**TC 5.439/2004**

**ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SEHAB. Serviços e obras de urbanização da Favela Santo Eduardo. 1. Prazo insuficiente. 2. Verba não vinculada a quantitativos e preços. 3. A Administração está proibida de aplicar recursos públicos em empreendimentos com dimensões não estimadas, ou em perspectivas irreais, inexequíveis, onerosas ou não isonômicas. Art. 7º, § 2º, II, e § 4º, Lei 8.666/93. 4. Conflito na descrição dos elementos da licitação. 5. Aplicação de BDI elevado sobre o custo de locação dos imóveis. 6. Supressão de texto na minuta do contrato. 7. A Administração deve cumprir todas as condições editalícias, sob pena de nulidade do ato. Art. 54, § 1º, Lei 8.666/93. 8. Equívocos na indicação dos artigos do Dec. Mun. 44.279/03. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.**

**3.059ª Sessão Ordinária**

**A C Ó R D Ã O**

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

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregulares a Concorrência Pública Nacional 005/2003/Sehab/Habi/BID e o Contrato 016/2004-Sehab/Habi, em face das irregularidades apontadas às fls. 320 a 331 vº dos autos.

**ACORDAM**, ainda, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em acolher, excepcionalmente, os efeitos financeiros, com base na inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízos ou dano ao erário e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, bem como diante do tempo decorrido e da situação jurídica já há muito consolidada desde o encerramento do contrato, sendo que o Conselheiro MAURÍCIO FARIA deixou de se manifestar acerca dos efeitos financeiros, por entender que não há elementos para a apreciação.

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

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

**RELATÓRIO**

Cuida o presente da análise da Concorrência Pública Nacional 005/003/SEHAB/HABI/BID, realizada pela Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano – SEHAB, e do Contrato 016/2004-SEHAB/HABI dela originado, firmado entre a empresa Araguaia Construtora Brasileira de Rodovias S/A e a PMSP – Prefeitura do Município de São Paulo.

Em relatório de fls. 320 a 331vº, a Auditoria concluiu, em relação à licitação e ao contrato, que:

*"3.1 - Considerando a solução adotada no projeto para consolidação do aterro e a complexidade das ações relativas ao remanejamento das famílias, que pode demandar um tempo maior que o estimado, entendemos que o prazo de 12 meses previsto para o contrato pode ser insuficiente (subitem 2.3).*

*3.2 - Para os itens de serviço 09.04.29 (Instalações Elétricas) e 10.16.50 (Instalações Hidráulicas) foi adotada, no orçamento, uma verba não vinculada a quantitativos e preços unitários que lhe correspondam, contrariando o art. 7º, § 2º, Inciso II, e § 4º, da Lei Federal 8.666/93 (subitem 2.4.1, alíneas 'b' e 'e').*

*3.3 - Com relação ao item de serviço 30.2 - Residência para Alojamento, abordado no subitem 2.4.3, entendemos que:*

*a) há conflito na descrição dos elementos da licitação no que concerne ao número de dormitórios de cada unidade a ser alugada, pois enquanto na Norma de Execução constam 2 dormitórios, na planilha de composição do preço 'item 30.2' consta 'Aluguel de residência de 3 dormitórios';*

*b) não constam definições quanto às metragens das casas a serem locadas como residências;*

*c) ao valor adotado no orçamento para esse item de serviço, deveria corresponder uma área mínima, definida em função de estudos de avaliação de aluguéis na região; d) é elevado o BDI de 30% que está sendo aplicado sobre o custo de locação dos imóveis.*

*3.4 - O preço unitário adotado no orçamento para o item 30.15 - Dreno fibroquímico (geodreno) foi obtido de uma única cotação, o que, no nosso entendimento, não é suficiente para demonstrar que esse preço seja de mercado (subitem 2.4.4).*

*3.5 - Verificamos um equívoco na apropriação dos volumes de corte e aterro, conforme demonstrado no subitem 2.4.5.*

*3.6 - Verificamos que não há coerência entre os quantitativos lançados para os serviços de terraplenagem, conforme demonstrado no subitem 2.4.5.*

*3.7 - A destinação de R$ 683.284,13 (abr/03) no orçamento sob a rubrica 'Serviços Eventuais', sem a correspondente vinculação a quantidades e serviços, está em desacordo com o § 4º do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93 (subitem 2.4.6).*

*3.8 - Entendemos que o valor do contrato está incorreto em razão de não ter sido considerada a incidência do percentual relativo a 'Serviços Eventuais' (10%) e do BDI (20%) sobre o valor total dos serviços após o desconto concedido pela contratada no preço unitário do item '30.10 - Fornecimento e Assentamento de Tubo PEAD 20 mm'. Considerando essa incidência, o valor do contrato deveria ser de R$ 6.494.382,54. Ressalte-se que essa correção do valor contratual foi efetuada posteriormente por meio de termo de reti-ratificação do contrato (subitem 2.6).*

*3.9 - O contrato não atendeu o artigo 54, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, pois, em seu texto, foi suprimido o subitem 1.5 da Cláusula Primeira da Minuta do Contrato constante do Edital. Além disso, verificamos equívocos na indicação dos artigos do Decreto Municipal 44.279/03. (subitem 2.6)."*

Em manifestação precedente, a Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu pelo não acolhimento da Concorrência e da Contratação "sub examine".

Encaminhados os autos à Procuradoria da Fazenda Municipal, os D. Procuradores elaboraram uma série de quesitos (fls. 433/435), a serem respondidos pela Origem, julgados necessários para embasar sua manifestação conclusiva, em especial em relação ao item 17, quesitos "a", "b", "c", "d", "e" e "f".

Intimado o Secretário Municipal da Habitação, este repassou as informações prestadas por SEHABI – Superintendência de Habitação Popular, no sentido de responder aos quesitos formulados de "a" a "f".

Também intimado, o Presidente da Comissão de Licitação apresentou defesa no escopo de afastar sua responsabilidade, bem como as dos membros da comissão quanto às irregularidades apontadas e afirmou que *"agiu nos limites da legislação aplicável, no âmbito de suas competências, de acordo com Edital, e que a proposta vencedora ofertou um valor de 30% abaixo do valor orçado pela PMSP"*, e que, *na proposta vencedora,* houve "*evidente vantagem econômica".*

As defesas foram analisadas pela Auditoria que concluiu: *"Diante de todo o exposto, concluímos que as defesas apresentadas pelo Ilmo. Secretário Municipal de Habitação e pelo Presidente da Comissão de Licitação à época não trouxeram esclarecimentos técnicos que enfrentem, justifiquem ou esclareçam as irregularidades registradas nos subitens 3.1, 3.2, 3.3 (alíneas a e d), 3.7 e 3.9, todos eles sintetizados às fls. 332 e 332vº, que ora ratificamos e reiteramos integralmente."*

A Assessoria Jurídica de Controle externo se manifestou nos seguintes termos: *"Por derradeiro, urge perfilharmos das conclusões esposadas pela Área Técnica deste E. Tribunal, ratificamos nosso posicionamento anterior, opinando igualmente pela irregularidade dos instrumentos 'sub examine', uma vez que as defesas apresentadas pelo Secretario Municipal de Habitação e pelo Presidente da Comissão de Licitação à época, não trouxeram elementos esclarecedores ou justificadores das irregularidades perpetradas, tendo em vista as imprescindíveis circunstâncias norteadoras do ajuste, pelos fatos e fundamentos supra-aduzidos*."

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu pelo acolhimento da licitação e ajuste ora examinados. A Secretaria Geral enfrentou a questão da seguinte forma:

*"Da análise dos presentes autos, verifica-se que remanescem as irregularidades apontadas nos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.7 e 3.9 do relatório de fls. 320/332.*

*Com relação ao fato da verba adotada para os itens de serviço de instalação elétrica e hidráulica, não estar vinculada a quantitativos e preços unitários [...] a Administração está proibida de aplicar recursos públicos em empreendimentos com dimensões não estimadas, ou estimadas em perspectivas irreais, inexequíveis, onerosas ou não isonômicas.*

*Ademais, além de examinar a razoabilidade dos valores a serem desembolsados, a correta estimativa de custos serve de parâmetro para a Administração avaliar a compatibilidade das propostas oferecidas pelas licitantes com os preços praticados no mercado.*

*Portando, irregular a licitação neste sentido.*

*[...] assiste razão a Auditoria ao afirmar que, serviços eventuais são aqueles que ultrapassam as quantidades indicadas nas planilhas de orçamento ou serviços que não foram previstos inicialmente.*

*Deste modo, se já havia uma previsão de que estes serviços seriam necessários, estes deveriam fazer parte das planilhas de orçamento.*

*[...] Portanto, irregular a licitação também sob este aspecto.*

*No que diz respeito à irregularidade apontada pelo fato do contrato não estar de acordo com a minuta constante no edital, cumpre ressaltar que, ante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração não pode descumprir as condições editalícias, sob pena de nulidade do ato. Irregular a contratação também neste sentido.*

*Tendo em vista o caráter técnico e fático das irregularidades apontadas nos itens 3.1 e 3.3, acompanho as conclusões alcançadas pela Especializada.*

*Corroboro o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto à ausência de responsabilidade do Sr. Presidente da Comissão Permanente de Licitação, vez que as irregularidades apontadas não se relacionam com suas atribuições.*

*Pelo exposto, opino pela irregularidade da licitação e da contratação em exame, sem prejuízo das determinações e/ou recomendações que o Exmo. Sr. Conselheiro Relator entender necessárias."*

É o Relatório.

**VOTO**

Cuida o presente da análise da Concorrência 5/2003 e do Contrato 16/2004, dela decorrente, firmado entre a Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano – SEHAB e a empresa Araguaia Construtora Brasileira de Rodovias S/A, objetivando a execução da urbanização da favela Santo Eduardo, contemplado pelo programa BAIRRO LEGAL – PROCAV, no valor inicial de R$ 10.547.404,02 (dez milhões, quinhentos e quarenta e sete mil quatrocentos e quatro reais e dois centavos), posteriormente retificado para R$ 6.494.382,54 (seis milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil trezentos e oitenta e dois reais e cinquenta e quatro centavos).

De início, é importante destacar que a instrução processual se encerrou com o parecer da Secretaria Geral, emitido em 7 de janeiro

de 2014, quando então o processo foi encaminhado para o Gabinete do Relator. Nos termos do Regimento, o TC foi enviado ao Revisor em 29 de agosto de 2014 que, por sua vez, enviou o presente processo para a Unidade de Pauta em 15 de abril de 2016.

Depois de analisar as justificativas apresentadas pela Origem e a defesa da empresa Contratada, a Auditoria reiterou a sua conclusão pela irregularidade da licitação e do contrato em razão da permanência das seguintes infringências:

*"1 - Considerando a solução adotada no projeto para consolidação do aterro e a complexidade das ações relativas ao remanejamento das famílias, que pode demandar um tempo maior que o estimado, entendemos que o prazo de 12* [doze] *meses previsto para o contrato pode ser insuficiente.*

*2 - Para os itens de serviço 09.04.29 (Instalações Elétricas) e 10.16.50 (Instalações Hidráulicas) foi adotada, no orçamento, uma verba não vinculada a quantitativos e preços unitários que lhe correspondam, contrariando o artigo 7º, § 2º, Inciso II, e § 4º, da Lei Federal 8.666/93.*

*3 - Com relação ao item de serviço 30.2 – 'Residência para Alojamento', abordado no subitem 2.4.3, entendemos que:*

*a. há conflito na descrição dos elementos da licitação no que concerne ao número de dormitórios de cada unidade a ser alugada, pois enquanto na Norma de Execução constam 2 dormitórios, na planilha de composição do preço 'item 30.2' consta 'Aluguel de residência de 3 dormitórios'; e*

*b. é elevado o BDI de 30%* [trinta por cento] *que está sendo aplicado sobre o custo de locação dos imóveis. (...)*

*4 - A destinação de R$ 683.284,13 (*seiscentos e oitenta e três mil duzentos e oitenta e quatro reais e treze centavos) data base - abril de 2003, *no orçamento sob a rubrica 'Serviços Eventuais', sem a correspondente vinculação a quantidades e serviços, está em desacordo com o § 4º do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93; e (...)*

*5 - O contrato não atendeu o artigo 54, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, pois, em seu texto, foi suprimido o subitem 1.5 da Cláusula Primeira da Minuta do Contrato constante do Edital. Além disso, verificamos equívocos na indicação dos artigos do Decreto Municipal 44.279/03."*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral acompanharam a Auditoria pela irregularidade da licitação e da contratação em exame, uma vez que "*as defesas apresentadas [...] não trouxeram esclarecimentos técnicos que enfrentem, justifiquem ou esclareçam as irregularidades registradas pela Auditoria."*

Diante do exposto, e com amparo nas conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral deste Tribunal de Contas, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO IRREGULARES a Concorrência Pública Nacional 5/2003 e o Contrato 16/2004 em face das irregularidades apontadas às fls. 320 a 331vº.

Todavia, com base na manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, de *"inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízos ou dano ao erário"* e "homenagem ao princípio da segurança jurídica", bem como diante do tempo decorrido e da situação jurídica já há muito consolidada desde o encerramento do contrato, ACOLHO, EXCEPCIONALMENTE, os efeitos financeiros.

.