



TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 26/02/14 – ITEM: 03

RECURSO ORDINÁRIO

03 TC-044204/026/09

Recorrente(s): Fundação para o Desenvolvimento da Educação - FDE.

Assunto: Contrato entre a Fundação para o Desenvolvimento da Educação - FDE e Construtora Massafra Ltda., objetivando a reforma de prédio escolar, construção de ambientes complementares e sala de aula em estrutura pré-moldada de concreto com fornecimento, instalação, licenciamento e manutenção de elevador, na forma de execução indireta, no regime empreitada por preço global e unitário.

Responsável(is): Pedro Huet de Oliveira Castro (Diretor de Obras e Serviços), Décio Jorge Tabach (Gerente de Obras) e Affonso Coan Filho (Chefe de Departamento).

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a licitação, o contrato e os termos aditivos, aplicando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº709/93. Acórdão publicado no D.O.E. 29-06-12.

Advogado(s): Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho.

Procurador(es) da Fazenda: Evelyn Moraes de Oliveira e Luiz Menezes Neto.

Procurador(es) de Contas: Renata Constante Cestari.

Fiscalização atual: GDF-9 - DSF-I.

1. RELATÓRIO

1.1 Em apreciação **RECURSO ORDINÁRIO**¹ interposto pelo Presidente da **FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FDE**², visando à reforma da **r. decisão da E. Primeira Câmara**³, que considerou irregular a licitação, na modalidade Concorrência, assim como o Contrato⁴ dela decorrente e os Termos Aditivos nºs 1 a 4 celebrados entre a **FUNDAÇÃO** e a **CONSTRUTORA MASSAFERA LTDA.**, objetivando a construção de prédio escolar, construção de ambientes complementares e sala de aula em estrutura pré-moldada de concreto, com fornecimento, instalação, licenciamento e manutenção de elevador, na EE. Prof. Francisco de Paula Conceição Jardim Mitsutani – São Paulo.

¹ Peça de fls. 3418/3453, protocolada em 12/07/12.

² Dr. José Bernardo Ortiz, representado por seu procurador, Dr. Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho (OAB/SP 74.481) – Procuração a fls. 3454.

³ Sessão de 12/06/12, integrada pelo Conselheiro Antonio Roque Citadini, Presidente e Relator, pela Conselheira Cristiana de Castro Moraes e pelo Substituto de Conselheiro Josué Romero. Acórdão publicado no DOE de 29/06/12.

⁴ Assinado em 05/11/09 – R\$ 5.433.200,65.



1.2 O r. julgamento fundamentou-se no fato de ter havido deficiência na elaboração do projeto básico, gerando prorrogação de 330 dias, além da previsão de 270 dias, bem como na desclassificação de proposta contendo valor exequível, mediante avaliação dos preços unitários, procedimento que, aliás, impediu celebração de contrato com a empresa que ofertara o menor custo global⁵.

Na r. decisão foram conhecidos os Termos de Recebimento Provisório e Definitivo e Análise de Prazo referente as fases 3 e 2, com recomendações, assim como determinado o acionamento dos incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar Estadual nº 709/93.

1.3 O subscritor do recurso da Fundação requer que a matéria seja “(...) *examinada segundo as peculiaridades dos eventos ocorridos neste concreto processo licitatório, em que a desclassificação de proposta foi corretamente fundamentada. Os preços de insumos da empresa Construmik Comércio e Construção Ltda., que se encontravam em patamar inferior aos 70% da média aritmética dos preços dos licitantes, foram destacados (hachurados) nas Planilhas comparativas juntadas às fls. 3001 e seg. Nestas Planilhas encontravam-se descritos a média dos preços dos licitantes, bem como o preço do orçamento estimativo da FDE, de forma que os insumos da proposta desclassificada chegavam a apresentar preço inferior a 70% da média dos licitantes (preços estes já bastante inferiores aos cotados pela FDE no mercado).*”

Salientou o postulante que foi estabelecido “(...) *em favor do julgamento objetivo das propostas, critério numérico seguro para aferir a compatibilidade dos preços propostos dos insumos com os praticados no mercado, conforme se encontra expressamente consignado no Parecer de Análise Técnica das Propostas (...).*”

Explicou que, no caso específico, a empresa Construmik Comércio e Construção Ltda., que apresentara “(...) *o aparente menor preço foi desclassificada com fundamento em conduta **expressa e literalmente prevista no art. 44, § 3º, da Lei de Licitações: apresentou valor zero como preços de insumos a serem utilizados na execução contratual.** Ora, zero é número que tem sua delimitação semântica incontroversa, assim como é incontroversa a **fattispecie legal no sentido de rechaçar valor zero como custo de insumo integrante do objeto licitado, violando a literalidade do texto do art. 44, § 3º, da Lei n.º 8.666/93 (...).** Em conclusão, ao lado da afronta cometida pela licitante ao apresentar uma proposta economicamente*

⁵ A empresa desclassificada havia ofertado valor menor que o da contratada, o que gerou prejuízo de R\$ 265.325,82.



inconsistente, a desclassificação desta proponente constitui medida que prestigia o princípio de tratamento isonômico dos licitantes, não permitindo que quaisquer deles venha a utilizar-se de subterfúgio ao arrepio da Lei para ganhar vantagem competitiva ilegítima.” (destaques e grifos do texto)

Discorrendo sobre o fato de ter modificado os seus editais e, também, sobre posicionamentos favoráveis ao procedimento adotado, externados pelos órgãos técnicos deste Tribunal e PFE em outros processos da espécie, o peticionário assegura, em suma, que não praticou qualquer ilegalidade. E, completa: “(...) *ainda que se apresente um preço global competitivo, não pode a Administração deixar de verificar a regularidade dos preços unitários dos serviços licitados, pois, se um dado serviço de maior expressão tiver o valor unitário superestimado (condição esta mascarada no preço global, graças à subestimação de outros serviços de menor relevância), então, na execução contratual, conseguirá a Contratada auferir maior remuneração que aquela aparente de sua proposta. **Noutros termos, em contratos em que há serviço remunerado por preço unitário (tal qual em questão), a não verificação das planilhas de preços unitários amplia enormemente a possibilidade de ocorrência de distorção na execução contratual** Infelizmente, tal questão passou despercebida à análise contida no v. Acórdão recorrido.” (grifos e destaques do texto)*

No que concerne ao apontamento de que as alterações de quantitativos e de cronograma das obras indicam de deficiência na elaboração do projeto básico, reitera os fundamentos técnicos que nortearam a decisão da Administração, para autorizar a prorrogação do prazo contratual. Além disso, enfatiza que o “(...) *eminente Conselheiro Relator reconhece a complexidade da obra em questão (...) mas rechaça os ajustes no cronograma de serviços sem, data venia, fazer incidir seu juízo sobre a legitimidade dos **fatos externos ao projeto Básico que determinaram a lentidão do andamento das obras.***” (grifos e destaques do texto)

Sendo assim, pretende o postulante que, em sede recursal, esta Corte “(...) *formule suas conclusões sobre a pertinência ou não destes fatos para justificar as alterações no cronograma físico dos serviços (...)*” reconhecendo que causas externas ao projeto básico não poderiam ter sido nele previstas, as quais legitimam a celebração dos aditamentos contratuais.

Pondera, ainda, que “(...) *um contrato de obras de engenharia constitui-se em típica espécie de contrato de escopo, de forma que o seu encerramento somente pode se dar com o atingimento do objeto contratado: a obra. (...) Portanto, a celebração dos 1º e 2º Termos de Aditamento, no que tange à alteração do cronograma físico-financeiro das obras, foi medida regularmente adotada, no sentido da proteção do interesse público e do Erário. Igualmente, quanto às alterações de quantitativos de serviços previstas nos 3º e 4º Termos de Aditamento, observa-se que sua*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



celebração encontra-se perfeitamente amparada no art. 65, inciso I, alínea 'a' e 'b', da lei de Licitações, em especial, em razão da existência de serviços remunerados por preço unitário, cujos quantitativos somente podem ser aferidos no momento da sua efetiva medição, além do aperfeiçoamento que o Projeto Executivo da obra impôs ao Projeto Básico da licitação (...)

E, assinalou: “(...) é possível concluir-se que as alterações ocorridas em razão do aperfeiçoamento (durante a execução contratual) daquele projeto que instruiu o processo licitatório encontram-se dentro do princípio da razoabilidade que levou a Lei de Licitações a diferenciar os conceitos de Projeto Básico e Projeto Executivo e autorizar que este último altere aquele primeiro (desde que presentes as justificativas técnicas) até o limite de 25% em obras novas e 50% em reformas. Noutros termos, deve ser interpretada com a devida cautela a afirmação de que o projeto básico deve ser completo, já que tal totalidade não significa o impedimento de aperfeiçoamento, sob pena de transformar-se o projeto executivo (distinto pela Lei do projeto básico) em mera reprodução do projeto básico.”

Encerra a petição, requerendo a reforma da r. decisão, de forma que a concorrência, o contrato e os termos aditivos sejam considerados regulares.

1.4 A **Assessoria Técnica**, sob o enfoque jurídico (fls. 3502/3503), posicionou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo, posto que o critério adotado, para aferição das propostas, confrontou com o regramento legal e produziu prejuízo ao erário. Relativamente aos aditamentos contratuais, ressalta que, nada obstante a argumentação exposta no recurso, sobre os mesmos há incidência do princípio da acessoriedade.

1.5 A **Chefia da ATJ** (fls. 3504/3506), do mesmo modo, manifestou-se pelo não provimento da medida recursal.

1.6 Por sua vez, a **d. PFE** (fls. 3507/3508), após admitir o recebimento do recurso, colocou-se favorável à reforma do r. julgamento originário, por entender que os procedimentos da FDE estão amparados pelo art. 48, §§ 1º e 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, e salienta que “(...) conforme reconhecido nos autos do TC-19697/026/08, na declaração de voto do Eminentíssimo Conselheiro Robson Marinho, o posicionamento desta E. Corte consiste numa linha de interpretação divergente do que outros Tribunais tem decidido a respeito da aferição da exequibilidade dos preços ofertados, como o Superior Tribunal de Justiça, no MS15.051-RS, Re. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, jul.1.10.02 e Tribunal de Justiça de São Paulo, no MS 196/99, 1ª Vara da Fazenda Pública e Tribunal de Contas da União, Decisão 253/02, Rel.



Ministro Vilaça, Plenário 27/3/02. Sendo a matéria controvertida, o administrador executou a lei e optou por aplicação razoável, tanto é que chancelada por outras Cortes, de sorte que não cabe ao Tribunal de Contas do Estado reputá-la irregular, mas, exercer seu papel didático e alertar o administrador sobre eventuais prejuízos ao erário e a eficiência do ajuste que tenha detectado no procedimento censurado.”

Referida manifestação foi endossada pelo **Senhor Procurador da Fazenda Chefe** (fls. 3.508).

1.7 Já o **d. Ministério Público de Contas** (fls. 3509/3510) defendeu a manutenção integral da r. decisão recorrida.

1.8 O **titular da SDG** (fls. 3511/3514), também, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, porquanto o procedimento da FDE vem sendo, reiteradamente, condenado por este Tribunal.

É o relatório.

2. VOTO PRELIMINAR

Em preliminar, conheço da medida proposta, por haverem sido satisfeitos os requisitos de sua admissibilidade⁶.

3. VOTO DE MÉRITO

Quanto ao mérito, não se revela hábil a tese sustentada pelo recorrente, para permitir modificação no juízo de irregularidade da licitação, do contrato e dos termos de aditamento.

A metodologia implantada pela Fundação, mediante desclassificação de licitantes habilitadas que tenham apresentado preços plenamente exequíveis, indiscutivelmente, tem causado prejuízos ao erário, em ofensa ao princípio da economicidade, na medida em que acabam afastadas propostas com valores globais inferiores ao da proponente declarada vencedora.

⁶ Previstos nos artigos 56 e 57, da Lei Complementar nº 709/93, a saber: adequação da peça, legitimidade do postulante e interposição do prazo legal (Acórdão publicado no DOE de 29/06/12 e o recurso protocolado em 12/07/12).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



E, no caso dos autos, a diferença entre a oferta de menor valor e a da contratada foi de exatamente R\$ 265.325,82, resultando em flagrante desvantagem para a Administração, o que não se pode admitir.

E tal conduta vem sendo repudiada, de forma veemente e reiterada, por este Tribunal, a exemplo das decisões proferidas quer singularmente, quer pelas Egrégias 1ª e 2ª Câmaras e no Tribunal Pleno, quando estas confirmaram os julgados em sede de recurso ordinário, nos seguintes protocolados: TC-001531/026/07⁷, TC-001974/026/07⁸, TC-002005/026/07⁹, TC-012385/026/06¹⁰, TC-017417/026/06¹¹, TC-024713/026/05¹², TC-024910/026/04¹³, TC-027085/026/04¹⁴, TC-032947/026/04¹⁵, TC-000805/026/05¹⁶, TC-028697/026/03¹⁷, TC-015775/026/04¹⁸, TC-011776/026/05¹⁹, TC-034762/026/06²⁰, TC-

⁷ Processo: TC-001531/026/07. Conselheiro: Cláudio Ferraz de Alvarenga. Sentença publicada no DOE de 18/10/2008. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pela E. Primeira Câmara, em sessão realizada em 16/06/2009.

⁸ Processo: TC-001974/026/07. Conselheiro: Cláudio Ferraz de Alvarenga. Sentença publicada no DOE de 17/12/2008. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pela E. Primeira Câmara, em sessão realizada em 15/12/2009.

⁹ Processo: TC-002005/026/07. Conselheiro: Cláudio Ferraz de Alvarenga. Sentença publicada no DOE de 18/10/2008. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pela E. Segunda Câmara, em sessão realizada em 01/12/2009.

¹⁰ Processo: TC-012385/026/06. Conselheiro: Cláudio Ferraz de Alvarenga. Sentença publicada no DOE de 17/12/2008. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pela E. Primeira Câmara, em sessão de 17/07/12.

¹¹ Processo: TC-017417/026/06. Conselheiro: Cláudio Ferraz de Alvarenga. Sentença publicada no DOE de 18/10/2008. Recurso parcialmente provido, ficando confirmado o juízo de irregularidade, conforme r. Decisão da E. Segunda Câmara, em sessão realizada em 20/10/2009.

¹² Processo: TC-024713/026/05. E. 1ª Câmara, em sessão de 18/09/2007. Relator e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Acórdão publicado no DOE de 09/10/2007. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pelo E. Tribunal Pleno, em sessão realizada em 18/11/2009.

¹³ Processo: TC-024910/026/04. E. 2ª Câmara, em sessão de 26/06/2007. Relator e. Conselheiro Robson Marinho. Acórdão publicado no DOE de 13/07/2007. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pelo E. Tribunal Pleno, em sessão de 27/08/2008. Relator e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga.

¹⁴ Processo: TC-027085/026/04. E. 1ª Câmara, em sessão de 16/10/2007. Acórdão publicado no DOE de 26/10/2007. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário, mas concedeu provimento ao apelo de Andre Luis Ramalho Vilani e Rodrigo Martins Ramos, para o fim de cancelar a multa aplicada a ambos, pelo E. Tribunal Pleno, em sessão de 08/10/2008. Relator e. Conselheiro Robson Marinho.

¹⁵ Processo: TC-032947/026/04. E. 2ª Câmara, em sessão de 26/02/2008. Relator e. Conselheiro Renato Martins Costa. Acórdão publicado no DOE de 08/03/2008. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pelo E. Tribunal Pleno, em sessão de 27/05/2009. Relator e. Conselheiro Robson Marinho.

¹⁶ Processo: TC-000805/026/05. E. 2ª Câmara, em sessão de 22/05/07. Relator e. Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pelo E. Tribunal Pleno, em sessão de 02/07/08. Relator e. Conselheiro Renato Martins Costa.

¹⁷ Processo: TC-028697/026/03. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Sentença publicada no DOE de 14/02/06. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pela E. 1ª Câmara, em sessão de 27/03/07.

¹⁸ Processo: TC-015775/026/04. Conselheiro Renato Martins Costa. Sentença publicada no DOE de 09/03/07. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pela E. 1ª Câmara, em sessão de 31/07/07.

¹⁹ Processo: TC-011776/026/05. E. 2ª Câmara, em sessão de 21/08/07, Relator e. Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pelo E. Tribunal Pleno, em sessão de 04/02/09. Relator e. Conselheiro Renato Martins Costa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



009770/026/06²¹ TC-001139/026/07²², TC-044026/026/07²³, TC-037919/026/07²⁴, entre tantos outros.

Acertada, pois, a decisão de primeira instância no sentido da irregularidade da licitação e do ajuste, haja vista o expressivo prejuízo advindo do reprovável procedimento adotado.

E, no tocante aos termos aditivos, a argumentação deduzida pouco difere daquela apresentada na fase pretérita. Vale frisar que, conquanto, por decorrência da motivação que resultou na formalização dos respectivos instrumentos, viesse a ser reconhecida a sua boa ordem formal, não restaria afastado o juízo de irregularidade que a eles foi atribuído, à medida que os mesmos encontram-se contaminados pelos vícios da matéria principal, em face do princípio da acessoriedade, como ressaltado na instrução do presente recurso.

Pelo exposto, o meu voto nega provimento ao apelo, para que fique mantido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o v. acórdão hostilizado.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO

²⁰ Processo: TC-034762/026/06. Conselheiro: Cláudio Ferraz de Alvarenga. Sentença publicada no DOE de 16/02/2008.

²¹ Processo: TC-009770/026/06. Sentença publicada no DOE de 01/03/2007. Decisão confirmada em sede de recurso ordinário pela E. 1ª Câmara, em sessão de 13/05/08, Relator e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga.

²² Processo: TC-001139/026/07. E. 1ª Câmara, em sessão de 01/07/08, Relator e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga. Decisão confirmada pelo E. Tribunal Pleno, em sessão realizada em 11/11/2009.

²³ Processo: TC-044026/026/07. Conselheiro Marcos Renato Böttcher. Sentença publicada no DOE de 28/02/09. Recursos Ordinários providos parcialmente, para excluir da r. decisão recorrida a multa imposta aos Senhores Bruno Ribeiro e Décio Jorge Tabach, bem como a imposição de recomposição da quantia de R\$ 12.716,73, mantendo-se, no mais, a respeitável decisão guerreada, conforme sessão II Câmara realizada em 23/06/09, sob a relatoria e. Conselheiro Robson Marinho.

²⁴ Processo: TC-037919/026/07. E. 1ª Câmara, em sessão de 17/02/09. Relator e. Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Acórdão publicado no DOE de 13/03/09. Na fase recursal foram afastadas as multas impostas, mantendo-se o juízo de irregularidade, conforme decisão do E. Tribunal Pleno, em sessão realizada em 07/12/2011.