TC nº 72-006.209.04-75

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SIURB. Construção de Centros Educacionais Unificados. CEUs. ACOLHIDOS. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 16, I e II, § 4º, Lei Compl. 101/2000. Art. 61, Lei 4.320/64. Dec. Mun. 23.639/87**.**

Relatório e voto englobado TCs 72.006.211.04-17, 72.006.210.04-54, 72.006.213.04-42, 72.006.214.04-05.

TC citado: 72.002.307.02-80**.**

2.741ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 07/08/2015

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 acolher, por regulares, a Concorrência C07/SSO/03 e o Contrato 053/Edif/04.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – Siurb que, em futuros certames, cumpra rigorosamente as providências prévias estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 16 da Lei Complementar 101/2000) e elabore o planejamento operacional e financeiro com eficiência e com o devido empenhamento para a realização das despesas, na forma estabelecida na Lei Federal 4.320/64 e no Decreto Municipal 23.639/87.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos presentes autos, após o cumprimento das formalidades legais.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda "ad hoc" CLAUDIA ADRI DE VASCONCELLOS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam-se dos Processos TCs números 6.209; 6.210; 6.211; 6.212; 6.213 e 6.214, todos do ano de 2004, ora relatados de forma englobada, que versam sobre a execução de serviços e obras para a construção de 24 (vinte e quatro) Centros Educacionais Unificados – CEUs, cujos contratos foram celerados pela Secretaria Municipal de Serviços e Obras, sendo que o TC 6.209/04 trata da análise da licitação, na modalidade Concorrência nº C07/SSO/03, com a finalidade de selecionar empresas anteriormente pré-qualificadas para a execução do citado objeto.

Seis dos contratos decorrentes dessa licitação, igualmente em julgamento, são analisados de forma individualizada nos seguintes TCs:

a - **TC 6.209/04-75** - cuida, além do certame retro mencionado, do Contrato nº 53/04, celebrado com a Via Dragados S.A, para a construção dos CEU's Tiquatira, Quinta do Sol e Tremembé – Lote 1, no valor de R$ 59.104.785,88 (cinquenta e nove milhões, cento e quatro mil, setecentos e oitenta e cinco reais e oitenta e oito centavos);

b - **TC 6.210/04-54** - trata do Contrato nº 54/04, formalizado com a Construtora Passarelli Ltda., para a construção dos CEU's Azul Cor do Mar, Três Pontes e Lajeado – Lote 2, no valor de R$ 60.352.237,42 (sessenta milhões, trezentos e cinquenta e dois mil, duzentos e trinta e sete reais e quarenta e dois centavos);

c - **TC 6.211/04-17** - refere-se ao Contrato nº 55/04, pactuado com a Paulitec Construções Ltda., para a construção dos CEUs Água Azul, Limoeiro e Sapopemba – Lote 3, no valor R$ 58.496.083,11 (cinquenta e oito milhões, quatrocentos e noventa e seis mil, oitenta e três reais e onze centavos);

d - **TC 6.212/04-80** – trata do Contrato nº 56/04, firmado com a Construtora Simioni Viesti Ltda., para a construção dos CEUs Formosa, Caminho do Mar e Parque Bristol - Lote 4, no valor de R$ 59.283.239,98 (cinquenta e nove milhões, duzentos e oitenta e três mil, duzentos e trinta e nove reais e noventa e oito centavos);

e - **TC 6.213/04-42** – cuida do Contrato nº 57/04, ajustado com a Engeform Construções e Comércio Ltda., para a construção dos CEU's Vila do Sol, Parelheiros e Vila Rubi - Lote 5, no valor de R$ 61.473.699,47 (sessenta e um milhões, quatrocentos e setenta e três mil, seiscentos e noventa e nove reais e quarenta e sete centavos); e

f - **TC 6.214/04-05** – trata do Contrato nº 58/04, celebrado com a Schahin Engenharia Ltda., para a construção dos CEU's Guarapiranga, Três Marias e Feitiço da Vila- Lote 6, no valor de R$ 62.879.908,93 (sessenta e dois milhões, oitocentos e setenta e nove mil, novecentos e oito reais e noventa e três centavos).

Os atos ora apreciados objetivaram cumprir o Compromisso de Ajustamento de Conduta, firmado pela Administração Pública Municipal com o Ministério Público do Estado de São Paulo, com o intuito de suprir o "déficit" de vagas existente para alunos na rede municipal de ensino, em 2002, e lograr a suspensão de Inquérito Civil Público e de diversas ações coletivas propostas pelo "Parquet", comprometendo-se, até julho de 2003, a aumentar o número de vagas na Capital.

Em cumprimento ao citado Acordo, a Secretaria de Serviços e Obras realizou a licitação na modalidade de Pré-qualificação nº 001/SSO/02, tratada no TC nº 2.307/02-80, por meio da qual foram habilitadas empresas para a construção de até 45 (quarenta e cinco) Centros Educacionais Unificados – CEUs.

Por meio da Concorrência nº 007/SSO/02 – objeto do TC nº 2.307/02-80, foram selecionadas propostas comerciais de empresas pré-qualificadas para a construção de 21 (vinte e um) Centros Educacionais Unificados.

No ano subsequente, para integralizar o número de 45 (quarenta e cinco) unidades dos aludidos equipamentos educacionais, a Origem realizou a Concorrência nº 007/SSO/2003, que selecionou propostas comerciais de mais seis empresas pré-qualificadas para a execução de mais 24 (vinte e quatro) unidades, de vez que o objeto licitado foi dividido em 08 (oito) lotes, resultando na celebração dos contratos acima identificados, abrangendo 06 lotes.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, no tocante ao procedimento seletivo em análise, manifestou-se pela irregularidade, em razão da ausência dos documentos apontados nos incisos I e II do artigo 16 da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

No tocante aos seis Contratos em análise, apontou a infringência à cláusula sétima do Ajuste, por não terem sido localizadas, nos respectivos processos administrativos, as Ordens de Início e pelo cancelamento das correspondentes Notas de Empenho, previamente emitidas, as quais consignavam montante suficiente de recursos para suporte das despesas contratadas, contrariando o disposto no artigo 16 (incisos I e II) da Lei de Responsabilidade Fiscal

(Lei Complementar nº 101/2000), no art. 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e no Decreto Municipal nº 23.639/87.

Em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, foram intimados o Ordenador da Despesa o Signatário dos Contratos, que apresentaram defesas.

O então Secretário da Secretaria de Serviços e Obras, subscritor dos Termos de Contratos, alegou não ser o responsável pelo atendimento dos dispositivos invocados da Lei de Responsabilidade Fiscal, e que sua Pasta se louvou na Resolução nº 02/2001 (Diário Oficial do Município de 6/2/2001), pois o objeto da licitação *"não espelha a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental não se sujeitando, portanto, ao referido diploma legal".*

E quanto ao cancelamento das Notas de Empenho, emitidas previamente em valor suficiente para o atendimento das despesas, afirmou que o fato decorreu da priorização de outros projetos de governo para os quais não contribuiu, não lhe restando outra alternativa senão a de postergar o início da execução dos Ajustes, afirmando que o respectivo retardo prejuízo nenhum causou ao Erário Público Municipal.

Por sua vez, o Ordenador da Despesa alegou que, em 03/06/03, encaminhou o Memorando nº 192/EDIF/03 à Secretaria Municipal de Educação, a fim de que atendesse ao disposto no artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle reiterou os termos de suas precedentes manifestações, argumentando que, sem o atendimento do disposto no parágrafo 4º do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o procedimento licitatório não poderia sequer ter sido iniciado.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu no sentido do acolhimento da Concorrência e dos 6 Contratos, em caráter excepcional, bem como dos efeitos financeiros produzidos. Argumentou que a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe significativas inovações ao País, visando o uso e registro dos recursos orçamentários pelos agentes públicos, com vistas ao equilíbrio das contas públicas, atribuindo responsabilidades ao administrador público pela concretização dos programas de governo, quer em fase de conclusão, como na otimização e planejamento dos novos, introduzindo mecanismos contábeis garantidores da manutenção da ordem e do respeito ao Erário Público.

Afirmou, ainda, que a execução dos Centros de Educação Unificados não constituía essa realidade e que *"Pelo que se denota, corresponderam a equipamentos idealizados, construídos e entregues à sociedade, para satisfação dos fins a que foram colimados".*

E que, "*ainda que precária a forma de cumprimento do disposto em seu artigo 16, inciso I e II, pensamos que a circunstância fática*

anunciada e os esforços administrativos dispensados reúnem os elementos necessários à satisfação das determinações legais de responsabilidade fiscal em epígrafe".

O Órgão Fazendário acompanhou a argumentação da Assessoria Jurídica de Controle Externo pelo acolhimento dos atos, em caráter excepcional, asseverando que os Contratos já foram cumpridos, sem qualquer prejuízo ao Erário e sem dolo ou má-fé por parte dos agentes públicos envolvidos.

Em preliminar análise da matéria a Secretaria Geral, reportando-se à Concorrência em pauta, sustentou a tese reiteradamente defendida pela Unidade, aduzindo, quanto à apontada infringência aos incisos I e II do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que a licitação e os contratos em apreço, cuidaram de um procedimento administrativo concluído, representando, portanto, uma relação jurídica consolidada, os quais não padecem de vícios insanáveis a ponto de comprometerem o interesse público envolvido.

Ressaltou que, diante de um ato administrativo aparentemente ilegal, duas alternativas cabem ao Poder Público: anulá-lo pela sua nulidade absoluta ou convalidá-lo em virtude de vício sanável.

Trouxe à colação o entendimento de Weida Zancaner, segundo o qual *"sempre que a Administração esteja perante ato insusceptível de convalidação, terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que essa situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo direito. Em tal caso, já não mais haverá situação jurídica inválida, ante o sistema normativo, e portanto, simplesmente, não se põe o problema".*

Prosseguiu afirmando que a desconstituição do ato geraria maiores agravos aos interesses protegidos pela ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.

E que, segundo ensinamento de Marçal Justen Filho, diante do defeituoso cumprimento do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, caberia, em princípio, responsabilizar o agente que omitiu as providências necessárias, sempre observado o princípio da proporcionalidade e a ocorrência da lesão ao interesse público.

Por fim, a Secretaria Geral propôs a oitiva da Auditoria sobre a infringência à cláusula sétima dos Contratos pela não emissão das Ordens de Início e sobre o cancelamento na totalidade das correspondentes Notas de Empenho, de modo a obter elementos complementares para sua convicção.

Depois de realizada a diligência nos documentos da Origem, a Auditoria reiterou parecer pela irregularidade dos Contratos, afirmando que "*não houve cobertura prévia e integral de Nota de Empenho para a despesa programada (...), infringindo o artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e o Decreto Municipal 23.639/87*", além dos Contratos nºs 53 e 54/04, terem o seguinte

apontamento: "*o cronograma físico financeiro apresentado pelas empresas, para os 3 (três) empreendimentos, contrariar o prazo de vigência de 240 dias previstos na cláusula 7.1 do instrumento contratual".*

Em decorrência do pronunciamento complementar da Auditoria, foi concedida nova oportunidade à Origem e aos Interessados para apresentação de suas justificações adicionais.

A Coordenadoria VI, ante os argumentos alinhados pela Origem e pelos agentes públicos, entendeu superado o parecer exposto a respeito da infringência ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64, para a maioria das unidades dos Lotes licitados, ratificando, no entanto, a conclusão de irregularidade da Licitação pelo desatendimento ao artigo 16, incisos I e II da Lei de Responsabilidade Fiscal e, consequentemente, pela irregularidade dos seis Contratos em exame, decorrentes da Concorrência em pauta.

A Assessoria Jurídica, em razão de todo o acrescido nos 06 processos que analisam os ajustes sob apreciação, reiterou os termos de sua manifestação anterior "*no sentido do excepcional acolhimento da Concorrência nº 07/SSO/03 e do(s) Contrato(s) nºs 053 (a 058) ... com vista, em especial, à preservação das relações jurídicas estabelecidas e a guarida dos efeitos financeiros produzidos*, *sem embargo das determinações"* entendidas cabíveis.

O Órgão Fazendário acompanhou o pronunciamento da Assessoria Jurídica.

A Secretaria Geral, em relação à licitação, reportando-se ao pronunciamento exarado sob folhas 1487/1492 do TC 6.212/04-80, ponderou o seguinte: *"Parece-nos, que a invalidação da Concorrência 07/SSO/03 acarretará maiores prejuízos de ordem econômica, financeira e social, pelo que a convalidação das infringências se coloca como a melhor solução, haja vista que a documentação exigida pelo artigo 16, I e II da Lei de Responsabilidade Fiscal, foi apresentada extemporaneamente pela Origem (folha 1468)".*

Quanto aos Contratos nºs 053 a 058/04, com base na documentação carreada para os autos, entendeu que citados elementos complementaram a instrução do processo, pondo à evidência *"que a execução das obras dos CEU's (...) estavam em andamento, ou, como no caso do CEU Tremembé, já estavam concluídas",* permitindo afirmar que "*a Administração adimpliu os pagamentos e que não houve prejuízo ao Erário ou a terceiros, razão pela qual entendo que o interesse público foi efetivado, sendo certo que a desconstituição de tais atos poderia causar maiores prejuízos*" (fl. 223 do TC 6.214/04-05).

E prosseguiu asseverando: *"Como já relatado, as irregularidades relativas ao(s) contrato(s), indicadas pela SFC depois da análise e manifestação acerca dos documentos retro mencionados, foram afastadas mediante argumentos das defesas da Origem e consideradas sanadas pela própria SFC (folhas 1629/1630), portanto não remanescem as irregularidades indicadas"*.

Em síntese, a Secretaria Geral assim opinou, conclusivamente:

"N*o que tange à licitação, mantenho o posicionamento pelo acolhimento da concorrência em questão".*

No tocante aos Contratos - EDIF nºs 053 – 054 – 055 – 056 – 057 e 058, todos celebrados no ano de 2004.concluiu serem regulares "*também porque não foram verificadas irregularidades a ele(s) relacionadas além daquelas já consideradas devidamente sanadas"*.

É o relatório.

VOTO

De acordo com a manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ficou demonstrado que a Origem, ainda que tardiamente, apresentou os documentos relativos às providências de ordem orçamentária, mencionados nos incisos I e II do artigo 16 da Lei Complementar nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, levando a Assessoria Jurídica a afirmar que "*a circunstância fática anunciada e os esforços administrativos dispensados reúnem os elementos necessários à satisfação das determinações legais de responsabilidade fiscal em epígrafe",* sanando a infringência que atingia a Concorrência em pauta.

No tocante à infringência ao artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao Decreto Municipal nº 23.639/87 atinente aos Contratos em julgamento, gerada pelo cancelamento das Notas de Empenho, o Órgão Auditor, depois de haver analisado os elementos e argumentos das Defesas, concluiu achar-se superado o pronunciamento antes manifestado, com amparo na documentação relativa ao início da maioria das obras abrangidas nos Lotes 1 a 6.

Em resumo, pelos elementos de instrução dos autos e dos pronunciamentos exarados pelos Órgãos Técnicos, constata-se que os atos praticados pela Origem, ora em julgamento, se traduzem em um procedimento licitatório e seis contratos que consubstanciam relações jurídicas consolidadas no mundo jurídico, uma vez que, para as partes envolvidas e para terceiros, produziu todos os efeitos jurídicos e patrimoniais decorrentes, sendo insusceptível de ser declarada inválida ante o sistema normativo vigente, pois não se revestiu de vício de nulidade insanável.

Todavia, não se pode olvidar do fato de que o cancelamento das Notas de Empenho, de acordo com as defesas apresentadas, foi promovido pela necessidade de serem atendidos, com prioridade, outros projetos do Governo Municipal, à época, circunstância reveladora de que não houve

preocupação com o eficaz planejamento operacional e financeiro da execução da totalidade do projeto da construção dos Centros Educacionais Unificados.

Apesar de relegadas as exigências referentes ao empenhamento, consoante ressaltou a Secretaria Geral, "*a Administração adimpliu os pagamentos e que não houve prejuízo ao Erário ou a terceiros, razão pela qual entendo que o interesse público foi efetivado, sendo certo que a desconstituição de tais atos poderia causar maiores prejuízos"*.

Em razão de todo o exposto e de tudo o que mais dos autos consta, com amparo no pronunciamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, "*no sentido do excepcional acolhimento da concorrência (...) e contratos (...) com vista, em especial, à preservação das relações jurídicas estabelecidas e a guarida dos efeitos financeiros produzidos"* e no parecer da Secretaria Geral, asseverando que "*a Administração adimpliu os pagamentos e que não houve prejuízo ao Erário ou a terceiros"* e *"que o interesse público foi efetivado"* fundamentos que ficam fazendo parte integrante do presente voto, acolho por regulares a Concorrência nº C07/SSO/2003 e os Contratos - EDIF nºs 053 – 054 – 055 – 056 – 057 e 058, todos celebrados no ano de 2004.

Faço determinação à Origem para que em futuros certames cumpra, rigorosamente, as providências prévias estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000) e elabore o planejamento operacional e financeiro com eficiência e com o devido empenhamento para a realização das despesas, na forma estabelecida na Lei Federal nº 4.320/64 e no Decreto Municipal nº 23.639/87.

Após, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.