TC nº 3.510/2003

3º Julgado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SIURB. Decisão que julgou irregular a licitação da Concorrência dos serviços técnicos e fornecimento de materiais para ampliação do Sistema de Iluminação Pública. SIURB. Ausência do interesse jurídico. NÃO CONHECIDO. Votação unânime.

Relatório e voto englobados TCs 2.733/2004 e 3.510/2003

2.999ª Sessão Ordinária

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o acompanhamento da Concorrência. Serviços técnicos e fornecimento de materiais para ampliação do Sistema de Iluminação Pública. SIURB. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 5º, LV, 195, § 3º, CF. Art. 2º, Lei 9.012/95. Art. 61, Lei 4.320/64. Dec. Mun. 23.639/87. Art. 16 LRF. Art. 108 RITCMSP. Arts. 13 e 183 CPC. Art. 33, Lei 8.666/93. Súmula 142 STJ.

TCs citados: 49/2007, 213/1999, 1.944/2002, 44/1997 e 606/2008.

Relatório e voto englobado TCs 3.416/2003 e 3.510/2003

2.737ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. SIURB. Serviços técnicos e fornecimento de materiais para ampliação do Sistema de Iluminação Pública.

Ausências de projeto básico, orçamento detalhado e previsão de recursos. IRREGULAR. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 7º, § 2º, II, Lei 8.666/93; art. 52, II, Lei Mun. 9.167/80

2.371ª Sessão Ordinária

3º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.857ª S.O., na fase de discussão, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em não conhecer dos embargos opostos por Luiz Roberto Bortolotto, por ausência do interesse jurídico, considerando a ausência de recurso ordinário para postular a correção do V. Acórdão, lançado às fls. 743/744 dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de agosto de 2018.

MAURÍCIO FARIA
No exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

O Senhor Roberto Luiz Bortolotto e Consladel Construtora, Laços Detentores e Eletrônica Ltda. opõem, com fulcro nas razões insertas às fls. 1.012/1.017 e 1.019/1.021, Embargos Declaratórios ao v. Acórdão proferido às fls. 1.002/1.005, que por maioria de votos, negou provimento aos Recursos Ordinários interpostos por ele e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, e não conheceu, também por maioria, o interposto pela segunda Embargante, vencidos os nobres Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, que aceitavam os efeitos financeiros do Ajuste decorrente da Concorrência 1002/03/SIURB.

Tramita em conjunto o TC 3.510/2003, no qual o mesmo recorrente Roberto Luiz Bortolotto opõe igualmente Embargos Declaratórios ao v. Acórdão de 16/04/2014, que, por maioria, negou provimento aos Recursos oferecidos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, Michael Maurice Warren, Tania Carvalho Pizzi, José Roberto Reis, Aurélio Pavão de Farias e Marcos de Oliveira Rossi, vencidos os Nobres Conselheiro Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, aquele dando provimento aos Apelos para acolher o Certame Licitatório, e este para aceitar os efeitos financeiros do Ajuste concretado, ambos também votando para o cancelamento das multas aplicadas.

Todos os Recorrentes alegam, no rigor da síntese, vício de omissão dos v. Acórdãos embargados, por ausência de motivação, infringindo dispositivo constitucional e legal, sendo passíveis de julgamento unitário dada a conexidade existente na matéria apreciada e julgada nos dois expedientes, observando-se que no segundo deles não houve Recurso Ordinário por parte do Sr. Roberto Luiz Bortolotto, o qual deixou transcorrer "in albis" o prazo legal e regimental.

Nos pareceres emitidos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral opinaram pelo conhecimento e improvimento dos Embargos Declaratórios oferecidos, enquanto a Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pelo conhecimento e provimento de todos eles.

É o relatório. (2.587ª S.O.)

VOTO ENGLOBADO

Preliminarmente, conheço dos Embargos Aclaratórios opostos no TC 2.733/2004 (Item IX), tramitando como feito principal, diante do atendimento dos requisitos estatuídos nos artigos 140 e 144 do Diploma Regimental, e não conheço dos Embargos opostos por Luiz Roberto Bortolotto no TC 3.510/2003 (Item X), acompanhante, por ausência do interesse jurídico,

considerando que ele não interpôs Recurso Ordinário para postular a correção do v. Acórdão de 14/04/2014, lançado às fls. 743/744 naquela sede procedimental.

Com efeito, o interesse de opor Embargos Declaratórios se legitima quando a Sentença ou Acórdão julga Recurso da parte ou do terceiro que deseja a correção do vício imputado ao "decisum".

É a interpretação que se infere dos artigos 140, inciso III, e 144[1] do Diploma Regimental, pois não seria lógico e razoável o interessado postular a declaração corretiva se antes não utilizou o meio legal ordinário de impugnação da decisão terminativa.

Nada obstante, REJEITO todos os Embargos de Declaração conhecidos na sede processual principal, na conformidade dos pareceres emitidos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, que evidenciaram, com fortes argumentos, a ausência de vícios nos vv. Acórdãos Embargados, inclusive aquele projetado no TC 3.510/2003.

Efetivamente, ambos Acórdãos estão suficientemente motivados ou fundamentados na sua redação literal, e nos votos aos quais expressamente se reportaram, apreciando exaustivamente toda matéria recorrida.

Na realidade, o que os Embargantes postulam, nos seus Aclaratórios, é a rediscussão da matéria julgada, e não propriamente a correção dos vícios que autorizam o cabimento desse remédio processual, pois, como acentuou o v. Aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça, citado por Theotônio Negrão em suas preciosas anotações ao artigo 535 do Código de Processo Civil:

"Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e

[1] Art. 140. O Relator poderá indeferir, liminarmente, o seguimento do recurso, quando não atendido qualquer dos pressupostos de admissibilidade a seguir previstos: a) cabimento do recurso, com indicação expressa do seu fundamento legal ou regimental; b) legitimidade para recorrer; c) interesse de recorrer; d) tempestividade; e) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer; f) observância de formalidade considerada essencial por este Regimento. § 1º - Indeferido o seguimento do recurso, caberá agravo regimental, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da intimação da decisão, a ser decidido pelo Tribunal Pleno. § 2º - Se for provido o agravo regimental, os autos serão redistribuídos e o recurso processado normalmente. § 3º - O indeferimento liminar, ou o não conhecimento do recurso, não interrompe o prazo para a interposição de outros recursos, ressalvado o disposto no artigo 145, deste Regimento. Art. 144. Cabem embargos de declaração, quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, por obscuridade, contradição ou omissão. § 1º - Os embargos de declaração serão opostos dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação, devendo ser dirigidos ao Juiz Singular ou Relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omisso, da decisão ou do acórdão embargado. § 2º - Os embargos de declaração serão decididos pelo Juiz Singular, ou pelo Relator da decisão ou acórdão embargado

requerer sua alteração. Por isso, não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do artigo 535 do Código de Processo Civil". (ED no RESP 437.380, relator Ministro Menezes Direito, J. 20.04.04, DJV 23.05.05)[2].

De resto, os pareceres projetados nas duas sedes processuais esgotaram esse tema, refletindo a jurisprudência atual e dominante, dispensando, por isso, o alongamento das razões deste voto.

Frente ao exposto, resumindo, REJEITO os Embargos Declaratórios deduzidos no TC 2.733/2004 (Item IX), principal, e NÃO CONHEÇO daqueles oferecidos por Luiz Roberto Bortolotto no TC 3.510/2003 (Item X), acompanhante, os quais, de todo modo, não teriam melhor sorte, se apreciados em seu mérito.

É como voto.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.722ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, para proferir voto de desempate. Na 2.557ª S.O. votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor. Na 2.588ª S.O. votou o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO e o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, na 2.722ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e pelos Senhores Michael Maurice Warren, Tania de Carvalho Pizzi, José Roberto Reis, Aurélio Pavão de Farias e Marcos de Oliveira Rossi, por tempestivos e adequados.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/1980,

[2] CPC e Legislação Processual em vigor, Saraiva, 44ª edição, 2012, pág 700,nota 5ª ao art. 535.

combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em negar-lhes provimento, uma vez que os recorrentes nada acrescentaram às defesas oferecidas na fase instrutória dos procedimentos julgados, mantendo o V. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO, que, nos termos de seu voto divergente apresentado em separado, deu provimento aos apelos para acolher a Concorrência 1.002/03/SIURB e cancelar as multas impostas, e MAURÍCIO FARIA, que, nos termos de seu voto apresentado em separado, lhes deu provimento parcial para acolher os efeitos financeiros do ajuste, bem como cancelou a multa imposta ao Ordenador da Despesa e aos Membros da Comissão de Licitação.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para conhecimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

Presentes à sessão, nesta data, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, na 2.588ª S.O., e o Conselheiro JOÃO ANTONIO, também, sem direito a voto, por ter sido proferido anteriormente pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, na 2.557ª S.O.

Ausentou-se, nesta data, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de abril de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Os TCs em julgamento focalizam, neste iter processual, os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, Consladel Construtora e Laços Detetores Ltda., Roberto Luiz Bortolotto, Michel Maurice Warren, Tânia de Carvalho Pizzi, José Roberto Reis, Aurélio Pavão de Farias e Marcos de Oliveira Rossi do v. Acórdão de 16/04/2008, da relatoria do nobre Conselheiro Edson Simões, que decidiu, englobadamente, a irregularidade da Concorrência nº 1.002/03/SIURB e do Contrato nº 003/SIURB/2004, por infringências ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal[3], artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95[4], artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64[5], combinado com o Decreto Municipal nº 23.639/87[6], e artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal[7].

Todos sustentam, em síntese, a regularidade do Certame Licitatório que gerou o Contrato nº 003/SIURB/2004, firmado com o Consórcio Alusa-Consladel-Start, destacando, nas suas razões: a existência, no edital, de "projeto padrão" contendo todos os elementos e informações necessários à perfeita caracterização do objeto licitado; a presunção de orçamento sólido detalhado em planilhas, tendo como parâmetro valores definidos pela Tabela de Custos Unitários da Secretaria Municipal de Infra Estrutura Urbana e Obras-SIURB, data-base janeiro/2003; a vinculação do ajuste pretendido ao Plano Plurianual, em razão da longevidade de seu tempo de duração, afastando o argumento da insuficiência de recursos.

---

[3] **Art. 195**. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

[4] **Lei 9.012/95**

Art. 2º As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.

[5] **Art. 61**. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

[6] Decreto nº 23.639/87 -DISPÕE SOBRE O EMPENHO PARA REALIZACAO DA DESPESA, E DA OUTRAS PROVIDENCIAS

[7] **Art. 16**. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias

Sustentam também a execução do ajuste decorrente do pleito licitatório, perpetuando seus efeitos e resguardando o interesse da Administração.

Pleiteiam, em última análise, a reforma da r. Decisão combatida, seja para reconhecer a regularidade do certame e do ajuste dele gerado, seja para admitir seus efeitos financeiros e patrimoniais, cancelando-se a multa aplicada ao agente responsável pela Unidade Orçamentária e aos ex-membros do colégio licitatório.

A Consladel Construtora e Laços Detetores Ltda., de sua parte, arguiu a ausência de intimação do Consórcio contratado, para exercer o seu direito de defesa, em obediência ao princípio inscrito no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Em análise, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pelo conhecimento e improvimento de todos os Recursos, enfatizando a inobservância ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64, combinado com o Decreto Municipal nº 23.639/87 e artigo 16 da Lei Complementar nº 101, já citados.

A Chefia da Assessoria Jurídica de Controle Externo, contudo, opinou pelo não conhecimento do Recurso da contratada, por não comprovação da sua representação legal pelo subscritor de sua defesa, contrariando, nesse tópico parecer do agente de fiscalização Daniel Yong Chi, e pelo conhecimento e improvimento dos demais Recursos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal ratificou os termos de seu Recurso, batendo-se pelo conhecimento e provimento de todos os Recursos, ou pelo menos pela aceitação dos efeitos financeiros do ajuste, ao passo que a Secretaria Geral acompanhou o entendimento externado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Nesse mesmo diapasão foi a manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

A Chefia da Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento de todos os Recursos, a exceção do interposto pela Consladel Construtora e Laços Detetores Ltda.

É o relatório abreviado.

VOTO

I – Preliminarmente, conheço de todos os Recursos, por tempestivos e adequados, à exceção do apelo interposto pela Consladel Construtora e Laços Detetores Ltda., por carecer de legitimidade processual e não comprovar sua representação legal pelo subscritor da peça de fls. 803/812 do TC nº 2.733/2004 (item 3).

Com efeito, essa empresa não comprovou sua legitimação como terceira interessada, demonstrando o atendimento das exigências contidas no art. 108 do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

Foi o que consignou o então nobre Conselheiro Relator Edson Simões, ao indeferir o ingresso da Consladel, na Decisão Monocrática de fl. 707, da qual não houve qualquer Recurso ou impugnação no prazo regulamentar, ficando, destarte, precluso o direito do interessado de praticar o ato, na aplicação subsidiária do art. 183 do Código de Processo Civil, que determina a perda dessa faculdade, quando não praticado o ato.

É o que revelam os professores Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, nos seus comentários ao dispositivo, explicando que a preclusão pode ser temporal (decurso de prazo legal), lógica (incompatibilidade com a prática de outro ato) e consumativa (repetição do ato precedentemente praticado).[8]

Na espécie, ocorreu a preclusão temporal ante a ausência de impugnação, no prazo regulamentar, da r. Decisão indeferitória do pedido de ingresso.

É também o entendimento defendido pela Chefia da Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 877/878), Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 881/888 item 2.2) e Secretaria Geral (fls. 899/901), observando, ainda, aquela primeira, a ausência de representação regular da Consladel pelo subscritor do Recurso de fls. 803/812 do TC nº 2.733/2004 (item 3).

De qualquer forma, inocorre o alegado cerceamento de defesa, visto que seu interesse é apenas jurídico, na defesa do ajuste pactuado com o Consórcio contratado Alusa - Consladel – Start, como integrante dessa associação de empresas que obedece à disciplina normativa do artigo 33 da Lei Federal nº 8.666/93[9].

---

[8] Código de Processo Civil Comentado, 5ª. Edição, RT, pags 643/644)

[9] **Art. 33** - Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas

II) No mérito, os recorrentes nada acrescentaram às defesas oferecidas na fase instrutória dos procedimentos julgados, repetindo os mesmos argumentos exaustivamente apreciados e analisados no voto do então Relator, Conselheiro Edson Simões, que fundamentou o v. Acórdão guerreado (fls. 756/759 e 761/763).

Realmente, ficaram evidenciados, naquele r. pronunciamento, vícios graves do procedimento licitatório, como a ausência de projeto básico regular, com orçamento sólido detalhado em planilhas de custos unitários de serviços, e de previsão de recursos orçamentários para cobertura das despesas do exercício de 2004, resultando em desembolso superior ao montante autorizado pela notas de empenho emitidas.

O mesmo voto registrou, ainda, o não cumprimento do artigo 195, § 3º, da Carta Política de 1988, e do artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, ante a não comprovação da Certidão Negativa de Débito - CND do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, e da Certidão de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo do Serviço - FGTS, pela empresa Start Engenharia e Eletricidade Ltda., integrante do Consórcio.

A par da ofensa a esses comandos, ocorreu infringência ao artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64, interpretado conjugadamente com preceitos do Decreto Municipal nº 23.639/87, e ao artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, vícios esses que contaminaram a própria substância do ajuste decorrente do certame licitatório, afastando a possibilidade de aceitação de seus efeitos jurídicos-financeiros como pretendido pelos recorrentes, a despeito dos argumentos expostos.

Por essas razões, enriquecidas pelos próprios e jurídicos fundamentos do v. Acórdão atacado e pareceres dos Órgãos Técnicos antes referidos, a que me reporto como parte integrante deste pronunciamento, NEGO PROVIMENTO a todos os Recursos, não conhecendo, de outra face, o Recurso da Consladel, pelos motivos expostos no item I deste voto, ou seja, pela falta de legitimidade para intervir neste processo, e no TC nº 3.510/2003 (item 4), julgado conjuntamente.

É como voto, determinando, à derradeira, o encaminhamento de cópia desta Decisão ao Ministério Público para conhecimento. (2.557ª S.O.).

VOTO divergente apresentado pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso:

Conheço dos recursos interpostos por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, reporto-me ao pronunciamento da D. Secretaria Geral, que em fase de instrução dos autos, às fls. 497/501, assim se manifestou: "Verifica-se, do relatado, que remanesceram para discussão as questões relativas à adequação dos preços ofertados aos praticados no mercado, à falta de solidez do orçamento estimado, inferior ao valor total proposto pela licitante vencedora, e à insuficiência do valor empenhado para o exercício de 2004, encontrando-se superados os demais questionamentos relacionados ao edital da Concorrência 1002/03/SIURB. No que se refere à compatibilidade dos preços, ressalto, conforme arguido na defesa apresentada, que a pesquisa para verificação da aceitabilidade e compatibilidade dos valores propostos foi realizada, adotando-se como parâmetro os valores definidos pela Tabela de Custos Unitários da Siurb, publicada no DOM de 27.03.2003, assim como outras referências de mercado, mencionadas nas justificativas constantes de fls. 276/289. Ainda que não tenham sido afastadas as infringências apontadas relativamente à falta de solidez do orçamento estimado e à insuficiência do valor empenhado para o exercício de 2004, há que se considerar que tais impropriedades não foram suficientes para macular substancialmente o procedimento licitatório, autorizado pela r. decisão de fl. 114 dos autos. (...)" Em especial, sou levado a votar pelo provimento dos recursos, a circunstância de que o Nobre Conselheiro, então Relator, autorizou (fl. 114 dos autos) o prosseguimento do certame sem nenhuma ressalva.

Tal fato, sem dúvida, provocou na Secretaria que licitava e nas empresas que dela participavam, a convicção de que os entraves da concorrência haviam sido superados.

Destarte, impõe-se levar em conta a proteção de outros valores jurídicos, como a certeza jurídica e a segurança das relações estabelecidas.

Estas as razões de fato e de direito que me conduzem ao provimento dos recursos, reformando-se o r. julgado para acolher-se a Concorrência nº 1.002/03/SIURB e cancelar as multas impostas. (2.588ª S.O.)

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Conheço os recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal bem como por Micheal Maurice Warren, Tânia de Carvalho Pizzi, José Roberto dos Reis, Aurélio Pavão de Farias e Marcos de Oliveira Rossi, ex-membros da Comissão de Licitação.

No mérito dou provimento parcial aos recursos para acolher os efeitos financeiros do ajuste, em atendimento à segurança e estabilidade das relações jurídicas, e para cancelar a multa imposta ao ordenador de despesa e aos membros da Comissão de Licitação, uma vez que o relator, à época do certame, autorizou seu prosseguimento sem tecer ressalva alguma, desdobrando em um cenário que milita em favor do administrado, de modo que não cabe, por conseguinte, impor-lhe sanção. (2.722ª S.O.)

VOTO de desempate englobado proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões:

Cuidam os autos dos TCs 2.733/2004 e 3.510/2003, julgados de forma englobada, da análise de recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, Consladel Construtora e Laços Detetores Ltda., Roberto Luiz Bortolotto, Michael Warren, Tania de Carvalho, José Roberto Reis, Aurélio Pavão de Farias e Marcos Rossi em face do Acórdão que julgou irregulares a Concorrência 1.002/03 e o Contrato 03/2004 firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura e Obras – SIURB e o Consórcio Alusa-Consladel-Start, tendo por objeto a execução de serviços técnicos e fornecimento de materiais para ampliação do Sistema de Iluminação Pública, estimado em 40 mil novos pontos.

Na sessão 2.557ª S.O., o Conselheiro Relator Vice-Presidente Roberto Braguim não conheceu do recurso da Consladel, por ausência de legitimidade processual e não comprovação da plena representação legal pelo subscritor da peça de folhas 803/812 do TC 2.733/2004. Conheceu de todos os demais recursos e, no mérito, negou-lhes provimento.

O Conselheiro Revisor Eurípedes Sales acompanhou integralmente o voto do Relator.

Divergiu o então Conselheiro Antônio Carlos Caruso que conheceu de todos os recursos, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa alegada pela empresa Consladel, sendo acompanhado pelo Conselheiro Maurício Faria. Registrou-se empate quanto à preliminar de conhecimento do recurso da Consladel.

Na sessão 2.571ª S.O. foi proferido voto de desempate acompanhando o entendimento dos Conselheiros Relator e Revisor, restando, assim, não conhecido o recurso da Consladel.

Vencida a preliminar, foi devolvida a palavra ao Conselheiro Antonio Carlos Caruso, seguido do Conselheiro Maurício Faria para que se pronunciassem quanto ao mérito dos recursos. O Conselheiro Antonio Carlos Caruso deu provimento parcial aos recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e de Roberto Luiz Bortolotto (TC 2.733/2004) para o fim de acolher os efeitos financeiros do ajuste e afastar a pena de multa aplicada, sendo acompanhado pelo Conselheiro Maurício Faria.

Na sessão 2.588ª S.O. o Conselheiro Antonio Carlos Caruso deu provimento aos recursos do TC 3.510/2003 para tornar regular a Concorrência e afastar as multas aplicadas.

Na sessão 2.722ª S.O. o Conselheiro Maurício Faria deu provimento parcial aos recursos do TC 3.510/2003 apenas para acolher os efeitos financeiros do Contrato e afastar as multas aplicadas.

Registrou-se empate quanto à aceitação dos efeitos financeiros do Contrato 3/2004 e quanto às multas aplicadas aos Ordenadores de Despesa, e, consoante disposição legal, profiro o Voto de Desempate.

Com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, e em coerência com o voto proferido por mim em sede de julgamento original, acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros Roberto Braguim e Eurípedes Sales, restando, assim, por maioria de votos, negado provimento a todos os recursos, mantendo-se a decisão recorrida, na íntegra, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator.

1º julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 3.416/2003 e 2.733/2004, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Edson Simões, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso, após vista que lhe fora concedida na 2.369ª S.O., durante a fase de discussão.

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 Maurício Faria, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, **em julgar irregular o procedimento licitatório** na modalidade Concorrência 1.002/03/SIURB, em face de não ter sido demonstrada na elaboração do edital do certame a existência de:

1 - projeto básico regular, a teor do exigido pelo inciso I do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93;

2 - orçamento sólido detalhado em planilhas, conforme preceituado pelo § 2º, inciso II, do precitado artigo;

3 - previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes dos serviços no exercício financeiro, de acordo com o cronograma, infringindo o inciso III do § 2º do supracitado artigo. Acordam, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar multa no valor de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais) ao Secretário Municipal de Infra Estrutura Urbana e Obras que aprovou o edital, identificado à folha 11 dos autos, e a cada um dos membros integrante da comissão de licitação, identificados às folhas 621/622, 627/628, 629/630, 631/632, 633/634 e 658/665, diante da infringência dos dispositivos legais expostos, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Vencido o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, que acolheu o procedimento licitatório, diante do tempo decorrido e dos efeitos jurídicos produzidos pelo Contrato 003/SIURB-2004 dele decorrente.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de abril de 2008.

Roberto Braguim
Vice-Presidente no exercício da Presidência;

Edson Simões
Relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do EDITAL da CONCORRÊNCIA nº 1002/03/SIURB, objetivando verificar se foi elaborado de acordo com os dispositivos legais vigentes, assim como a aferir a regularidade do procedimento licitatório até sua homologação, cujo objeto do pleito visa à contratação de empresa para a prestação de serviços técnicos e fornecimento de materiais para a ampliação do Sistema de Iluminação Pública, estimado em 40 (quarenta) mil novos pontos, incluindo atividades acessórias de remodelação nas Unidades adjacentes, conforme Especificações dos Anexos III e IV do Edital (folhas 06/48).

Tramitam com o presente os TC números 2.733/2004 e 3.416/2003, que versam, o primeiro, sobre a análise da CONCORRÊNCIA citada e do CONTRATO 003/SIURB/2004, celebrado com o CONSÓRCIO ALUSA – CONSLADEL – START e, o segundo, acerca da REPRESENTAÇÃO interposta por CITELUZ LTDA. A Equipe Técnica da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, por intermédio da Coordenadoria V, apresentou relatório, cuja conclusão foi no sentido de que o Edital apresentava irregularidades e impropriedades, razão pela qual foi a Origem intimada a saneá-las (folhas 52/57, 58, 59/61 e 66/99).

Em face da resposta da Origem, entendeu a Auditoria que as questões relativas à divergência de fundamentação legal para eventual prorrogação do prazo contratual e a compatibilidade de índice de reajuste apontado, considerar-se-iam sanadas, desde que corrigido o Edital.

Entendeu tecnicamente justificada a exigência do item 1.c (cadastro prévio em concessionária nacional). Quanto aos demais itens do Edital, a Auditoria ratificou entendimento anterior no sentido da irregularidade do instrumento convocatório (folhas 55/56), a saber: 1.b - inexistência de projeto básico; 1.d - ausência de justificativa para os índices de Liquidez Geral e Grau de Endividamento; 2.a - estimativa de operacionalização na execução concomitante das atividades; 2.b - estimativa de custo não refletir o valor final do contrato e 2.c - limitação da idade mínima dos equipamentos (folhas 101/106).

A Chefia da Assessoria Jurídica considerou suprida a divergência da fundamentação legal para eventual prorrogação de prazo contratual (item 1.a). Entendeu regulares as exigências de cadastro prévio em concessionária nacional e de certificação da série ISO 9000 (item 1.c) e aceitáveis os índices de liquidez geral e grau de endividamento (item 1.d). A ausência de minuta de contrato foi entendida como lacuna suprível pelas disposições constantes do Anexo I do Edital. A irregularidade entendida como remanescente foi a ausência de projeto básico completo (item 1.b).

A Assessoria Jurídica não se manifestou a respeito das impropriedades apontadas no item 2 letras a, b, c e d (folhas 104/105), por entender refugirem os assuntos à sua competência, propugnando pela eventual avaliação de tais aspectos no âmbito do exame da execução contratual (folhas 108/113).

Foi determinada a expedição de ofício à SIURB para que, em prosseguimento, fossem adotadas as medidas cabíveis (folhas 114/115). A Subsecretaria de Fiscalização e Controle endossou parecer da Coordenadoria V, consubstanciado no Relatório de Acompanhamento da Licitação (folhas 258/265 e 266), manifestando-se pela irregularidade da CONCORRÊNCIA nº 1.002/03/SIURB, em razão da constatação das seguintes infringências:

1) impropriedades e irregularidades apontadas no Edital, conforme manifestação de folhas 101/106 dos autos;

2) não haver restado claramente demonstrado que os preços ofertados encontram-se compatíveis com aqueles praticados no mercado – item 3.4.1 – folhas 263/264 e

3) insuficiência de disponibilidade de recursos orçamentários necessários à despesa, em desacordo com a legislação vigente (item 3.4.2 – folha 264).

O Secretário de Infra Estrutura Urbana e Obras apresentou DEFESA, na qual discorda do entendimento dos Órgãos Técnicos, a respeito dos itens do Edital impugnados (folhas 276/290).

A Coordenadoria V, a Engenharia e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle reiteraram anteriores pronunciamentos no sentido da não-demonstração da compatibilidade dos preços ofertados com os de mercado e da insuficiência de disponibilidade de recursos financeiros (folhas 353/359).

Não obstante as posteriores justificativas enviadas pela Origem (folhas 373/386), a Assessoria Jurídica de Controle Externo, de igual modo, com elas não concordou, reiterando anterior parecer, no qual ressaltou a permanência de irregularidades atinentes à falta de solidez no orçamento estimado, imperfeição do projeto básico e insuficiência do valor empenhado para o exercício de 2004.

Sugeriu que os autos passassem a acompanhar o TC 2.733/2004, que trata da análise do CONTRATO 003/SIURB/2004 (folhas 390/393 e 488/490).

O Órgão Fazendário, com amparo no pronunciamento exarado no processo por último citado, propôs o acolhimento do ajuste, diante da ausência de indícios de má-fé por parte dos agentes responsáveis e de prejuízo para o Erário, ou acatamento dos efeitos financeiros pelo mesmo produzido (folhas 493/495).

A Secretaria Geral entendeu que apenas remanesciam de discussão as seguintes questões:

1) a adequação dos preços ofertados aos praticados no mercado;

2) a falta de solidez do orçamento estimado, inferior ao valor total proposto pela licitante vencedora; e

3) a insuficiência do valor empenhado para o exercício de 2004. Entendeu encontrarem-se superados os demais questionamentos suscitados pela Auditoria.

Quanto à compatibilidade dos preços, afirmou que, consoante demonstrado na Defesa (folha 276/289), foi verificada a aceitabilidade e compatibilidade dos valores propostos, adotando-se como parâmetro os valores definidos pela Tabela de Custos Unitários da Secretaria de Infra Estrutura e Obras – SIURB, publicada no Diário Oficial do Município de 27/03/2003, além de outras referências de mercado.

Prosseguiu enfatizando que 'ainda que não tenham sido afastadas as infringências apontadas relativamente à falta de solidez do orçamento estimado e à insuficiência do valor empenhado para o exercício de 2004, há que se considerar que tais impropriedades não foram suficientes para macular substancialmente o procedimento licitatório, cujo prosseguimento foi autorizado pela decisão de fl. 114 dos autos'.

Opinou pelo acolhimento do procedimento licitatório e dos efeitos financeiros produzidos pelo CONTRATO 003/SIURB/2004, sem embargo das determinações cabíveis, levando-se em conta o princípio da certeza e da segurança das relações jurídicas estabelecidas pelo Poder Público com terceiros de boa-fé, em especial, o tempo já decorrido e os efeitos produzidos pelo ajuste (folhas 497/501).

É o relatório (2.352ª S.O.).

VOTO

Em face de todo o relatado e de tudo o que mais dos autos consta, conforme apontado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, nos autos do TC nº 3.510/2003, a Origem não demonstrou consoante lhe competia, o cumprimento dos seguintes requisitos:

1) a apresentação de projeto básico regular;

2) a solidez do orçamento estimado do objeto;

3) a demonstração de que os preços ofertados pelo Consórcio vencedor eram compatíveis com os preços praticados pelo mercado; e

4) suficiência de recursos empenhados para o exercício de 2004.

Afirmaram a Auditoria (folhas 353/354) e a Engenharia (folhas 355/356 e verso), que, na Defesa apresentada, 'A SIURB apresentou defesa referente aos dois itens acima apontados, (referindo-se a demonstração da compatibilidade dos preços propostos com os de mercado e a suficiência de recursos para o exercício de 2004), porém não se manifestou sobre as irregularidades e impropriedades apontadas às folhas 101/106'.

Limitou-se, portanto, a afirmar que 'a pesquisa para a verificação da aceitabilidade e compatibilidade dos valores propostos foi realizada adotando-se como parâmetro os valores definidos pela tabela de custos unitários de SIURB... bem como de outras referências de mercado'.

Acrescentou quanto à insuficiência de recurso para o exercício de 2004, que o Contrato era de longo prazo.

No tocante à compatibilidade dos preços ofertados pela vencedora com os de mercado, a Engenharia (folhas 355/356 verso), concluiu pelos argumentos expostos, não terem sido os mesmos demonstrados pela Origem. Intimado a promover aditamento à Defesa – (folhas 368/372 e 373/386 do presente processo), o Secretário de SIURB e os Membros Integrantes da Comissão de Licitação que julgou o certame (folhas 636/637, 645 a 651, 652 a 667, 658 a 665, 666 a 674, 675 a 687 do TC 2.733/2004) não lograram demonstrar a existência de projeto básico regular, nem a solidez do orçamento estimado – aspectos questionados pela Equipe Técnica que analisou o Edital, e, quanto ao aspecto orçamentário, não evidenciaram haver sido cumprido o disposto no artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (previsão de recursos orçamentários para 2004).

Por tais motivos, a Auditoria, e a Assessoria Jurídica opinaram pela irregularidade do procedimento licitatório (folhas 477 e verso e 488/491).

Em face de todo o exposto, não demonstrado na elaboração do Edital do certame:

1 - a existência de projeto básico regular, a teor do exigido pelo inciso I do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93;

2 - não demonstrada a existência de orçamento sólido detalhado em planilhas, conforme preceituado pelo parágrafo 2º inciso II do precitado artigo e

3 - inexistência de previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes dos serviços no exercício financeiro, de acordo com o cronograma, infringindo o inciso III do parágrafo 2º do citado artigo, JULGO IRREGULAR a CONCORRÊNCIA 1.002/03/SIURB.

Diante da infringência dos dispositivos legais expostos, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, APLICO a MULTA no valor de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais) ao Secretario de Infra Estrutura Urbana e Obras que aprovou o Edital, identificado sob folha 11 dos autos, e a cada um dos Membros Integrante da Comissão de Licitação, identificados sob folhas 621/622, 627/628, 629/630, 631/632, 633/634 e 658/665.

No que pertine à REPRESENTAÇÃO objeto do TC nº 3.416/2003, com amparo no pronunciamento da Secretaria Geral (folhas 89/91), que endosso e fica fazendo parte integrante do presente, EM PRELIMINAR, CONHEÇO DA REPRESENTAÇÃO, por entender que apesar de não anexado nos autos os Estatutos Sociais da Interessada, restou demonstrado seu legitimo interesse de agir e a existência legal da Interessada.

Quanto ao MÉRITO, JULGO-A IMPROCEDENTE, uma vez que conforme reconheceu o Poder Judiciário, na Sentença prolatada em sede do Mandado de Segurança perpetrado pela Interessada, ficou demonstrado que as exigências dos subitens 5.4.3 e 5.4.4 constantes do Edital da CONCORRÊNCIA nº 1.002/03/SIURB, questionadas pela Representante, para o fim de habilitação das interessadas no pleito, se afiguraram razoáveis e compatíveis com a natureza do objeto licitado.

Expeça-se, oportunamente, ofício a ser dirigido à Requerente, acompanhado das cópias reprográficas da Decisão a ser prolatada, ARQUIVANDO-SE, oportunamente, os autos. Com referência ao TC nº

2.733/2004, conforme demonstrado no relatório e voto exarados no TC nº 3.510/2003, a Origem e os Membros integrantes da Comissão de Licitação, apesar de terem exercitado o direito à defesa, não lograram comprovar que o Edital da CONCORRÊNCIA 1.002/03/SIURB foi instruído com projeto básico regular, com orçamento sólido detalhado em planilhas, expressando a composição dos custos unitários dos serviços e nem a existência de previsão de recursos orçamentários suficientes para pagamento das despesas no exercício financeiro de 2004.

No respeitante ao aspecto orçamentário, apesar do valor do CONTRATO 003/SIURB/2004 ser de R$ 53.517.023,21 (cinqüenta e três milhões, quinhentos e dezessete mil vinte e três reais e vinte e um centavos), pelo prazo de vigência de 12 (doze) meses, com início em 02/02/2004, está evidenciado pelas Notas de Empenho emitidas – folhas 486/487 –, no montante de R$ 24.986.892,43 (vinte e quatro milhões, novecentos e oitenta e seis mil oitocentos e noventa e dois reais e quarenta e três centavos), que os recursos foram insuficientes para suportar os gastos no exercício, que, de acordo com o cronograma físico-financeiro estimativo de implantação (folha 497) foram desembolsados R$ 49.001.411,01(quarenta e nove milhões, um mil quatrocentos e onze reais e um centavo).

Não foram anexadas ao processo, por ocasião da contratação, em nome da empresa START – ENGENHARIA E ELETRECIDADE LTDA., integrante do CONSÓRCIO ALUSA – CONSLADEL – START, a Certidão Negativa de Débitos para com o INSS – CND, e a Certidão de Regularidade para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, em ofensa ao disposto no artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal e o artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, respectivamente.

Diante de todo o exposto e do que mais dos autos consta, e por decorrer o CONTRATO 003/SIURB/2004, de procedimento licitatório irregular, JULGO-O IRREGULAR patenteada que restou a infringência aos dispositivos legais enumerados no parágrafo anterior do presente bem como ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 combinado com o Decreto Municipal 23.639/87 e ao 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Deixo de acolher os efeitos financeiros produzidos pela Avença. Em razão da desobediência à legislação invocada, APLICO, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, ao Ordenador da Despesa e signatário do Contrato, identificado às folhas 467 e 486 dos autos, a MULTA, no valor de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais).

Com apoio na proposta formulada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, nos autos do TC 3.510/2003, determino o oportuno Exame da Execução Contratual.

EXPEÇAM-SE ofícios acompanhados do presente voto e da Decisão a ser alcançada sobre a matéria ao Secretário Municipal da Secretaria de Infra Estrutura e Obras – SIURB, à Câmara Municipal de São Paulo e ao Ministério Público do Estado.