



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



25-06-14

SEB

=====

049 TC-000930/007/07

Recorrente: Prefeitura Municipal de São José dos Campos - Secretário de Assuntos Jurídicos - Aldo Zonzini Filho.

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal de São José dos Campos e Construtora & Incorporadora Zanini SJCampos Ltda., objetivando a ampliação da EMEF Profª Jacyra Vieira Baracho – Jardim Veneza.

Responsáveis: Eduardo Pedrosa Cury (Prefeito à época) e Maria Aparecida Manzato Tarantelli (Secretária de Administração).

Em Julgamento: Recurso Ordinário interposto contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a concorrência e o contrato, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, condenando o Sr. Eduardo Pedrosa Cury, Prefeito Municipal à época, a restituir ao erário a importância impugnada, devidamente atualizada, aplicando, ainda, multa no valor correspondente a 500 UFESP's ao então Prefeito Municipal, autoridade responsável pela contratação, nos termos do artigo 104, inciso II, do referido Diploma Legal. Acórdão publicado no D.O.E. de 20-01-11.

Advogados: Maria Cristina do Prado, Costantino Siciliano, Ronaldo José de Andrade e outros.

Sustentação Oral: Advogado - Costantino Siciliano.

Fiscalização atual: UR-7 - DSF-II.

PEDIDO DE VISTA DA CONSELHEIRA CRISTIANA DE CASTRO MORAES

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto pelo **MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS** em face de acórdão da C. Primeira Câmara¹, que julgou irregulares a concorrência pública nº 20/06 e o contrato nº 16.581/07, de 04-04-07, celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS** e a **CONSTRUTORA E INCORPORADORA ZANINI SJCAMPOS LTDA.**, objetivando a ampliação da EMEF Profª. Jacyra Vieira

¹ Sessão de 14-12-10, pelo voto dos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Relator, Cláudio Ferraz de Alvarenga, Presidente, e Antonio Roque Citadini (fls. 1778/1779).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Baracho, Jardim Veneza, naquele Município, no valor de R\$ 2.273.569,51.

Em consequência, condenou Eduardo Pedrosa Cury, então Prefeito Municipal, a restituir ao erário a importância de R\$ 116.149,11, devidamente atualizada, e lhe aplicou multa de 500 UFESP's.

Segundo o voto do e. Relator (fls. 1773/1776) a desclassificação de propostas com base em preços unitários não tem sido aceita por esta Corte, por contrariar o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e o princípio da economicidade.

In concreto, das 8 empresas proponentes, 5 tiveram suas propostas desclassificadas em razão do mencionado critério, “quando os preços globais por elas apresentados eram exequíveis, sagrando-se vencedora a licitante que ofereceu o **terceiro** menor preço global (R\$2.273.569,51), havendo, portanto, notória exclusão da melhor proposta (R\$ 2.157.420,40)”, resultando no prejuízo de R\$ 116.149,11 para a Administração.

1.2 Inconformado, o **Município** em **razões recursais** (fls. 1784/1812) pleiteou a reforma do v. acórdão com o consequente julgamento regular da matéria e cancelamento da condenação de restituição e da multa imposta.

Sustentou que a Administração necessitava conhecer os preços unitários das proponentes, pois as medições e os pagamentos aconteceriam na medida em que se executassem os serviços com a utilização dos materiais, mormente porque o edital, embora tivesse adotado o menor preço global, estabeleceu que a execução ocorreria de forma indireta, sob o regime de empreitada por preço unitário.

Ademais, sustentou que, no caso em apreço, há flagrante equívoco desta Corte, isto porque é incontestável que a eleição dos critérios de admissibilidade das propostas é ato discricionário da Administração, tornando-se lei entre as partes depois de definidas, publicadas e acolhidas pelas licitantes, não cabendo ao Município descumpri-la, sob pena de violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade e da igualdade entre os licitantes.

O edital era de clareza meridiana ao proibir a apresentação de propostas com preços unitários inexecutáveis, tanto que não houve impugnação ao edital quanto a esse aspecto. Ao caso sequer seria aplicável a possibilidade de correção de planilhas, como sugeriu este Tribunal no TC-001758/026/07, já que tal abertura poderia ferir inúmeros



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



princípios constitucionais e infraconstitucionais, especialmente os da livre concorrência, da legalidade, da vinculação ao edital e da impessoalidade, diante do flagrante favorecimento das “desatentas”.

Destarte, não há propósito em qualquer espécie de punição, especialmente a cominada ao então Prefeito, porquanto, ao desclassificar as empresas que não cumpriram o edital, a Municipalidade agiu estritamente dentro dos parâmetros da Lei nº 8.666/93.

Com base em lições da doutrina, aduziu que não há impedimento legal para a utilização do preço global com o regime do preço unitário, na verdade, este garante *“que os preços descritos nas propostas serão cumpridos, pois o preço global passa por preços unitários de formação que podem determinar que nem sempre o menor preço global para a contratação seja o mais exequível quanto à execução”*.

Embasou seus argumentos nos artigos 7º, § 2º; II; 40, § 2º, II; e 43, IV, da Lei nº 8.666/93, além de colacionar diversos precedentes dos Tribunais do Poder Judiciário, com os quais pretende comprovar seu entendimento.

A desclassificação da proposta de menor preço ocorreu porque nela continha preços unitários manifestamente inexequíveis e a licitante, instada a se manifestar, solicitou autorização para modificar os valores dos custos unitários de sua proposta, sem, no entanto, alterar o seu valor global, o que lhe foi negado, já que isso *“comprenderia a completa alteração da proposta, pois a matemática é exata, não tem como acrescentar valor em um determinado item e isto não influir no valor total”*.

Já a desclassificação da segunda colocada se deu porque a planilha orçamentária estava em desconformidade com o Edital (Item 7.6, “a”), uma vez que nela não constaram os orçamentos dos Blocos de Atividade 1 e 2, dos Serviços Complementares e os itens 09 e 10 da “Passagem Coberta”, consoante o disposto nos artigos 48, I e 43, IV, da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, a devolução de importância e a multa aplicada não devem prosperar em razão de não ter existido ato doloso, mas apenas defesa de tese jurídica, porquanto a atuação Administração se pautou em princípios gerais aplicáveis ao ato administrativo, bem como dos princípios específicos que regem o procedimento licitatório.

1.3 **A Assessoria Técnica** (fls. 1818/1822) observou que as razões recursais não contêm elementos capazes de alterar a situação de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



irregularidade constatada nos autos, uma vez que, basicamente, repetem os argumentos apresentados na fase instrutória (fls. 1728/1738).

Colacionou diversos precedentes que confirmam a segura jurisprudência desta Corte, cujo posicionamento refuta o critério de julgamento que conduz à desclassificação de propostas com base na exequibilidade de preços unitários.

Destarte, opinou pelo **conhecimento** e **não provimento** do recurso.

1.4 A **Secretaria-Diretoria Geral** (fls. 1823/1826), na mesma trilha, considerou os argumentos recursais insuficientes para modificar o panorama processual.

Aduziu que, ao contrário da pretensão do Recorrente, “o afastamento das empresas que apresentaram propostas mais vantajosas e, principalmente, **exequíveis**, nos termos do disposto no artigo 48 da Lei de Licitações, é falha de natureza grave, que compromete a totalidade dos atos praticados, notadamente porque o critério de julgamento adotado foi o de menor preço global”.

Assim, sugeriu o **conhecimento** do recurso, mas, no mérito, o seu **improvemento**.

1.5 Submetida a matéria à apreciação deste E. Plenário, na sessão de 30-10-13, proferi voto pelo provimento parcial do recurso, para o fim de afastar a aplicação da multa e a condenação de devolução impostas ao ex-Prefeito, quando houve pedido de vista da e. Conselheira Cristiana de Castro Moraes, que manifestou “*dúvidas acerca da solução adotada no tocante à relevação da multa aplicada, que se baseia em precedentes jurisprudenciais desta Corte em processos da FDE*”, consoante registrado em notas taquigráficas (fls. 1827/1830).

O processo retornou à pauta da sessão de 04-12-13, mas dela foi retirado, com retorno ao meu Gabinete, para os fins previstos no artigo 105, I, do Regimento Interno.

É o relatório.

2. VOTO - PRELIMINAR

2.1 O v. acórdão foi publicado no DOE de 20-01-11 (fl. 1779) e o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



recurso protocolado em 04-02-11 (fl. 1784). É, portanto, tempestivo.

2.2 Satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, voto pelo **conhecimento** do apelo.

3. VOTO - MÉRITO

3.1 Tal qual se pronunciaram os órgãos técnicos, as razões recursais não foram hábeis para desconstituir o v. acórdão hostilizado.

A desclassificação de propostas com base na inexecuibilidade de preços unitários, em licitação do tipo menor preço global, não se harmoniza com o artigo 48, II, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual somente serão considerados manifestamente inexequíveis, aqueles preços que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, hipótese não comprovada nestes autos.

Sobre a inconveniência de eliminação de propostas mais vantajosas à Administração, convém lembrar a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, *in verbis*:

“O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexecuibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas.

(...) O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias (...). Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª edição, pág. 455).

Sobre o tema a jurisprudência desta Corte é segura. O critério aqui adotado é o mesmo utilizado pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE, cujos procedimentos licitatórios submetidos à apreciação desta Corte foram, em regra, julgados irregulares por este E. Plenário.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Dentre os muitos precedentes, importante destacar o TC-042854/026/07², decidido na sessão de 31-07-13, que acolheu o voto do e. Conselheiro Renato Martins Costa, que assim se expressou:

“Prevalece o entendimento, portanto, de que o modelo prescrito pelo artigo 48 do Estatuto não pode ser desprezado, substituído ou superado pelo critério decorrente da letra do art. 44, § 3º, da mesma Lei nº 8.666/93, conforme insistiu a FDE em seu apelo.

Os autos dão conta de que a contratação foi aperfeiçoada por preço superior ao menor valor que seria obtido a partir da adoção do critério correto de classificação, ou seja, R\$ 1.228.977,96 contra R\$ 1.260.645,78 ao final contratados.”

No caso ora em exame, a Administração desclassificou cinco propostas sob alegação de inexequibilidade de preços unitários, dentre as quais a de menor preço global (R\$ 2.157.420,40), e acabou contratando a empresa classificada em terceiro lugar (R\$ 2.273.569,51), em franca violação ao princípio da economicidade e frustrando o objetivo da licitação, qual seja, a escolha da proposta mais vantajosa.

3.2 No tocante à penalidade, a despeito de já ter me manifestado pelo seu cancelamento, revejo esta posição em face do decidido por este E. Plenário no TC-014889/026/08, na sessão de 04-06-14, em que o e. Conselheiro Renato Martins Costa abordou a questão e manteve a multa imposta a diretores da FDE, por considerar que suas atuações não teriam decorrido de cláusulas corriqueiramente empregadas na implementação

² De acordo com as notas taquigráficas, assim foi decidido o referido processo:

“DECISÃO CONSTANTE DA ATA: *Pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, e Edgard Camargo Rodrigues, da Conselheira Cristiana de Castro Moraes, do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo e do Auditor Substituto de Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, o E. Plenário, no tocante ao mérito, à vista do exposto no voto do Relator e nas correspondentes notas taquigráficas, juntados aos autos, negou provimento ao Recurso Ordinário interposto pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE, confirmando, dessa forma, a irregularidade da licitação e do contrato firmado com a Construtora Tecnibrás Ltda.*

Decidiu, porém, dar provimento aos Recursos interpostos pelos Senhores Bruno Ribeiro e Décio Jorge Tabach, tornando insubsistentes as penas de multa pecuniária aplicadas e a condenação à devolução dos valores correspondentes ao prejuízo gerado ao erário a partir da cláusula editalícia impugnada e do contrato ao fim aperfeiçoado.

Vencido o Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, Revisor, que era pelo não provimento de todos os Recursos Ordinários examinados.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



de programas que detivessem o atributo da padronização, ao qual deveriam aderir, conforme excerto que ora transcrevo:

“No que se refere às multas aplicadas aos responsáveis pelos atos impugnados, nossa jurisprudência tem sido sensível às hipóteses em que o dirigente adota medidas vinculadas a instrumentos convocatórios padronizados e adesivos, abordando, com isso, a falta de conduta dolosa ou de má-fé, atributos que seriam essenciais à cominação das penas.

Os elementos carreados aos autos, entretanto, não asseguram que tais requisitos tenham orientado os Administradores, ora recorrentes, na condução do certame e no aperfeiçoamento do contrato.

Refiro-me, especialmente, à redação do edital, na medida em que os autos não evidenciaram que seu conteúdo houvesse decorrido de cláusulas corriqueiramente empregadas pela FDE na implementação de programas relativos a suas atividades finais e que, nessa exata conformidade, detivessem o atributo da padronização, ao qual os dirigentes deveriam simplesmente aderir.”

Portanto, nesse aspecto o recurso não comporta acolhimento.

3.3 Todavia, penso que entendimento diverso deva ser dispensado à condenação de restituição ao erário da diferença entre o valor da proposta vencedora e o menor preço ofertado no certame (da ordem de R\$ 116.149,11), pelas razões que a seguir explicitarei.

Preliminarmente, é importante destacar que, a despeito do valor contratado (R\$ 2.273.569,51) ter sido superior ao apresentado pela licitante que ofertou a menor proposta (R\$ 2.157.420,40), ainda assim se mostrou 16,14% inferior ao orçado (R\$ 2.711.056,18), representando uma economia de R\$ 437.486,67 ao erário municipal.

Há que se ressaltar ainda que, em atendimento ao quanto determinado pelo e. Relator, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues (fl. 1651), a Assessoria Técnica deste Tribunal, por sua unidade de engenharia (fls. 1652/1653), atestou que *"o planejamento dos serviços foi formalmente executado de maneira correta"*, que *"o projeto básico fornecido pela Origem, composto de memorial descritivo, planilhas orçamentárias, cronograma físico-financeiro e desenhos [...] permitiu que as empresas interessadas formulassem suas propostas"* e que *"os custos unitários considerados como referência para a contratação foram obtidos com base*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



na TCPO - Tabela de Composição de Preços para Orçamentos - da Editora PINI, julho/2006", a denotar que o valor ajustado estava compatível com os preços praticados no mercado.

Por fim, não se pode desconsiderar que, apesar do critério de julgamento ter sido o de 'menor preço global', o regime de execução foi o de 'empreitada por preço unitário', no qual o pagamento ocorre mediante a multiplicação das quantidades executadas pelos seus respectivos preços unitários.

Nesta conformidade, considerando que não há nos autos qualquer informação acerca da execução do contrato - isto é, de quantas unidades de serviço foram medidas e pagas -, não há como se aferir se, na prática, a diferença - constatada na fase externa da licitação - entre o valor da proposta vencedora e o do menor preço ofertado redundou em efetiva lesão ao tesouro municipal.

Ademais, não restou configurado dolo ou má-fé na conduta do Chefe do Executivo - o qual, aliás, já foi apenado com multa no valor equivalente a 500 UFESP -, o que me conduz ao entendimento de que a condenação à devolução do valor da diferença acima mencionada deva ser tornada insubsistente, em prestígio aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3.4 Em face do exposto, voto pelo **provimento parcial** do recurso, para o fim de tornar insubsistente a condenação de restituição ao erário da diferença entre o valor da proposta vencedora e o do menor preço ofertado, mantida, no mais, a r. decisão impugnada.

Sala das Sessões, 25 de junho de 2015.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO