ACO-UTR-259/2023

Processo	-	TC/003509/2005
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal, São Paulo Transporte S.A, Consórcio Carioca/Andrade Gutierrez, Ana Maria Andrade, Gerson Luís Bittencourt, Vanice Maria Cobêro dos Santos, Vera Lucia Conceição Caprioli Gutierrez, Waldomiro Carlos Moreira, Jilmar Agostinho Tatto e José Evaldo Gonçalo
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 13/9/2012 – Concorrência 19/2003 – Contrato 2004/70 – Prestação de serviços de execução de obras civis a serem realizadas na implantação do Ramal Vila Prudente, do entroncamento da Linha Sacomã/Parque Dom Pedro II até o Viaduto sobre a Avenida Salim Farah Maluf – Terminais São Lucas e Cohab Teotônio e sistemas eletrônicos

43ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS S.A. Obras civis. Ramal Vila Prudente. VLP. Decisão que julgou irregulares os ajustes por exigências restritivas, ausência de autuação de processo e de projeto básico. 1. Para o exercício do contraditório é fundamental que se dê ciência às partes da existência do processo e que se possibilite apresentação de defesa. Acolhida preliminar de cerceamento de defesa. Precedente TC 2.434/2002. CONHECIDOS. DECLARADA A NULIDADE DO ACÓRDÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/001734/2008, TC/003508/2005, TC/003509/2005, TC/001583/2006, TC/004100/2006 e TC/004103/2006, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, diante da ausência de intimação das contratadas e dos responsáveis na fase instrutória de análise dos instrumentos e, ainda, o que restou decidido por este Pleno no julgamento do processo TC/002434/2002, em declarar a **nulidade** do Acórdão de fls. 784/785, em respeito aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, procedendo ao **arquivamento** dos autos pela prejudicialidade de seu prosseguimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 24 de maio de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator

/lsr

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 22/06/2023 09:02:54 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 22/06/2023 11:21:50 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

e-TCMs:	**1583/2006** **4100/2006** **4103/2006** **3508/2005** **3509/2005** **1734/2008**
Interessados:	Secretaria Municipal de Transportes, São Paulo Transportes, Câmara Municipal de São Paulo, Subprefeitura de Pinheiros
Responsáveis:	Frederico Bussinger Ulrich Hoffmann Alexandre de Moraes Gerson Luis Bittencourt Vera L. C. Caprioloi Gutierrez Waldomiro Carlos Moreira Vanice Maria Cobêro dos Santos Ana Maria Andrade José Evaldo Gonçalo Vanessa Ortali Ronaldo Souza Camargo Angelo Andrea Matarazzo Nilton Elias
Objeto:	Termo de Acordo firmado com as Concessionárias do serviço de transporte coletivo público de passageiros para substituição dos veículos com mais de 10 anos de idade. Prestação de serviços de conservação de áreas urbanizadas, ajardinadas, praguejadas e sem seu entorno, poda e remoção de árvores através de equipes (Agrupamento XI). (AGRUPAMENTO XI (TC 1734/2008)

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS. SMT. SUBPREFEITURA PINHEIROS. 1. Preliminar de nulidade arguida. 2. Para o

exercício do contraditório é fundamental que se dê ciência às partes da existência do processo e que se possibilite apresentação de defesa. CONHECIDOS. ACOLHIDA preliminar de cerceamento de defesa. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Relatarei em conjuntos os processos autuados, respectivamente nos TCs 1583/2006, 4100/2006, 4103/2006, 3508/2005, 03509/2005 e 1734/2008, os quais, neste estágio processual, cuidam de análise de Recursos Ordinários interpostos e de Embargos de Declaração opostos em face de v. Acórdãos proferidos por este Tribunal, a saber:

1) - TC 1583/2006:

Trata o presente, neste estágio processual, de análise dos Recursos ordinários interpostos Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 565/591), pelo Consórcio Sete (fls. 737/806), pelo Consórcio Cinco (fls. 807/812), pela Via Sul Transportes Urbanos Ltda. (fls. 807/896), pelo Consórcio Sudoeste de Transporte (fls. 920/950), pelo Consórcio Unisul (fls. 951/982), pela empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (fls. 983/1002), pelo Consórcio Bandeirante de Transporte (fls. 1004/1072), pelo Consórcio Plus (fls. 1073/1138) e por Frederico Bussinger (fls. 1139/1140), todos objetivando a reforma do v. Acórdão de fls. 550/551, que julgou irregular o Termo de Compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes (SMT) e as Concessionárias de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de

São Paulo, bem como o correspondente 2º Termo de Aditamento, considerando, por conseguinte, ilegal a autorização para complementação da remuneração por passageiro registrado, e irregular a introdução de novo cronograma de renovação da frota de veículos, determinando, ainda, que os efeitos financeiros fossem enfrentados no âmbito dos processos que cuidam do acompanhamento da execução dos contratos de concessão.

Os Recorrentes, em preliminar, pleitearam a nulidade do v. Acórdão, diante da ausência de intimação acerca da tramitação do presente processo, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos, ressaltando que os recorrentes Consórcios Bandeirante, Sudoeste de Transporte, Unisul e Plus, Sambaíba Transportes Urbanos e Sr. Frederico Bussinger Sete obtiveram dilação do prazo recursal por 30 (trinta) dias.

2) TC 4100/2006

Neste estágio processual, trata o presente de análise dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 56/82), pelo Consórcio Sete (fls. 202/269), pela Via Sul Transportes Urbanos Ltda. (fls. 270/359), pelo Consórcio Sudoeste de Transporte (fls. 393/424), pelo Consórcio Unisul (fls. 579/609), pela empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (fls. 425/444), pelo Consórcio Bandeirante de Transporte (fls. 445/512) e pelo Consórcio Plus (fls. 513/578), todos objetivando a reforma do v.

Acórdão de fls. 53/54, que que julgou irregular o termo de compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transporte (SMT) e as Concessionárias de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo, bem como o correspondente 2º Termo de Aditamento, considerando, por conseguinte, ilegal a autorização para complementação da remuneração por passageiro registrado, e irregular a introdução de novo cronograma de renovação da frota de veículos, determinando, ainda, que os efeitos financeiros fossem enfrentados no âmbito dos processos que cuidam do acompanhamento da execução dos contratos de concessão, decorrentes da Concessão nº 12/2002.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pelo Consórcio Sete e pela empresa Via Sul Transportes Urbanos Ltda., pelo conhecimento dos recursos interpostos pelos Consórcios Bandeirante e Sudoeste de Transporte, pela empresa Sambaíba Transportes Urbanos, tendo em vista que os recorrentes obtiveram a dilação do prazo recursal por 30 dias, e pelo não conhecimento dos recursos interpostos pelos Consórcios Unisul e Plus, por serem intempestivos.

3) TC 4103/2006

Trata o presente, neste estágio processual, de análise dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 64/90), pelo Consórcio Sete (fls. 210/290), pela Via Sul Transportes Urbanos Ltda. (fls. 291/380), pelo Consórcio Sudoeste de Transporte (fls. 414/444), pela empresa

Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (fls. 445/464), pelo Consórcio Bandeirante de Transporte (fls. 465/532), pelo Consórcio Plus (fls. 533/598) e pelo Consórcio Unisul (fls. 599/629), todos objetivando a reforma do v. Acórdão de fls. 61/62, que julgou irregular o termo de compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transporte (SMT) e as Concessionárias de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo, bem como o correspondente 2º Termo de Aditamento, considerando, por conseguinte, ilegal a autorização para complementação da remuneração por passageiro registrado, e irregular a introdução de novo cronograma de renovação da frota de veículos, determinando, ainda, que os efeitos financeiros fossem enfrentados no âmbito dos processos que cuidam do acompanhamento da execução dos contratos de concessão, decorrentes da Concessão nº 12/2002.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pelo Consórcio Sete e pela empresa Via Sul Transportes Urbanos Ltda., pelo conhecimento dos recursos interpostos pelos Consórcios Bandeirante e Sudoeste de Transporte, pela empresa Sambaíba Transportes, uma vez que os recorrentes ora citados obtiveram dilação do prazo recursal, e pelo não conhecimento dos recursos interpostos pelos Consórcios Unisul e Plus, por serem intempestivos.

Em todos os processos analisados, itens 1 a 3 deste Relatório, no que diz respeito à alegação de nulidade por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo

foi no sentido de que as concessionárias obtiveram conhecimento do processado e ofereceram a documentação de defesa antes do trânsito em julgado do v. Acórdão, de modo que houve a oportunidade efetiva de exercerem o direito de defesa, afastando, pois, o aludido vício.

Quanto ao mérito, a Assessoria Jurídica de Controle externo assinalou que o Termo de Compromisso pode ter decorrido de necessário reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos embora não devidamente justificado, cabendo à Origem apurar os efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes das irregularidades constatadas nestes autos, bem como justificar a este Tribunal de Contas, "as reais dimensões deste eventual reequilíbrio econômico financeiro", notadamente quanto à eventual apuração de dano ou prejuízo ao erário e/ou necessidade de ressarcimento de valores aos cofres municipais". Por considerar indispensável um exame técnico dos apontamentos, sugeriu o envio dos autos à Auditoria para competente análise, bem como opinou pelo deferimento do pedido formulado pelo Sr. Frederico Bussinger consistente na possibilidade de se fazer uma exposição aos Conselheiros deste Tribunal, tomada como "Sustentação Oral", opinando, ainda, mesmo em sede recursal, pelo deferimento do pedido de diligência formulado pelo Consórcio Plus para produção de perícia contábil-financeira, exibição de documentos e todas as demais provas admitidas em direito.

A Auditoria, por sua vez, tendo como base os processos de Acompanhamento da Execução Contratual julgados por esta Corte e aqueles ainda pendentes de julgamento, assinalou que, "conforme determinado nos Acórdãos, cabe a Origem apurar os efeitos financeiros e patrimoniais

decorrentes das irregularidades decididas neste processo, bem como justificar a este Tribunal de Contas, conforme sugerido pela Assessoria Jurídica de Controle Externo (AJCE), “as reais dimensões deste eventual reequilíbrio econômico financeiro”, notadamente quanto à eventual apuração de dano ou prejuízo ao erário e/ou necessidade de ressarcimento de valores aos cofres municipais.

A Procuradoria da Fazenda Municipal sugeriu a devolução dos autos à Subsecretaria de Controle Externo para efetiva manifestação em relação à sugestão formulada pela AJCE, salientando o entendimento quanto ao deferimento da produção de perícia contábil-financeira, além da apresentação de documentos. Ao final, reiterou e ratificou todos os termos do recurso interposto.

A Secretaria Geral acompanhou a AJCE pelo conhecimento dos recursos interpostos, com exceção dos recursos interpostos pelos Consórcios Unisul e Plus nos autos do TC 4100/2006 e 4103/2006, diante de sua intempestividade. Quanto às preliminares suscitadas de cerceamento de defesa, opinou pelo não acolhimento, endossando, quanto ao mérito, as manifestações da AJCE, de que o termo de compromisso pode ter decorrido de necessário reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, embora não devidamente justificado.

4) TC 3508/2005

Trata o presente, neste estágio processual, de análise dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 584/588), pelo Consórcio Carioca/Andrade Gutierrez (fls. 589/608), pela SPTrans (fls. 737/747 e 872/896), pela Sra. Ana Maria de Andrade – Gerente Geral do Gabinete da Presidência da SPTrans à época - (fls. 749/757), pelo Sr. Gerson Luis Bittencourt – Diretor Presidente da SPTrans à época - (fls. 758/770), pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto – Secretário Municipal de Transportes à época - (fls. 771/782 e 904/915), pelo Sr. José Evaldo Gonçalo – Diretor de Gestão da SPTrans à época - (fls. 783/794 e 904/915) e pelos membros da Comissão Permanente de Licitação (fls. 798/802), todos objetivando a reforma do v. Acórdão de fls. 582/583, que julgou irregular o Edital de Pré-Qualificação 001/2003, com aplicação de multa no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos) à Autoridade que homologou os resultados da pré-qualificação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos ordinários e pelo reconhecimento da ilegitimidade dos Srs. Vanice Maria Cobêro dos Santos, Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez e Waldomiro Carlos Moreira (membros da Comissão de Licitação), uma vez que não atuaram de fato no certame em questão, bem como da Sra. Ana Maria de Andrade, que ocupava cargo de Gerente Geral da Presidência – enquanto que o poder de decisão sobre o tema em análise era acometido à Gerência Geral de Licitações e Contratos – GLC, nos moldes do parecer de fls. 812/832.

No que diz respeito às preliminares de nulidade processual decorrente de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a Assessoria

Jurídica de Controle Externo opinou pelo não reconhecimento, por entender que a concessão à parte interessada do direito de apresentar defesa não pode ser confundida com a fase instrutória dos autos, na qual os Auditores realizam diligências para a coleta de dados contábeis e financeiros, entre outros, sendo que, quando do ingresso aos autos, por ocasião da interposição do recurso, os interessados podem exercer o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao mérito, opinou: (i) pela admissibilidade dos Recursos Ordinários interpostos (ii) pelo afastamento da preliminar arguida por Sr. Jilmar Tatto e Sr. José Evaldo Gonçalo; (iii) pelo provimento dos recursos interpostos por Vanice Maria Cobêro dos Santos, por Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez, por Waldomiro Carlos Moreira e por Ana Maria de Andrade, a fim de reformar o v. acórdão para reconhecer a ilegitimidade das partes indicadas; iv) pelo parcial provimento dos demais recursos interpostos, para que seja reformado o v. acordão apenas na parte em que foi considerada irregular a questão referente à ausência de previsão de recursos orçamentários, mantendo-se a Decisão quanto aos demais aspectos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou os termos do recurso ordinário interposto.

A Secretaria Geral acompanhou as manifestações expendidas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

5) TC 3509/2005

Cuida o presente, neste estágio processual, de análise dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 786/790), pelo Consórcio Carioca/Andrade Gutierrez (fls. 791/810), pela SPTrans (fls. 966/977 e 1.361/1.160), pela Sra. Ana Maria de Andrade – Gerente Geral do Gabinete da Presidência da SPTrans à época - (fls. 978/986), pelo Sr. Gerson Luis Bittencourt – Diretor Presidente da SPTrans à época - (fls. 987/998), pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto – Secretário Municipal de Transportes à época - (fls. 999/1011 e 1.260/1.270), pelo Sr. José Evaldo Gonçalo – Diretor de Gestão da SPTrans à época - (fls. 1012/1023 e 1.260/1.270) e pelos membros da Comissão Permanente de Licitação – Sras. Vanice Maria Cobêro dos Santos, Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez e o Sr. Waldomiro Carlos Moreira (fls. 1027/1031), todos objetivando a reforma do v. Acórdão de fls. 784/785, que julgou irregulares a Concorrência nº 019/2003 e o Contrato 2004/070 e aplicou multa à autoridade, aos ordenadores de despesa e signatários do Contrato, bem como não acolheu os efeitos financeiros do ajuste.

A Auditoria entendeu que os argumentos apresentados sanaram apenas o apontamento relativo à ausência de projeto básico, não alterando os demais entendimentos quanto às questões de cunho técnico.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 1.302/1.306) opinou pelo conhecimento dos recursos e quanto ao mérito pelo: (a) provimento dos recursos interpostos pelos Srs. Vanice Maria Cobêro dos Santos, Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez, Waldomiro Carlos Moreira e Ana Maria de Andrade, para reconhecer a ilegitimidade de parte dos recorrentes de fls.

1.071, (b) provimento parcial do recurso interposto pela PFM, no sentido de afastar a apreciação dos efeitos financeiros do presente julgamento, fls. 1.288, e (c) não provimento dos recursos interpostos pelo Consórcio Carioca/Andrade Gutierrez, por Jilmar Augustinho Tatto, por José Evaldo Gonçalo, por Gerson Luiz Bittencourt e pela SPTrans, com afastamento das preliminares arguidas, mantendo-se o v. Acórdão, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com exceção da matéria relacionada aos efeitos financeiros.

No que diz respeito às preliminares de nulidade processual decorrente de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo não reconhecimento.

A PFM – Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o conhecimento e o provimento dos recursos interpostos.

A Secretaria Geral acompanhou as manifestações expendidas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

6 – TC 1734/2008

Neste estágio processual, cuida o presente da análise dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Ângelo Andrea Matarazzo, fls.979/981 (peça 43), em face do V. Acórdão proferido por este Tribunal às fls. 957/958 (peça 14), que julgou irregulares o Pregão 002/SMSP/COGEL/2007 e o Contrato 004/SP-PI/2008, aplicando aos responsáveis indicados às fls. 746, a multa no valor de R$ 740,64 (setecentos e quarenta reais e sessenta e quatro centavos).

O Embargante alegou a ocorrência de omissão no v. Acórdão por não fazer menção à ausência de manifestação do Embargante na fase de instrução processual, em desobediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Alegou também a existência de omissão consistente na ausência de especificação dos atos por ele praticados que ensejaram a aplicação de multa.

Alegou, ainda, que o prejuízo não se presume, já que o mesmo deve ser provado e, aliando-se a isto, ressaltou o fato de que os atos da Administração gozam de presunção de legalidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos Embargos de Declaração e quanto ao mérito, pelo seu provimento (peças 49/50).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o provimento dos Embargos de Declaração (peça 53).

A Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento dos Embargos de Declaração. No mérito, acompanhou o entendimento da AJCE no sentido de que, muito embora a preliminar de cerceamento de defesa não se enquadre nas matérias previstas para a análise dos Embargos de Declaração, deve ser apreciada por se tratar de questão de ordem pública, podendo ser declarada *ex officio* pelo Órgão Julgador e alegada em qualquer grau de jurisdição.

Nesse sentido, concluiu pela possibilidade de acolhimento em parte dos Embargos, com efeitos infringentes, com a finalidade de excluir do texto da Decisão a parte em que a esfera do direito subjetivo do Embargante foi alcançada, com o cancelamento da multa a ele imposta, preservando-se, no mais, a integridade do v. Acórdão.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento os recursos interpostos em face de Decisões proferidas por este E. Tribunal, conforme especificado nos itens 1 a 6 do Relatório.

Em todos os processos analisados, em matéria preliminar, há alegações de cerceamento de defesa, por inexistir intimação na fase instrutória dos autos para apresentação de defesa.

No que diz respeito às preliminares arguidas, o art. 116, § 3º, do Regimento Interno desta Corte assegura a intimação dos "terceiros que tiverem participado do ato ou contrato questionado ou puderem ter sua esfera subjetiva de direitos afastada pela futura decisão do feito".

Embora a inovação regimental tenha se dado com a aprovação da Resolução nº 04, de 10/12/2003, a regra já existia na Constituição Federal, consagrando o princípio do contraditório e da ampla defesa, em seu art. 5º, LV, a saber:

> "LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

O que se verifica nos autos é que as Contratadas e os responsáveis deixaram de ser intimados durante a instrução processual que culminou com o julgamento pela irregularidade dos ajustes.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a falta de cumprimento da exigência legal configura "típica hipótese de nulidade processual absoluta", ou seja, fica caracterizado vício suficiente para anular todo o processo por ofensa à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Para o exercício do contraditório – garantia constitucionalmente assegurada em todas as etapas do processo – fundamental que se dê ciência às partes da existência do processo, e que se possibilite a apresentação de manifestação de defesa. Nesse sentido, o Regimento Interno desta Corte, alinhado aos ditames constitucionais, evidencia tal conteúdo ao estabelecer, no art. 121, que: "a ampla defesa, assegurada às partes **em todas as etapas do processo**, será exercida de acordo com os procedimentos estabelecidos neste Regimento". (Grifos nossos).

Além disso, o rigor na aplicação desse princípio pode ser confirmado com decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (processo 1012297-09.2013.8.26.0053 – 12ª Câmara, Relator Venicio Salles),

invalidando decisão desta Corte em situação em que não foi conferida oportunidade de manifestação das partes durante a instrução processual. No mesmo sentido, soma-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[1] e recente decisão desta Corte de Contas proferida nos autos do TC 2.436/2002, julgado na 3265ª Sessão Ordinária realizada em 15/03/2023.

No que diz respeito ao **TC 1734/2008,** cumpre consignar que, muito embora a preliminar de cerceamento de defesa não se enquadre nas hipóteses previstas para o cabimento dos Embargos de Declaração, entendo que por se tratar de questão de ordem pública, podendo ser declarada *ex officio* e alegada em qualquer grau de jurisdição, comporta acolhimento para declarar a nulidade por ausência de intimação do Sr. Angelo Andrea Matarazzo.

Pelo exposto, tendo em vista a ausência de intimação das Contratadas e dos responsáveis nas fases instrutórias de análise dos instrumentos e, ainda, o que restou decidido por este Pleno no julgamento do TC 2.434/2002, entendo que esta Corte deve declarar a **NULIDADE** dos Acórdãos de fls. 550/551 (TC 1.583/2006), fls. 53/54 (TC 4.100/2006), fls. 61/62 (TC 4.103/2006), fls.582/583 (TC 3.508/2005), fls.784/785 (TC 359/2005) e fls.957/958 (TC 1734/2008), em respeito aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, **procedendo o arquivamento dos autos por prejudicialidade do seu prosseguimento**.

[1] RMS28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJE 02/05/2014.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.

João Antonio

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 01/06/2023 09:35:37 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.509.05-83

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SPRANS. Execução de obras civis. Implantação do Ramal Vila Prudente. Entroncamento da Linha Sacomã/Parque Dom Pedro II até o viaduto da Av. Salim Farah Maluf. Terminais São Lucas e COHAB Teotônio. VLP. Exigências restritivas. Ausência de autuação de processo e de projeto básico. Previsão de recursos sujeita à aprovação. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. Votação por maioria.

Relatório e Voto englobado TCs: 72.003.508.05-10, 72.002.309.03-97

Legislação citada: Art. 16, § 4º, Lei 101/00. Art. 167, I, II, CF. Art. 7º, Lei 8.666/93.

A C Ó R D Ã O - ANULADO [1]

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.002.309.03-97 e 72.003.508.05-10 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 Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em julgar irregulares a Concorrência 019/2003 e o Contrato 2004/70, pelas seguintes razões:

1. não autuação de Processo Administrativo;

2. existência de exigências restritivas relativas à comprovação da qualificação técnica;

3. previsão de recursos sujeita a aprovação de Lei Orçamentária; e

4. ausência de projeto básico.

ACORDAM, também, por maioria, pelos mesmos votos, em deixar de acolher os efeitos financeiros do contrato.

[1] Anulado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC nº 3.509/2005, Sessão 43ª SONP, Relator João Antonio, Pleno, julgado em 24/05/2023.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar, com fundamento no artigo 52 e seguintes da Lei Municipal 9.167/80, a multa no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos) à Autoridade que homologou os resultados da concorrência, aos ordenadores de despesa e signatários do contrato, todos identificados nos autos.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar a expedição de ofício, acompanhado de cópia do relatório e voto 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 nos autos.

ACORDAM, também, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar, para ciência, a expedição de ofício, acompanhado do presente Acórdão, à São Paulo Transporte S.A. e aos responsáveis pelos atos imputados nos autos.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar, para ciência, a expedição de ofício, com cópia do presente Acórdão, à Procuradoria Geral do Município para que adote as medidas cabíveis quanto à eventual reparação de prejuízos e responsabilização dos Gestores Públicos, bem como ao Prefeito e à Câmara Municipal de São Paulo.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, nos termos de seu voto apresentado em separado, julgou regulares a Concorrência Pública 19/2003 e o Contrato 2004/70.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte realize o acompanhamento contábil da execução do Contrato 2004/70.

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 ENGLOBADO

Cuidam os autos do TC 3.508.05-10 da análise da concorrência de Pré-Qualificação nº 01/03, promovida pela São Paulo Transporte S.A., objetivando a seleção de empresas ou consórcio de empresas para a participação de futura Concorrência, do tipo menor preço, com vistas à execução das obras de infraestrutura para implantação do Ramal Vila Prudente do VLP (Veículo Leve Sobre Pneus), popularmente conhecido como Fura-Fila, no entroncamento da Linha Sacomã/Parque Dom Pedro II até a Avenida Salim Farah Maluf, e dos Terminais de Integração da extensão São Mateus.

Inicialmente, importante consignar que a abertura do processo licitatório foi autorizado por meio da Resolução SPTrans nº 53, de 25/02/2003 ao custo estimado de R$ 47.080.000,00 (quarenta e sete milhões e oitenta mil reais)[1], valor este equivalente a R$ 77.374.054,03 (setenta e sete milhões, trezentos e setenta e quatro mil, cinquenta e quatro reais e três centavos) se atualizado para julho/2012, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, com previsão de conclusão em 12 (doze) meses, contados da emissão da Ordem de Serviço.

Contudo, por meio da Resolução nº 99, de 14/04/03, houve a alteração do tipo de licitação "técnica e preço" para o tipo "menor preço", precedido de procedimento de pré-qualificação, nos moldes do artigo 114[2] da Lei Federal nº 8.666/93. A mesma Resolução, também, aprovou o acréscimo, ao objeto, da execução dos Terminais COHAB/Teotônio e São Lucas, resultando na elevação do custo estimado para R$ 74.000.000,00 (setenta e quatro milhões de reais), equivalente a R$ 118.889.833,64 (cento e dezoito milhões, oitocentos e oitenta e nove mil, oitocentos e trinta e três reais e sessenta e quatro centavos) se atualizado para julho/2012[3].

Em outubro de 2003, foi procedida retirratificação da Resolução anterior (nº 99/03) para a atualização dos preços unitários de março/03 para agosto/03 e alteração do prazo de execução para 15 (quinze) meses, passando o valor estimado ao montante de R$ 91.183.988,46 (noventa e um milhões, cento e oitenta e três mil, novecentos e oitenta e oito reais e quarenta e seis centavos), correspondente a R$ 143.049.823,63 (cento e quarenta e três milhões, quarenta e nove mil, oitocentos e vinte e três reais e sessenta e três centavos), se atualizado para julho/2012[4].

O relatório inicial da Auditoria concluiu pela irregularidade da Pré-Qualificação, em face das seguintes constatações:

---

[1] equivalente a R$ 77.374.054,03 se atualizado para jul/2012, pelo índice de preços ao consumidor amplo – IPCA.

[2] Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

[3] valor equivalente a R$ 118.889.833,64 se atualizado para jul/2012, pelo índice de preços ao consumidor amplo – IPCA

[4] equivalente da R$ 143.049.823,63, se atualizado para jul/2012, atualizado pelo índice de preços ao consumidor amplo – IPCA

1. não autuação de Processo Administrativo, infringindo o disposto no artigo 38, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, combinado com o artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.772/02;

2. existência de exigências restritivas relativas à comprovação da qualificação técnica, afrontando o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o inciso I do § 1º do artigo 3º[5] da Lei 8.666/93 e os §§ 1º, 3º e 5º do inciso I do artigo 30[6] do mesmo Diploma legal;

3. previsão de recursos sujeita à aprovação de Lei Orçamentária, com ofensa ao artigo 7º[7] da Lei 8.666/93;

4. ausência de projeto básico, em desacordo com o disposto no inciso I do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93;

5. ausência dos motivos de inabilitação das licitantes; e

6. ausência de divulgação do edital na internet, conforme exigência contida no artigo 9º do Decreto Municipal nº 41.772/02 (folhas 279/286 do TC 3.508.05-10).

Sucedeu às folhas 290/296, parecer jurídico acompanhando o entendimento da Auditoria pela irregularidade do procedimento de

---

[5] Art. 3º 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.

[6] Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)
§ 3º Será sempre admitida a comprovação de 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.

[7] Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência;
III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

pré-qualificação, às folhas 357/361 manifestação da São Paulo Transporte[8] e, às folhas 309/351, 416/418 e 364/370, novos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido da permanência das irregularidades anteriormente apontadas.

Após a apresentação das defesas do Presidente da Comissão de Licitação e demais Membros[9], e do Diretor Presidente[10] da SPTrans, à época dos fatos, às folhas 382/412, a Coordenadoria V ratificou sua conclusão inicial pela irregularidade do procedimento, afastando, todavia, as ressalvas mencionadas nos itens "5" e "6" acima citados, no que foi integralmente apoiada pela última manifestação da Assessoria Jurídica (folhas 455/456 e 457/473).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, com esteio nos argumentos da Origem, propôs o acolhimento da pré-qualificação (folhas 475/476).

A Secretaria Geral acompanhou, na íntegra, o posicionamento dos Órgãos Técnicos e propugnou pela irregularidade do procedimento de pré-qualificação (folhas 478/483).

O TC 2.309.03-97, ora julgado de forma englobada, trata de recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal em face do Acórdão[11] de folhas 169/170, que julgou procedente Representação oposta pela empresa Agiltec Ltda., em que alegava a presença de irregularidades no Edital da supra relatada Pré-qualificação nº 01/2003.

A Coordenadoria V, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral opinaram pelo conhecimento do recurso e, no mérito, por seu improvimento, por entenderem que não foram apresentados argumentos capazes de alterar a decisão recorrida (folhas 221/221v, 223/226 e 236/237 do TC 2.309/03-97).

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou suas razões de recurso, requerendo o conhecimento e provimento do apelo, a fim de reformar a decisão recorrida, tornando improcedente a Representação (folha 234).

O TC nº 3.509.05-83, também apreciado de forma

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

[8] Manifestações da SPTrans assinadas pelo Sr. Gerson Luis Bittencourt, na qualidade de Diretor Presidente da SPTrans à época dos fatos.

[9] Membros da Comissão de Licitação e Presidente da Comissão, respectivamente: Vanice Maria Cobêro Dos Santos, Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez e Waldomiro Carlos Moreira

[10] Sr. Gerson Luis Bittencourt. Identificado à folha 382.

[11] *"Acordam... quanto ao mérito, no tocante à impugnação do Índice Geral de Endividamento fixado no edital epigrafado, em julgá-la improcedente. (...), em julgar procedente a representação formulada quanto à exigência editalícia da capacitação técnico-profissional por apenas três atestados, fato que caracteriza restrição à competitividade do certame, em afronta ao artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e aos artigos 3º, parágrafo 1º, inciso I, e, e 30, parágrafos 3º e 5º, da Lei Federal 8.666/93, determinando que se oficie à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, para que promova a devida adequação."*.

conjunta, cuidou da análise da Concorrência nº 019/03 e do Contrato nº 70/2004 dela decorrente, firmado entre a São Paulo Transporte S.A. e o Consórcio Carioca/Andrade Gutierrez, formado pelas empresas Carioca Christiani Nielsen e Andrade Gutierrez, visando à execução das obras do ramal Vila Prudente do VLP (Veículo Leve Sobre Pneus) já mencionado acima, "obras no entroncamento da linha Sacomã/Parque Dom Pedro II, até o viaduto sobre a Av. Salim Farah Maluf, Terminais São Lucas e COHAB /Teotônio e Sistema Eletrônico – VLP", no valor de R$ 90.365.775,15 (noventa milhões, trezentos e sessenta e cinco mil, setecentos e setenta e cinco reais e quinze centavos), equivalente a R$ 135.076.035,59 (cento e trinta e cinco milhões, setenta e seis mil, trinta e cinco reais e cinquenta e nove centavos) se atualizado para julho/2012[12].

A conclusão inicial da Coordenadoria V, acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, foi pela irregularidade da Concorrência e do Contrato, em razão das seguintes impropriedades:

Na Concorrência:

1.) decorrer de procedimento de Pré-Qualificação, analisado no TC nº 3.508.05-10, considerado irregular;

2.) não autuação de Processo Administrativo, infringindo o disposto no artigo 38,[13] *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, combinado com o artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.772/02;

3.) previsão de recursos orçamentários sujeita à aprovação de Lei Orçamentária; e

4.) ausência de projeto básico, infringindo o disposto no inciso I do artigo 7º da Lei 8.666/93 e ausência de apresentação do cronograma físico-financeiro, infringindo o inciso III do § 2º do artigo 7º[14], combinado com o artigo 116, incisos III e V, do § 1º, também da Lei 8.666/93.

No Contrato:

1. previsão de recursos sujeita à aprovação da Lei Orçamentária; e

2. decorrer de licitação considerada irregular (folhas 432/441 e 602/603).

---

[12] equivalente a R$ 135.076.035,59 se atualizado para jul/ 2012, se atualizado pelo índice IPCA.

[13] Art. 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

[14] Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
§ 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;

Sobreveio aprofundada instrução processual com a apresentação de esclarecimentos pela São Paulo Transporte[15] às folhas 460/492, pelo Diretor Presidente[16] à época dos fatos, e pela então Gerente Geral do Gabinete da Presidência[17], às folhas 533/542 e 544/557, seguida de oferecimento de defesa pelo Presidente e demais Membros integrantes da Comissão de Licitação[18], às folhas 573/598 e, por fim, novas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle às folhas 497/500 e 560/564 e da Assessoria Jurídica, às folhas 445/447 e 503/512.

O último pronunciamento exarado pela Auditoria foi no sentido de que as defesas apresentadas não tiveram o condão de afastar as irregularidades inicialmente apontadas (folhas 432/441).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em sua manifestação derradeira, acompanhou, na íntegra, o entendimento da Especializada, mantendo o seu parecer pela irregularidade da Concorrência e do Contrato.

Ademais, colacionou a informação de que o tema em debate é tratado perante o Tribunal de Contas da União, nos autos dos processos nºs 7.131/2006 e 9.739/2007, no qual foram apontadas irregularidades no Edital 1/2003, na Concorrência 18/2003 e no Contrato 70/2004 (que também se utilizou de recursos provenientes da União) (folhas 605/608 e 620/621).

O Órgão Fazendário, perfilhando dos argumentos aventados pela Origem, propugnou pela regularidade dos instrumentos (folhas 665/666).

A Secretaria Geral, por seu turno, na senda do exposto pelos Órgãos Técnicos, opinou pela irregularidade da Concorrência e do Contrato, salientando que a falta de autuação do processo administrativo, bastaria para comprometer todo o procedimento, por se tratar de formalidade essencial.

Não obstante, destacou serem também irregulares a falta de projeto básico e o fato da previsão de recursos encontrar-se sujeita à aprovação de Lei Orçamentária, por se tratarem de pressupostos indispensáveis à instauração do procedimento licitatório (folhas 668/677).

Ressalte-se, por fim, que o Ministério Público do Estado de São Paulo, Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, requisitou informações sobre os processos.

---

[15] São Paulo Transporte S/A: na pessoa Sr. Gerson Luis Bittencourt.
[16] Sr. Gerson Luis Bittencourt
[17] Sra. Ana Maria de Andrade
[18] Membros da Comissão e presidente da Comissão, respectivamente: Vanice Maria Cobêro Dos Santos, Vera Lucia Conceição Caprioli Gutierrez e Waldomiro Carlos Moreira

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Compartilho do entendimento expressado pelos Órgãos Técnicos e pela Secretaria Geral no sentido da irregularidade de todos os instrumentos sob exame, em razão do seguinte:

1. não autuação de Processo Administrativo;

2. existência de exigências restritivas relativas à comprovação da qualificação técnica;

3. previsão de recursos sujeita a aprovação de Lei Orçamentária; e

4. ausência de projeto básico.

Em verdade, as impropriedades pontuadas na fase de pré-qualificação, bastariam, por si só, para macular todos os atos consecutivos. Não obstante, também foram constatadas ilicitudes[19] na Concorrência e no Contrato que a seguiram, comprometendo igualmente a sua aprovação e, sobre as quais, seguem algumas considerações.

Primeiramente, quanto à irregularidade por exigências restritivas para comprovação de qualificação técnica, a legislação regente é objetiva quando as delimita à garantia do cumprimento satisfatório do objeto, sob pena de ofensa ao caráter competitivo do certame, à redução indevida do universo de participantes e aos princípios constitucionais da isonomia e igualdade.

Foram consideradas ilegais e limitativas de participação de interessados as seguintes exigências:

1º- de comprovação de capacitação técnico-profissional limitada a 3 contratos[20];

2º- Exigência de comprovação de execução de viaduto ou ponte rodoviária com extensão mínima de 1.000 m (mil metros) em área urbana, quando a capacidade técnica a ser comprovada para pontes e viadutos se caracteriza por meio da metodologia construtiva de extensão de cada vão livre e não da extensão total;

---

[19] São exatamente as mesmas irregularidades.
1.) não autuação de Processo Administrativo; 2.) existência de exigências restritivas relativas à Comprovação da Qualificação Técnica; 3.) previsão de recursos sujeita a aprovação de Lei Orçamentária; e 4.) ausência de projeto básico.

[20] (item 3.5.2 - fl. 97).

3º - Exigência de comprovação de execução de terminal de passageiros com área mínima de 3.000m^2 (três mil metros quadrados), quando, na realidade, o Terminal São Lucas teria área de 572 m^2 (quinhentos e setenta e dois metros quadrados) de edificação em concreto e alvenaria e cobertura em estrutura metálica de 2.132 m^2 (dois mil, cento e trinta e dois metros quadrados), e o Terminal COHAB/Teotônio teria área de 758 m^2 (setecentos e cinquenta e oito metros quadrados) de edificação, e de cobertura metálica de 2.470 m^2 (dois mil, quatrocentos e setenta metros quadrados);

4º - Exigência de comprovação de fabricação de estrutura metálica, quando se trata de contratação de empresa de construção civil e não de metalurgia!

5º - Exigência de comprovação de fornecimento, instalação e operação de sistemas de TV, sonorização, telefonia, detecção e alarme de incêndio, quando verificado que, para esse item, consta somente o valor de R$ 10.508,33[21] (dez mil, quinhentos e oito reais e trinta e três centavos), ou R$ 15.707,53 (quinze mil, setecentos e sete reais e cinquenta e três centavos) se atualizado para julho/2012, para cada terminal, o que somado, representa cerca de 0,03% (três centésimos por cento) do valor do orçamento[22] e, portanto, não pode ser considerado como parcela de maior relevância ou valor significativo do objeto;

6º - Da mesma forma, a exigência de atestados, com limitação de tempo, prazo e quantidade, para comprovação de realização de serviços complementares como “Iluminação de Via Pública em área urbana”, quando esse item representa o valor de R$ 177.032,95 (cento e setenta e sete mil, trinta e dois reais e noventa e cinco centavos), ou R$ 264.623,51 (duzentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e vinte e três reais e cinquenta e um centavos) se atualizado para julho/2012[23], o que corresponde a apenas 0,24 % (vinte e quatro centésimos por cento) do orçamento total;

7º - Mesmas exigências acima, para o item de serviços de fornecimento e plantio de árvores, quando representa somente o valor de R$ 78.458,14[24] (setenta e oito mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e quatorze centavos) ou R$ 117.276,86 (cento e dezessete mil, duzentos e setenta e seis reais e oitenta e seis centavos) se atualizado para julho/2012, correspondente a 0,11 % (onze centésimos por cento) do orçamento total e, ainda, para o item de “serviços de sinalização urbana”, representado pelo valor de R$ 664.216,91[25] (seiscentos e sessenta e quatro mil, duzentos e dezesseis reais e noventa e um centavos), ou R$ 992.851,41 (novecentos e noventa e dois mil, oitocentos e cinquenta e um reais e quarenta e um centavos) se atualizado para julho/2012, equivalente a apenas 0,90 % (noventa centésimos por cento) do orçamento total, não podendo, portanto, serem

---

[21] R$ 15.707,53 (quinze mil, duzentos e noventa e três reais) se atualizado para jul/2012.
[22] R$ 90.365.775,15 – (noventa milhões, trezentos e sessenta e cinco mil, setecentos e setenta e cinco reais e quinze centavos)
[23] R$ 264.623,51 se atualizado para jul/2012.
[24] R$ 117.276,86 se atualizado para jul/2012.
[25] R$ 992.851,41 se atualizado para jul/ 2012.

considerados como parcelas de maior relevância do objeto.

De outro lado, dispõe, de forma bastante clara, o artigo 7º, § 2º, inciso I, da Lei 8.666/93, que as licitações só devem se iniciar se houver projeto básico aprovado pela autoridade competente.

No caso em tela, patente a violação ao citado dispositivo legal, ante a ausência de apresentação de projeto básico, tanto na fase de pré-qualificação, quanto na concorrência (realizada entre as vencedoras da fase anterior) que a seguiu.

O projeto básico se traduz como principal indutor do investimento do ponto de vista de obras públicas. Ele é o motor, a força propulsora de uma obra de engenharia. Sem projeto não há obra.

A existência de projetos bem elaborados influencia de forma decisiva na qualidade das obras públicas, na redução de seus custos e contribui, de forma significativa, na eliminação dos termos aditivos indevidos, que podem ocasionar, sobrepreço, superfaturamento, jogo de planilhas e outras impropriedades.

Como demonstração prática da importância do projeto básico na execução das obras públicas se encontram os números divulgados pelo Tribunal de Contas da União, a saber: das 381 (trezentas e oitenta e uma) obras fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União, em 2003, por exemplo, 275 (duzentas e setenta e cinco) apresentaram indícios de irregularidades graves, com indicativo para paralisação, das quais, mais de 70% (setenta por cento) delas, de alguma forma, apresentavam problemas de projeto, que incorreram em irregularidades nos procedimentos licitatórios; na ocorrência de sobrepreço; em alterações indevidas de projetos; na existência de falhas graves no aspecto ambiental; ou ainda, na superveniência de superfaturamento das obras[26].

Decorrência do projeto básico, também previstos no artigo 7º[27] da Lei Federal de Licitações, surgem as exigências de apresentação de

---

[26] A propósito, o Tribunal de Contas da União tem decidido de forma reiterada pela irregularidade dos casos em que a licitação não é precedida de projeto básico:
''Esta Corte em diversas ocasiões, expediu determinações (....) no intuito de que passe a elaborar projetos básicos adequados à execução completa dos serviços, nos termos disciplinados pela lei de licitações, de maneira a evitar as chamadas 'revisões de projeto em fase de obras', por caracterizar um meio ilegítimo de ajustar a realidade física de execução dos serviços a graves deficiências de projeto, cuja maior consequência se traduz, na maioria das vezes, no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em face da completa alteração da proposta original, caracterizada por inclusões e exclusões de serviços, bem como acréscimos e reduções de quantitativos existentes''. (Acórdãos nº 269/2004, 1.569/2005, 1.175/2006 e 1.033/2008 proferidos em Plenário do Tribunal de Contas da União)

[27] Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
I - projeto§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários da obra ou serviço, e a previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes das obras, pressupostos estes igualmente não atendidos na licitação e contrato em comento.

A previsão de recursos orçamentários sujeita à aprovação de Lei Orçamentária incide em violação à fase de viabilização orçamentária-financeira da obra, consistente na definição do momento da sua efetiva realização e, por conseguinte, no planejamento de sua inserção no processo orçamentário do período completo de sua execução, além do planejamento dos desembolsos, no decorrer do tempo.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00) também exige ação planejada e transparente na gestão das finanças e, preconiza, no § 4º do seu artigo 16, que a criação de ação governamental ou de projetos que acarretem aumento da despesa, devem ter dotação orçamentária suficiente na Lei Orçamentária Anual – LOA.

A Constituição da República é igualmente categórica, vedando o *"início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual"* (artigo 167, inciso I) e a *"realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais"* (artigo 167, inciso II).

Sobre o tema, decisão do Tribunal de Contas da União[28] preconiza que: *"a previsão de recursos orçamentários, deve ser feita no instante mesmo em que se procede à abertura da licitação e não somente uma expectativa de futuros recursos orçamentários. Vale dizer: não basta a inclusão, em projeto de lei orçamentária, de recursos que venham socorrer a despesa que o administrador tem em vista. A previsão de recursos orçamentários importa a existência destes recursos, como tal já desempenhados na lei orçamentária. Tal exegese conforma-se ao sistema orçamentário público consagrado na Constituição Federal, em que, inclusive, se veda o início de projetos não incluídos na lei orçamentária anual, a par de proibir a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais".*

Carlos Pinto Coelho Motta vê na expressão "previsão de recursos orçamentários" não somente uma expectativa de futuros recursos, mas sim, a real disponibilidade do crédito orçamentário aprovado na Lei Orçamentária Anual – LOA.

Na mesma senda, Marçal Justen Filho deixa claro que: *"não basta a inclusão, em projeto de lei orçamentária, de recursos que venham socorrer a despesa que o administrador tem em vista. A 'previsão' de recursos*

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

[28] (Acórdão nº 183/1992 - Plenário – TCU).

orçamentários importa a existência desses recursos, como tal já contemplados na lei orçamentária".

Portanto, não procedem (e soam falsas) as alegações da SPTrans de que *"... o dispositivo legal não dispõe sobre a necessidade da existência da disponibilidade orçamentária para a instauração do certame, apenas sua indicação, o que de fato foi feito por meio da mencionada Requisição de Compra"* (trecho extraído de folha 471).

Isso porque, não bastasse a necessidade de real existência de recursos (como já enfatizado), incide o fato de que a licitação foi processada no âmbito da SPTrans, sem que demonstrasse, ao longo da instrução processual, ter assegurado o recebimento de recursos para fazer frente à contratação pretendida. Não houve nenhuma indicação de que o correspondente a 90% (noventa por cento) do valor estimado seria coberto pela SPTrans por meio dos recursos transferidos pela Secretaria Municipal de Transportes (em função dos contratos de gestão com ela firmados).

A requisição de Compra de folha 14, a que se refere a SPTrans, indica verba empenhada de apenas 10% (dez por cento) do valor estimado (!!!!).

Houve, portanto, grave violação às disposições do Estatuto de Licitações e aos princípios constitucionais, que se impõem justamente para eliminar decisões arbitrárias ou nocivas, suprimir as contratações não antecedidas de planejamento, com objeto incerto, para as quais inexista previsão de recursos e incompatíveis com as programações de médio e longo prazo.

Diante de todo o exposto e, considerando as manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO (objeto do TC 2.309.03-97), eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade, postos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal e, no MÉRITO, NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

No que concerne aos TC's 3.508.05-10 e 3.509.05-83 de 2005, com fundamento nos mesmos pareceres, JULGO IRREGULARES a PRÉ-QUALIFICAÇÃO nº 01/2003, a CONCORRÊNCIA nº 019/03 e o CONTRATO nº 70/2004[29], deixando de acolher os seus efeitos financeiros.

Aplico, com fundamento no artigo 52 e seguintes da Lei Municipal 9.167/80, a multa no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), individualmente, aos Gestores Públicos, à Autoridade que homologou os resultados da pré-qualificação e da concorrência, aos Ordenadores de Despesa e

[29] firmado no valor de R$ 90.365.775,15 (noventa milhões, trezentos e sessenta e cinco mil, setecentos e setenta e cinco reais e quinze centavos), equivalente a R$ 143.049.823,63, se atualizado para jul/2012, pelo índice de preços ao consumidor amplo – IPCA.

Signatários do Contrato[30], todos identificados nos autos.

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 feitos nos autos[31].

Determino que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle realize o acompanhamento contábil da execução do Contrato nº 70/2004.

DETERMINO, ainda, seja dada ciência da decisão alcançada à São Paulo Transporte S.A. e aos Responsáveis[32] pelos atos imputados nos autos.

DETERMINO, por fim, a expedição de Ofício, com cópia da decisão alcançada à Procuradoria Geral do Município para que adote as medidas cabíveis quanto à eventual reparação de prejuízos e responsabilização dos Gestores Públicos, bem como ao Prefeito e à Câmara Municipal de São Paulo, para ciência.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Em julgamento o Edital de Pré-Qualificação nº 01/2003, analisado nos autos do TC nº 72.003.508-05-10, objetivando a seleção de empresa ou consórcio de empresas para a participação em futura concorrência, do tipo menor preço, com vistas à prestação de serviços de execução das obras de infraestrutura para implantação do ramal Vila Prudente do VLP, do entroncamento da linha Sacomã-Parque Dom Pedro II até a Avenida Salim Farah Maluf e dos terminais de extensão São Mateus, além de Representação interposta contra o referido edital, analisada nos autos do TC nº 72.002.309.03-97, bem como a licitação, na modalidade de Concorrência Pública, e o contrato dela decorrente de nº 70/04, ambos analisados nos autos do TC nº 72.003.509.05-83.

Trata-se da terceira fase da implantação do sistema Veículo Leve Sobre Pneus – VLP, fase esta iniciada mediante autorização para abertura do procedimento licitatório através da Resolução de Diretoria nº 03/053, de 25/02/03, posteriormente alterada pela Resolução de Diretoria nº 03/099, datada de 14/04/03, que, dentre outras alterações, redefiniu o tipo de técnica e preço,

---

[30] José Evaldo Gonçalo – Diretor de Gestão da SPTrans e Signatário do Ajuste; Gerson Luis Bittencourt – Diretor Presidente da SPTrans à época, Signatário do Ajuste e Autoridade Homologadora da pré-qualificação e concorrência; Secretário Municipal de Transportes à época e Signatário do Contrato – Sr. Jilmar Augustinho Tatto, identificados às folhas 78,79 do TC 3.508/05-10, folhas 78 e 342 do TC 3.509/05-83.

[31] o Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital requisitou informações e cópia das Decisões eventualmente já proferidas,[31] visando instruir procedimentos instaurados no âmbito daquele Órgão.
por meio do Ofício nº 4005/2009, enviado em 17 de junho de 2009 e anexado ás folhas 462/471 do TC 3.508/05 e à folha 608 do TC 3.509/05, e Ofício 9840/2010, enviado em 15 de dezembro de 2010.

[32] Idem item anterior.

estabelecido na Resolução anterior, para o tipo de menor preço precedido de pré-qualificação.

Referida etapa de implantação sucedeu duas anteriores, cujas análises já foram realizadas por esta Corte de Contas, restando necessária breve explanação de todo o período, desde o início da implantação do VLP, a fim de que reste claro o contexto em que os atos em julgamento se inserem.

A primeira fase se deu em decorrência da celebração do Contrato nº 04/98, sendo que a operação teve início somente em 2007, no trecho Sacomã-Parque Dom Pedro II, e, no ano de 2009, no trecho de ligação com a Vila Prudente. Referido contrato foi acolhido por unanimidade no âmbito dos TCs nºs 72.003.189.98-33 e 72.001.008.03-55, Acórdão fl. 717.

A segunda fase, definida por um processo de detalhamento do projeto a partir do ano de 2001, teve suas soluções consubstanciadas no Termo Aditivo nº 11/02, rejeitado por maioria de votos do Plenário desta Corte de Contas sob o fundamento de que as alterações introduzidas no projeto inicial ultrapassaram o limite quantitativo de acréscimo permitido pela lei. Cumpre destacar que referida decisão não trouxe nenhuma restrição aos elementos técnicos e/ou planilhas de redefinição do projeto, informação esta que ganha relevo pelo fato de que os atos ora em julgamento estão vinculados a estes elementos.

A terceira fase, por sua vez, compreende a realização de duas novas licitações em decorrência da rescisão do Contrato nº 04/98. São elas: a contratação das obras remanescentes dos trechos 01 e 02, através do Contrato nº 86/04, que recebeu três votos contrários ao seu acolhimento no âmbito do TC nº 72.003.248.05-00; o Contrato nº 70/04, referente à contratação do trecho 03 (ramal Vila Prudente), precedido do procedimento de Pré-Qualificação nº 01/2003 e da Concorrência nº 19/03 , todos objetos dos TCs ora em julgamento.

O breve histórico situa os atos em julgamento em contexto que conduz à constatação de que as análises realizadas no âmbito desta Corte de Contas, relacionadas à denominada terceira fase da implantação do VLP, compreendendo, portanto, o Contrato nº 86/04 e os atos ora em julgamento (procedimento de Pré-Qualificação nº 01/2003, Concorrência nº 19/03 e Contrato nº 70/04), não trataram da extinção do Contrato nº 04/98, e se tal ação representou uma opção de gestão razoável que teria permitido levar adiante o complexo empreendimento.

Dos elementos constantes dos autos, é possível depreender que as novas soluções de projeto surgiram, para a Origem, da necessidade de considerar os possíveis direitos de um contratado que detinha o objeto de forma já julgada regular por esta Corte, mas cujas soluções nele previstas já não atendiam às necessidades técnicas de implantação daquele sistema de transporte, posto que sua concepção inicial, genérica e experimental, datava de mais de 10 anos.

Deste modo, caso a Administração tivesse adotado a opção de incorporar as novas soluções técnicas diretamente a esse contrato firmado em 1998, surgiriam indubitáveis questionamentos acerca do desvirtuamento do objeto e sobre os acréscimos de natureza qualitativa, a exemplo do que ocorreu no julgamento do Termo Aditivo nº 11/02.

Por outro lado, pelo que é possível compreender, as soluções técnicas não mais passavam pelo conteúdo do Contrato nº 04/98, o que ensejou o cômputo do já realizado a autorizar a decisão pela sua rescisão, posto que, desta forma, ao mesmo tempo, se garantiria o afastamento dos riscos jurídicos de eventual indenização ao então contratado, em face do argumento de ser ainda detentor do objeto, e também se viabilizaria a continuidade do processo de implantação do VLP.

Assim, apesar de os relatórios da Auditoria não terem voltado seu foco às medidas de transição de projeto supra mencionadas, o que por si só representa certo prejuízo para a análise global, por outro lado, apontaram para aspectos de irregularidade que remetem àquela compreensão de evolução de tal projeto, relacionadas à apontada ausência, na Origem, de projeto básico e de orçamento detalhado em planilhas. Há ainda outros aspectos não relacionados diretamente à compreensão da evolução do projeto, mais precisamente a restritividade na comprovação técnica profissional a ser demonstrada através de até três atestados, a ausência de instauração de processo administrativo, a previsão de recursos orçamentários sujeitos à aprovação de Lei Orçamentária, a ausência de motivos da inabilitação dos licitantes e a ausência de divulgação do edital. Será enfrentado cada um deles, conforme se apresentam no âmbito dos processos em julgamento.

O **TC nº 72.002.309.03-97** cuida de recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra decisão que julgou procedente, por maioria de votos, Representação interposta contra o Edital de Pré-Qualificação nº 01/2003 e que reconheceu **como restritiva a exigência de comprovação de qualificação técnica em até três atestados.**

Por ocasião da apreciação da Representação, a equipe multidisciplinar deste Tribunal admitiu haver hipótese de excepcionalidade em que a limitação de atestados seria importante para assegurar a exequibilidade da obra, desde que a sua complexidade fosse justificada tecnicamente e de forma detalhada (fls. 69 e 69 verso).

A Origem, a meu ver, demonstrou, no caso, de forma aceitável as razões que a levaram às exigências inseridas no edital, dando conta da área de intervenção da obra e das adjacências que sofreriam suas influências, descrevendo a localização e o desenvolvimento de cada intervenção e as potenciais dificuldades técnico-operacionais a serem enfrentadas, que abarcavam desde o cadastro precário das interferências, passando pela existência de reservatórios de gás pertencentes à ULTRAGÁS, pela existência de galerias de águas pluviais ao longo da Avenida Luiz Inácio 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 próximo da saturação (não permitindo a execução de obras com interdição de faixa de tráfego sem comprometimento da operação do corredor), além das restrições existentes às rotas de desvio, uma vez que o viário adjacente é composto de vias de curta extensão e baixa capacidade.

Restando suficientemente claro que a complexidade alegada não se restringia ao conteúdo técnico das obras em si, mas dizia respeito também a todo o entorno envolvido, considerei justificada a exigência diante da complexidade do caso concreto, a fim de garantir a exequibilidade do objeto contratual, uma vez que eventual execução fragmentada dos serviços a serem contratados, em várias frentes de trabalho precedentes, não atestaria a capacidade da licitante para a contratação pretendida, cuja execução exigia a condução simultânea e em escala de todos os itens. Assim, votei pelo improvimento da Representação, afastando a alegada restritividade. Cumpre destacar que esta Corte de Contas já votou nesta linha de entendimento nos autos do TC nº 72.001.215.07-33.

Já nessa oportunidade, pretendeu a Procuradoria da Fazenda Municipal ver modificada a decisão que considerou restritiva a exigência, contrapondo-se à linha adotada pela tese vencedora. Pelas razões aqui expostas e mantendo a coerência com o voto proferido anteriormente, afasto o entendimento pela restritividade.

Por sua vez, o **TC nº 72.003.508.05-10** cuida da análise do Edital de Pré-Qualificação nº 01/2003, considerado irregular pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, fundamentado nos seguintes aspectos:

Falta de autuação de processo administrativo:

Quanto à autuação de processo administrativo, reitero minha posição que destaca: 1- a necessidade, em princípio, de instauração formal e plena do processo administrativo, inclusive por admitir que este constitui instrumento de garantia dos direitos individuais; 2- a necessidade, não obstante, 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 a 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 formalmente 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.

Exigência restritiva relativa à comprovação de qualificação técnica, por meio de até três atestados:

Trata-se de aspecto sobre o qual já me manifestei acerca dos autos do TC nº 72.002.309.03-97, acima analisado, de forma que reitero as ponderações e o entendimento lá adiantados.

Todavia, há ainda outros apontamentos, dados, igualmente, como restritivos da competitividade e, portanto, considerados impeditivos para acolhimento da concorrência pública e do contrato subsequente à pré-qualificação ora examinada. São eles:

Exigência de comprovação de execução de viaduto ou ponte rodoviária com extensão mínima de 1.000 m em área urbana (item 3.5.2.2 - fl. 97):

Entendeu a Auditoria que a restritividade reside no fato de que é na metodologia construtiva, para pontes e viadutos, que se caracteriza a capacidade técnica a ser comprovada e não propriamente na extensão total da obra. Acrescentou ainda que a exigência não deve se limitar a construções em área urbana.

As referências técnicas e jurídicas, porém, parecem indicar que não basta definir o vão, em metros, de uma ponte ou viaduto para avaliar a capacitação técnica e operacional de um profissional ou empresa. A extensão e o número sequencial de pontes ou viadutos são de fundamental importância, e somente com base nisso os pretensos licitantes poderão comprovar a capacidade exigida. Trata-se de entendimento cediço na doutrina e jurisprudência.

Neste sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho:

> *"Logo, se o objeto for uma ponte com quinhentos metros de extensão, não é possível que a Administração se satisfaça com a comprovação de que o sujeito já construiu uma 'ponte' – eventualmente, com cinco metros de extensão. Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à satisfação do interesse público ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnica operacional fundado nesses dados."* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 321).

Por outro lado, entendo que também não é possível indicar genericamente que a limitação à área urbana é condição por si restritiva. No caso concreto, as intervenções amplas e multilaterais do projeto, já indicadas na ocasião em que foi justificado nosso entendimento pela não restritividade da comprovação da capacidade técnica através de até três certidões, demonstram a razoabilidade da exigência.

Deste modo, a meu ver, a exigência para que seja em área urbana guarda razoável pertinência com o objeto pretendido, posto que deve ser construído em área urbana densamente ocupada e com rede de tráfego intenso, diferentemente da execução de algo semelhante em campo aberto sem interferências de qualquer ordem. Portanto, a menção a "área urbana" apenas faz complementar o cenário em que se insere o objeto pretendido, delimitando suas características para estabelecimento de equivalência e similaridade.

Exigência de comprovação de execução de terminal de passageiros com área mínima de 3000 m² e de fornecimento, fabricação e montagem de estrutura metálica espacial (itens 3.5.2.7.1 e 3.5.2.7.2 - fl. 98):

Quanto ao primeiro aspecto, relacionado à exigência de área mínima, cabe ter presente que um terminal de ônibus, à semelhança dos aqui tratados, não se prestaria à sua função se fossem consideradas apenas as áreas das edificações, na medida em que o terminal é composto pelo conjunto da obra (edificações, pátio, embarques, desembarques, plataformas etc.). As áreas edificadas se prestam apenas ao apoio operacional do terminal, e não haveria por que se exigir atestados somente dessas áreas isoladamente, conforme referências técnicas disponíveis.[33]

Quanto ao último aspecto apontado, cumpre esclarecer que, conforme definição aceita em literatura especializada, as atribuições do engenheiro metalúrgico se restringem ao estudo da transformação dos minérios em metais, das propriedades físicas e químicas do metal e suas mais variadas aplicações. As informações técnicas, porém, apontam que estrutura metálica é uma atribuição da engenharia civil e mecânica, envolvendo dimensionamento, fabricação e montagem, e se aplica aos mais diversos tipos de obras civis de construção e montagem, tal como disposto na Lei Federal nº 5.194/66 e a Resolução nº 218 do CONFEA.[34]

---

[1] **O Manual de Projeto e Dimensionamento de Terminais – EMTU/SP – Março/2005 - DT-DPO-001-**05 – tem como objetivo principal orientar o desenvolvimento de projetos de terminais de ônibus urbanos em suas diversas fases, através de informações, critérios, parâmetros ou procedimentos a serem observados, de forma a atender adequadamente as necessidades de segurança, conforto e funcionalidade tanto dos usuários como dos veículos que o utilizam. (2.1. Dimensionamento do Terminal - 2.2. Porte do Terminal - 2.3. Acessibilidade - 2.4. Padrões Funcionais e Geométricos).
Aspectos Importantes que compõem os projetos de Terminais e que merecem atenção são: Pavimento do Terminal e do entorno; Drenagem; Plataformas; Circulação de Pedestres; Áreas de Apoio ao Usuário e à Operação (Sanitário público, feminino e masculino, Bilheterias, Bicicletário; Áreas de apoio operacional (Sala de administração do terminal, Sala para as empresas operadoras, Sala de quadros elétricos, Refeitório, Vestiário feminino e masculino, Sanitários separados por sexo, Sala de limpeza, Depósito de lixo, Sala para grupo gerador de energia elétrica insonorizado, Caixa d'água, deverá ser suficiente para prever a alimentação das áreas de apoio e a reserva de incêndio, Medidores de entrada de energia, Lixeira externa, Posto de controle, para controle de acesso. Também deverão ser previstos os equipamentos de apoio destinados a trazer aos usuários do terminal uma melhoria do nível de conforto, funcionalidade e serviços.

[34] **LEI Nº 5.194, de 24 DEZ 1966** - Regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, e dá outras providências.
Resolução 218 do CONFEA: Art. 7º - Compete ao ENGENHEIRO CIVIL ou ao ENGENHEIRO DE FORTIFICAÇÃO e CONSTRUÇÃO:

Exigência de comprovação de fornecimento, instalação e operação de sistemas de TV, sonorização, telefonia, detecção e alarme de incêndio (item 3.5.2.6 – fl. 98), serviço de fornecimento e plantio de árvores; serviços complementares como iluminação de via pública em área urbana, destocamento mecânico, fornecimento e plantio de árvores, sinalização urbana (item 3.5.2.8 - fl. 98):

Todos estes aspectos são apontados como serviços de pouca representatividade e que, portanto, não poderiam ser considerados como parcelas de maior relevância ou de valor significativo a exigir atestado de comprovação de capacidade técnica e operacional.

Em relação a este apontamento, contudo, é preciso ponderar que, no caso, o que se observa das exigências é a busca da melhor caracterização do objeto, de forma que os atestados, além de comprovarem a execução de obra completa em que a proponente tenha sido a principal contratada, contenham também as citadas instalações, essenciais ao funcionamento do conjunto. É de se observar, ademais, que não foram exigidos quantitativos para tais itens.

Previsão de recursos sujeitos à aprovação em lei orçamentária:

Trata-se de exigência impertinente que só deve surgir por ocasião da instauração do certame para a contratação, razão pela qual retomarei o tema ao tratar do TC subsequente, que analisa a licitação e o contrato dela decorrente (TC nº 72.003.509.05-83). O procedimento de pré-qualificação não acarreta a realização de despesas, de modo que o apontamento pela irregularidade do edital baseado neste aspecto deve ser afastado, não sendo motivo apto a ensejar a sua irregularidade.

Ausência de projeto básico:

Neste ponto, peço vênia para reiterar entendimento que já tive oportunidade de externar nos autos dos TCs nºs 72.001.215.07-33, 72.003.243.03-16 e 72.005.201.03-47, sobre o conteúdo do procedimento de pré-qualificação.

À luz do contido no art. 114 da Lei Geral de Licitações, a Administração Pública visa preparar a fase de habilitação de futura concorrência

---

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a edificações, estradas, pistas de rolamentos e aeroportos; sistema de transportes, de abastecimento de água e de saneamento; portos, rios, canais, barragens e diques; drenagem e irrigação; pontes e grandes estruturas; seus serviços afins e correlatos.

Art. 13 - Compete ao ENGENHEIRO METALURGISTA ou ao ENGENHEIRO INDUSTRIAL E DE METALURGIA ou ENGENHEIRO INDUSTRIAL MODALIDADE METALURGIA:

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a processos metalúrgicos, instalações e equipamentos destinados à indústria metalúrgica, beneficiamento de minérios; produtos metalúrgicos; seus serviços afins e correlatos.

pública, de forma a viabilizar a análise preliminar, criteriosa e detida, da qualificação técnica das empresas ou consórcios que serão os possíveis licitantes. Por esta razão, as exigências habilitatórias de capacitação técnica, operacional e profissional formuladas nestes editais de pré-qualificação estão vinculadas às necessidades básicas das futuras contratações, devendo com estas, portanto, guardar compatibilidade quanto ao nível essencial de complexidade.

Nesta senda, entendo que o instituto da pré-qualificação exige apenas parâmetros mínimos que se traduzem num pré-projeto básico, que define a concepção, com dimensionamentos, porte, acessibilidade e padrões funcionais e geométricos. Diferencia-se, portanto, do tradicional projeto básico que representa o detalhamento do projeto funcional em nível construtivo. Da mesma forma, não alcança o orçamento, seja em planilhas de serviços e custos, seja no detalhamento de composições de custos, uma vez que estes elementos somente se colocam como necessários ao momento da formulação de propostas comerciais.

Para tal raciocínio, cabe considerar o que consta, por exemplo, no Manual de Projeto e Dimensionamento de Terminais de Ônibus Urbanos, da EMTU/SP (março/2005), que tem como objetivo principal orientar o desenvolvimento de projetos de terminais de ônibus urbanos em suas diversas fases.

Também nesse sentido, o entendimento defendido por Floriano de Azevedo Marques Neto:

> *"(...) Deste modo, concluo que os editais de convocação de interessados para pré-qualificação deverão conter todos os elementos suficientes para caracterizar os objetos que serão no futuro licitados, ensejando aos interessados terem noção da natureza e espécie do que será posto em disputa. Não se põe exigível, entretanto, que nesta fase já seja apresentado o projeto básico completo nos termos do que ocorre numa licitação una."* (In: "Pré-qualificação Exigência de Projeto Básico, Fórum de Contratação e Gestão Pública – Vol. 2, ano 1, fev. 2002).

Sobre o tema, encontram-se precedentes do TCU. Para elucidar a questão, cito o seguinte trecho do voto do Ministro Relator, nos autos do TC nº 7580/00 (DOU 27/10/00):

"Vê-se, portanto, que todo o foco da pré-qualificação centra-se na capacidade econômica e operacional dos candidatos, não se fazendo necessário, para tanto, desde logo, a explicitação dos detalhes do projeto a ser executado ou dos créditos a serem utilizados. Logicamente que mesmo sem a existência do projeto detalhado, devem existir noções razoáveis do que se venha a contemplar nos projetos, como forma de compatibilizar as exigências de habilitação, requeridas na pré-qualificação, com a realidade do que se pretende executar. (...)

Ainda a esse respeito, registre-se que a existência de projeto básico constitui requisito essencial para que as diversas empresas possam estimar os custos e prazos de execução das obras. No entanto, na etapa de pré-qualificação não existe, ainda, essa necessidade. Os custos e prazos de execução serão parametrizados quando da análise da oferta de preços, por ocasião da divulgação do edital de licitação, propriamente dito.".

Cumpre destacar que, ao que consta, no caso presente, os elementos necessários e definidores das características básicas da futura contratação, suficientes para viabilizar a análise da capacidade das concorrentes, estavam presentes no Termo de Referência e Memorial Descritivo, anexos do Edital de Pré-Qualificação (fl. 10 do TC nº 72.002.309.03-07 e fls. 87/130 do TC nº 72.003.508.05-10).

Finalmente, o **TC nº 72.003.509.05-83** cuida da Concorrência nº 19/03 e do Contrato nº 70/04, ambos considerados irregulares pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal, pelos seguintes aspectos:

Decorrer de procedimento de Pré-Qualificação considerado irregular:

Apontamento que afasto considerando os argumentos aduzidos ao longo do presente voto e que me levaram ao entendimento pela legalidade do Edital de Pré–Qualificação.

Não autuação de processo administrativo:

Em face da similitude das situações inseridas neste feito e no TC nº 72.003.508.05-10, igualmente remeto a presente análise ao conteúdo da manifestação acima acerca deste assunto, de forma que afasto também o apontamento como vício insanável passível de tornar ilegal o procedimento licitatório e o contrato dele decorrente.

Previsão de recursos orçamentários sujeitos à aprovação da Lei Orçamentária:

De início, cumpre anotar que não procede o argumento trazido pela Origem no sentido de que a lei não dispõe sobre a existência de disponibilidade orçamentária para a instauração do certame, mas apenas sua indicação. De fato, afasto de forma peremptória tal entendimento. Todavia, reconheço que a alegada inexistência de recursos, no caso, não ocorreu na realidade.

Como se depreende dos autos, a despesa foi prevista para realização em 15 meses, a partir dos meses finais de 2003 e subsequentemente durante o exercício de 2004, não constando dos autos análise de cronograma físico-financeiro demonstrando o contrário. Para tanto, conforme Requisição de Compras de fl.14, foi realizada a previsão de recursos orçamentários

de aproximadamente 10% do orçamento total estimado das obras para realização no período de 2003, e o restante (cerca de 90%) foi previsto para 2004, sendo que, em relação a este último período, ficou necessariamente vinculado à aprovação da correspondente Lei Orçamentária Anual, conforme restou consignado na referida Requisição, visto que tais recursos tinham origem no orçamento da Secretaria Municipal de Transportes, por força de contrato firmado pela SPTrans com aquela Secretaria.

Conforme se nota, houve a previsão de recursos de acordo com o orçamento estimado, tanto para 2003 como para 2004, em consonância com o princípio da anualidade, não tendo sido apresentadas nos autos evidências objetivas de que o procedimento licitatório pudesse transcorrer com insuficiência de previsão de recursos orçamentários, hipótese que não se sustenta pelo simples fato de, na ocasião, ainda não haver lei orçamentária aprovada para o exercício de 2004.

Ausência de projeto básico:

Trata-se de aspecto que remete à compreensão do histórico em que o certame se insere, relatado no início do presente voto.

A SPTrans alegou em sua defesa que o projeto básico fez parte do instrumento convocatório da Concorrência nº 19/03, na forma do Anexo XVII, e que este se encontrava disponível no respectivo processo administrativo e também no site da empresa, no link licitações (fl. 474 do TC nº 72.003.509.09-83).

Todavia, a Auditoria considerou que, nos autos, não constou o anexo XVII, nem menção ao processo administrativo referido pela SPTrans, tampouco o link citado, limitando-se, portanto, à documentação que foi a encaminhada pela Origem (fl. 499).

Bem se vê, no que diz respeito ao projeto básico, que a Auditoria se limitou ao contido estritamente nos autos e não considerou os atos efetivamente praticados, atitude que não se coaduna com o princípio da verdade material, característico do processo administrativo. Ademais, seria inimaginável que um empreendimento desse porte, cujas obras já se desenvolviam há mais de cinco anos, ainda não dispusesse de projeto, seja básico ou executivo parcial.

Na verdade, numa análise contextual, percebe-se que o projeto básico vem desde a implantação do primeiro trecho (linha Parque Dom Pedro II/ Sacomã) e foi elaborado pelo Consórcio Setepla/Logit, com base no projeto arquitetônico original concebido por Ruy Ohtake – Arquitetura e Urbanismo S/C Ltda.

Referido projeto subsidiou a Concorrência inaugural nº 21/97, a qual resultou no Contrato nº 04/98, para implantação da infraestrutura do VLP, a partir de concepção que resultou nos quantitativos de serviços constantes da planilha do edital de contratação das obras e desenvolvimento do projeto executivo,

quando do início do empreendimento, projeto executivo este readequado posteriormente através do Termo Aditivo nº 11/02.

Cumpre ainda destacar que a planilha de serviços daquela primeira licitação para a contratação da obra guardou pertinência com o edital de pré-qualificação, na medida em que contemplou todas as exigências de qualificação técnica requeridas naquela oportunidade.

Por fim, considerando que a manifestação conclusiva da Assessoria Jurídica de Controle Externo trouxe novos elementos ao processo, decorrentes de Relatório Sintético do Levantamento de Auditoria/2007- Tribunal de Contas da União, o qual apontou a irregularidade nº 10 no Contrato nº 70/04, classificada como "outras irregularidades ou irregularidades esclarecidas", consubstanciada na deficiência de projetos, e relacionada ao Termo Aditivo nº 02 de 28/08/06, vejo como imprescindível a análise de sua execução.

Diante de todo o exposto, voto pelo conhecimento do Recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra a decisão que julgou procedente a Representação proposta contra o Edital de Pré-Qualificação nº 01/2003 e, no mérito, voto pelo seu provimento, julgando regular referido procedimento de pré-qualificação. Igualmente, julgo regulares a Concorrência Pública nº 19/03 e o Contrato nº 70/04 e determino a instauração de TC para a análise da execução contratual do Contrato nº 70/04, com a vinda aos autos de todos os aditamentos nele celebrados.