II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-1066/2024

Processo - TC/013029/2022
Interessada - Secretaria Municipal da Saúde
Acompanhamento do Edital do Pregão Eletrônico 651/2022/SMS
Objeto - Verificar a regularidade do edital, cujo objeto é a prestação de serviços especializados para fornecimento de sistema automatizado pré-analítico, analítico e pós-analítico de testes imunoquímicos e dosagens hormonais, com cessão de equipamentos em comodato, fornecimento de insumos e sistema de processamento informatizado, para atender aos Laboratórios Municipais Sudeste, Lapa, Freguesia do Ó, São Miguel e Santo Amaro, quanto aos aspectos de legalidade, formalidade e mérito

3.325ª Sessão Ordinária

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Fornecimento de sistema automatizado pré-analítico, analítico e pós-analítico de testes imunoquímicos e dosagens hormonais. 1. As contratações emergenciais se destinam a dar condições à Administração para se programar e para poder realizar, em um período de 180 dias, procedimentos necessários para a aquisição de bens e serviços mediante regular certame licitatório. 2. Dentro da competência inerente ao controle externo, a fiscalização concomitante possibilita a correção de grande parte das irregularidades do edital inicialmente detectadas, que, por sua vez, permite a Administração a retomada da licitação após realizar as correções pertinentes. Art. 71, CRFB/1988. Art. 19 a 21, LM 9.167/1980. 3. O silêncio administrativo que se perpetua no processo licitatório não só é antijurídico, como também produz prejuízos tangíveis, os quais são verificados pela obrigação da Administração em realizar contratações emergenciais enquanto não for efetivado ato de vontade acerca da retomada do edital, ofendendo diversos princípios administrativos, e podendo ensejar a responsabilização administrativa, civil e penal do administrador omisso. 4. É competência do TCMSP, assinar prazo para que o órgão da Administração adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificar ilegalidade ou irregularidade de qualquer despesa, podendo, inclusive, determinar a anulação do Edital. Art. 19, VII, LM 9.167/1980. 5. Proposta ao TCMSP, que ao se deparar com casos de silêncio administrativo antijurídico, usufrua de sua competência legalmente prevista no artigo 19, caput, inciso VII, da Lei Municipal 9.167/80, o qual guarda simetria normativa com o artigo 71, caput, inciso IX, da Constituição Federal, para determinar a anulação de licitações irregulares que ainda não foram realizadas, como igualmente fazem os demais Tribunais de Contas Nacionais. 6. Certame revogado. Perda do objeto. PREJUDICADO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em declarar prejudicado o presente Edital do Pregão Eletrônico 651/2022/SMS, pela perda superveniente do objeto em decorrência da revogação pela Origem.

ACORDAM, à unanimidade, com a republicação de novo edital, em determinar a abertura de novo acompanhamento por parte da Secretaria de Controle Externo desta Casa, assegurada a competência da relatoria atual da Pasta.

ACORDAM, à unanimidade, declarado prejudicado o mérito, em propor, para fins de orientação jurisprudencial desta Corte de Contas, a adoção do entendimento de que este Tribunal, ao se deparar com casos de silêncio administrativo antijurídico, usufrua de sua competência legalmente prevista no artigo 19, "caput", inciso VII, da Lei Municipal 9.167/80, o qual guarda simetria normativa com o artigo 71, "caput", inciso IX, da Constituição Federal, para determinar a anulação de licitações irregulares que ainda não foram realizadas, como igualmente fazem os demais Tribunais de Contas Nacionais.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia da integralidade destes autos, bem como do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Controladoria Geral do Munícipio de São Paulo e ao Ministério Público do Estado de São Paulo para conhecimento e adoção das medidas que entenderem cabíveis.

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

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto GLAUCIO PENNA – Revisor, o Conselheiro JOÃO ANTONIO e a Conselheira Substituta DANIELA CORDEIRO DE FARIAS.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de junho de 2024.

DOMINGOS DISSEI – Conselheiro, no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/mfl

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA – RELATOR

Processo: **TC/013029/2022**
Objeto: Acompanhamento do Edital do Pregão Eletrônico nº 651/2022 – SMS.G – Prestação de serviços especializados para fornecimento de sistema automatizado pré-analítico, analítico e pós-analítico de testes imunoquímicos e dosagens hormonais com cessão de equipamentos em comodato, fornecimento de insumos e sistema de processamento informatizado, para atender os Laboratórios Municipais Sudeste, Lapa, Freguesia do Ó, São Miguel e Santo Amaro da Secretaria Municipal da Saúde de São Paulo
Interessada: Secretaria Municipal da Saúde – SMS

RELATÓRIO

1. Trata-se de processo de fiscalização, na modalidade Acompanhamento do Edital de Pregão Eletrônico nº 651/2022/SMS, cujo objeto consiste no fornecimento de sistema automatizado pré-analítico, analítico e pós-analítico de testes imunoquímicos e dosagens hormonais, com cessão de equipamentos em comodato, fornecimento de insumos e sistema de processamento informatizado, para atender os Laboratórios Municipais Sudeste, Lapa, Freguesia do Ó, São Miguel e Santo Amaro da Secretaria Municipal da Saúde, com valor estimado de R$ 70 (setenta) milhões.

2. O processo foi instaurado de ofício, por determinação desta Relatoria (peça 03), tendo a Auditoria apresentado Relatório Preliminar (peça 11) que indicava que o certame não reunia condições de prosseguimento, em razão dos seguintes apontamentos de irregularidades:

> 4.1. Ausência de justificativa adequada e dos estudos que embasaram os quantitativos estimados, em infringência ao art. 3º, incisos I e III da LF 10.520/02 (subitem 3.2.1);
>
> 4.2. Não há planilha de custos unitários com a composição de todos os custos relacionados aos objetos licitados, em infringência ao art. 7º da LF 8666/93 e do art. 7º, III do DM 46.662/05 (subitem 3.2.2);
>
> 4.3. Não há justificativa para a caracterização da licitação como contratação de serviços com comodato de equipamentos ao invés de locação de equipamentos (subitem 3.2.2);
>
> 4.4. Ausência de justificativa para a aglutinação de diversos serviços divisíveis no objeto da licitação, em infringência ao art. 23, §1º da LF 8.666/93 (subitem 3.2.3);
>
> 4.5. A ausência de parcelamento do lote único licitado, associado à vedação de participação de consórcios e cooperativas, exclui a participação de micro e pequenas empresas do certame, considerando o teto de faturamento definido pela legislação aplicável, o que contraria o art. 23, §1º da LF 8.666/93 (subitem 3.2.3);
>
> 4.6. Ausência de pesquisa de preço com múltiplas fontes de consulta, em infringência ao art. 4º do DM 44.279/03 e ao art. 58 da LM 17.273/20 (subitem 3.2.4);
>
> 4.7. Não há definição objetiva quanto às parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo da experiência prévia a ser comprovada na habilitação técnica, em infringência ao art. 30, §2 da LF 8666/93, o que pode levar a restrição de competitividade (subitem 3.2.5);
>
> 4.8. Não há justificativa para os impedimentos à participação no certame de consórcios, empresas estrangeiras e cooperativas, em infringência ao art. 3º, §1º, inciso I da LF 8.666/93 (subitem 3.2.6).

3. Considerando que a abertura do certame estava prevista para o dia 11 de agosto de 2022, às 10h30, foi exarado, no dia 09 de agosto, decisão em que: (i) determinou que a Secretaria Municipal da Saúde adotasse as providências cabíveis para saneamento do edital e/ou apresentasse as justificativas pertinentes, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a esta Corte de Contas; (ii) recomendou à Origem que adiasse o pregão até que fossem corrigidas ou justificadas as falhas do edital apontadas pela Auditoria, tendo em vista o expressivo valor da licitação e a possibilidade de se evitar prejuízos ao Erário e/ou uma prestação de serviços incorreta ao cidadão paulistano (peça 13).

4. Embora devidamente intimada por ofício e por publicação no Diário Oficial da Cidade (peças 14, 15 e 17), a Origem deixou o prazo para manifestação transcorrer in albis, conforme certificado nos autos (peça 19). Ato contínuo, a Secretaria Municipal da Saúde formulou pedido de dilação de prazo por 15 (quinze) dias (peça 20), e, apesar do pleito ter sido deferido (peça 21), a Pasta novamente deixou o prazo escoar sem resposta (peça 26).

5. Em face disso foi reiterada a determinação no sentido de exigir manifestação da Origem no prazo regimental (peça 27) e, mais uma vez, a Secretaria Municipal da Saúde quedou-se silente (peça 32). Em razão deste silencio reiterado, foi determinado que a Secretaria Municipal da Saúde fosse intimada na pessoa do Secretário (peça 33). Finalmente, então, a Origem apresentou manifestação (peça 38), aos 24 de janeiro de 2023.

6. A resposta da Secretaria Municipal da Saúde indicou os documentos SEI em que as áreas técnicas analisaram os apontamentos da Auditoria e apresentou os seguintes documentos: um relatório do quantitativo de exames laboratoriais realizados pela Rede Municipal no período compreendido entre 01/05/2022 e 18/08/2022 (peça 39); um termo de referência para locação de equipamentos para a realização de testes imunoquímicos e dosagens hormonais, com fornecimento de reagentes (peça 40); planilhas de quantitativos de diversos exames realizados nos anos de 2019 a 2022, com cálculo de médias por período e laboratório (peças 41 a 50).

7. Retornando os autos à Secretaria de Controle Externo, foi apresentado o Relatório Conclusivo (peça 58), no qual a Coordenadoria IV manteve os apontamentos dos 4.1, 4.2, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7 e 4.8. Com relação ao item 4.3, a redação foi alterada para "Não há justificativa para a definição da natureza jurídica da Contratação (subitem 3.2.2)". Por fim, foi acrescido o item 4.9 às conclusões, com o seguinte teor: "Não há definição quantitativa em relação ao objeto para os Atestados de Capacidade Técnica previstos na alteração do subitem 10.2.3.5 ora notificada pela Origem, em infringência ao inciso II do Art. 30 da LF 8666/93 (subitem 3.2.5)". A Especializada registrou que o certame foi suspenso pela Origem, não tendo sido realizada a sessão pública prevista para 11 de agosto de 2023, com o procedimento licitatório retornando à fase interna.

8. Seguindo o rito processual, foi determinada a intimação da Origem para que esta se manifestasse acerca do Relatório Conclusivo da Auditoria (peça 60). A Origem solicitou, de plano, uma dilação de prazo por mais 30 (trinta) dias (peça 65), pleito este que foi deferido, mas pelo prazo de 15 (quinze) dias, nos termos regimentais (peça 67). Antes que tal prazo findasse, a Secretaria Municipal da Saúde requereu o aumento do prazo em mais 10 (dez) dias úteis (peça 72), no que foi atendida, com um prazo maior, de 15 (quinze) dias úteis, conforme despacho (peça 74). Não obstante, a Pasta deixou o prazo prorrogado transcorrer in albis, como certificado pela Unidade Técnica de Cartório (peça 79), o que gerou nova determinação de expedição de ofício para apresentação de defesa em face do Relatório Conclusivo de Auditoria (peça 80). Mais uma

vez, o prazo escoou sem que a Origem apresentasse os esclarecimentos esperados (peça 85), levando à determinação de mais um ciclo de intimações (peça 86), que restou infrutífero (peça 91).

9. Registrando que, até aquele momento, a Secretaria Municipal da Saúde havia deixado transcorrer in albis as 5 (cinco) oportunidades que lhe haviam sido franqueadas para manifestação e exercício do contraditório e da ampla defesa, foi encaminhado os autos para manifestação da Assessoria Jurídica (peça 92). No entanto, antes que o Órgão Jurídico se pronunciasse nos autos, aportou pedido de dilação da Origem, de 20 (vinte) dias úteis de prazo (peça 94).

10. Concedida a prorrogação pelo prazo regimental de 15 (quinze) dias úteis (peça 95), a Pasta voltou a pedir uma extensão do prazo por 20 (vinte) dias úteis, desta feita com a apresentação de justificativa desse prazo ser necessário para que fosse finalizada a reformulação do Termo de Referência e do Modelo de Proposta, e realizada a pesquisa de preços (peças 100 a 102). Foi deferido o prazo suplementar de 15 (quinze) dias (peça 104), o que, no entanto, de nada adiantou, já que mais uma vez o prazo expirou sem manifestação da Origem (peça 109). Passados mais 6 (seis) dias após o fim do prazo assinalado, a Secretaria Municipal da Saúde finalmente apresentou manifestação sobre o Relatório Conclusivo (peça 110).

11. Consultando o processo SEI 6018.2022/0061757-9, a Auditoria verificou que haviam sido produzidos diversos documentos relacionados ao Relatório Conclusivo, que, no entanto, não possuíam formato compatível com os autos digitais do processo de fiscalização, conforme já havia sido atestado pela Unidade Técnica de Cartório, quando da remessa da resposta da Origem (peça 111). A Especializada, então, propôs que a Origem fosse intimada a apresentar o inteiro teor das informações oferecidas em formato apto a ser anexado ao Sistema eTCM desta Corte de Contas.

12. Sem prejuízo, a Coordenadoria IV informou que os serviços que seriam contratados por meio do Pregão Eletrônico nº 651/2022/SMS estavam sendo prestados da seguinte forma: (i) Contrato Emergencial nº 109/2023/SMS (vigente até 08.02.24) para testes bioquímicos (Processo SEI 6018.2023/0052563-3) nos Laboratórios Sudeste, Lapa, São Miguel e Santo Amaro; (ii) Ata de Registro de Preços nº 563/2023/SMS (vigente até 13.09.24) para testes sorológicos (Processo SEI 6018.2023/0052955-8) válida para os Laboratórios Sudeste, Freguesia do Ó, Lapa, São Miguel e Santo Amaro. Concluiu a manifestação informado que não haviam sido localizadas informações quanto a contratações de testes bioquímicos para o Laboratório da Freguesia do Ó, cabendo a formulação de tal questionamento à Origem.

13. Ciente da manifestação da Especializada, esta Relatoria expôs ao E. Plenário desta Corte de Contas, na 3.304ª Sessão Ordinária, realizada no dia 13 de dezembro de 2023, as dificuldades encontradas na instrução do feito, tendo em vista as reiteradas oportunidades franqueadas à Origem para que esta se manifestasse sobre as irregularidades constatadas no edital do Pregão Eletrônico nº 651/2022/SMS, sem que a Pasta tomasse as providências cabíveis. Não obstante os sucessivos prazos concedidos somarem um período superior a 10 (dez) meses, a Origem não agiu para que o edital em questão fosse corrigido e/ou para que os apontamentos fossem justificados, visando ao seu saneamento e, especialmente, o encerramento da contratação emergencial do objeto em questão, no que se refere aos testes imunoquímicos.

14. Diante disso, foi expedido alerta à Origem, determinando que a Secretaria Municipal da Saúde republicasse a minuta de edital com todas as correções preconizadas pela Auditoria, no prazo de 60 (sessenta) dias, visando à retomada do certame, cujo objeto é essencial

para a prestação dos serviços de saúde no Município, e ao encerramento das contratações emergenciais vigentes. O Plenário referendou, por unanimidade, as medidas indicadas por esta Relatoria (peça 116), que culminou com a intimação do Secretário Municipal da Saúde sobre o teor do alerta emitido (peça 117) e a publicação do alerta no Diário Oficial da Cidade (peça 120).

15. Antes que o prazo fixado no alerta se findasse, a Origem solicitou mais uma dilação de prazo por mais 30 (trinta) dias (peça 122). O pedido foi deferido, anotado, todavia, que a dilação estava sendo concedida de forma improrrogável (peça 124). Como a Secretaria Municipal da Saúde, apesar do alerta emitido e da dilação de prazo concedida, não apresentou resposta, novo ciclo de intimações foi iniciado, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias para resposta (peça 130), sem sucesso (peça 136). Foi determinado, então, nova expedição de ofício para que houvesse providências por parte da Origem, sob pena de responsabilização (peça 137), o que, no entanto, não ensejou a remessa de resposta.

16. Posteriormente, dado a reiterada atitude silente da Origem, os autos foram encaminhados para Assessoria Jurídica desta Corte de Contas que proferiu parecer opinando pela manutenção de todas irregularidades apontadas no relatório conclusivo da Auditoria destacando, em relação ao contraditório e à ampla defesa, que, conquanto tenha sido instada a se manifestar por diversas e reiteradas vezes ao longo da instrução processual, a Origem deixou transcorrer in albis os prazos assinalados para defesa nesses autos. (peça 145).

17. Ulteriormente, os autos foram remetidos à Procuradoria da Fazenda Municipal, que juntou aos autos a informação (peça 148) dando conta de que o Pregão Eletrônico nº 651/2022/SMS foi revogado pela Origem e pleiteou que seja reconhecida a perda do objeto deste processo (peça 149).

18. Encerrando a Instrução, os autos foram encaminha para Secretária Geral deste Tribunal que opinou que o presente acompanhamento do edital do Pregão Eletrônico nº 651/2022/SMS seja julgado prejudicado, por perda do objeto, alertando-se para a necessidade de observância da Instrução TCM nº 02/2015, que trata dos procedimentos de publicação de certames anteriormente revogados ou anulados. (peça 153).

VOTO

I - HISTÓRICO

1. Cuidam os autos de acompanhamento que tem por objetivo verificar a regularidade do Edital de Pregão Eletrônico nº 651/2022/SMS, para a prestação de serviços especializados para fornecimento de sistema automatizado pré-analítico, analítico e pós-analítico de testes imunoquímicos e dosagens hormonais com cessão de equipamentos em comodato, fornecimento de insumos e sistema de processamento informatizado, para atender os Laboratórios Municipais Sudeste, Lapa, Freguesia do Ó, São Miguel e Santo Amaro. O valor anual global estimado é de R$ 70.697.070,48 (setenta milhões, seiscentos e noventa e sete mil, setenta reais e quarenta e oito centavos).

2. Crucial, antes de adentrar no mérito deste voto, relatar o histórico conturbado da presente licitação.

3. Em 27/07/2022 foi publicada no Diário Oficial da Cidade a primeira minuta do Edital analisado nestes autos, estando programada a abertura do pregão para o dia 11/08/2022 às 10h30.

4. Ato contínuo, com a celeridade que sempre empenha, a excelente Auditoria Técnica deste Tribunal no dia 08/08/2022 apresentou Relatório Prévio acerca do Edital (peça 11) apontando 8 infringências no edital que podem impedir o prosseguimento do certame. No dia subsequente, dia 09/08/2022, em face dos apontamentos preliminares da auditoria, determinei a expedição de ofício dirigido a Secretaria Municipal de Saúde recomendando o adiamento, por essa Pasta, da abertura do certame, até que sejam corrigidos e/ou justificados os apontamentos da Auditoria deste Tribunal (peça 12). Perante a referida recomendação do Tribunal a Origem optou em suspender a licitação.

5. Com a suspensão, o certame retornou à sua fase interna com a elaboração de novas pesquisas de preços e formulação de Termo de Referência. Em 14/02/2023, o relatório conclusivo da Auditora foi juntado aos autos (peça 58) no sentido da impossibilidade de prosseguimento do certame em razão de 09 infringências, observado que na manifestação conclusiva, a Especializada acresceu mais um apontamento.

6. Diante do relatório conclusivo da Auditoria e tendo em vista que o pregão 651/2022 encontrava-se suspenso desde 11/08/2022, por decisão da própria Origem, foi determinada a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Saúde para que se manifestasse no prazo regimental. O referido ofício foi expedido em 14/02/2023, ou seja, na mesma data em que foi emitido o relatório conclusivo da auditoria.

7. A partir dessa data foram feitos 02 pedidos de dilação de prazo pela Origem, sendo o primeiro em 10/03/2023 e o segundo em 17 de abril de 2023, no qual alegou precisar de maior prazo para apresentar defesa. Diante da inércia da Origem em responder as solicitações deste Tribunal, foram expedidos 2 novos ofícios reiterando os anteriores e impondo prazo menor, de 5 dias para resposta – expedidos em 28/07/2023 e 25/08/2023.

8. Além de se manter inerte, a SMS fez novos pedidos de dilação de prazo para apresentar resposta, sendo deferidos em 20 de setembro de 2023 e em 20 de outubro de 2023, alertando-se para a situação e impondo-se prazo final para 24 de novembro de 2023, que novamente transcorreu "in albis" (conforme certidão de peça 109).

10. Finalmente a Secretaria, em 01 de dezembro de 2023, apresentou resposta, na qual se reportou a "documentos referenciados no link 094251899." Ocorre que a Unidade Técnica de Protocolo assinalou na certidão de peça 111, exarada em 4 de dezembro de 2023, que "não era possível realizar o "upload" como peça no documento". A despeito do consignado, o TC foi encaminhado para análise da Auditoria que, em resposta enviada ao gabinete em 12/12/2023 (peça 113) endossou a informação da Área de protocolo no sentido de não ter sido enviado qualquer documento em anexo à petição de encaminhamento da Origem.

11. Pois bem, na Sessão Presencial 3.304, dada à reiterada morosidade da Origem em tomar uma atitude volitiva quanto as correções do Edital, que neste ponto estava suspenso há mais de um ano, este Plenário decidiu emitir alerta determinando que aquela Secretaria republique nova minuta de edital com todas as correções indicadas pela Auditoria no prazo de até 60 dias, visando a retomada do certame cujo objeto é de extrema relevância para os pacientes dos hospitais municipais e, por conseguinte, o encerramento dos contratos emergenciais.

12. Entretanto, a Origem em face deste alerta encaminhou reposta a este Tribunal (peça 122) requerendo nova dilação de prazo de 30 dias, em cima dos 60 dias já concedidos pelo Plenário. Importante apontar que a citada resposta da Origem foi assinada em 14/02/2024, um ano após o relatório conclusivo da Auditoria. Ou seja, no período de um ano desde seu conhecimento do relatório conclusivo a Origem ainda reiterava pedidos de dilação de prazo para republicar o edital superando os apontamentos da auditoria.

13. Todavia, apesar da extrema morosidade de qualquer resposta efetiva pela pasta, querendo o Tribunal novamente ajudar a Origem, foi concedida a dilação de prazo requerida de mais 30 dias. Contudo, não obstante a concessão de dilação prazo, a Origem novamente deixou transcorrer o prazo *in albis*, conforme consta em certidão da Unidade Técnica de Cartório, Cadastro e Arquivo desta Corte, juntada aos autos no dia 12/04/2024 (peça 129).

14. Assim, em 23/05/2024, dado a mais recente ausência de manifestação da Origem, foi emitido, por esta Relatoria, ofício (peça 130) concedendo o prazo improrrogável de 15 dias para cumprimento da determinação do Plenário, sob pena de responsabilização, considerando que desde a emissão do ALERTA pelo Plenário já se passaram 4 meses (120 dias), ou seja, o dobro do prazo inicialmente fixado.

15. Porém, novamente o prazo transcorreu *in albis* de acordo com recém certidão da Unidade Técnica de Cartório, Cadastro e Arquivo desta Corte, juntada aos autos no dia 13/05/2024 (peça 137). Dessa maneira, esta Relatoria reiterou ofício anterior requerendo no prazo de 15 dias, sob pena de responsabilização.

16. Finalmente, no dia 17 de junho de 2024, a Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou manifestação nos autos (peça 149) noticiando que o Edital objeto do presente acompanhamento foi revogado pela Origem, sendo que a revogação formal do certame foi comunicada a este Tribunal por meio do Ofício 997/2024/SMS, datado de 14 de junho de 2024, o qual foi juntado pela mesma Procuradoria nos autos (peça 148).

17. Inobstante a eventual revogação do Edital, pelo histórico relatado acima, se torna evidente a irrazoável morosidade da Origem em tomar qualquer atitude volitiva quanto ao Edital que ficou suspenso há mais de dois anos até sua eventual revogação, como também em responder aos ofícios e alertas encaminhados por esta Corte de Contas.

18. Além do mais, verifica-se que, no caso concreto, a Origem realiza contratações emergenciais com dispensa de licitação para o objeto do Pregão em acompanhamento desde 31/03/2021, mais de três anos. **Isso significa que, neste período superior a três anos, a Origem tem contratado emergencialmente sem conseguir proceder na realização de uma nova licitação. Este contexto é agravado quando se leva em consideração a conduta silente da Administração relatada acima que ignorou os ofícios deste Tribunal deixando diversos prazos serem transcorridos *in albis*.**

19. Nesse sentido, em sua última manifestação, a Auditoria (peça 113) informou esta Relatoria que a situação da prestação dos serviços adeptos ao Edital recém revogado é a seguinte:

> "Contrato Emergencial nº 109/2023/SMS (vigente até 08.02.24) para testes bioquímicos (Processo SEI 6018.2023/0052563-3) nos Laboratórios Sudeste, Lapa, São Miguel e Santo Amaro; Ata de Registro de Preços nº 563/2023/SMS (vigente até 13.09.24) para testes sorológicos (Processo SEI 6018.2023/0052955-8) válida para os Laboratórios Sudeste, Freguesia do Ó, Lapa, São Miguel e Santo Amaro; não localizamos informações quanto a contratações de testes bioquímicos para o Laboratório da Freguesia do Ó."

20. Pertinente observar que o Tribunal de Contas da União (TCU) possui orientação pacificada por seu Plenário de que "as contratações emergenciais se destinam a dar condições à Administração para se programar e para poder realizar, **em um período de 180 dias**, procedimentos necessários para a aquisição de bens e serviços mediante regular certame licitatório."[1]

21. Entretanto, no caso em tela, o Edital ficou suspenso por **mais dois anos pela Origem**. Exacerbando a situação, a revogação do Edital apenas ocorreu após passados **mais de 06 meses desde que este Tribunal emitiu alerta para Administração**, conforme relatado no histórico acima.

22. Dessa maneira, observa-se que neste caso estava, até o ato da revogação do Edital, configurado o fato antijurídico do silêncio administrativo, perpetuado pela ausência da Origem em cumprir seu dever legal de atuar dentro de sua competência discricionária, balizada pela conveniência e oportunidade, dentro de prazos razoáveis e proporcionais.

II - O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

23. Conforme relatado acima, no presente caso, foram concedidos diversos prazos por este Tribunal à Origem, os quais transcorreram *in albis* pela própria Pasta. Essa situação foi agravada pelas recorrentes contratações emergenciais que ocorreram enquanto os prazos razoáveis e proporcionais estabelecidos por esta Corte não eram cumpridos.

24. Necessário constar que o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP) tem avançado no sentido de **otimizar a sua atuação no controle prévio e concomitante**, de forma que, por exemplo, já impôs prazos para o cumprimento das condicionantes quando autorizada a retomada de certames.

25. Tal iniciativa tem contribuído não apenas para evitar a perpetuação de contratações emergenciais, mas também para devolver à Origem a competência e responsabilidade que são suas por natureza e por disposição constitucional, quais sejam, a de sanar as infringências apontadas para viabilizar o prosseguimento dos certames com celeridade, de maneira a conceder eficiência e eficácia a todo o processo realizado.

26. Com efeito, dentro da competência inerente ao controle externo (artigos 71 da CF/88 e 19 a 21 da Lei Municipal nº 9167/80), a fiscalização concomitante deste Tribunal de Contas possibilita a correção de grande parte das irregularidades do edital inicialmente detectadas pela Auditoria, o que, por sua vez, **permite que a Origem retome a licitação após realizar as correções pertinentes.**

27. A despeito de, em tese, a decisão de retomar o edital encontrar-se inserida dentro da discricionariedade do Administrador, que deve decidir com base na análise de conveniência e oportunidade, a prática vivenciada comprova que é necessária uma atuação que também **envolva o devido controle sobre a motivação dos atos administrativos, sobre a inércia, o planejamento, a gestão de riscos e a governança, sempre com vistas a gerar eficiência e**

[1] Acórdão 1457/2011-Plenário Relator: JOSÉ JORGE ÁREA: Contrato Administrativo TEMA: Emergência SUBTEMA: Vigência Outros indexadores: Dispensa de licitação, Calamidade pública

economicidade aos procedimentos, atos e contratos realizados, bem como estabilidade nas relações jurídica dele decorrentes, oportunizados pela necessidade de defesa do interesse público (que é indisponível) e a proteção do erário.

28. Isso porque a discricionariedade do Administrador **não traduz a permissão de omissão ou inércia por parte do Poder Público, o qual possui o dever de adotar motivadamente uma das opções que lhe são conferidas em determinada matéria, não sendo admitido o denominado "silêncio administrativo", especialmente quando não qualificada suas consequências em lei.**

29. Crucial salientar nesse ponto que, de acordo com o Ministro Jorge Mussi, em seu voto relator no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 30.993 – PE, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a da Suprema Corte, é firme no entendimento de que as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas possuem caráter impositivo e vinculante para a Administração Pública."[2]

30. Ou seja, **não pode a Administração Pública ignorar ou demonstrar apatia não justificada perante os prazos estabelecidos em decisões desta Corte de Contas**, inclusive o alerta emitido pelo Plenário neste caso, dado o caráter vinculante e impositivo que a decisão do Tribunal exerce. Tal ato, evidentemente, cria situação irregular do silêncio administrativo.

31. Explica o professor José dos Santos Carvalho Filho que o silêncio administrativo "é a omissão da Administração quando lhe incumbe manifestação de caráter comissivo"[3]. Apesar de ser tema relativo à vontade dos atos administrativos, o instituto do silêncio da administração não se confunde com vontade, até por que no Estado Democrático de Direito, o silêncio não é uma opção de atuação para a Administração quando requisitada.

32. Nesse sentido, tanto Carvalho Filho quanto Celso Antônio Bandeira de Mello expõem que o silêncio administrativo sequer constitui ato administrativo, mas sim fato administrativo. Conforme as lições do professor Bandeira de Mello:

> "O silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente não pode ser administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um "fato jurídico" e, *in casu*, um "fato jurídico administrativo". Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Esse efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um ato tácito"[4].

33. Ademais, Bandeira de Mello também leciona que o silêncio administrativo não se limita à ausência de resposta da Administração ao jurisdicionado. De acordo com o Jurista "Se a Administração não se pronuncia quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada por administrado que postula interesse próprio, **seja porque um órgão tem de pronunciar-se para fins de controle de ato de outro órgão**, está-se perante o silêncio administrativo."[5] Observa-se que a função de

---

[2] AgRg no RMS 30993/PE, relator Min. JORGE MUSSI, DJe 16/12/2015
[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 33ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 107.
[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 426
[5] Ibid., p. 425

controle externo que exerce este Tribunal de Contas perante a municipalidade se enquadra perfeitamente na segunda hipótese elencada pelo ilustre doutrinador.

34. Importante ponderar que a Administração, como já reiterado, **não tem discricionariedade para se manter inerte quando requerida**, uma vez que, comprometida ao princípio da estrita legalidade prevista no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, seria necessário a existência de uma lei que lhe permitisse esta prerrogativa de se manter silente.

35. Pelo contrário, como explica o Procurador Mateus Camilo Ribeiro da Silveira "tendo em vista que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não pode o Estado se omitir diante das provocações dos administrados, violando o dever de decidir e de motivação de suas decisões, inscritos expressamente na Lei Federal n. 9.784/99".[6]

36. Nesse ponto, anoto que a citada Lei Federal nº 9.784/99 dispõe em seu artigo 2º que, nos processos administrativos, a Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, **interesse público e eficiência**. É indiscutível que o fato do silêncio administrativo perpetuado por mais de dois anos, contados desde a suspensão do Edital pela própria prefeitura, é incompatível com esses princípios elencados.

37. Adicionalmente, explica o professor José Afonso da Silva que o silêncio fere diretamente a garantia constitucional do direito de petição "é importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação."[7]

38. Quanto ao direito de responder às demandas de seus administrados, a referida Lei Federal nº 9.784/99 dispõe em seu artigo 48 que "a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência." Ou seja, a Administração Pública não pode, sob falsa pretensão de discricionariedade, se esquivar de agir e decidir.

39. Dessa maneira, é indubitável que o silêncio é fato administrativo **antijurídico** decorrente de uma atitude irregular da Administração Pública, atitude esta que não pode ser admitida em um Estado Democrático de Direito; especialmente em um que tem a finalidade de agir para cumprir seus objetivos axiológicos previstos no artigo 3º da Constituição Federal.

40. Não obstante o silêncio administrativo não ser respaldado tanto por lei, quanto pelos princípios que norteiam a atividade administrativa, o professor Carvalho Filho explica que há "hipóteses em que a lei já aponta a consequência da omissão." Nesse caso, "a Lei pode indicar dois efeitos: (1º) o silêncio importa manifestação positiva (anuência tácita); (2º) o silêncio implica manifestação denegatória."[8] Dessa forma, situações nas quais a consequência do silêncio é excepcionalmente qualificada em lei, o silêncio pode ser considerado fato administrativo jurídico,

---

[6]DA SILVEIRA, Mateus Camilo Ribeiro, O silêncio administrativo, suas possíveis consequências jurídicas e a revisão dos seus efeitos pela administração pública, Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 68, p. 68-77, jan./abr. 2016.
[7] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 444.
[8] CARVALHO FILHO, Op cit, p. 108

dado sua capacidade de produzir efeitos jurídicos legalmente indicados por meio de uma elaboração de uma ficção jurídica que substitui a vontade do gestor.

41. Entretanto, o mais comum, que é o caso destes autos, é a hipótese em que a lei se omite sobre a consequência do silêncio administrativo. Ensina Carvalho Filho que nessa situação o silêncio administrativo concretizar-se-á quando a omissão da Administração "ocorrer de duas maneiras: (1º) com a ausência de manifestação volitiva no prazo fixado na lei; (2º) com a demora excessiva na prática do ato quando a lei não estabeleceu prazo, considerada excessiva aquela que refoge aos padrões de tolerabilidade e razoabilidade."[9] Nesses casos, o silêncio administrativo se manterá com **fato administrativo antijurídico**, uma vez que estaríamos perante atitude da Administração expressamente *contra legem*, como visto acima.

42. No processo em tela, deve ser considerado que apesar da Origem responder ao Tribunal em algumas ocasiões desde a suspensão da licitação, diversas vezes requerendo dilação de prazo, nenhuma dessas manifestações apresentaram ato de caráter volitivo perante o prosseguimento do Edital até o eventual ato de sua revogação.

43. Assim, seguindo as lições de Carvalho Filho, havia se caracterizado o silêncio administrativo nos autos, uma vez que, apesar de se manifestar genericamente quando oficiada, a Administração não tinha adotado, até a eventual revogação Pregão, qualquer ato volitivo em relação à retomada do certame **por mais de dois anos**. Além do mais, no caminho da mesma doutrina, dado que a Origem perdeu inúmeros prazos estabelecidos por este Tribunal após a suspensão, também se concretizou o silêncio pela demora excessiva na prática de qualquer ato quando a lei não estabeleceu prazo.

44. Todavia, deve se ressalvar que, conforme esclarece Mateus Camilo Ribeiro da Silveira, o silêncio administrativo não corresponde a qualquer inação do Estado, **mas sim a omissão referente a uma ação que o sujeito administrativo tem o dever jurídico de cumprir**.[10] É evidente, no presente caso, que quando a Origem cessa de realizar qualquer ato volitivo em relação à licitação **por mais de dois anos**, apesar de diversos ofícios deste Tribunal de Contas desde a suspensão, não há inação da administração, mas sim displicência em cumprir seu dever jurídico de prosseguir com a licitação que iniciou motivadamente, ou, caso não queria prosseguir, revogar a licitação também motivadamente, como no final fez.

45. Pois bem. Caracterizado o **fato administrativo antijurídico** do silêncio administrativo não qualificado legalmente no presente caso, advirto a Origem que, conforme ensina o professor Bandeira de Mello, existem possíveis consequências para o administrador que permite o silêncio administrativo se perpetuar, inclusive possivelmente em face do erário. De acordo com o professor "se a omissão da Administração resultar em dano jurídico ao administrado, tal omissão pode ensejar, se for o caso, responsabilidade patrimonial do Estado, de fora parte a do próprio servidor, nos casos de dolo ou culpa."[11]

---

[9] Ibid, p.108

[10] DA SILVEIRA, Op.cit.

[11] MELLO, Op cit, p. 428

46. Igualmente, explica Carvalho Filho que "dependendo da natureza do silêncio poderão ser adotadas medidas que rendam ensejo à responsabilização administrativa, civil e penal do administrador omisso".[12]

47. Ademais, o **fato administrativo antijurídico** do silêncio administrativo sem qualificação legal de efeitos, durante o processo licitatório, cria a inadmissível situação em que o processo fica parado por tempo irrazoável por ausência do proferimento de qualquer ato de vontade efetivo pela Administração perante o certame.

48. Intensificando o problema, no caso de certames na área da saúde, que é caracterizada como serviço essencial, nos termos do artigo 10, *caput*, inciso I, da Lei Federal nº 7.783/89, esta situação decorrente do silêncio cria posteriormente uma circunstância anômala de emergência que obriga a Origem a continuar realizando contratações emergenciais sem que se prossiga o certame regular em prazo razoável.

49. Dessa maneira, o silêncio administrativo que se perpetua no processo licitatório não só é antijurídico, como também produz prejuízos tangíveis, os quais são verificados pela obrigação da Origem em realizar contratações de contratos emergenciais enquanto não for efetivado ato de vontade acerca da retomada do edital, ofendendo diversos princípios administrativos e licitatórios.

50. Complementarmente, impende verificar que, em situações como essa de silêncio administrativo, que por anos se perpetua, diversas horas de excelente trabalho, obviamente remunerado pelos cofres municipais, tanto de funcionários da Administração Pública, quanto de funcionários deste Tribunal, não são aproveitadas causando evidente prejuízo ao erário, violando a economicidade das despesas públicas. Além do mais, esse inaceitável fato antijurídico também impacta nos direitos subjetivos dos interessados na participação do certame, que se mantem em situação de indefinição e insegurança.

III - DA PROPOSTA DE DETERMINAR A ANULAÇÃO DO EDITAL PARA CASOS FUTUROS

51. Pertinente consignar que a maioria dos casos de silêncio administrativo que este Tribunal enfrenta se encaixam na hipótese antijurídica em que a lei se omite sobre a consequência do silêncio. Desse modo, aparenta-se necessária uma solução para que editais suspensos não permaneçam parados por tempo irrazoável e desproporcional, em razão da conduta silente da Administração.

52. Nesse sentido, trago a matéria para fins de conhecimento para que este Plenário, em casos futuros análogos, quando atestado o **silêncio administrativo antijurídico** nos autos, considere consubstanciadas as irregularidades apontadas pela auditoria diante do silêncio da Administração, **permitindo que este Tribunal determine que a Origem anule o edital irregular.**

53. Imperioso pontuar, neste diapasão, que a qualificação do silêncio administrativo como "fato", e não "ato", é crucial em definir que ao analisar uma situação de silêncio não há que

[12] CARVALHO FILHO, Op cit, p. 110

se questionar os critérios da vontade, conveniência e oportunidade do Administrador. Estes critérios são inerentes apenas aos atos administrativos, sendo incompatíveis com instituto do silêncio administrativo. Até porque, admitir o silêncio administrativo como ato administrativo é conceder que a omissão, até nos casos que tenha consequências qualificadas em lei, é uma medida que o Gestor pode deliberadamente adotar perante seu dever legal de agir, o que significaria a deturpação de todos princípios administrativos e normas legais já expostas nesse voto.

54. O Administrador obviamente, reitera-se, não pode alegar julgamento de vontade, conveniência ou oportunidade para fundamentar um posicionamento omisso de sua gestão, contrariando a estrita legalidade, princípio basilar do Direito Administrativo pátrio; ainda que o desfecho omissivo gere um efeito jurídico por força de uma previsão. Como expôs o citado professor Bandeira de Mello, o efeito jurídico do silêncio qualificado não é resultado da vontade do administrador. Pelo contrário, resultará do fato da omissão como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição de ser ato.

55. Auxiliarmente, também não há que se falar em discricionariedade quando configurado o silêncio administrativo sem efeitos qualificados em lei, pois, como ensina Justen Filho, "não existe competência discricionária sem uma norma jurídica legal que a institua."[13] Além do mais, a discricionariedade do gestor se encontra diretamente vinculada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

56. Atestado o silêncio como fato antijurídico alheio aos juízos de vontade, conveniência e oportunidade dentro da discricionariedade do gestor, proponho que esta Corte adote o entendimento que as irregularidades apontadas pela auditoria em seus relatórios se consubstanciam perante o silêncio da Administração, visto que não haverá nestes casos análogos informação de ato volitivo que buscou as superar ou corrigir. **Com a confirmação da irregularidade nestes casos de silêncio administrativo, é apropriado concluir que o edital não tem capacidade de prosseguir, devendo ser anulado**.

57. Quanto a esta proposição, deve-se notar que, em casos como os aqui tratados, o Tribunal se depara com editais irregulares que persistem no mundo jurídico de forma irrazoável e desproporcional, devido ao silêncio administrativo não qualificado. Trata-se de um **fato administrativo antijurídico**, consolidado pela ausência da Origem em cumprir seu dever legal de agir volitivamente e obedecer aos prazos vinculantes estabelecidos.

58. No que tange à possibilidade de o Tribunal de Contas determinar a anulação do certame, anoto que esta prática é historicamente adotada na jurisprudência das Corte de Contas nacionais. Ilustrativamente, o Plenário do TCU, no julgamento Acórdão 2749/2010, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, determinou a anulação da Concorrência Pública n.º 06/2010, promovida pela Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), em razão de irregularidades constantes no Edital que comprometiam a ampla concorrência. Nesse sentido, segue a ementa do precedente:

> "REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA. MODALIDADE DE LICITAÇÃO INDEVIDA. FALHAS NO EDITAL QUE COMPROMETEM A AMPLA CONCORRÊNCIA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE

[13] Filho, Marçal J. Curso de Direito Administrativo. Disponível em: Minha Biblioteca, (14th edição). Grupo GEN, 2023. Pág. 86

> ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO." (Acórdão 2479/2010 – Plenário; Ministro Relator: Raimundo Carreiro; Data da Sessão: 13/10/2010)

59. No caso citado, o Plenário do TCU proferiu dispositivo determinando a anulação com fundamento no artigo 71, *caput,* inciso IX, da Constituição Federal, que dispõe como competência do Tribunal de Contas da União "assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade". Esta norma constitucional foi aplicada cumulativamente com artigo 45, da Lei Orgânica do TCU, Lei Federal nº 8.443/92, o qual prevê que "verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados."

60. Observada esta fundamentação, pondero que este Tribunal de Contas do Município de São Paulo possui competência similar prevista no inciso VII, do *caput*, do artigo 19, de sua Lei Orgânica, Lei Municipal nº 9.167/80, a qual dispõe como competência desta Corte "assinar prazo para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, **se verificar ilegalidade ou irregularidade de qualquer despesa**, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, transações e pensões concedidas pelo Município."(grifos nosso)

61. Evidentemente os editais publicados pela Administração se inserem no conceito "de qualquer despesa" previsto na legislação aplicável. Portanto, este Tribunal também, similarmente ao TCU, tem sim a competência de determinar a anulação do Edital, inclusive quando considerado irregular, nos termos das suas competências previstas na norma citada de sua Lei Orgânica.

62. No que tange essa afirmação, importante frisar que se trata de competência de determinar **a anulação do Edital anteriormente a sua concretização em contrato administrativo**, dado que após a contratação tal competência se torna exclusiva da Câmara Municipal.

63. Ademais, igualmente ao TCU, o TCM-SP, por força de sua Lei Orgânica, tem a competência de assinar prazo para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Ou seja, não só esta Corte dispõe da competência de determinar a anulação do Edital irregular, como também pode prever prazo para que a Administração republique novo edital isento das irregularidades apontadas pela Auditoria.

64. Nesse sentido, segue o dispositivo do TCU no Acórdão citado:

> "Ante o exposto, propomos: seja conhecida a presente representação por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 113, § 1°, da Lei n° 8.666/93 e nos arts. 234, 235 e 237, inciso VII, do RI/TCU; **no mérito considerá-la procedente; determinar, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei n.º 8.443, de 1992, à Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo que adote, no prazo de 15 (quinze) dias, as providências necessárias com vistas à anulação da Concorrência nº 006/2010, tendo em vista as seguintes irregularidades**: c.1) ausência de projeto básico conforme preconizado no art. 6º, IX, da Lei 8.666/93 e na Instrução Normativa nº 02, de 30de abril de 2008, expedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; c.2) exigência injustificada de um responsável técnico com formação em engenharia agronômica ou florestal; c.3) infringência ao fracionamento obrigatório previsto no § 1º do art. 23 da Lei 8.666/93 ao não realizar a contratação das obras civis de adequação da Estação do Transbordo

> mediante licitação em separado ou por itens; c.4) não utilização da modalidade de licitação "pregão" em afronta ao art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 e à jurisprudência do TCU. **determinar à Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo que, ao realizar nova licitação em substituição à Concorrência nº 006/2010, além de evitar a repetição das irregularidades descritas na alínea** "c", adote os seguintes cuidados: d.1) para a elaboração da planilha de custos e formação de preços de serviços, utilizar como parâmetro o Anexo III da Instrução Normativa nº 02, de 30de abril de 2008, expedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; d.2) fazer constar do projeto básico: d.2.1) o plano de trabalho ou de operações, incluindo, entre outras informações, os locais de trabalho e os tempos de coleta; d.2.2) a definição sobre a unidade de compostagem e o aterro sanitário a serem utilizados pela contratada ou, caso se demonstre a inviabilidade dessa definição, exigir que as propostas indiquem a usina de compostagem e/ou do aterro sanitário a ser utilizado pela proponente, abstendo-se de limitar a DMT (distância média de transporte) a 50 km; dar ciência da decisão que vier a ser prolatada à empresa representante." (grifos nossos)

65. Averígua-se, ainda, que **não se trata de caso isolado**. Há diversos casos em que o TCU anulou editais após a constatação de irregularidades neles presentes como, por exemplo, o Acórdão 3016/2015, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, no qual o Plenário da Corte determinou, com base no mesmo fundamento legal, que o Sebrae-DN, em 15 dias, anulasse o Pregão nº 11/2015 em razão da inobservância aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como da presença de falhas de planejamento que impossibilitaram a vantagem do certame para o órgão. Confira:

> "Propôs ainda **determinar ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Departamento Nacional que, no prazo de quinze dias, adote as medidas necessárias para anular o Pregão Presencial 11/2015 em razão da inobservância aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo**, presentes no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae, quando da não observação ao item 7.1.3, alíneas "a.4" e "b.3", do referido edital, bem como pela presença de falhas no planejamento, que impossibilitam a conclusão pela vantagem do resultado do certame, notadamente falhas na estimativa do custo do serviço, sobretudo em razão da ausência de orçamento detalhado, expressando quantitativos e preços unitários, e ausência da estimativa de consumo, informações também exigidas no art. 13 de seu regulamento interno. Incorporo as análises da Selog transcritas no relatório que acompanha o presente voto às minhas razões de decidir, bem como anuo à proposta de encaminhamento da Unidade Técnica." (Acórdão 3016/2015 – Plenário; Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues; Sessão: 25/11/2015, grifos nossos)

66. Na mesma linha, também usufrui desta competência de determinar anulação de Editais o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), conforme pode ser visto no voto relatado pela Conselheira Cristiana de Castro Moraes, no processo 573.989.13-4, no qual o Plenário da Corte estadual concluiu pela parcial procedência da representação e determinou a anulação do certame do Município de Ubatuba que buscava a contratação de empresa especializada para permissão de uso de licenças de software específico para recuperação de ativos, incluindo instalação, treinamento e capacitação dos funcionários da Prefeitura.[14]

[14] Sítio Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo; disponível no link: https://www.tce.sp.gov.br/6524-tribunal-de-contas-anula-licitacao-de-informatica-em-ubatuba

67. Concluindo, proponho que este Tribunal, em casos futuros análogos, usufrua de sua competência legalmente prevista, como igualmente fazem os demais Tribunais Nacionais, para determinar a anulação, quando adequado, de licitações irregulares que ainda não foram realizadas, especialmente quando estas se encontram paradas em razão de silêncio administrativo não qualificado em lei, nos termos do artigo 19, *caput*, inciso VII, da Lei Municipal nº 9167/80.

IV - DISPOSITIVO:

68. Ante o exposto, com amparo nos pareceres da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, somados aos fundamentos expostos na presente decisão, **JULGO PREJUDICADO** o presente Acompanhamento do Edital de Pregão Eletrônico nº 651/2022/SMS, por perda superveniente de objeto em decorrência da sua revogação pela Origem.

69. Com a republicação de novo edital, **DETERMINO** abertura de novo acompanhamento por parte da Auditoria deste Tribunal, assegurada a competência da relatoria atual da Pasta.

70. Julgado prejudicado o mérito, **PROPONHO**, para fins de orientação jurisprudencial desta Corte de Contas, a adoção do entendimento de que este Tribunal, ao se deparar com casos de silêncio administrativo antijurídico, usufrua de sua competência legalmente prevista no artigo 19, *caput*, inciso VII, da Lei Municipal nº 9167/80, o qual guarda simetria normativa com o artigo 71, *caput*, inciso IX, da Constituição Federal, **para determinar a anulação de licitações irregulares que ainda não foram realizadas, como igualmente fazem os demais Tribunais de Contas Nacionais.**

71. Por fim, **DETERMINO** que se encaminhem a integralidade dos autos, bem como o relatório e voto e o Acórdão deste julgamento para a Controladoria Geral do Munícipio de São Paulo e para o Ministério Público do Estado de São Paulo para conhecimento e adoção das medidas que entenderem cabíveis.

72. Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

É como voto.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator