86/04 simplesmente desconsidera o saldo remanescente do contrato anterior, o qual estava sendo rescindido, e que naturalmente serviria de cobertura para as despesas previstas, como de fato ocorreu.

Restritividade na comprovação técnico-profissional demonstrada em até três atestados:

Quanto às alegações relativas à comprovação da capacidade técnico-profissional, há exceções em que a limitação de atestados seria

importante para assegurar a exequibilidade da obra, desde que sua complexidade fosse justificada tecnicamente e de forma detalhada.

No caso, a Origem demonstrou as razões que levaram às exigências inseridas no edital, dando conta da área ampla de intervenção da obra, bem como das adjacências que, por óbvio, sofreriam suas influências. Descreveu a localização e o desenvolvimento de cada intervenção, envolvendo obras de grande porte e de engenharia pesada, e as potenciais dificuldades técnico-operacionais a serem enfrentadas, que vão desde o cadastro deficiente das interferências (que certamente obrigará a execução de prospecções e levantamentos adicionais), passando pela existência de reservatórios de gás pertencentes a ULTRAGÁS, pela existência de galeria de águas pluviais ao longo da Avenida Luiz Ignácio de Anhaia Mello, pela necessidade de transposição das linhas da CPTM e do rio Tamanduateí, pela alta concentração de comércio e de pedestres na região, pelo carregamento de tráfego no limite da saturação (não permitindo a execução de obras com interdição de faixa de tráfego sem comprometimento da operação do sistema viário), além das restrições existentes às rotas de desvio, dado o fato de o viário adjacente ser composto de vias de curta extensão e baixa capacidade.

Restou claro, assim, que a complexidade alegada não se restringe ao conteúdo técnico das obras em si, mas também a todo o entorno envolvido sobre o qual certamente incidiria o reflexo de qualquer falha operacional da obra, motivando desta forma a adoção da limitação de comprovação de capacidade técnico-operacional a três atestados, em função da complexidade de escala e de concomitância das intervenções, a bem do interesse público.

Os propósitos da Origem, cujas razões depreende-se a necessidade de demonstração da execução **simultânea**, são determinantes, neste caso, por todas as razões apresentadas, pois o objetivo consistia em garantir a consecução do objeto por parte da proponente, abarcando intervenção viária (incluindo viadutos) e grandes terminais de ônibus, o que torna perfeitamente razoável a exigência de comprovação de capacidade em até três contratos.

Falta de assinatura do edital; ausência de comprovação da publicação eletrônica do edital; extemporaneidade na publicação do resumo do contrato e precariedade na redação da cláusula de reajuste:

Em relação a esses apontamentos, filio-me ao entendimento esposado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, considerando todos releváveis não apenas diante dos esclarecimentos apresentados pela Origem, mas, também, pela natureza formal destes.

Autuação de Processo Administrativo:

Quanto à autuação de processo administrativo, reitero minha posição que destaca: 1- a necessidade de instauração formal e plena do

processo administrativo, inclusive por admitir que este constitui instrumento de garantia dos direitos individuais; 2- a necessidade de verificação, em cada caso concreto, da efetiva existência de prejuízo ou comprometimento da finalidade para a qual o processo se destina; 3- quanto aos atos de que cuidam os presentes autos, minha conclusão é de que não houve vício insanável capaz de macular os ajustes, nem óbice ao exercício do controle externo na análise da respectiva documentação, embora esta não estivesse organizada conforme deveria. Tanto é assim que os conteúdos dos atos administrativos documentados no processo podem ser perfeitamente analisados no relatório e voto do Relator e demais Conselheiros.

Não obstante todo o exposto, afastando os referidos apontamentos de irregularidade supra dispostos, há um único aspecto pertinente a ser considerado, relacionado à planilha, mais especificamente nos itens "instalações elétricas, instalações hidráulicas, instalações de prevenção e combate a incêndio e paisagismo", quando a Auditoria afirma que estes não poderiam ter sido previstos por valor global.

Neste ponto, não se pode olvidar que eles tiveram todo o seu detalhamento já contido na planilha do Contrato nº 04/98 e, por consequência, a específica razão relacionada aos quatro itens incluídos por preço global parece-me insuficiente para justificar a rejeição da licitação e dos ajustes decorrentes. Ademais, eventual desvirtuamento na composição de tais custos se traduziria efetivamente numa impropriedade que somente se poderia realizar ao tempo da própria execução contratual, da qual não trata o presente julgado.

Cumpre ainda destacar que a manifestação conclusiva da Assessoria Jurídica de Controle Externo trouxe novos elementos ao processo, decorrentes de Relatório Sintético do Levantamento de Auditoria/2007, do Tribunal de Contas da União, que apontou diversos indícios de irregularidade relacionados à fase de execução Contrato nº 086/04, e, também, por essa razão, impõe-se como medida necessária a determinação de análise da sua execução.

Em face de todo o exposto, julgo regulares a CP nº 030/03, o Contrato nº 086/04 e o Termo de Retirratificação nº 2004/A-136, pois, a despeito dos custos para os serviços de instalações elétricas, hidráulicas, combate a incêndio e paisagismo terem suas definições por preço global, havia referência de preços em razão dos domínios já presentes nos termos de referência constantes do Contrato nº 04/98.

Assim, se impropriedades eventualmente surgiram quanto ao pagamento dos serviços supracitados, estas se apresentaram na execução contratual, razão pela qual determino a análise desta, com a vinda aos autos de todos os aditamentos celebrados, ficando o reconhecimento dos efeitos financeiros submetidos ao resultado dessa verificação de execução dos ajustes e ao respectivo julgamento.