JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-005.411.01-28

2º Julgado

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. "EX OFFICIO". Decisão que julgou irregulares Convite e Autorização de Serviço. SPTuris. Infringências aos arts. 3º e 43, IV, Lei 8.666/93 e o art 2º, §2º, Dec. 26.950/88. CONHECIDOS. Votação unânime. Decisão mantida na íntegra. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.407ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 02.12.2008.

1º Julgado

ANÁLISE. CONVITE. AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO. SPTuris. Serviços de fornecimento e instalação de paredes divisórias e lambris. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime. MULTA. Votação por maioria.

210ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Eurípedes Sales, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Maurício Faria – Revisor, após vista que lhe fora concedida, durante a fase de discussão, na 2.377ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em conhecer dos recursos "ex officio", por regimental, bem como dos voluntários interpostos pelos Senhores Celso Oliveira Marcondes de Faria (São Paulo Turismo S.A. – SPTuris), Eduardo Sanovicz, Sérgio Hermes Martello Bacci, Mauro dos Santos Custódio, João Carlos de Souza Marques e José Agnaldo Beghini de Carvalho, por preencherem os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 139 e 140 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Relator, Roberto Braguim e Antonio Carlos Caruso,

quanto ao mérito, em negar provimento aos recursos, mantendo, na íntegra, a R. Decisão da Segunda Câmara recorrida.

Vencido, no mérito, o Conselheiro Maurício Faria – Revisor, que, consoante voto apresentado em separado, deu provimento parcial aos recursos, para o fim de cancelar as multas impostas naquela R. Decisão, tendo em vista a inexistência de indícios de dolo, má-fé ou fraude, bem como de prejuízo ao Erário.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Revisor, Roberto Braguim e Antonio Carlos Caruso.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" Joel Tessitore.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de outubro de 2008.

Edson Simões – Presidente.

Eurípedes Sales – Relator.

RELATÓRIO e **VOTO**: em Notas Taquigráficas.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço dos recursos, por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

No mérito, dou-lhes provimento parcial, para efeito de reformar-se a Decisão recorrida, a fim de serem canceladas as multas impostas no julgado, tendo em vista a inexistência, nos autos, de indícios de dolo, má-fé ou fraude, bem como de prejuízo ao Erário.

1º JULGADO

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Roberto Braguim - Relator, bem assim pelo voto do Conselheiro Maurício Faria, apresentado em separado, julgar irregulares o

Convite 020/01 e a Autorização de Serviço 723/01, em razão da infringência aos artigos 3º e 43, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, e ao artigo 3º, § 2º, do Decreto Municipal 26.950/88, na redação conferida pelo Decreto Municipal 28.714/90.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, aceitar os efeitos financeiros do ajuste, em razão da execução dos serviços, nos termos do relatório e voto do Conselheiro Roberto Braguim – Relator, que julgou prejudicada a análise de eventual prejuízo ao Erário, em face da impossibilidade de definição, no momento, dos preços praticados no mercado à época, bem assim pelo voto apresentado em separado pelo Conselheiro Maurício Faria, que considerou não ter havido nos autos notícias de prejuízo.

DECIDEM, outrossim, por maioria, pelo voto do Conselheiro Roberto Braguim, votando o Conselheiro Presidente Edson Simões para efeito de desempate, nos termos do artigo 187, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea “a”, do Regimento Interno desta Corte, aplicar a multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), com fundamento nos artigos 52, inciso II, e 53 da Lei Municipal 9.167/80, e 85, 86, inciso II, e 87 do Regimento Interno deste Tribunal, ao responsável pelos atos ilegais, consistentes em não-realização de pesquisa de preços e em contratação com valor superior ao estimado, bem como a cada membro da Comissão de Licitação, pela não-exigência de cumprimento de requisitos estabelecidos em lei. Vencido, neste particular, o Conselheiro Maurício Faria, que exarou recomendação à Origem, para que promova pesquisa de mercado mais criteriosa por ocasião de novas licitações, de forma a fazer corresponder as especificações técnicas do produto àqueles preços pesquisados.

RECORREM “ex officio”, nos termos do artigo 136, V, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro Maurício Faria.

Presente a Procuradora da Fazenda Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de setembro de 2004.

Edson Simões - Presidente, com voto.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO

Versa o presente sobre o exame da contratação representada pela Autorização de Serviço Nº 723/01, firmada entre a Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A e a empresa DIMOPLAC Divisórias Moduladas Ltda., no valor de R$ 123.949,00 (cento e vinte e três mil novecentos e

quarenta e nove reais), tendo por objeto a prestação de serviços de fornecimento e de instalação de paredes divisórias removíveis e lambris, para substituição dos existentes no Palácio das Convenções da contratante.

O ajuste decorreu de licitação, na modalidade convite, na qual a contratada foi a única licitante, apesar de 16 (dezesseis) empresas terem retirado o instrumento convocatório.

A Divisão Técnica III, em primeira manifestação, endossada pela Secretaria de Fiscalização e Controle, considerou irregular o contrato, pelas seguintes anomalias constatadas:

a) ausência de pesquisa de mercado, em afronta ao disposto no artigo 3º, § 2º, do Decreto Municipal nº 26.950/88, na redação do Decreto Municipal nº 28.714/90;

b) valor estimado incompatível com o valor contratado;

c) concessão de desconto, pela contratada, em desobediência ao item 7.5 do edital;

d) ausência de publicação da autorização de serviço.

A Assessoria Técnica Jurídica, em razão do valor proposto ter superado em 84% (oitenta e quatro por cento) o estimado, acompanhou esse entendimento, concluindo pela irregularidade do ajuste.

Intimada, a Origem alegou ter procedido, para obtenção do valor estimado, à devida pesquisa de mercado, chegando a R$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais). Porém, em razão de falha na elaboração do caderno técnico, o valor necessário à contratação foi subestimado.

Ademais, a Comissão de Licitação, no ato de abertura das propostas, teria sido surpreendida pela oferta do único proponente, no valor de R$ 156.504,56 (cento e cinqüenta e seis mil quinhentos e quatro reais e cinqüenta e seis centavos), 84% (oitenta e quatro por cento) superior ao estimado, o que levou à sua confrontação com o praticado por outra empresa, obtendo-se, então, o valor de R$ 133.260,00 (cento e trinta e três mil duzentos e sessenta reais). A área licitante entendeu compatível esse valor com os preços praticados no mercado, vez que a variação constatada decorreu, segundo a Origem, das instabilidades verificadas no cenário internacional, que tornaram inexeqüível o preço antes estimado, bem assim, alegou que houve dificuldades técnicas para implantação do projeto e que as dificuldades operacionais foram subestimadas.

Por derradeiro, informou a Origem que a contratada concedeu o desconto de 20,80% (vinte inteiros e oitenta centésimos por cento) sobre o preço ofertado, concretizando-se, então, a contratação, mantida a lisura do

certame, eis que não houve qualquer prejuízo ao erário e nem comprometimento da probidade administrativa, constituindo-se as falhas apontadas em irregularidades meramente formais.

A AT-J salientou, em seqüência, que as alegações relativas à realização da pesquisa de mercado não restaram comprovadas nos autos, vez que a Origem somente procedeu à confrontação do preço ofertado com o de outra empresa, não atendendo, assim, às prescrições legais. Ratificou, então, seu entendimento anterior, pela irregularidade do ajuste.

Na mesma direção, pelo não-acolhimento do contrato, orientaram-se a Divisão Técnica III, a SFC, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria-Diretoria Geral, esta, porém, salientando que não vislumbrou irregularidade no desconto concedido pela única proponente, posto que o fato não deu causa a tratamento discriminatório dos interessados, já que o benefício pecuniário foi concedido após a apresentação da proposta, em atendimento ao princípio da economicidade.

Por minha determinação, a Secretaria de Fiscalização e Controle examinou os preços praticados, concluindo que os serviços executados constituíam complexos serviços de engenharia, fato que torna inviável a comparação dos valores pactuados com os de mercado. Anotou, ainda, que o preço oferecido na proposta desbordou os limites do convite, somente se enquadrando na hipótese após a concessão do desconto.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pela 'convalidação da irregularidade', de caráter formal, com acolhimento da Autorização de Serviço ou pela aceitação de seus efeitos, enquanto a Secretaria de Fiscalização e Controle propôs o acolhimento do contrato, para observância dos princípios da eficácia e da conservação dos valores jurídicos e, também, em face da impossibilidade de desfazimento do negócio.

É o relatório.

VOTO

O Decreto Municipal nº 26.950/88, vigente à época da contratação "sub examine", dispunha no artigo 3º, § 2º, na redação conferida pelo Decreto Municipal nº 28.714/90, que estimativa de custo deve *'ser precedida de pesquisa de mercado entre pelo menos 3 (três) fornecedores identificados, cujas atividades sejam condizentes com o objetivo da licitação'.*

De sua vez, estabelece a Lei Federal nº 8.666/93, no artigo 43, IV, que no procedimento licitatório deverá ser verificada a conformidade das propostas com os preços correntes no mercado, promovendo-se a desclassificação das desconformes ou incompatíveis.

Em sentido inverso, porém, orientou-se a Origem que, além de não ter comprovado a alegada realização de pesquisa para fixação do valor estimado da contratação, limitou-se, uma vez aberta a proposta da única licitante – de valor acentuadamente maior do que o estimado - a confrontá-lo com o praticado por uma única empresa atuante no setor e, em seguida, a solicitar a concessão de desconto à proponente, obtendo, assim, o valor pelo qual foi celebrado o ajuste, também muito superior àquele que fora estimado pela empresa.

De outra parte, a justificativa da Origem para firmar o contrato, mesmo após a constatação da discrepância entre o valor estimado e o ofertado – este 84% (oitenta e quatro por cento) superior àquele – não me convenceu de que a conduta adotada atendeu aos princípios da economicidade e da vantajosidade, de observância obrigatória nas licitações.

Trago à colação, sobre o tema, a lição de Marçal Justen Filho, que afirma:

> *'...a economicidade se traduz em mero aspecto da indisponibilidade do interesse público' (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 8ª edição, pág. 72).*

Prossegue o mestre citado:

> *'A economicidade consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico. Como os recursos públicos são extremamente escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualificativo'*. (obra citada, pág. 73).

Já o princípio da vantajosidade consiste na obrigação que tem o agente público de assegurar a contratação mais vantajosa para a Administração, vantagem que, via de regra, é de ordem financeira, mas que não se relaciona exclusivamente com esse aspecto.

Socorro-me, novamente, da lição de Marçal Justen Filho, que afirma:

> *'O Estado necessita receber prestações satisfatórias, de qualidade adequada'* (mesma obra, pág. 63).

Feitas tais ponderações, infere-se que a Origem, ao não realizar a pesquisa prévia de mercado e ao aceitar proposta de valor acentuadamente mais elevado que o estimado, deixou de observar os princípios mencionados, incidindo em conduta irregular e ilegal.

Acresce notar, a este passo, que sequer se pode aferir, dos elementos colacionados aos autos, se a Origem adotou a modalidade correta de licitação, vez que a única proponente ofertou preços que ultrapassaram os limites do convite, somente se adequando à hipótese após a concessão do desconto.

Sobre o tema, o festejado Marçal Justen Filho assim se expressa:

> *'Se a administração estimava um certo montante e, no curso da licitação, verificar-se que a melhor proposta supera o limite para a modalidade, a licitação deverá ser anulada, sob pena de infringência aos requisitos orçamentários e às determinações dos arts. 7º, § 2º, incisos II e III, e 14'.* (obra citada, pág. 211).

Demais disso, a Origem não atendeu as disposições do Estatuto Licitatório Federal, insertas no artigo 43, IV, que prescreve seja verificada, na abertura dos envelopes, a conformidade dos preços oferecidos com os de mercado, de forma a assegurar a oferta mais vantajosa para a Administração, sob pena de desclassificação das propostas, vez que é vedada a contratação por preços superiores aos de mercado.

A este passo, ressalto que a Origem, além de não ter comprovado, como alegado, a realização de pesquisa de mercado, ainda que por mecanismos decorrentes da evolução tecnológica, confessou ter ocorrido uma subavaliação do valor da contratação, por falha na elaboração do caderno técnico, hipótese que demandaria a obrigatória desclassificação da proposta, ainda que única, por proposta excessiva que, segundo Marçal Justen Filho,

> *'...se caracteriza como não vantajosa (inconveniente) para a Administração. Mas a Lei transformou hipótese de desvantajosidade em causa de desclassificação. Isso derivou da absoluta incompatibilidade entre as idéias de licitação e preço excessivo. Não se pode conceber que uma licitação conduza à contratação por preços superiores aos que poderiam ser obtidos se a Administração comparecesse diretamente ao mercado para contratar.'* (mesmo autor, obra citada, pág. 472).

No que pertine à competitividade, perfilho o entendimento da Secretaria-Diretoria Geral, que afirma ter sido respeitado esse princípio. É que, a meu ver, apesar de uma única proposta ter sido oferecida, não houve tratamento discriminatório aos licitantes, mas apenas a concessão de desconto nos preços após apresentação da proposta, o que não vicia o procedimento, sob esse prisma.

Todavia, esta assertiva não elide as irregularidades anteriormente abordadas, que maculam o ajuste.

Isto posto, julgo irregulares o Convite nº 020/01 e a Autorização de Serviço nº 723/01, em razão de infringência aos artigos 3º e 43, IV, da Lei Federal nº 8.666/93 e ao artigo 3º, § 2º, do Decreto Municipal nº 26.950/88.

Em face da impossibilidade de definição, no momento, dos preços praticados no mercado à época, consoante apontou a Divisão Técnica III, bem assim da dificuldade de consulta a empresas para tal finalidade, julgo prejudicada a análise de eventual prejuízo ao erário e aceito os efeitos financeiros do ajuste, em razão da execução dos serviços.

Aplico, outrossim, ao responsável pelos atos ilegais, consistentes em não-realização de pesquisa de preços e em contratação com valor superior ao estimado, bem assim a cada membro da Comissão de Licitação, pela não-exigência de cumprimento de requisitos estabelecidos em lei, e com fundamento no artigo 52, II e 53, da Lei Municipal nº 9.167/80, e nos artigos 85, 86, II e 87, do Regimento Interno deste Tribunal, multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais).

Recorro, de ofício, ao Egrégio Plenário desta Corte, consoante prevê o parágrafo único do artigo 137, do citado Regimento Interno.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Os projetos e especificações constantes do Caderno Técnico anexo ao Edital em apreço demonstram o alto padrão das divisórias em sua estrutura e acabamento, refletindo, por conseqüência, no seu custo que não poderia ser comparado ao das divisórias convencionais disponíveis no mercado.

Analisando os custos de materiais e serviços constantes das publicações periódicas especializadas, verifica-se que o valor inicialmente estimado pela Origem para os serviços objeto desta contratação assemelha-se ao das divisórias convencionais, o que indica claramente que houve erro da Administração ao elaborar o orçamento estimado para subsidiar a presente licitação.

Logo, constata-se de início que não é que houve ausência de pesquisa de mercado precedendo a estimativa de custo nos termos concluídos por AUD, mas sim que a pesquisa de mercado levada a efeito pela Origem se pautou em elementos equivocados, posto que a abordagem ao mercado se fez acerca de divisórias convencionais, incompatíveis com aquelas que de fato seriam contratadas, sem que isto indique, inclusive, que se trata o objeto em questão da execução de um projeto complexo de engenharia.

A irregularidade acerca da inconsistência e insuficiência na definição e atribuição de valor ao orçamento estimado é, pois, irregularidade inafastável, capaz de comprometer a reserva orçamentária para a contratação, bem como a correta definição da modalidade licitatória, dentre outros prejuízos, razão

pela qual nosso VOTO é pela IRREGULARIDADE da licitação e do ajuste dela decorrente.

Considerando, todavia, que os serviços foram efetivamente prestados e não há notícias de prejuízo nos autos, acolho os efeitos financeiros decorrentes do contrato, recomendando à Origem que promova pesquisa de mercado mais criteriosa por ocasião de novas licitações, de forma a fazer corresponder as especificações técnicas do produto àqueles preços pesquisados.