



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

18-01-11

CFA

=====
Processo: TC-001998/010/07
Contratante: Prefeitura Municipal de Águas da Prata.
Contratada: Isoterma Construções Técnicas Ltda.
Signatário: Og Pozzoli (Representante).
Autoridade Responsável pela Abertura e pela Homologação do Certame Licitatório: Wanderley Valente Jordon (ex-Prefeito).
Autoridade que firmou o Instrumento: Wanderley Valente Jordon (ex-Prefeito).
Objeto: Execução da primeira etapa dos serviços previstos para reforma, reestruturação e revitalização do Balneário Teotônio Vilela, no Município de Águas da Prata.
Em Julgamento: Licitação - Tomada de Preços. Contrato.
Sentença: Fls. 321/329.
=====

1. RELATÓRIO

1.1 Versam os autos sobre contrato n. 03/2006 (fls. 219/223), de 03-07-06 (extrato publicado em 10-10-06, fl. 224), celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUAS DA PRATA** e **ISOTERMA CONSTRUÇÕES TÉCNICAS LTDA.**, objetivando a execução da primeira etapa dos serviços previstos para reforma, reestruturação e revitalização do Balneário Teotônio Vilela, no Município de Águas da Prata, no prazo de 120 dias, a contar da data de assinatura e no valor de R\$ 663.853,24.

1.2 O ajuste foi precedido da tomada de preços n. 03/2006, do tipo menor preço. O edital foi retirado por três licitantes, porém apenas uma delas compareceu ao certame.

O resumo do instrumento convocatório foi publicado em 07-06-06 no DOE (fl. 61) e em jornal local (fl. 62), com retificação em 13-06-06 (fl. 64) para apresentação das propostas no dia 22-06-06.

Conforme a ata da sessão de abertura e julgamento (fls. 209/210), realizada em 22-06-06, a Comissão de Licitação habilitou e considerou vencedora a única empresa participante, cujo ato foi publicado em 23-06-06 (fl. 213).

O certame foi homologado em 30-06-06 (fl. 214), não havendo comprovação da publicação do ato.

1.3 As partes se deram por cientes da remessa dos instrumentos contratuais a esta Corte e foram notificadas para acompanhar os trâmites do processo por meio de publicações na imprensa oficial (fl. 227).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

1.4 A Auditoria (fls. 248/253), concluiu pela irregularidade da licitação e do contrato, em face das seguintes falhas:

a) exigência de capital social totalmente integralizado (item 3.1.2.1 do edital);

b) obrigatoriedade de apresentação de atestado de visita técnica (item 3.1.11) como condição de habilitação;

c) imposição de comprovação de índice de Liquidez Corrente - ILC em valor igual ou maior que 2,0, quando o índice aceitável tem sido por volta de 1,5;

d) o desatendimento ao princípio da competitividade impossibilitou a oportunidade de contratação dos serviços a preços mais econômicos, já que os valores contratados (R\$ 663.853,24) ficaram somente 0,05% menor que os orçados (R\$ 667.190,24);

e) o critério estabelecido para o julgamento da proposta comercial é subjetivo (item 8.2.5.2.5), uma vez que não explicitou quais as irregularidades formais que evidenciariam ato isento de má-fé, que não afetassem o conteúdo e idoneidade da proposta comercial, deixando por conta da comissão julgadora sua definição;

f) não foram observadas as condições adotadas na Lei n. 8.666/93 para critério de desempate, em igualdade de condições;

g) remessa intempestiva do contrato a este Tribunal.

No mesmo sentido se manifestou o respectivo Diretor Técnico (fl. 254).

1.5 Instadas (fl. 255), as Unidades da Assessoria Técnica assim se pronunciaram:

- a de Engenharia (fl. 256) opinou pela regularidade da matéria;

- a de Economia (fls. 257/258), ao contrário, *considerando que o edital possui exigências que não favorecem à ampla participação das empresas, que foi pedido no Contrato garantia de 10% do valor da contratação, somadas às outras falhas suscitadas pela Auditoria*, concluiu pela irregularidade dos procedimentos;

- a Jurídica (fls. 259/260) entendeu que os apontamentos feitos podem comprometer a legalidade dos atos em exame e manifestou-se pela abertura de prazo para alegações;

- a ilustrada Chefia (fls. 261) assentiu com a proposta da Assessoria Jurídica.

1.6 À vista das manifestações da Auditoria e ATJ,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

assinei às partes o prazo de 30 dias (fl. 262), prorrogados por mais 5 (fl. 268), nos termos e para os fins previstos no artigo 2º, XIII, da Lei Complementar estadual n. 709/93.

1.7 O ex-Prefeito compareceu aos autos com justificativas e documentos (fls. 269/296), argumentando:

a) o capital social é o principal recurso financeiro de uma empresa e, como tal, presta-se a demonstrar sua capacidade financeira, pois, de outra forma, haveria risco à Administração e à garantia do cumprimento do contrato, além disso *"em nenhum momento foi exigido capital social integralizado na totalidade da contratação"*;

b) a visita técnica foi determinada com base no artigo 30, III, da Lei n. 8.666/93 e serviu para apresentar ao interessado as reais condições de execução do objeto e resguardar a Administração de eventuais percalços existentes durante a prestação dos serviços, bem como para evitar que o contratado alegue futuro desconhecimento de qualquer característica referente ao objeto da licitação;

c) a exigência de ILC igual ou maior que 2,0 está de acordo com o artigo 31, § 5º, da Lei n. 8.666/93, porquanto foi fixado em nível razoável e abaixo da média das empresas do setor, que, entre 1994 e 1998 era de 3,05, e nos exatos limites necessários à avaliação da capacidade econômico-financeira da licitante, exprimiu de forma criteriosa a cautela e diligência da Administração no resguardo do interesse público, pois *"do contrário, as empresas não suficientemente sólidas poderiam participar da disputa e trazer risco de eventuais interrupções ou má qualidade nos serviços"*, além de colacionar trecho do voto proferido pelo E. Conselheiro ANTONIO ROQUE CITADINI, no TC-17867/026/99;

d) *"apesar da prévia pesquisa de preços ser considerada essencial no procedimento interno do certame licitatório, inexistente no regramento legal, regulamentação para sua formalização, podendo ser realizada, portanto, por diversos mecanismos"*;

e) neste caso, a Municipalidade, através do departamento competente, elaborou o orçamento básico com fulcro em tabelas do DER, e consultas realizadas via telefone e contato direto com as empresas atuantes na área do objeto licitado, possuindo fé pública, não podendo ser invalidado pela ausência de documento formal nos autos;

f) regularmente publicado o edital, *"a Administração não pode ser responsabilizada pelo desinteresse das empresas em participar do certame"* e embora apenas uma empresa dele tenha participado, foi realizada contratação



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

vantajosa, já que os preços praticados eram compatíveis com os correntes no mercado, citando a exemplo, o TC-2141/007/01, que relevou falha semelhante;

g) com relação ao item 8.2.5.2.5, a Administração quis somente evitar a desclassificação de proposta por mera falha formal, aquela que pudesse, de alguma forma, "alterar o valor ou execução da obra";

h) não deve prosperar o apontamento sobre o item 8.2.5.3.3, que determinou, no caso de empate, a realização de sorteio em ato público, pois em nada prejudicou o certame, já que a ele compareceu apenas uma licitante;

i) a remessa intempestiva do contrato é falha meramente administrativa, passível de recomendação, já que não acarretou qualquer prejuízo aos cofres públicos e nem dificultou a análise do contrato por esta Corte.

1.8 Analisadas as justificativas, as unidades da Assessoria Técnica assim concluíram:

- a de Engenharia (fl. 300) reiterou entendimento de regularidade da matéria, no que foi seguida pela de Economia (fl. 301);

- a Jurídica (fls. 302/306), com base nas lições extraídas da doutrina de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO e MARÇAL JUSTEN FILHO, divergiu e manifestou-se pela irregularidade dos procedimentos;

- a ilustrada Chefia (fls. 307/308), não vislumbrou na obra licitada complexidade suficiente a exigir o "cuidado" alegado pela Administração, que levou à exigência de ILC igual ou maior que 2,0, concluiu pela desaprovação da matéria.

1.9 A digna SDG (fls. 309/312) entendeu superada a questão sobre a exigência de capital social integralizado e registrado em face das decisões Plenárias proferidas nos TC's 7395/026/09, 10376/026/09, 10473/026/09 e 41292/026/07.

No entanto, destacou que remanescem óbices que impedem a aprovação da matéria. São eles: a visita técnica, limitada aos dias 14 a 19-06-06, acabou inibindo a participação das três licitantes que retiraram o edital, vez que apenas uma delas compareceu ao certame; ILC igual ou maior que 2,0 e garantia fixada no percentual de 10%, além de fora dos parâmetros aceitos por esta Corte e pela lei, não encontram amparo nas justificativas mencionadas pela defesa, já que o objeto licitado não possui a complexidade alegada; sobre a não realização de pesquisa prévia, aduz que "a defesa se limitou à mera retórica, sem qualquer comprovação documental", permanecendo sem demonstração a compatibilidade



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

dos preços praticados com os correntes no mercado; somando-se a tudo, a remessa intempestiva de papéis a esta Casa em desobediência às Instruções vigente à época.

Concluiu pela irregularidade da licitação e do contrato, com proposta de aplicação de multa.

2. DECISÃO

2.1 Malgrado os bons argumentos da defesa, não foram ilididas as falhas que têm potencial para fulminar a íntegra dos procedimentos em exame.

2.2 Não compartilho do entendimento de que tenha sido ilidida a questão sobre a exigência de capital social totalmente integralizado, prevista no item 3.1.2.1¹ do edital.

A razão desse entendimento não se refere à mera integralização do capital social, cujo tema foi pacificado pelo E. Plenário ao concluir que a exigência não ofende os preceitos emanados da Lei n. 8.666/93, consoante decisões colacionadas por SDG.

A questão a atrair a atenção desta Corte é que o referido item exigiu que só poderia participar do certame empresas que tivesse capital social totalmente integralizado, independentemente do valor do capital que possuíssem, não importando o percentual que alcançaria sobre o total orçado para a contratação.

A imposição tem potencial para alijar qualquer empresa, que embora pudesse comprovar integralização de capital no limite de até 10% do valor estimado da contratação, nos termos do artigo 31, § 3^o², da Lei n. 8.666/93, não poderia participar do certame se o seu capital não tivesse totalmente integralizado, conforme a exigência editalícia.

Destarte, a imposição é restritiva a afronta o

¹ 3.1.2.1 Prova de Capital Social totalmente integralizado e Registro na Junta Comercial.

² Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
(...)

§ 3^o O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.
(grifei)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

artigo 37, XXI, da Constituição Federal e o artigo 3º, *caput* e § 1º, c.c. artigo 31, § 3º, da Lei n. 8.666/93.

2.3 A exigência de índice de ILC maior ou igual a 2,0, extrapola os parâmetros fixados como razoáveis pela jurisprudência desta Corte, que, no caso, situa-se entre 1,0 a 1,5, configurando restrição da ampla competitividade do certame.

O temor da Administração de que *"empresas não suficientemente sólidas poderiam participar da disputa"* apenas reforça o caráter restritivo da imposição, já que não há a alegada complexidade do objeto. Assim, fixado de forma indiscriminada, o índice citado afrontou o artigo 31, § 5º, da Lei n. 8.666/93, porque não constam do processo administrativo as justificativas necessárias à sua adoção e porque determinado em patamar muito elevado.

2.4 A fixação de garantia contratual em 10% do total da contratação (item 11.2 do edital) é medida restritiva pois implica em aumento desnecessário de custos para o licitante, porquanto o artigo 56, § 1º, da Lei n. 8.666/93, estabelece que a exigência não poderá exceder a 5% do valor do contrato.

Resta violado também o artigo 56, § 3º, do mesmo diploma, pois embora admitida a elevação daquele limite até 10%, esta só pode ocorrer nos casos de *"obras, serviços e fornecimento de grande vulto e alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente"*.

De acordo com a definição do artigo 6º, V, da Lei n. 8.666/93, obras, serviços e compra de grande vulto são *"aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea "c" do inciso I do art. 23 desta Lei"*, o que, atualmente alcança a cifra de R\$ 37.500.000,00.

MARÇAL JUSTEN FILHO assim adverte:

A exigência proporcionalmente mais elevada deverá constar do texto do edital, após ser aprovada pela autoridade competente, fundamentada em manifestação técnica. Portanto, deve haver comprovação não apenas lógica da ampliação do risco. A Lei impõe a demonstração com dados científicos objetivos das causas que acarretam a exigência da ampliação da garantia." (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11 ed. — São Paulo : Dialética, 2005, p. 500).

Portanto, as hipóteses previstas em lei não se amoldam ao caso analisado nestes autos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.5 Embora se tenha alegado a realização de pesquisa prévia e a utilização como parâmetro de preços, os praticados pelo DER, não vieram aos autos nem os documentos produzidos pelo órgão ou setor que efetuou as cotações e nem qualquer informação que pudesse indicar o uso da Tabela DER, como a cópia das planilhas utilizadas ou a indicação da data-base de referência para os valores estimados.

Não se duvida da realização de tais procedimentos, todavia, é obrigação do administrador público demonstrar ao órgão de controle externo, de forma inequívoca, a compatibilidade dos preços, sob pena de não ser possível a aferição da economicidade do ajuste.

Além disso, não merece acolhida a tese suscitada pela defesa de não existência da obrigatoriedade de comprovação nos autos da realização de pesquisa de preços. Esse procedimento se revela numa forma simples e de baixo custo de se garantir a conformidade dos preços ofertados pelos licitantes com os correntes no mercado, consoante determina o artigo 43, IV³, da Lei n. 8.666/93.

Portanto, alegar que fez a pesquisa ou que utilizou fonte idônea, mas não comprovar com documentação hábil é o mesmo que não tê-la realizado, permanecendo não demonstrada a correta mensuração dos preços de mercado, o que conduz a afronta do artigo 3º, *caput* e artigo 43, IV, da Lei n. 8.666/93 e, inexoravelmente, impede a aprovação da matéria.

2.6 As exigências feitas no ato convocatório extrapolaram a previsão legal e por isso não podem ser aceitas.

Elas foram concretamente restritivas da competitividade do certame, eis que a disputa ficou reduzida a licitante único, impedindo a Administração de obter a melhor proposta e pondo em cheque o princípio da economicidade.

A Constituição Federal expressamente prescreve (artigo 37, XXI) que "as obras, serviços compras e alienações serão contratados pela Administração Pública mediante

³ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

processo de licitação pública que «somente» permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações» (gn).

Essa restrição («somente») é recorrente na Lei n. 8.666/93. O artigo 27 estipula que "para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, «exclusivamente», documentação relativa a...". E os artigos 30 e 31 insistem: "A documentação relativa à qualificação... «limitar-se-á»...".

As exigências para habilitação são apenas "as previstas em lei". Exigências não previstas em lei não podem ser estipuladas como requisito de habilitação, ainda que sejam fáceis de obter, que tenham custo reduzido ou que até traduzam, realmente, alguma vantagem para a Administração.

2.7 As demais questões, se isoladas, até poderiam ser relevadas, mas, neste caso, acabam contribuindo para o julgamento desfavorável da matéria.

2.8 Diante do exposto e do que consta dos autos, acolho as manifestações da Assessoria Técnica (Jurídica e Chefia) e da digna SDG e julgo irregulares a licitação e o contrato, bem como ilegais as despesas decorrentes. Aciono os incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar estadual n. 709/93, ciente este Tribunal, em 60 dias, das providências adotadas.

Diante da infração às normas legais indicadas nesta decisão, imponho ao ex-Prefeito responsável pela abertura e homologação do certame e pela assinatura do contrato, nos termos do artigo 104, II, da Lei Complementar estadual n. 709/93, pena de multa que, considerando a natureza das faltas praticadas e o dano causado ao erário, fixo no valor pecuniário correspondente a 100 UFESPs (Trezentas Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), para recolhimento no prazo de 30 dias.

Encaminhe-se cópia desta sentença à consideração do Ministério Público.

Publique-se por extrato.

1. Ao Cartório para:

a) vista e extração de cópias no prazo recursal;

b) juntar ou certificar;

c) oficiar à Prefeitura e à Câmara para as providências respectivas, nos termos dos incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar estadual n. 709/93, se inexistir recurso, encaminhando cópia da presente decisão, devendo, no prazo de 60 dias, este Tribunal ser informado sobre as medidas adotadas;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

d) notificar o Responsável, pessoalmente, para recolhimento da multa imposta em 30 (trinta) dias;

e) encaminhar cópia da presente decisão ao DD. Ministério Público.

2. Ao DSF-II para as devidas anotações.

3. Após, ao arquivo.

G.C., em 18 de janeiro de 2011.

CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA
CONSELHEIRO



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Proc.: TC-001998/010/07. Contratante: Prefeitura Municipal de Águas da Prata. Contratada: Isotherma Construções Técnicas Ltda. Signatário: Og Pozzoli (Representante). Autoridade Responsável pela Abertura e pela Homologação do Certame Licitatório: Wanderley Valente Jordon (ex-Prefeito). Autoridade que firmou o Instrumento: Wanderley Valente Jordon (ex-Prefeito). Objeto: Execução da primeira etapa dos serviços previstos para reforma, reestruturação e revitalização do Balneário Teotônio Vilela, no Município de Águas da Prata. Em Julgamento: Licitação - Tomada de Preços. Contrato. Sentença: Fls. 321/329.

EXTRATO DE SENTENÇA: Julgo irregulares a licitação e o contrato, bem como ilegais as despesas decorrentes. Aciono os incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar estadual n. 709/93, ciente este Tribunal, em 60 dias, das providências adotadas. Diante da infração às normas legais indicadas nesta decisão, imponho ao ex-Prefeito responsável pela abertura e homologação do certame e pela assinatura do contrato, nos termos do artigo 104, II, da Lei Complementar estadual n. 709/93, pena de multa que, considerando a natureza das faltas praticadas e o dano causado ao erário, fixo no valor pecuniário correspondente a 100 UFESPs (Trezentas Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), para recolhimento no prazo de 30 dias. Encaminhe-se cópia desta sentença à consideração do Ministério Público.

Publique-se.