Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ACO-UTR-92/2024

Processo - TC/000066/2005
(Tramitam em conjunto os processos TC/000066/2005, TC/000081/2005, TC/001744/2007, TC/000654/2008 e TC/002819/2008)

Interessadas - Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras e Construbase Engenharia Ltda.

Acompanhamento da Pré-Qualificação 03/2004/Siurb

Objeto - Verificar se a Pré-Qualificação, cujo objeto é a execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino, de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alças de acessos direcionais, verificando se a elaboração do respectivo edital e o desenvolvimento do procedimento até a sua homologação obedeceram aos dispositivos legais pertinentes

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

ACOMPANHAMENTO. PRÉ-QUALIFICAÇÃO. SIURB. Obras e projeto executivo de melhoramento de complexo viário. REGULAR. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão pública. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000066/2005, TC/001744/2007, TC/000654/2008, TC/000081/2005 e TC/002819/2008, 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 manter o Acórdão proferido, de natureza declaratória e já transitado em julgado, que reconheceu a regularidade do Edital de Pré-Qualificação 03/2004/Siurb.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão pública, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 25 de outubro 2023.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/affo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/04/2024 10:10:25 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 04/04/2024 14:45:46 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

48ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 0066/2005 – Acompanhamento
Objeto: Efetuar o acompanhamento da Pré-Qualificação 03/2004/Siurb, cujo objeto é a execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino, de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alças de acessos direcionais, verificando se a elaboração do respectivo edital e o desenvolvimento do procedimento até a sua homologação obedeceram aos dispositivos legais pertinentes

TC 0081/2005 – Acompanhamento
Objeto: Verificar a regularidade da Concorrência 07/04/Siurb, cujo objeto é a execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino, de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alças de acessos direcionais, verificando se a elaboração do respectivo edital obedeceu aos dispositivos legais pertinente.

TC 1.744/2007 – Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar a regularidade mensal do Contrato 31/Siurb/2007, cujo objeto é a execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino, de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alças de acessos direcionais, com vistas a verificar, por amostragem, se estão sendo desenvolvidos de acordo com o pactuado e se os quantitativos medidos correspondem aos realizados.

TC 0654/2008 - Análise
Objeto: Concorrência Pré-Qualificação 03/2004/Siurb - Concorrência 07/2004/Siurb - Contrato 31/Siurb/2007 - TA 263/2007/Siurb - Execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino, de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alças de acessos direcionais.

TC 2.819/2008 – Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Acompanhamento mensal do Contrato 31/Siurb/2007, cujo objeto é a execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino, de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alças de acessos direcionais, com vistas a verificar, por amostragem, se estão sendo

desenvolvidos de acordo com o pactuado e se os quantitativos medidos correspondem aos realizados, emitindo relatórios parciais quando constatadas impropriedades.

Interessadas: Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras e Construbase Engenharia Ltda.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

TC nº 0066/2005:

Trata o presente TC de acompanhamento, no período de 10.01.2005 a 21.01.2005, do Edital de Pré-Qualificação nº 003/04/SIURB, promovida pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras – SIURB, que objetiva a pré-qualificação de empresas para a realização de futura licitação, sob a modalidade Concorrência do tipo menor preço, visando à execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os viadutos Padre Adelíno, de interligação das Ruas Catiguá e Eng' Batem, alargamento do Viaduto Pares do Rio e alças de acesso direcionais.

A decisão da Comissão Permanente de Licitações, que habilitou 04 proponentes, foi publicada no D.O.M. de 24.11.2004 (fl. 109), tendo sido emitido os atestados de pré-qualificação para as empresas habilitadas em 02.12.2004.

O Edital da Concorrência da contratação das obras previstas na pré-qualificação em questão foi elaborado dia 09.12.04, sob o nº 007/04/SIURB, e publicado no D.O.M. de 10.12.2004.

A Sessão de Abertura dessa Concorrência foi realizada no dia 30.12.04, quando apresentaram suas propostas as 04 (quatro) empresas habilitadas na Pré-Qualificação, tendo sido classificada em lº lugar a empresa Construbase Engenharia Ltda., com o valor ofertado de **R$ 66.847.698,35** (sessenta e seis milhões, oitocentos e quarenta e sete mil, seiscentos e noventa e oito reais e trinta e cinco centavos – data-base: julho/2004), conforme publicação no D.O.M. de 31.12.2004.

Visa o presente TC verificar se a elaboração do respectivo Edital e o desenvolvimento do procedimento até a sua homologação obedeceram aos dispositivos legais pertinentes, conforme determinado pelo Exmo. Conselheiro Relator à fl. 02 do TC nº 7.222/04-79.

Esse último TC analisou a Representação interposta pelo Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo – SINICESP contra o referido edital, no qual foi prolatado o v. Acórdão que, em decisão unânime, conheceu da Representação e, no mérito, a julgou improcedente.[1]

À peça 10 do TC que ora se analisa, consta certidão de adequação deste processo à competência de Pleno, atendendo à determinação desta Relatoria (peça 09) de julgá-lo de forma englobada, em razão da conexão de matéria, com os TCs 0081/2005, 1.744/2007, 0654/2008 e 2.819/2008.

À peça 05 destes autos, encontra-se o v. Acórdão, com decisão unânime, que conheceu do Edital de Pré-Qualificação nº 003/04/SIURB e julgou regular o procedimento adotado pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras – SIURB no referido certame, o qual segue transcrito:

> **ACÓRDÃO**
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, após vista que lhe fora concedida, durante a fase de discussão, na 2.301ª S.O.
>
> **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer o Edital de Pré-Qualificação 003/04/SIURB e em julgar regular o procedimento adotado pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras no referido certame, com as correções explicitadas pela Secretaria de Negócios Jurídicos e pelo Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal.
>
> Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.
> Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.
>
> Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2006.
>
> ANTONIO CARLOS CARUSO Presidente
> EDSON SIMÕES Relator

À peça 14, a **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM** apresentou a seguinte manifestação:

> *"Ciente do acrescido e considerando os elementos constantes dos autos, esta Fazenda entende que nada mais há a ser providenciado no presente processo, razão pela qual poderá a critério do Nobre Conselheiro, ser arquivado, após as cautelas de praxe."*

A **Secretaria Geral – SG**, à peça 18, se manifestou como segue:

---

[1] **EMENTA:**
ANÁLISE. REPRESENTAÇÃO. EDITAL. SIURB. Pré-Qualificação. Execução de obras e projeto executivo de melhoramento. Complexo viário. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

"De fato, o presente já teve o seu julgamento de Mérito e, em razão da similaridade da matéria tratada passou a tramitar em conjunto com os processos TCs 0081/2005, 1744/07, 0654/08 e 2819/08 com a finalidade de subsidiar suas análises, não tendo, contudo, a necessidade de nenhuma nova Manifestação a ser expedida no presente, razão que apenas encaminho o mesmo."

É o Relatório.

TC nº 0081/2005:

Cuida o presente TC de acompanhamento do Edital da Concorrência nº 007/04/SIURB, promovida pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB, referente à execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino x Ruas Catiguá e Eng. Balem, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alça de acesso, verificando se a elaboração do respectivo Edital obedeceu aos dispositivos legais pertinentes.

À peça 02, consta o relatório técnico da **Subsecretaria de Controle Externo – SCE**, apresentando as seguintes conclusões:

*"**a) Aspectos formais***

• O certame em questão apresenta irregularidade quanto ao não cumprimento do prazo mínimo estabelecido para a publicação do edital, contrariando a legislação vigente (subitem 3.2.5).

• O valor constante no subitem 8.1.4 do edital, exigido para depósito da garantia inicial, está incorreto, pois corresponde a 10% (dez por cento) do valor orçado para as obras, quando o art. 31, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93 limita em 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação (subitem 3.2.6).

b) Aspectos Técnicos

• Ao custo unitário do PET006 e do PET007 deveria ter sido acrescida a taxa de BDI de 15% em vez dos 41% adotados na Planilha do Orçamento (subitem 3.3.1).

• As quantidades constantes na Planilha Orçamentária não estão justificadas, bem como as intervenções inseridas no escopo da licitação e o respectivo valor orçado não contemplam a totalidade das obras e serviços que serão necessários, o que poderá ensejar acréscimos de valores (subitem 3.3.1).

• As sondagens de reconhecimento do terreno nos locais em que estão previstas as obras de arte são insuficientes, bem como as suas fundações não estão detalhadas no projeto básico, o que poderá, quando da elaboração do projeto executivo, acarretar em outras soluções para as fundações, de modo a ensejar aditamentos de valores (subitem 3.3.2).

• Entendemos que o valor de R$ 4.381.139,78 no orçamento sob a rubrica denominada "Eventuais" sem a correspondente vinculação a quantidades e serviços está em desacordo com o 7°, § 4° da Lei Federal nº 8.666/93 (subitem 3.3.3).

• O edital em questão apresenta irregularidade quanto à inexistência dos Critérios de Medição para os serviços não constantes da Tabela de Custos da SIURB (subitem 3.3.4).

• Entendemos que no edital deveriam constar os critérios para a elaboração das memórias de cálculo que acompanham as medições (subitem 3.3.5).

• Entendemos que, em razão de considerar na composição do seu custo unitário a utilização de caminhão basculante de baixa capacidade, o preço do serviço "4.50 – Remoção de terra à distância de 30 km", da Tabela da SIURB, é excessivo (subitem 3.3.6).

• Entendemos que na Minuta do Contrato deveriam constar exigências de capacitação técnica para a subcontratação dos serviços de elaboração dos projetos executivos (subitem 3.3.7)."

À peça 04, foi apresentado novo relatório da **SCE** em respostas aos esclarecimentos da SIURB, nos termos que seguem:

*"**2 – ANÁLISE***
Esta licitação, na modalidade Concorrência pelo tipo Menor Preço, sob o nº 007/04/SIURB, foi precedida da Pré-Qualificação nº 003/04/SIURB, que acompanhamos através da O.S. nº 4.6.7.0002/05, TC nº 72.000.066.05-88.

Em relatório elaborado na citada O.S., no que se refere aos aspectos formais, concluímos pela regularidade daquele edital. Quanto aos aspectos técnicos, apontamos diversas impropriedades.

A seguir, analisamos as informações prestadas pela SIURB, na ordem dos itens de nosso relatório anterior.

2.1 – Quanto ao prazo mínimo de publicidade do edital

Relatório anterior (subitem 3.2.5 – fls. 109 e 110)

No Relatório de Acompanhamento de Edital, a primeira conclusão foi a seguinte:

"4.1.1 –O certame em questão apresenta irregularidade quanto ao não cumprimento do prazo mínimo estabelecido para a publicação do edital, contrariando a legislação vigente." (fl. 117).

Cabe destacar que referida questão já fora objeto de análise preliminar por esta Coordenadoria na informação autuada à fl. 12, na qual restou consignado que a abertura da Concorrência em apreço foi publicada no DOM em 10.12.2004, tendo sido marcada para 30.12.2004 a sessão pública para o recebimento dos envelopes. Naquela ocasião, concluiu-se que os 20 dias de intervalo entre a publicação e a realização da sessão pública contrariou o disposto no art. 21, II, "a", da Lei Federal nº 8.666/93, mesmo que o certame tenha sido precedido de procedimento de pré-qualificação.

Resposta da SIURB

A Origem, por sua vez, rebateu tal constatação por meio da manifestação da Procuradora do Município, Drª Cecília Aparecida de Meneses, juntada às fls. 316 a 319 do presente.

Em seu arrazoado, alega a Origem que:

"[...] no caso presente, s.m.j., não nos parece necessário que, quando da convocação que mantém integralmente as condições no Edital de 6ré-qualificação, sejam novamente observados os prazos mínimos do artigo 21, §2º, da Lei nº 8.666/93. E isso por um simples, mas inafastável motivo: neste caso, o prazo mínimo já foi, a rigor, observado, eis que os licitantes 6ré-qualificação conhecem, há muito mais de trinta dias, as condições para a elaboração de suas propostas." (fl. 317).

Mais adiante, encontra-se mencionado que:

"Em realidade, os licitantes tiveram conhecimento das condições para a elaboração das propostas desde a data de publicação do Edital de 6ré-qualificação o que, na realidade, significa que eles terão, ao menos, 50 dias (30 dias para a apresentação da documentação de pré-qualificação e outros 20 dias desde a convocação para a apresentação das propostas, sem considerar o interregno entre a decisão de pré-qualificação e a convocação) para formulálas.

E, ainda que se faça vista grossa à constatação anterior, não há registro de que qualquer dos licitantes (quanto menos à Municipalidade ou terceiros) tenha sido prejudicado por uma suposta 6ré-qualif do tempo na elaboração de sua proposta. Sempre que assim ocorrer, não se afastará a hipótese de, havendo algum dos pré-qualificados que vislumbre dificuldade para apresentar sua proposta no prazo concedido, ser apresentado pleito de dilação do prazo inicialmente fixado, qual haverá de ser deferido diante da procedência das razões aludidas." (fl. 318).

Por fim, argumenta a Origem:

"Em suma, o prazo fixado entre a publicação do edital e a entrega das propostas foi muito superior a 30 dias, aproximando-se de meia centena de dias. Ademais, se a lei não prevê prazo expresso a ser observado nas etapas intermediárias do procedimento de pré-qualificação, o prazo mínimo a ser observado deverá ser aquele condizente com a razoabilidade e sem impedir a consagração do princípio constitucional da eficiência.

O certame ora instaurado destina-se apenas a coletar os preços cotados pelas licitantes interessadas, as quais já conhecem os problemas relativos às obras e serviços que serão contratados por isso que somente as empresas habilitadas na P.Q. precedente a este procedimento poderão dele participar. Pode-se, por analogia, afirmar que o objeto deste certame (cotação aritmética de preços para as obras ou serviços que serão contratados por SIURB) enquadra-se na hipótese prevista no §3º do Art. 17 da Lei Municipal nº 13.278/02, podendo ser a ele dado prosseguimento na forma e prazo propostos por V. As." (fl. 318 e 319).

<u>Comentário</u>

Primeiramente cabe ressaltar que a manifestação encaminhada pela SIURB é a mesma juntada às fls. 36 – 37v° e analisada no Relatório de Acompanhamento de Edital.

É importante destacar que não podemos concordar com a alegação da Origem de que "[...]se a lei não prevê prazo expresso a ser observado nas etapas intermediárias do procedimento de pré-qualificação, o prazo mínimo a ser observado deverá ser aquele condizente com a razoabilidade e sem impedir a consagração do princípio constitucional da eficiência."

Em nosso entendimento, se a Lei Federal nº 8.666/93 não previu prazo de publicidade diferenciado entre a etapa da pré-qualificação e a abertura da respectiva concorrência, deve-se aplicar o lapso

de 30 dias consignado no art. 21, §2º, II, 'a' da referida norma. Tal concepção encontra fundamento tanto na dicção do art. 114, §2º da mesma lei, como na regra clássica de hermenêutica, segundo a qual ' onde a lei não distingue, o intérprete não deve igualmente distinguir.' Além disso, por oportuno, convém mencionarmos um fragmento da argumentação desenvolvida no âmbito da seção "Perguntas e Respostas" da Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, nº 134, de abril de 2005, pág. 337:

"Ressalte-se, ainda, que não parece possível que, mediante acordo entre a Administração e os pré-qualificados, o prazo mínimo de publicidade seja reduzido. Para justificar essa assertiva, torna-se necessário recordar que a elaboração das propostas pelos interessados (no caso, apenas os 7ré-qualificação), é apenas uma das finalidades previstas para a publicidade do aviso de licitação. Há, também, outras, como, por exemplo, o controle externo da licitação, seja pelos respectivos órgãos de controle, seja pela população."

Por sua vez, causa-nos estranheza a alegação da Origem de que "[...]o objeto deste certame (cotação aritmética de preços para as obras ou serviços que serão contratados por SIURB) enquadra-se na hipótese prevista no §3º do Art. 17 da Lei Municipal nº 13.278/02", haja vista o fato de que o instituto da pré-qualificação somente tem cabimento em função da complexidade do objeto a ser licitado e o dispositivo contido no §3º do art. 17 da Lei Municipal nº 13.278/02 aplica-se apenas para a contratação de serviços e obras de menor complexidade, consoante a própria redação normativa.

Cabe ainda destacar o fato de que, na fase de pré-qualificação, a SIURB havia estimado o valor das obras em R$ 40.000.000,00. Todavia, quando da realização da Concorrência 7ré-qualifi, foi elaborada planilha orçamentária com o valor estimado em R$ 69.613.669,33. Tal disparidade de valores estimativos, por si só, ao nosso ver, contribui para um incremento no grau de complexidade na formulação das propostas por parte das licitantes.

Diante do exposto, refutamos a argumentação desenvolvida pela Origem, razão pela qual ratificamos a conclusão consignada no subitem 4.1.1 alcançada no Relatório de Acompanhamento de Edital em apreço.

2.2 – Quanto ao valor da caução inicial

Relatório anterior (subitem 3.2.6 – fl. 110)

No Relatório de Acompanhamento de Edital, a segunda conclusão foi a seguinte:

"4.1.2 – O valor constante no subitem 8.1.4 do edital, exigido para depósito da garantia inicial, está incorreto, pois corresponde a 10% (dez por cento) do valor orçado para as obras, quando o art. 31, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93 limita em 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação." (fl. 117).

Resposta da SIURB

A este respeito, a resposta encartada às fls. 319 – 320 menciona o que segue:

"A questão supra foi detectada pela Comissão de Licitação, antes da publicação e disponibilização do Edital para venda, e devidamente enquadrada nos termos da lei. Assim, o subitem 8.1.4 do edital exigiu, para depósito da garantia inicial, o valor de R$ 696.136,69 [...] correspondente a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação, conforme consta no CD fornecido aos interessados, bem como na pasta para consulta colocada à disposição na Divisão Administrativa

desta Secretaria. Por fim, anexamos cópias das cauções efetuadas pelos licitantes que comprovam o correto valor da caução"

Comentário

No que tange ao percentual exigido para a garantia inicial para participação no certame, verificamos que efetivamente as quatro empresas pré-qualificadas apresentaram a Caução em Seguro Garantia Inicial no valor de R$ 696.136,69, conforme consta nos documentos às fls. 312 – 315, correspondente ao limite legal de 1% do valor estimado do objeto da contratação.

Embora não tenhamos obtido junto à Origem a definição da data em que o erro no percentual fora corrigido, entendemos que a questão não tenha causado prejuízo ao adequado desenvolvimento do certame, pois, além da lei federal ser taxativa quanto ao limite máximo de 1% para esta espécie de garantia, tornando o assunto conhecido por parte de licitantes deste porte, a comprovação do efetivo recolhimento da caução no valor correto afasta, ao nosso ver, o potencial de referido vício ter maculado o procedimento licitatório em tela.

Neste sentido, apesar da defesa não ter evidenciado precisamente a data de correção do erro, suas justificativas podem ser consideradas capazes de superar o apontamento constante da conclusão do subitem 4.1.2 do relatório em comento.

2.3 – Planilha de orçamento com irregularidade

Relatório anterior (subitem 3.3.1 – fls. 112 e 113)

No Relatório de Acompanhamento de Edital apontáramos algumas impropriedades que poderiam ensejar acréscimos de valor ao futuro contrato.

As quantidades constantes na Planilha Orçamentária não estavam justificadas, pois não foram apresentadas as memórias de cálculo das mesmas. Constatáramos também na planilha a ausência de serviços necessários à conclusão do objeto e as respectivas previsões de seus custos, tais como: sinalização provisória para desvio de tráfego; sinalizações definitivas, horizontal e vertical (placas, semáforos, pintura das faixas etc.); travessias e passagens provisórias para veículos e pedestres; remanejamento de interferências de redes de Concessionárias e/ou Permissionárias; urbanização e paisagismo; barbacãs; juntas tipo Fungenband; caminhos de Pedestres e Passarelas.

Verificáramos também, na planilha, que para o fornecimento e aplicação de aço CA-50 consta na planilha apenas o item de serviço "8.20.00", que se refere a aço com diâmetro menor do que ½", e que numa obra desse porte a quase totalidade do aço que será utilizado possui diâmetro maior do que ½", cujo custo unitário constante da Tabela de SIURB, item de serviço "8.21.00", é inferior ao do item de serviço adotado na planilha.

Constatáramos também, nos desenhos que compõem o "Capítulo V" deste edital, que as quantidades referentes aos serviços de pavimentação foram alteradas em relação aos desenhos que compuseram o edital da pré-qualificação e que essas quantidades não foram alteradas na planilha.

Entendêramos ainda que o "PET006 – Fornecimento, montagem e movimentação de treliça e formas para execução de balanços sucessivos" e o "PET007 – Grua fixa altura 50 m", fl. 30, cujos preços adotados na planilha são resultantes de cotação de empresas especializadas, deveriam fazer parte do grupo dos serviços "ADM" (ao final da Planilha Orçamentária – fl. 31). A esse grupo de serviços, tendo em vista que são executados por empresas especializadas e seus preços foram

baseados em cotações de mercado, é adicionado ao seu valor total um BDI de 15%. Portanto, como também esses dois serviços (PET006 e PET007) tiveram seus preços adotados com base em cotações de empresas especializadas, entendemos que os mesmos não deveriam ser assim denominados, pois a eles é acrescida indevidamente uma taxa BDI de 41%, quando já têm incluído, com certeza, o BDI da empresa que apresentou a cotação para a SIURB.

Em função dessas constatações, concluíramos que aos PETs 006 e 007 deveria ter sido acrescida a taxa de BDI de 15% em vez dos 41% adotados na Planilha do Orçamento e que as quantidades constantes na Planilha Orçamentária não estavam justificadas, bem como as intervenções inseridas no escopo da licitação e o respectivo valor orçado não contemplavam a totalidade das obras e serviços que serão necessários, o que poderia ensejar acréscimos de valores.

Resposta da SIURB

A SIURB, fl. 321, subitem "b.2", informa que anexou ao seu ofício "... o levantamento de quantidades dos serviços constantes da Planilha orçamentária, que ***contempla a totalidade das obras*** *previstas no Projeto Básico, que instruiu a Licitação." (negrito do autor).*

No subitem "b.1", fl. 320, manifesta-se também a respeito do PETs 006 e 007, alegando que faz parte desses itens, além dos devidos equipamentos outras obrigações e responsabilidade da contratada e que por isso deve ser aplicado o BDI de 41%.

Comentário

A SIURB apresentou o levantamento das quantidades, fls. 131 – 311, no entanto não justificou as irregularidades apontadas no Relatório de Acompanhamento de Edital, pois esse levantamento não faz menção às referidas irregularidades.

Quanto à alegação da SIURB de que aos custos dos PETs 006 e 007, deva ser aplicada a taxa do BDI de 41%, pelo fato de, além do equipamento, existirem outras obrigações da contratada, não justifica aplicar essa mesma taxa também no equipamento, tendo em vista a relevância dos equipamentos em relação às outras obrigações.

Para esses dois serviços, PET006 e PET007, que tiveram seus preços adotados com base em cotações de mercado e são executados por empresas especializadas, deveria ter sido adicionado ao seu valor total um BDI de 15%.

Portanto, mantemos o nosso entendimento de que aos PETs 006 e 007 deveria ter sido acrescida a taxa de BDI de 15% em vez dos 41% adotados na Planilha do Orçamento e que algumas das quantidades constantes na Planilha Orçamentária não estão justificadas, bem como as intervenções inseridas no escopo da licitação e o respectivo valor orçado não contemplam a totalidade das obras e serviços que serão necessários, o que poderá ensejar acréscimos de valores.

2.4 – Insuficiência de sondagens

Relatório anterior (subitem 3.3.2 – fl. 114)

Verificáramos, quando da análise do edital, que não foram executadas sondagens de reconhecimento do terreno ao longo do Viaduto Pires do Rio, já existente, onde será feito o alargamento desse viaduto e que nos desenhos de estrutura das obras de arte previstas para este complexo viário, as fundações são indicadas de forma esquemática e foram arbitradas soluções, conforme itens de serviços na Planilha Orçamentária, em tubulões a ar comprimido.

Diante disso, entendêramos que tais fatos, quando da elaboração do projeto executivo, poderiam ensejar outras soluções para as fundações, alterando os seus custos.

Resposta da SIURB

Informa a SIURB, fl. 321, que os elementos de sondagem "... foram aqueles considerados necessários e suficientes ***pela empresa que elaborou o Projeto Básico das obras e não são da competência e responsabilidade desta Comissão de Licitação****." (negrito do autor).*

E acrescenta que as fundações "... estão caracterizadas e definidas no Projeto Básico e deverão ser confirmadas e detalhadas pelo Projeto Executivo ...".

Comentário

A SIURB não apresenta justificativa para o apontado em nosso relatório anterior, ou seja, a ausência de sondagens onde será executado o alargamento do Viaduto Pires do Rio, apenas informa, como transcrito acima, que o apontado não é competência e responsabilidade da Comissão de Licitação.

Assim, reiteramos o entendimento de que esse fato, quando da elaboração do projeto executivo, poderá ensejar em outras soluções para as fundações, alterando os seus custos.

2.5 – Eventuais – Serviços, Quantidades e Preços não definidos

Relatório anterior (subitem 3.3.3 – fl. 114)

Verificáramos que na planilha de orçamento apresentada está incluída uma rubrica denominada Eventuais (10% do subtotal dos serviços essenciais), na qual foi consignado um valor de R$ 4.381.139,78 (fl. 31).

A nosso ver, a destinação de recursos no orçamento sem a correspondente vinculação às quantidades e serviços contraria a legislação vigente, bem como, eventualmente, pode possibilitar uma burla ao limite máximo de acréscimo de valor previsto pela legislação.

É estabelecido no artigo 7°, § 4°, da Lei Federal nº 8.666/93 que "É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondem às previsões reais do projeto básico ou executivo.". Portanto, todos os serviços considerados necessários devem ser previamente identificados e devidamente quantificados por ocasião do projeto que servirá de base à licitação.

Por outro lado, com a majoração do orçamento em R$ 4.381.139,78 (Eventuais), o percentual de acréscimo fixado em lei, de 25%, incide também sobre esse valor consignado para serviços eventuais. Assim, abre-se a possibilidade de que durante a execução contratual ocorram acréscimos quantitativos e inclusões de serviços extracontratuais em percentuais superiores ao limite legal de 25%, acobertados por essa rubrica "Eventuais", pois o valor contratual fica majorado indevidamente pelo valor consignado como "Eventuais".

Resposta da SIURB

A SIURB, sobre a rubrica Eventuais, alega que:

'' destina-se aos 'Serviços Complementares', estimados em 10%, por se tratar de obra em local de tráfego intenso, para contemplar as sinalizações (faixas de pano, placas de desvios, etc...) e os desvios exigidos pela CET quando da realização da obra, bem como para fazer face às despesas de remanejamento de interferências e aos serviços e obras imprevistos ou eventuais que serão convertidos em itens específicos e medidos e pagos através das quantidades reais, efetivamente executadas." (fl. 322).

Comentário

Discordamos da alegação da SIURB para justificar a inclusão na planilha de orçamento dessa rubrica denominada Eventuais.

É alegado que a verba prevista neste item é para as despesas de diversos serviços, tais como sinalizações e remanejamento de interferências. Esses serviços, dentre outros, por nós comentados no subitem 2.3 deste relatório, para os quais é alegada a destinação desta verba, deveriam ter sido discriminados na planilha do orçamento, bem como as respectivas previsões de seus custos.

Portanto, tais alegações em nada alteram a nosso entendimento de que o valor de R$ 4.381.139,78 no orçamento sob a rubrica denominada "Eventuais" sem a correspondente vinculação a quantidades e serviços está em desacordo com o artigo 7°, § 4° da Lei Federal nº 8.666/93.

2.6 – Inexistência de Critérios de Medição para os serviços não constantes da Tabela da SIURB

Relatório anterior (subitem 3.3.4 – fl. 115)

Apontáramos, no Relatório de Acompanhamento de Edital, que para os itens de serviço não constantes da Tabela da SIURB, ou seja, os denominados PET (001 a 008) e ADM (001 a 013) não foram elaborados os Critérios de Medição e que essa inexistência dos Critérios de Medição para esses itens é uma irregularidade, pois, além de não permitir aos licitantes a clareza necessária para a elaboração da proposta de seus preços, dificulta a correta medição dos serviços a serem executados.

Questionada a SIURB naquela ocasião, a mesma alegou que "... as composições dos PET entregues por nós no dia 03/02/2005, permitem a medição e pagamento dos serviços, por serem auto explicativas."

Discordáramos de suas alegações pelos seguintes motivos:

- *apenas para 6 (seis) dos 20 (vinte) itens de serviços não constantes da tabela, foram elaboradas por SIURB as citadas composições de custo;*

- *essas composições não fazem parte do edital e, portanto, as licitantes não têm acesso às mesmas;*

- *a CLÁUSULA XI da Minuta do Contrato não inclui essas composições como elementos que integram o contrato.*

Assim, concluíramos que a inexistência dos Critérios de Medição para os serviços não constantes da Tabela de Custos da SIURB é uma irregularidade.

Resposta da SIURB

A SIURB, em sua justificativa à fl. 322, repete a informação que já havia sido prestada na ocasião em que analisamos o edital, ou seja, de que "... as composições dos PET – Preços Extra Tabela e ADM – Serviços por Administração, elaboradas pelo setor de Custos desta Secretaria são auto-explicativas e permitem a correta medição e pagamento dos serviços".

Comentário

Tendo em vista que as informações ora oferecidas pela SIURB não são diferentes das anteriores, mantemos na íntegra o nosso entendimento manifestado no Relatório de Acompanhamento de Edital.

2.7 – Critérios insuficientes para a elaboração da medição dos serviços

Relatório anterior (subitem 3.3.5 – fls. 115 – 116)

Quando da análise do edital, verificáramos que no subitem 6.5 das "Condições Gerais do Contrato" está estabelecido que "Em toda medição deverá a Contratada apresentar os elementos demonstrativos conforme critérios estabelecidos pela Fiscalização." (fl. 59).

Manifestáramos o entendimento de que os critérios para a elaboração desses "elementos demonstrativos", ou seja, das memórias de cálculo que acompanham as medições, deveriam constar do Edital, pois sem a padronização e normatização no Edital desses elementos demonstrativos, que devem amparar as medições dos serviços, o controle interno e externo das medições é dificultado ou até mesmo impossibilitado em alguns casos, devido à eventual insuficiência de dados nas Memórias de Cálculo.

Resposta da SIURB

A SIURB informa à fl. 322:

"Todos os contratos de SIURB são medidos e pagos através de processos formais, que obedecem rigorosamente as regras estabelecidas no edital e no contrato e são acompanhados, sempre, de memórias de cálculo, memorial descritivo, plantas, croquis, ensaios, controles tecnológicos, enfim, tudo o que for necessário e suficiente para apurar o valor de cada medição com base nas quantidades de serviços efetivamente executados e aplicados os preços contratuais."

E encerra informando que "Assim será o procedimento no eventual futuro contrato que decorrer da presente licitação."

Comentário

É informado pela SIURB o procedimento adotado naquela Secretaria para a elaboração da medição nos contratos de obras.

A nossa manifestação no relatório de Acompanhamento de Edital foi no sentido de que se estabelecesse no edital os critérios para padronização e normatização desses elementos citados pela SIURB.

Consta ainda nessa resposta que os contratos da SIURB "... obedecem rigorosamente as regras estabelecidas no edital e no contrato ...", porém, neste edital, as mesmas não foram estabelecidas.

Portanto, mantemos o entendimento de que no edital deveria ter constado os critérios para a elaboração das memórias de cálculo que acompanham as medições.

2.8 – Preço excessivo para o serviço remoção de terra à distância de 30 km

Relatório anterior (subitem 3.3.6 – fl. 116)

Como mencionáramos no Relatório de Acompanhamento de Edital, já apontamos, reiteradas vezes, que o preço da Tabela da SIURB para o serviço "4.50 – Remoção de terra à distância de 30 km" é excessivo, em razão de considerar na composição do seu custo unitário a utilização de caminhão basculante de 4 m3 de capacidade, o qual pode, eventualmente, ser utilizado em obras de pequeno volume de terra (menos de 10.000 m3), mas que, simplesmente, não são utilizados em obras onde o volume de terra a remover se situe ao redor de 80.000 m3 , como é o caso presente.

A logística para essas obras tem levado as empreiteiras, há muito tempo, a utilizarem caminhões com o triplo dessa capacidade, em média, que apresentam maior produtividade e redução de custos quase proporcional, além de causarem menor transtorno à vizinhança da obra devido à redução na quantidade de caminhões em circulação.

Portanto, ressaltáramos que a SIURB continua adotando em suas composições de custo os caminhões de 4 m3 de capacidade, impróprios para obras deste porte e que elevam o custo deste serviço e que deveria constar da Tabela de Custos Unitários de SIURB o custo deste serviço de remoção de terra adotando-se caminhão basculante de 10 m3 conforme recomendação que vem sendo por nós reiterada.

Resposta da SIURB

É informada pelos técnicos da SIURB a manifestação do Setor de Custos daquela Secretaria:

"Efetivamente, a composição do custo unitário do subitem 4.50 da Tabela SIURB considera a utilização de caminhão basculante de baixa capacidade. Na licitação em tela, caso o volume de terraplenagem seja disponibilizado para um movimento de transporte mais consistente e constante, poderão ser utilizados caminhões basculantes de maior capacidade e elaborado o respectivo PET." (fl. 323).

Comentário

A SIURB, em sua resposta, está admitindo a possibilidade de elaboração de preço extracontratual, caso venham ser utilizados caminhões basculantes de maior capacidade do que 4 m3 considerado no item de serviço "4.50", procedimento esse não levado a efeito em diversos contratos acompanhados por este Tribunal.

No nosso entendimento, com a finalidade de se reduzir os custos, em obras desse porte já deveria constar, na planilha do orçamento, item de serviço de remoção de terra, adotando-se na sua composição de custo unitário a utilização de caminhão basculante com capacidade de pelo menos 10 m3 .

Assim, mantemos o entendimento de que, em razão de considerar na composição do seu custo unitário a utilização de caminhão basculante de baixa capacidade, o preço do serviço "4.50 – Remoção de terra à distância de 30 km", da Tabela da SIURB, é excessivo.

2.9 – Não exigência de capacitação para a subcontratação do projeto executivo

Relatório anterior (subitem 3.3.7 – fls. 116 – 117)

Verificáramos que nas Especificações Gerais, Capítulo IV do Edital, constava que após a assinatura do contrato, a Contratada deveria apresentar proposta de Projetista de sua livre escolha para a elaboração do projeto executivo. E, ainda, que a contratação da Projetista só poderia ser efetivada após autorização por escrito da Superintendência de Projetos Viários.

Assim, a subcontratação do projeto executivo, que corresponde a aproximadamente 5% do valor total orçado, ficaria à vontade do Administrador Público sem constar nenhuma exigência quanto a devida obediência à legislação. Diante disso, considerando a complexidade das obras objeto deste edital, entendêramos que na Minuta do Contrato deveriam constar exigências de capacitação técnica para a subcontratação dos serviços de elaboração dos projetos executivos.

Resposta da SIURB

A SIURB informa à fl. 323:

"Caberá ao futuro contratado, caso de seu interesse, após a assinatura do contrato, apresentar à fiscalização a proposta de subcontratação do Projeto Executivo, que deverá ser aprovado, caso a empresa indicada possua habilitação e qualificação técnica na elaboração de projeto de características técnicas, porte e tecnologia semelhantes ao do objeto desta licitação."

Comentário

A SIURB apenas informa o que consta no edital e, portanto, já era de nosso conhecimento.

Quanto a nossa sugestão de que deveriam constar na Minuta do Contrato exigências de capacitação técnica para a subcontratação dos serviços de elaboração dos projetos executivos, não foi apresentada nenhuma manifestação.

Dessa forma, tendo em vista a complexidade das obras objeto deste edital, mantemos o entendimento de que na Minuta do Contrato deveriam constar exigências de capacitação técnica para a subcontratação dos serviços de elaboração dos projetos executivos.

3 – CONCLUSÃO

Conforme comentário do subitem 2.2, as justificativas da Origem referentes ao valor da caução inicial podem ser consideradas capazes de superar o apontamento constante da conclusão do subitem 4.1.2 do Relatório de Acompanhamento de Edital.

Para as demais impropriedades apontadas, reiteramos as conclusões alcançadas em nosso relatório anterior, expressas às fls. 117 e 118 e transcritas no início deste relatório."

Concluída a instrução do presente processo, à fls. 462/463 da peça 14, foi prolatado o **v. Acórdão** que conheceu o edital de licitação, na modalidade Concorrência 007/04/STURB, e julgou **regular** o procedimento adotado pela SIURB no referido certame e, por fim, determinou à SCE que acompanhe a continuidade do certame, nos seguintes termos:

"**ACORDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro: ROBERTO BRAGUIM, após vista que lhe fora concedida, durante a fase de discussão na 2.301ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, **à unanimidade**, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer o edital de licitação, na modalidade Concorrência 007/04/STURB, e em julgar regular o procedimento adorado pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras no referido certame com as correções explicitadas pela Secretaria de Negócios Jurídicos e pelo Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal.

ACORDAM, outrossim, **à unanimidade**, em determinar à Subsecretaria de Controle Externo desta Corte que acompanhe a continuidade do certame sobrestado e, após adjudicado o seu objeto e firmado o respectivo ajuste, promova a análise contratual, bem como o acompanhamento mensal da sua execução, tendo em vista o elevado valor do ajuste.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURIPEDES FALES Revisor, ROBERTO BRAGUIMI e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2006.

Antônio Carlos Caruso – Presidente.

Edson Simões – Relator."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM** apresentou sua manifestação à peça 22, nos termos que seguem:

"Compulsando este processado, verifica-se que nestes autos foi analisado o Edital de Licitação, na modalidade Concorrência Pública 07/04/SIURB, o qual, ao fim e ao cabo, foi julgado regular pelos Nobres Conselheiros, nos exatos termos do V. Acórdão prolatado aos 29/11/2006 e devidamente transitado em julgado aos 10/01/2007 (peça 14, fls. 460/463).

Posteriormente, em face da identidade e conexão de matéria, estes autos passaram a tramitar em conjunto com os Tcs 654/2008, 66/2005, 1744/2007 e 2819/08.

Nos termos do R. despacho inserto à peça 17, verifica-se que todos os processos serão examinados de forma conjunta e englobada, com destaque para a matéria que é objeto de apreciação nos autos do TC 1744/2007.

Nestas circunstâncias, resta claro que este processado apenas e tão somente acompanha os demais TCs, na medida que, como já dito, o Edital de Licitação 07/04/SIURB, - objeto específico deste Tc – restou acolhido pelo E. Tribunal, conforme acórdão transitado em julgado.

No que tange aos demais TCs, os quais tramitam em conjunto e de forma englobada, esta Procuradoria, em atenção ao quanto solicitado, colacionará suas manifestações próprias e específicas nos autos de cada processado."

A **Secretaria Geral – SG** opinou à peça 26, como segue:

"De fato, o presente já teve o seu julgamento de Mérito e, em razão da similaridade da matéria tratada passou a tramitar em conjunto com os processos TCs 000066/2005, 001744/07, 000654/08 e 002819/08 com a finalidade de subsidiar suas análises, não tendo, contudo, a necessidade de nenhuma nova Manifestação a ser expedida no presente, razão que apenas encaminho o mesmo."

É o Relatório.

TC nº 1.744/2007:

Trata o presente de Auditoria na modalidade 'Acompanhamento de Execução Contratual', no período de 01.06.2007 a 28.08.2007, referente ao Contrato nº 031/SIURB/2007, firmado em 24.05.2007 entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e a empresa Construbase Engenharia Ltda., com objeto a execução das obras e projeto executivo de melhoramento do Complexo Viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os viadutos Padre Adelino, de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, alargamento do Viaduto Pires do Rio, e alças de acesso direcionais, com prazo de 540 (quinhentos e quarenta) dias corridos, contados a partir da data fixada na primeira Ordem de Serviço, a ser expedida pela Unidade Fiscalizadora, no valor de **R$ 66.847.698,35** (sessenta e seis milhões, oitocentos e quarenta e sete mil, seiscentos e noventa e oito reais e trinta e cinco centavos – data-base: julho/2004).

Referido Contrato é originário da Pré-Qualificação nº 003/04/SIURB (objeto do **TC 066/2005**) e da Concorrência nº 007/04/SIURB (objeto do **TC 0081/2005**).

A **Subsecretaria de Controle Externo – SCE**, peças 1 a 10, em seu Relatório de Execução Contratual apresentou as informações seguidas das conclusões decorrentes, indicadas, em essência, a seguir:

"***2 – ANÁLISE***

2.1 – Introdução
(...)

2.1.2 – Descrição da obra

De acordo com as informações prestadas pela Origem à fl. 07, o objetivo da execução do Complexo Viário em referência é "... a resolução dos problemas de tráfego atualmente existentes na área, agravados pelas linhas do metrô e da CPTM."

As obras previstas são as seguintes (fls. 07 – 09):

***.** Viaduto estaiado na Rua Padre Adelino sobre a Avenida Salim Farah Maluf, e respectivos acessos, com comprimento total de 122,00 m e largura de 19,30 m, totalizando uma área de tabuleiro igual a 2.354,60 m2 .*

. Viaduto de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, com respectivos acessos. A extensão do viaduto será de 160,00 m, sendo 4 vãos de 40,00 m, e a largura é de 17,64 m. A superestrutura será formada por vigas pré-moldadas protendidas e a fundação composta por tubulões a ar comprimido.

. Alargamento do Viaduto Pires do Rio no sentido bairro-centro e implantação das alças de acesso. Esse alargamento será de 9,35 m, nos 121,80 m de comprimento do viaduto, mantendo-se o mesmo padrão da superestrutura existente. Para as fundações, estão previstos tubulões a ar comprimido.

. Implantação de um retorno sob a Avenida Radial Leste, envolvendo duas passagens de veículos e respectivas alças. As passagens inferiores são projetadas com 10,80 e 11,09 metros de comprimento, as superestruturas formadas por laje maciça de concreto armado e as fundações compostas de tubulões a ar comprimido.

. Implantação de alças de acesso interligando as Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste.

. Recuperação e reforço estrutural do Viaduto Pires do Rio, incluindo fundações, meso e superestrutura.

2.2 – Histórico
(...)

Em 29.11.2006, os Conselheiros deste Tribunal, à unanimidade, julgaram regulares os procedimentos adotados pela Secretaria Municipal de InfraEstrutura e Obras na Pré-Qualificação nº 003/04/SIURB (Acórdão à fl. 5) e na Concorrência nº 007/04/SIURB (Acórdão à fl. 6), "com as correções explicitadas pela Secretaria de Negócios Jurídicos e pelo Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal."

Quanto ao edital da Pré-Qualificação, o Assessor Chefe de Controle Externo deste Tribunal entendeu à fl. 208 do TC 72.000.066.05-88, que "as questões remanescentes relativas à desapropriação, bem como ao EIA/RIMA, podem ser postergadas para o momento da elaboração do Projeto Executivo, na execução do contrato."

No que se refere à Concorrência nº 007/04/SIURB, o Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos acolhe as conclusões alcançadas pela Assessoria Técnica e Jurídica daquela Pasta, cujo parecer destaca:

"Ressalte-se que várias das supostas irregularidades alegadas podem ser corrigidas quando da assinatura do contrato ou quando da elaboração do projeto executivo, visto que não afetaram a competição entre os licitantes, como por exemplo, o erro de cálculo apontado às fls. 322, as sondagens e fundações que serão realizadas previamente ao projeto executivo, os critérios de medição para serviços não constantes da tabela de custos SIURB e as memórias de cálculo de medições.

Por fim, é recomendável que se inclua no contrato a proibição de subcontratar os serviços de estais, visto que foi considerado essencial na pré-qualificação, onde se exigiu atestado que a empresa tenha realizado esse serviço anteriormente, logo, inviável admitir a subcontratação neste momento." (fls. 390 – 391 do TC 72.000.081.05-71 – grifo nosso).

Ainda sobre a citada concorrência, o Assessor Chefe de Controle Externo deste Tribunal, às fls. 429 – 438 do TC 72.000.081.05-71, manifestou-se da seguinte forma em relação às impropriedades apontadas no Relatório de Acompanhamento de Edital:

♣ Ausência de justificativas quanto às quantidades constantes da planilha orçamentária e falta de previsão da totalidade das obras e serviços: "... permito-me sugerir seja recomendado que, por ocasião da execução contratual, a Administração contemple atenção especial a esse item, de modo a se aferir as reais quantidades executadas." (fl. 434 do TC 72.000.081.05-71).

♣ Insuficiência das sondagens de reconhecimento do terreno nos locais em que estão previstas as obras-de-arte especiais e falta de detalhamento das fundações no projeto básico: "... entendo, s.m.j., que é possível corrigir o problema antes do início das obras e, dessa forma, evitar que a contratação – frisese, de importância e urgência declaradas – sofra maiores atrasos." (fls. 434 – 435 do TC 72.000.081.05-71).

(...)

3 – CONCLUSÃO

***3.1** – Até 28.08.2007 não havia sido expedida a Ordem de Serviço para início das obras e serviços do contrato (subitem 2.3).*

***3.2** – Entendemos que a SIURB deveria realizar estudo demonstrando que a celebração deste contrato ainda era vantajosa, do ponto de vista da economicidade, em relação à execução de novo procedimento licitatório, tendo em vista o grande lapso temporal entre a proposta e a assinatura do contrato (subitem 2.3).*

***3.3 –** Entendemos que a Origem deva se justificar a respeito da ausência de providências no que se refere às desapropriações e ao remanejamento das interferências de redes de Permissionárias e/ou Concessionárias, haja vista o risco de atraso no andamento das obras (subitem 2.4.1).*

***3.4 –** Entendemos que a ausência de consulta ao órgão licenciador municipal incorre em desrespeito à legislação pertinente e, dependendo das exigências do referido órgão, pode causar atrasos às obras e prejuízos à municipalidade (subitem 2.4.2).*

***3.5 –** Verificamos que a recomendação de proibição de subcontratação do serviço de estais não foi atendida no Contrato nº 031/SIURB/2007, contrariando o Acórdão deste Tribunal de 29.11.2006, fl. 6 (subitem 2.4.3)."*

Devidamente intimados, apresentaram as suas defesas Rogério Achcar às fls. 880/882 da peça 53, Adriana Siani Baggio às fls. 891/1149 da peça 54, Carlos Nino Segura às fls. 1150/1159 da peça 54, Construbase Engenharia Ltda. às fls. 1168/1187 da peça 54 e a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB às fls. 1190/1210 das peças 54/55.

À peça 49, consta novo relatório da **Auditoria**, apresentando suas apreciações acerca das manifestações dos agentes responsáveis, da contratada e da origem, como segue:

*"**2. ANÁLISE***

A análise das defesas está estruturada da seguinte forma: primeiro será transcrito, para cada subitem, o apontamento desta Coordenadoria no último Relatório (fls. 662/674); a seguir, serão transcritas as defesas. E, finalmente, será apresentada a análise propriamente dita dessas defesas.

Cabe informar que as defesas apresentadas por Adriana Siani Boggio e por Carlos Niro Segura são semelhantes e serão analisadas unificadamente, quando couber. Quanto à defesa apresentada por Rogério Achcar, será analisada conforme relação com os apontamentos.

Por fim, a Contratada apresentou defesa para dois apontamentos que não constam no Relatório de fls. 662/674, quais sejam: ausência de reequilíbrio e multas não aplicadas pelo descumprimento de cláusulas contratuais, fl. 679v, que serão analisados na sequência.

2.1. Análise do apontamento do subitem 4.1 (fl. 673)

4.1. Não foi possível avaliar se o canteiro de obras foi implantado em sua totalidade, haja vista não ter sido apresentada planta aprovada por PROJ (subitem 3.4.2).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fls. 893/895)

Às fis. 541/542 verifica-se que foram prestados os esclarecimentos sobre as dificuldades de implantação do canteiro.

Conforme se vê às fls. 545, as dificuldades foram reconhecidas pelo Diretor da Divisão Técnica de Obras 2.

Em relação à aprovação por PROJ, conforme se vê às fis. 554 verso, a implantação do canteiro estava sendo inteiramente acompanhada por PROJ, ocorre que a aprovação ainda não havia ocorrido quando a Peticionante foi substituída na fiscalização da obra em análise.
[...]
Diante da demora de PROJ em aprovar o projeto, a fiscal, no estrito cumprimento de suas obrigações, determinou a suspensão da obra até que houvesse a referida aprovação. O que foi informado a Contratada através do Ofício nº 127/Obras 2/2008, conforme já reconhecido por esse E. Tribunal.

No Memorando nº 306/Obras 2/2007, de 13/11/2008, TID n.º 3503701, **feito após o afastamento da Peticionante da fiscalização**, o Diretor de Divisão Técnica de Obras 2 cita como documento enviado a Obras 3 o Memorando n.º 099/Obras 2/2008 de aprovação PROJ 2 do Viaduto Pires.

Dessa forma, em relação a esse questionamento, terão que ser questionados aqueles que acompanharam a obra posteriormente notadamente Obras 3 que ficou com toda a documentação referente à obra em análise (grifos no original).

Defesa de Carlos Niro Segura (fl. 1152)

Às fis. 541/542 verifica-se que foram prestados os esclarecimentos sobre as dificuldades de implantação do canteiro.

Conforme se vê às fis. 545, as dificuldades foram reconhecidas pelo Diretor da Divisão Técnica de Obras 2.

Em relação à aprovação por PROJ, conforme se vê às fis. 554 verso, a implantação do canteiro estava sendo inteiramente acompanhada por PROJ, ocorre que a aprovação ainda não havia ocorrido quando a Peticionante foi substituída na fiscalização da obra em análise.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1174/1175)

[...] o canteiro de obras foi aprovado durante o acompanhamento e com a devida anuência da fiscalização (SIURB) nas liberações de frentes de obras e do canteiro propriamente dito.
[...]
Não houve uma liberação/aprovação única e fática do canteiro de obras, e sim uma participação/aprovação ativa, faseada e diária ("full-time") em todos os avanços das fases do empreendimento, desde o Canteiro de Obras, sucedida pelas etapas construtivas, até a desmobilização.

Defesa de SIURB (fl.1196)

Canteiro de Obras é citado no item 2.2.1 das Especificações gerais da concorrência (pág. 100). Foi implantado na sua totalidade.

Análise

As defesas apresentadas corroboram o apontamento, uma vez que afirmam não ter sido aprovado por PROJ o respectivo projeto. Cabe registrar que, dos documentos apresentados referentes às dificuldades enfrentadas para a aprovação de projetos (fls. 903/972), nenhum deles fêz menção à planta do canteiro de obras.

Ademais, a alegação de que o canteiro de obras foi implantado durante a evolução da obra, não tem o condão de alterar o apontamento, uma vez que foi questionada justamente a ausência de um projeto de canteiro, que demonstrasse como seria a sua implantação, e em que fase essa estaria à época da auditoria: se completa ou a implantar.

Diante do exposto, mantem-se o apontamento.

2.2. Análise do apontamento do subitem 4.2 (fl. 673)

4.2. A Empresa Vetec, que elaborou o projeto básico, está elaborando o projeto executivo da obra, infringindo o inciso I do art. 9º da Lei Federal nº 8.666/93 (subitem 3.4.2).

Defesa de Adriana Siani Boggi e Carlos Niro Segura (fl. 1152)

Conforme se vê às fls. 551 dos autos, a contratação do projeto executivo foi decidida em reunião realizada em 04/10/2007, antes da nomeação da Peticionante como fiscal.

Em face disso, a empresa fez o requerimento da formalização dessa autorização pela Secretaria, o que foi feito formalmente às fis. 555 pelo Superintendente de Obras Viárias.

Por essa razão, o processo foi enviado a PROJ que não se opôs a referida contratação (fls. 554).

Dessa forma, a Peticionante não teve qualquer relação com o presente apontamento.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1175/1177v)

[...] a vedação contida no artigo 9º da Lei 8.666/1993, tem por claro objetivo evitar que empresas, ao elaborarem projetos básicos, insiram elementos que direcionem a licitação, incluindo diretrizes ou soluções que lhes permitam se beneficiar quando da apresentação das propostas ou que excluam do certame licitantes possivelmente aptas à execução da obra.

[...] a referida empresa fora contratada para apenas elaborar o projeto executivo e não executar as obras, de forma que não haveria quaisquer motivos para que ela incluísse elementos que viessem a frustar o caráter competitivo de um certame já findo e do qual não participou.

[...] obteve-se benefício técnico expressivo com a conduta ora questionada, na medida em que a contratada já estava familiarizada com os aspectos técnicos daquela obra de grande complexidade (grifos no original).

Defesa de SIURB (fls.1196/1196v)

Lei 8666/93 art. 9º - Não poderá participar direta ou indiretamente da execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a elas necessárias;

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica.

A autorização foi dada pelo Superintendente de PROJ à fl. 544versos.

Análise

As defesas apresentadas alegam que a contratação, pela Contratada, do autor do projeto básico para a elaboração do projeto executivo foi ao encontro da legislação. Como justificativa, foi alegada a autorização, por parte da Secretaria, após a solicitação para efetivar tal contratação.

Além disso, foi alegado pela Contratada que a empresa Vetec poderia ser contratada, uma vez que o processo licitatório já havia sido concluído, e não haveria como ocorrer algum tipo de vantagem que alterasse o caráter competitivo.

Entretanto, não cabe razão aos defendentes, tanto baseado nos elementos de decisões prolatadas pelo TCU e pelo STJ e trazidos como elementos da defesa, como também na autorização por parte da Secretaria.

Primeiramente, a decisão do TCU no Acórdão nº 940/2010, utilizada pela defesa, foi objeto de esclarecimento pelo Exmo. Sr. Walton Alencar Rodrigues, através do Voto no Acórdão nº 2.746/2013 (Peça 245 do Processo TCU nº 008.884/2006-0):

O voto condutor do Acórdão 940/2010 – TCU – Plenário, da lavra do Eminente Ministro Benjamin Zymler, em momento algum, sustentou a hipótese da legalidade da subcontratação, por empresa contratada pela Administração para execução de obra, de autor de projeto básico para elaboração de projeto executivo.
[...]
Todavia, nunca é demais frisar, nem o Relator nem o Tribunal abonaram a tese da legalidade de subcontratação, pela empresa construtora, de autor de projeto básico para elaboração de projeto executivo, visto que expressamente vedado pelo artigo 9º, inciso I, da Lei 8.666/1993. Logo, o Acórdão 940/2010-TCU Plenário não serve como paradigma a sustentar a posição dos defendentes nos presentes autos (grifos nossos).

Da leitura do Voto do Relator, conclui-se que, naquele caso, não há relação com este, pois naquele processo a responsável pela execução da obra contratou a empresa que elaborou o projeto básico para a correção desse projeto básico. Após isso, a Administração Pública daquele Estado habilitou esta empresa para elaborar o projeto executivo, apesar de ter elaborado o projeto básico e suas correções para a contratada da execução da obra.

Dessa forma, não haveria subcontratação pela empresa contratada para a execução da obra e elaboração do projeto executivo, mas sim a contratação de uma empresa pela Administração Pública para a elaboração do projeto executivo.

Quanto à decisão do STJ, consta no Voto do Acórdão nº 2.746/2013 (Peça 245 do Processo TCU nº 008.884/2006-0) o seguinte:

Verifica-se que a situação de fato retratada no Resp 1298297/SP difere completamente da apurada nestes autos. O referido Recurso Especial cuidou, apenas, da possibilidade jurídica de empresa autora de projeto básico participar de licitação promovida pela Companhia Paulista de Obras e Serviços, destinada à contratação de serviços de elaboração de projeto executivo completo e de assessoria técnica de projeto durante a construção de prédio público. Trata-se, portanto, de licitação e de contratação de serviços específicos cuja participação do autor de projeto básico não foi expressamente vedada pela Lei 8.666/1993.

Chamo atenção, ainda, para outro aspecto distintivo essencial na decisão do STJ, o qual não se aplica ao caso concreto descrito neste processo de controle externo. O contexto dos fatos delineados naquele recurso extraordinário refere-se à possibilidade de participação de autor de projeto básico em licitação destinada à contratação de serviços de elaboração de projeto executivo e de assessoria técnica de projeto durante a execução de obra, no interesse exclusivo e sob vinculação contratual direta à Administração Pública. Com efeito, a Companhia Paulista de Obras e Serviço, sociedade de economia mista vinculada à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional do Estado de São Paulo, é a própria licitante e tomada dos serviços contratados (grifos no original).

Também, no caso do STJ, verifica-se a avaliação de contratação por parte da Administração Pública do autor do projeto básico para elaboração do projeto executivo, através da CPOS (Companhia Paulista de Obras e Serviços).

Portanto, resta claro que ambos os casos alegados como defesa vão de encontro ao deste processo, qual seja: a subcontratação de autor do projeto básico pela empresa vencedora da licitação para execução das obras, ocorrendo a participação indireta da autora do projeto básico na execução de serviço sob responsabilidade da entidade executora da obra, a caracterizar infringência ao artigo 9º, caput, incisos I e II, e § 3º, da Lei nº 8.666/1993.

Por fim, em que pese a destinação da subcontratação ser exclusivamente para a elaboração de projeto executivo, não foi realizada no interesse exclusivo e sob vinculação contratual direta a Administração Pública.

Diante do exposto, mantem-se o apontamento.

2.3. Análise do apontamento do subitem 4.3 (fl. 673)

4.3. As obras de fundação (execução dos tubulões para ampliação do Viaduto Pires do Rio) foram iniciadas sem a devida aprovação, pela Supervisão de Projetos/PROJ 2, dos respectivos projetos executivos (subitem 3.4.2).

Defesa de Rogério Achcar (fls. 881/882)

Logo de início, quando informado a respeito do atraso por parte da Superintendência de Projetos – PROJ, em relação à apreciação dos projetos a ela submetidos, foi emitido o ofício 127/OBRAS

2/2008, onde era determinada a paralisação da execução das obras, até a manifestação daquela Superintendência.

Contudo, ao tomar conhecimento de que tais projetos não haviam sido licitados e contratados pela Superintendência, não dependendo de sua aprovação ou recebimento definitivo e levando em conta os custos que a desmobilização destes equipamentos acarretariam, que acabariam tendo que ser ressarcidos pela municipalidade, optou-se por permitir a continuidade dos serviços, já que para o projeto em questão havia profissional responsável, devidamente habilitado, que respondia por sua integridade e segurança.

Além do mais, a retirada dos equipamentos para a execução de tubulões pneumáticos poderia causar o desmoronamento do fuste desses tubulões, inviabilizando, ou dificultando muito quando da retomado dos serviços.

Defesa de Adriana Siani Boggio (fls. 895/896)

Conforme já suso expendido (item 1), a Supervisão de Projetos/PROJ 2 acompanhou todo o processo, passo a passo, através dos diversos TIDs, conforme os anexos, inclusive estava em processo de elaboração, conforme se vê às fls. 554 verso, quando a Peticionante foi substituída na fiscalização.

Pode-se observar nos TIDs que PROJ inclusive opinava sobre os projetos antes da aprovação formal.

Diante da substituição e do encaminhamento do processo para Obras 3, devem ser questionadas as pessoas que acompanharam a obra posteriormente sobre a aprovação do projeto que conforme suso referido ficaram com a guarda dos documentos conforme TID n.9 3503701.

Defesa de Carlos Niro Segura (fl. 1153)

Quando da execução dessas obras o Peticionante não era mais fiscal do contrato uma vez que deixou a fiscalização em 29/10/2007, conforme se vê às fls. 539, do processo administrativo nº 2004-0.276.601-2, volume 2.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1178/1178v)

Os projetos de fundações são verificados e aprovados em vários momentos, iniciando pela estimativa e locação no Projeto Funcional e Básico, até as memórias e detalhamentos do Projeto Executivo, e finalmente é concluído quando se relata no "as-built" o desempenho obtido nas fundações.

Os projetos liberados para construção pela fiscalização promoveram o avanço e celeridade das obras. Esses projetos já contavam com as liberações de 1ª ordem de verificações, que são as tratativas do CQP – Controle de Qualidade do Projeto que verifica o cálculo estrutural independente do projetista, com a Análise Crítica do Projeto que confere os demais itens além do cálculo, e com as verificações de implantação de interface com as interferências e demais elementos importantes que influem na execução da estrutura.

Paralelamente às tratativas de projeto no 'canteiro de obras", que foram acima descritas (CQP, Análise Crítica e Verificações de Campo), o projeto é submetido à aprovação de PROJ [...].

PROJ por sua vez, faz a verificação final e aprova os desenhos já com ótica de atendimento às normas técnicas e regimentais específicas aplicáveis à natureza do empreendimento e regras próprias atribuídas a este departamento. Isso sem conflito e sem sobreposição de amplitudes de responsabilidades das verificações de 1º ordem descritas e as demais de atribuição de PROJ.

Defesa de SIURB (fls.1196v)

A Superintendência de Projetos /PROJ.2 acompanhou todas as tratativas e opinava sobre o projeto antes da sua aprovação formal.

Análise

As defesas apresentadas corroboram o apontamento, uma vez que afirmam não ter sido aprovado por PROJ os projetos de fundações, como também poderiam ser aprovados em diversos momentos, inclusive após o início da execução das fundações em si.

Em que pese os documentos apresentados, referentes às tratativas sobre os projetos em discussão com PROJ (fls. 903/972), essas foram insuficientes para atender o prazo de início de execução, uma vez que foram iniciados os serviços sem aprovação do setor responsável da Secretaria.

Por fim, é inadmissível a alegação da aprovação do projeto de fundação em diversos momentos, pois, para a execução desse tipo de elemento estrutural, é necessário o conhecimento de suas diversas características como dimensões, tipo de concreto, aço e método de execução, em face da relevância desses elementos estruturais.

Tais tratativas são definidas pelo projetista, e cabe, durante a execução, seguir fielmente o projeto elaborado que foi devidamente aprovado no momento anterior à execução. No caso de problemas encontrados durante a execução, que impeçam a materialização do projeto, devem ser discutidos pontualmente e propostas soluções, as quais não apresentam relação com a aprovação do projeto de fundação como um todo.

Em função de todo o exposto, mantem-se o apontamento.

2.4. Análise do apontamento do subitem 4.4 (fl. 673)

4.4. Até o encerramento deste Acompanhamento, os projetos entregues pela contratada e considerados na totalização das horas técnicas medidas até a 5ª Medição não tinham sido ainda aprovados por PROJ (subitens 3.4.2, 3.4.8, 3.4.9 e 3.4.10)

Defesa de Adriana Siani Boggio (fl. 896)

No Memorando nº 306/Obras 2/2007, de 13/11/2008, TID n.2 3503701, **feito após o afastamento da Peticionante da fiscalização**, o Diretor de Divisão Técnica de Obras 2 cita como documento enviado a Obras 3 o Memorando nº 099/Obras 2/2008 de aprovação PROJ 2 do Viaduto Pires.

Dessa forma, em relação a esse apontamento, terão que ser questionados aqueles que acompanharam a obra posteriormente, notadamente Obras 3 que ficou com toda a documentação referente à obra em análise (grifos no original).

Defesa de Carlos Niro Segura (fl. 1153)

O Peticionante deixou a fiscalização em 29/10/2007, conforme se vê às fls. 539, do processo administrativo nº 2004-0.276.601-2, volume 2, razão pela qual está impedido de responder a esse questionamento.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1178v/1179)

Momentaneamente, no caso de uma visão até a 5ª medição o acumulado de horas técnicas aplicadas aos projetos aprovados, demonstrava-se, correto. O que foi esquecido ou não mencionado pela fiscalização é que a medição de "elaboração de projeto" tem seu pagamento especificado no Contrato em 3 (três) etapas [...].

Via de regra, se fossem respeitados os percentuais de 60%, 30% e 10% do Critério de Medição para cada Etapa das entregas do Projeto, demonstra-se justamente o contrário do apontamento da auditoria, ou seja, que na realidade da execução contratual, a Contratada sempre teve 40% (quarenta por cento) ou, no mínimo, 10% (dez por cento) de sua remuneração retidos, apesar da prestação total dos serviços já ter sido realizada e o projeto entregue e verificado por PROJ.

Assim, se fossem fielmente contabilizadas, as horas técnicas de projeto medidas são sempre menores que a quantidade de produtos entregue. Isto sim, configura um desequilíbrio de horas técnicas em desfavor da contratada, que nesta explanação não contesta, pois, é o critério de medição do contrato acatada (grifos no original).

Defesa de SIURB (fls.1196v)

O pagamento das horas técnicas é parcial sendo que, o pagamento total foi somente é feito após aprovação formal de PROJ.

Análise

Não cabe razão aos defendentes. O critério de medição apresentado na defesa traz um percentual de pagamento para cada fase do projeto, o qual tem por objetivo mitigar o pagamento total dos projetos sem a devida aprovação final. Como a medição apurada foi a maior, tanto na 3ª, quanto na 4ª medição, o critério de medição apresentado não foi adotado pela Origem.

Ademais, na 3ª e 4ª medição foram medidos projetos integralmente. Porém, esses não estavam na obra, ou seja, aprovados por PROJ e disponíveis para execução, conforme será abordado no item 2.10. desta manifestação.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.5. Análise do apontamento do subitem 4.5 (fl. 673)

4.5. Não consta no Decreto de Utilidade Pública nº 49.564, de 04.06.2008, se a área considerada de 22.652,95 m2 refere-se ao Complexo Viário em sua totalidade (subitem 3.4.3).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fl. 896)

Na qualidade de Engenheira Fiscal do contrato, esse questionamento excede a competência da Peticionante.

Defesa de Carlos Niro Segura (fls. 1153)

O Peticionante deixou a fiscalização em 29/10/2007, conforme se vê às fls. 539, do processo administrativo nº 2004-0.276.601-2, volume 2, razão pela qual está impedido de responder a esse questionamento.

Dessa forma, em relação a esse apontamento, terão que ser questionados aqueles que acompanharam a obra posteriormente.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1179/1179v)

No desenvolvimento da implantação da obra, o que aconteceu foi que, por necessidade de ajustes pelas interferências e melhorias de raios de curvaturas de implantação, alguns imóveis inicialmente previstos de desapropriação parcial foram desapropriados na sua totalidade e vice-versa.

Tudo isso sem prejuízo da amplitude da abrangência do DUP em questão. Por outro lado, carece notar que a delimitação do DUP, como o próprio nome deixa entendido, é providência da Administração Pública que detém o poder de desapropriação. Ao contratado basta ocupar a área indicada pela contratante e ali desenvolver as atividades objeto de seu contrato, nada mais.

Defesa de SIURB (fl. 1196v)

Esta questão não é de nossa competência, porém em análise comparativa com que foi implantado/construído nos parece condizente com o que foi disponibilizado. Sendo assim, o projeto está funcional.

Análise
As defesas apresentadas alegam que não são de sua competência tal assunto. Porém, a Secretaria apresentava setor específico para desapropriação de áreas para execução de obras. Cabe salientar que, a liberação de área para implantação de obras deve ser premissa anterior a emissão da ordem de início.

Além disso, a Contratada afirmou que houveram ajustes tanto em características geométricas, como em imóveis previstos inicialmente que seriam desapropriados em sua totalidade e foram parcialmente. Tal fato, corrobora o apontamento da Auditoria, uma vez que a área prevista no DUP efetivamente não era a prevista.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.6. Análise do apontamento do subitem 4.6 (fl. 673)

4.6. Até o final do presente Acompanhamento, as questões relativas ao remanejamento das interferências junto às Concessionárias e à CPTM não tinham sido ainda solucionadas (subitem 3.4.4)

Defesa de Adriana Siani Boggio (fls. 897)

Em razão da substituição da fiscalização já suso referida, devem ser questionadas as pessoas que acompanharam a obra posteriormente.

Às fis. 579, a Peticionante encaminhou à Superior Administração o quanto sugerido pela SABESP. Todavia, não acompanhou o desfecho da questão tendo em vista que foi substituída na fiscalização.

Defesa de Carlos Niro Segura (fl. 1154)

O Peticionante deixou a fiscalização em 29/10/2007, conforme se vê às fls. 539, do processo administrativo nº 2004-0.276.601-2, volume 2, razão pela qual está impedido de responder a esse questionamento.

Dessa forma, em relação a esse apontamento, terão que ser questionados aqueles que acompanharam a obra posteriormente.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fl. 1179v)

A fiscalização entendeu que "até 30.06.2008, as questões relativas ao remanejamento das interferências junto às Concessionárias e à CPTM não tinham sido solucionadas".

No entanto, a própria fiscalização verificou a existência de pedidos administrativos à CET para o desvio de tráfico (ofício nº 043/OBRAS2/2008), em que foi encaminhado projeto de sinalização.

Veja que, a remoção das interferências na área de implantação do complexo viário, é questão que depende de análise de órgão competente, de modo que não como a contratada solucionar por si só tais questões. Por isso, não há como imputar à contratada a responsabilidade pela falta de análise dos pedidos administrativos.

No mais, aguardar a solução dessas questões, adiando o andamento das obras, não é medida que melhor atende ao interesse público.

Defesa de SIURB (fls.1196v/1197)

O remanejamento de interferências depende das concessionárias, tornando a fiscalização todas as providências e tratativas necessárias a sua execução.

Análise

A defesa alega que depende da análise do órgão competente o remanejamento de interferências, o que corrobora o apontamento de que haviam pendências junto às Concessionarias e a CPTM.

Também, durante a execução contratual, havia tratativas com as Concessionárias para a resolução das pendências. Ocorre que a defesa alega que não pode ser imputada a falta de análise dos pedidos administrativos, porém não foi apresentada nenhuma evidência quanto ao afirmado.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.7. Análise do apontamento do subitem 4.7 (fl. 673)

4.7. Não foram adotadas providências para o licenciamento ambiental da obra, desrespeitando à legislação pertinente (Resolução nº 61/CADES/2001, de 05 de outubro de 2001). O único processo informado, PA nº 2007-0.360.602-2, refere-se a pedido de autorização para remoção arbórea (subitem 3.4.5).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fl. 897)

Em razão da substituição da fiscalização já suso referida, devem ser questionadas as pessoas que acompanharam a obra posteriormente. Enquanto estava na fiscalização da obra, a Peticionante abriu o processo administrativo suso referido.

No Memorando n.º 306/Obras 2/2007, de 13/11/2008, TlD n.º 3503701**, feito após o afastamento da Peticionante da fiscalização**, o Diretor de Divisão Técnica de Obras 2 cita como documento enviado a Obras 3: "documentos relativos a Planejamento de Manejo Arbóreo" (grifos no original).

Defesa de Carlos Niro Segura (fl. 1154)

Em razão da substituição da fiscalização já suso referida, devem ser questionadas as pessoas que acompanharam a obra posteriormente.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1179v/1180)

[...] foi firmado Termo de Compromisso Ambiental (doc. 1) entre a Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente- SVMA e a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB [...].

Nesse termo, foi firmado o compromisso de compensação ambiental pelos danos causados pela obra, bem como o de transplante de árvores e plantio de espécies nativas, que foram devidamente realizadas.

Assim, não há que se falar em danos ambientais, posto que houve o integral cumprimento dos termos assumidos no Termo de Compromisso Ambiental, que, frise-se, foi elaborado pelo departamento responsável pela análise de regularidade das questões ambientais.

Defesa de SIURB (fl.1197)

Foram tomadas todas as providências para o licenciamento da obra em de acordo com a SVMA.

Análise

As defesas apresentadas não apresentaram elementos para alterar o apontamento.

Cabe registrar que não foi apresentada evidência de consulta prévia ao DECONT para verificar a exigibilidade do licenciamento ambiental, conforme preconizado pela Resolução nº 61/CADES/2001, tampouco qualquer tratativa para obtenção de licença prévia.

Por fim, o Termo de Compromisso Ambiental (TCA) não é elemento suficiente que avalia adequadamente as questões ambientais que envolviam a implantação da obra; mas sim, um compromisso firmado como uma medida mitigadora para um determinado impacto ambiental.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.8. Análise do apontamento do subitem 4.8 (fl. 673)

4.8. Não foram apresentados, mas apenas citados, os documentos do Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais (S.M.A. nº 72.647/00) e CETESB nº 32003150 que autorizam e licenciam o aterro de inertes que será utilizado como área de bota-fora (subitem 3.4.7).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fl. 898) e Carlos Niro Segura (fl. 1154)

Em relação ao bota-fora utilizado, devem ser questionadas as pessoas que acompanharam a obra posteriormente para que informem qual foi o efetivamente utilizado.

Quando a Peticionante ingressou no Processo em 29/10/2007, já havia sido determinado o local de descarte.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1180v)

Os documentos citados foram apresentados à época, bem como demonstrada a regularidade dos mesmos, principalmente no que tange a sua vigência na medida em que se tratava de documentos com curto prazo de validade que foram periodicamente revalidados.

Tais revalidações cíclicas e normais foram todas apresentadas tempestivamente nas obtenções dos manifestos de transporte para toda obra, sempre em conformidade com seus prazos legais, não havendo riscos de utilização de documentos obsoletos, vencidos ou desatualizados.

Quando da demanda de bota fora para descarte de material da obra, vários empreendimentos de grande porte (ex: Nova Marginal) estavam em execução simultaneamente às obras do Complexo Viário Padre Adelino, tornando indisponíveis a utilização e ocupação de Áreas oficiais para Bota Fora na região do Viaduto Padre Adelino.

Assim, o que ditou a escolha da melhor opção do local de descarte para a PMSP foi a utilização de Aterros licenciados, menos distantes o possível da obra e com capacidade volumétrica suficiente, para, de forma orientada, receber os resíduos provenientes do Contrato.

Defesa de SIURB (fl.1197)

Os documentos citados referem-se à autorização do bota-fora, são elas: Departamento Estadual de proteção de recursos naturais (SMA n° 72647/00) e CETESB n° 32003150 que autorizam e licenciam o aterro de inertes que será utilizado como área de bota-fora.

Análise

Em que pese os argumentos de que os documentos foram apresentados à época, os documentos citados não foram juntados aos autos.

Diante do exposto, mantem-se o apontamento.

2.9. Análise do apontamento do subitem 4.9 (fl. 673v)

4.9. Entendemos ser excessiva a distância de 41 km indicada entre a obra e o bota-fora, considerando que a obra é na Zona Leste e a área informada para o bota-fora está situada na Cidade de Cotia, ou seja, na região oeste da Grande São Paulo (subitem 3.4.7).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fl. 898) e Carlos Niro Segura (fls. 1154/1155)

Em relação ao bota-fora utilizado, devem ser questionadas as pessoas que acompanharam a obra posteriormente para que informem qual foi o efetivamente utilizado.

Quando a Peticionante ingressou no Processo em 29/10/2007, já havia sido determinado o local de descarte.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1180v/1181)

Entretanto, imperioso destacar que a escolha do local para a instalação do bota fora se deu, basicamente, por dois motivos: i. O devido licenciamento da área; ii. A possibilidade do deslocamento de caminhões em horário comercial, por via expressa a propiciar eficiência e rapidez no cumprimento do respectivo serviço.

[...] caso a Fiscalização optasse por Bota-Foras legalizados e com distâncias menores, o transporte estaria restrito entre as 21:00 hs e 4:00 horas, o que ensejaria, além do atraso inequívoco das viagens, a necessidade de remuneração de todos os serviços – não só os de transporte – considerando-se as disposições trabalhistas e adicionais incidentes sobre trabalhos noturnos, que, como se sabe, resultariam em custos sensivelmente maiores.

Defesa de SIURB (fl.1197)

O bota-fora utilizado foi apresentado pela contratada as fls. 635 e 636 distância de 41 km e tem preço extracontratual aprovado.

Análise

As alegações apresentadas pela defesa não têm suporte em qualquer documentação. Foi alegado que a escolha do bota-fora na cidade de Cotia foi devido à restrição para circulação de caminhões em horário comercial, e que o uso dos bota-fora mais próximos da obra acarretaria restrições de circulação.

Entretanto, não foram apresentadas quais seriam os bota-fora mais próximos à obra, tampouco documentação que demonstrasse tais restrições de circulação.

Insta consignar que não foram apresentados documentos que demonstrassem a liberação para o tráfego de caminhões em horário comercial, circulando de uma ponta a outra da cidade de São Paulo, até a cidade de Cotia, enquanto que havia restrição para bota-fora mais próximos da obra.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.10. Análise do apontamento do subitem 4.10 e 4.11 (fl. 673v)

4.10. Na 3ª Medição, as quantidades de horas técnicas por nós apuradas, com base em tabela adotada por PROJ e na relação dos projetos elaborados pela contratada, são inferiores às medidas, resultando em um valor medido a maior de R$ 31.707,32 – jul/2004 (subitem 3.4.8).

4.11. Na 4ª Medição, as quantidades de horas técnicas por nós apuradas, com base em tabela adotada por PROJ e na relação dos projetos elaborados pela contratada, são inferiores às medidas, resultando em um valor medido a maior de R$ 62.911,04 – jul/2004 (subitem 3.4.9).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fls. 898/899)

As quantidades de horas técnicas não estão restritas à elaboração de projeto, conforme tabela PROJ.

Além dessas horas, foram consideradas aquelas despendidas com o trabalho de campo (vistorias, interferências e etc.), além de elaboração de relatórios, reuniões em canteiros e etc.

A tabela de PROJ restringe-se ao trabalho executado exclusivamente em escritório e as horas técnicas tem que ser consideradas englobando todo o trabalho executado inclusive o de campo.

O trabalho de campo por profissionais especializados é tão importante quanto a elaboração de projetos para que a execução seja perfeita, por isso a diferença supostamente encontrada.

Defesa de Carlos Niro Segura (fl. 1155)

O Peticionante deixou a fiscalização em 29/10/2007, conforme se vê às fls. 539, do processo administrativo nº 2004-0.276.601-2, volume 2, razão pela qual está impedido de responder a esse questionamento.

Dessa forma, em relação a esse apontamento, terão que ser questionados aqueles que acompanharam a obra posteriormente.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1181/1182)

Ocorre que a projetista apresenta uma determinada quantidade de pranchas para análise, correção e, posterior aprovação do agente público competente.

Quando isso se dá, é medido e autorizado o pagamento de um percentual sobre os trabalhos apresentados (60%), postergando-se o restante quando da devolução para correção (30%) e, finalmente, quando da aprovação dos projetos corrigidos, mede-se os restantes 10%.

Como tais providências da Fiscalização são escalonadas (exame, correção e aprovação), é possível – e aconteceu – que o projetista tenha apresentado todas as pranchas necessárias para o entendimento do projeto executivo e que a Fiscalização as tenha analisado, sendo algumas delas aprovadas completamente enquanto outras poderiam ter sido devolvidas para correção e posterior aprovação.

Somente as pranchas aprovadas são encaminhadas à obra para efetiva execução, as demais ficam retidas para análise e/ou correção.

Existe, por óbvio, um lapso temporal impedindo que todas as pranchas entregues, medidas e pagas à projetista sejam imediatamente encaminhadas ao canteiro de obras o que, de certo, acarretou a divergência apontada pela fiscalização.

As pranchas são encaminhadas à obra com o carimbo – APROVADO PARA EXECUÇÃO – de forma paulatina, tão logo aprovadas pelo setor competente, o que se faz para que não haja solução de continuidade dos serviços por força do tempo gasto na análise e, ainda, na eventual revisão dos projetos. A dinâmica da obra assim o exige.

Isso, contudo, não implica – nem comprova – em dizer que houve pagamento por PROJETOS NÃO ELABORADOS, haja vista que os serviços técnicos de projeto foram, efetivamente, totalmente realizados. O que a equipe dessa Corte aponta, apenas, é que no momento da inspeção, determinadas pranchas, que já se encontravam na posse da Contratante, ainda não estavam na obra, DISPONÍVEIS PARA EXECUÇÃO, por força da análise em curso pela Fiscalização e eventuais correções da Contratada (**essas nunca medidas antecipadamente e muito menos pagas**) (grifos no original).

Defesa de SIURB (fl.1197v)

As quantidades de horas técnicas não estão restritas a elaboração do projeto conforme tabela de PROJ são consideradas também trabalho de campo.

Análise

Não cabe razão aos defendentes.

A alegação de que os projetos não estavam na obra, ou seja, disponíveis para execução, corroboram o apontamento da Auditoria, uma vez que a quantidade de horas técnicas medidas pela Origem foram superiores às horas técnicas apuradas pela Auditoria.

Além disso, o critério de medição apresentado na defesa trazia um percentual de pagamento para cada fase do projeto, o qual tem por objetivo mitigar o pagamento total dos projetos sem a devida aprovação final. Como a medição apurada foi a maior, o critério de medição não foi utilizado corretamente pela Origem.

Quanto à alegação de que as horas medidas são atribuídas aos serviços de trabalho de campo, e não somente à elaboração de projetos, não foram apresentados quaisquer documentos que servissem de suporte para essa afirmação.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.12. Análise do apontamento do subitem 4.12 (fl. 673v)

4.12. O Cronograma físico-financeiro da obra não foi apresentado pela Contratada e aprovado pela SIURB. Constou nos documentos fornecidos pelos técnicos da SIURB apenas o cronograma físico da execução da fundação em tubulões (nº 01 a nº 20) para ampliação do Viaduto Pires do Rio (também não aprovado) (subitem 3.4.11.a).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fls. 899/900) e Carlos Niro Segura (fl. 1155)

O cronograma físico-financeiro foi apresentado em 04 de outubro de 2007, antes, portanto, da Peticionante ser Fiscal do contrato, conforme se vê às fls. 527 dos autos do Processo Administrativo nº 2004-0.276.601-2 – volume 2.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fl. 1182v)

[...] os Diários de Obras e o Cronograma Físico-Financeiro foram apresentados à fiscalização (SIURB) no canteiro, porém, não foram aprovados formalmente.
[...]
A fiscalização do TCM acompanhou apenas uma parcela da execução, e a fiscalização de SIURB a sua totalidade sem que apontasse qualquer problema quanto aos diários de obras e ao cronograma físico-financeiro.

Defesa de SIURB (fl.1197v)

O cronograma físico financeiro foi apresentado pela contratada, estando anexada a folha 528 do processo.

Análise

Em que pesem os argumentos apresentados, não foi apresentado à Auditoria o cronograma físico-financeiro durante o acompanhamento. Esse documento é essencial para um adequado acompanhamento da execução da obra, devendo, portanto, estar disponível naquele momento.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.13. Análise do apontamento do subitem 4.13 (fl. 673v) 4.13. Foi apresentada apenas parte do Diário de Obras, referente a maio/08, sem identificação do responsável pela sua elaboração ou mesmo o visto da fiscalização. Não constatamos a existência desse diário no canteiro de obras, bem como para os demais períodos da obra (subitem 3.4.11.b).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fl. 900)

Os documentos foram solicitados a contratada conforme referido no Memorando nº 306/Obras 2/2007, de 13/11/2008, TID nº 3503701, feito após o afastamento da Peticionante da fiscalização, em que o Diretor de Divisão Técnica de Obras 2 encaminha os documentos referentes à obra em análise para Obras 3 Dessa forma, toda a documentação foi transferida à Obras 3 que deve ser diretamente questionada.

Defesa de Carlos Niro Segura (fl. 1156)

O Peticionante deixou a fiscalização em 29/10/2007, conforme se vê às fls. 539, do processo administrativo nº 2004-0.276.601-2, volume 2, razão pela qual está impedido de responder a esse questionamento.

Dessa forma, em relação a esse apontamento, terão que ser questionados aqueles que acompanharam a obra posteriormente.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fl. 1182v)

[...] os Diários de Obras e o Cronograma Físico-Financeiro foram apresentados à fiscalização (SIURB) no canteiro, porém, não foram aprovados formalmente.
[...]
A fiscalização do TCM acompanhou apenas uma parcela da execução, e a fiscalização de SIURB a sua totalidade sem que apontasse qualquer problema quanto aos diários de obras e ao cronograma físico-financeiro.

Defesa de SIURB (fl.1198)

O Diário de Obras deve ser elaborado pela contratada e avistado pela fiscalização, tendo em vista o tempo decorrido não localizamos os documentos.

Análise

A defesa apresentada pela contratada corrobora o apontamento da Auditoria, uma vez que afirma que os diários de obras não foram aprovados pela fiscalização. Cabe registrar que, no período de janeiro a junho de 2008 não foram apresentados os Diários de Obras para a Auditoria. Após esse período, foi apresentado um diário de obras referente ao mês de maio de 2008, porém, sem identificação do responsável, tampouco aprovação da fiscalização.

Ademais, a Origem informa que não foi possível localizar os documentos devido ao tempo decorrido.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.14. Análise do apontamento do subitem 4.14 (fl. 673v)

4.14. Não foram apresentadas pela SIURB as devidas autorizações para as subcontratações das empresas relacionadas no Diário de Obras apresentado (subitem 3.4.11.b).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fl. 900)

Tendo em vista o decurso do tempo não foram localizados os diário de obras para que fossem identificadas as alegações formuladas. Como todos os documentos foram enviados para Obras 3, devem ser os responsáveis diretamente questionados.

Defesa de Carlos Niro Segura (fl. 1156)

O Peticionante deixou a fiscalização em 29/10/2007, conforme se vê às fls. 539, do processo administrativo nº 2004-0.276.601-2, volume 2, razão pela qual está impedido de responder a esse questionamento. Dessa forma, em relação a esse apontamento, terão que ser questionados aqueles que acompanharam a obra posteriormente.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1183/1184)

[...] a subcontratação – que deve ser autorizada conforme o artigo 72 da Lei n° 8.666/93 – se caracteriza pela transferência de execução, de maneira integral, de uma determinada etapa ou parcela do objeto contratual, parcela da atividade fim do contrato, assumindo o subcontratado o dever de execução integral dessa parcela transferida.
[...]
Assim, as autorizações requeridas pela fiscalização, referentes a todos os terceirizados presentes no canteiro de obra, mostra-se excessiva já que eles, desenvolvendo em conjunto com a contratada atividades-meios (serviços especializados), não devem ser considerados subcontratados, ao menos, nos termos do mencionado art. 72 da lei das licitações.

Defesa de SIURB (fl.1198)

As subcontratações foram autorizadas pela elaboração do termo aditivo de serviços não constantes no contratado através de PEC – preço extracontratual.

Análise

A defesa apresentada pela contratada corrobora o apontamento da Auditoria, uma vez que afirma que houve a execução de serviços por parte de empresas subcontratadas. Entretanto, informa que os serviços realizados pelos subcontratados não pode ser considerado subcontratação, pois não transferiu determinada parcela do objeto contratual de forma integral, ou seja, que não passou de um apoio a contratada.

Ocorre que, na defesa, não foram apresentados quais seriam os serviços de atividade meio que não poderiam ser considerados subcontratação, que demonstrariam que não foi transferido integralmente parcela relevante do objeto contratual.

Dessa forma, não é possível avaliar se houve a transferência de serviço relevante, tampouco se as empresas subcontratadas teriam capacidade técnica para a execução. Ademais, a ausência de

aprovação por parte da Origem demonstra que não houve nenhuma avaliação das questões de habilitação jurídica, fiscal e trabalhista das empresas subcontratadas.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.15. Análise do apontamento do subitem 4.15 (fls. 673v/674)

4.15. A determinação da SIURB, expedida por meio do Ofício nº 127/OBRAS 2/2008, ou seja, que as obras fossem paralisadas tendo em vista que os projetos não tinham ainda sido aprovados por PROJ, não estava sendo cumprida pela contratada (subitem 3.4.11.c)

Defesa de Rogério Achcar (fls. 881/882)

Logo de início, quando informado a respeito do atraso por parte da Superintendência de Projetos – PROJ, em relação à apreciação dos projetos a ela submetidos, foi emitido o ofício 127/OBRAS 2/2008, onde era determinada a paralisação da execução das obras, até a manifestação daquela Superintendência.

Contudo, ao tomar conhecimento de que tais projetos não haviam sido licitados e contratados pela Superintendência, não dependendo de sua aprovação ou recebimento definitivo e levando em conta os custos que a desmobilização destes equipamentos acarretariam, que acabariam tendo que ser ressarcidos pela municipalidade, optou-se por permitir a continuidade dos serviços, já que para o projeto em questão havia profissional responsável, devidamente habilitado, que respondia por sua integridade e segurança.

Além do mais, a retirada dos equipamentos para a execução de tubulões pneumáticos poderia causar o desmoronamento do fuste desses tubulões, inviabilizando, ou dificultando muito quando da retomado dos serviços.

Defesa de Adriana Siani Boggio (fl. 901)

A Peticionante tomou a providência que entendeu adequada para o momento que foi oficiar a empresa para que paralisasse a obra em razão da demora de PROJ em aprovar formalmente os projetos embora estivesse acompanhando passo a passo a obra.

Paralelamente, solicitou urgência a PROJ na referida aprovação.

A Peticionante somente acompanhou a execução dos tubulões cujo equipamento já estava no local para que não houvesse prejuízo ao Erário.

Não pode prestar informações sobre o que ocorreu em seguida ou se foi penalizada a empresa pelo descumprimento da determinação uma vez que foi substituída na fiscalização e a obra em análise passou a ser de competência de Obras 3.

Defesa de Carlos Niro Segura (fls. 1156)

O Peticionante deixou a fiscalização em 29/10/2007, conforme se vê às fls. 539, do processo administrativo nº 2004-0.276.601-2, volume 2, razão pela qual está impedido de responder a esse questionamento.

Dessa forma, em relação a esse apontamento, terão que ser questionados aqueles que acompanharam a obra posteriormente.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1184/1184v)

A reclamada aprovação de PROJ foi obtida a fim de referendar todos os trabalhos físicos realizados na obra.

Ora, pois, a origem já informou à exaustão que tais serviços vinham, de muito tempo atrás, sendo executados pela contratada sob seu próprio risco, por serem serviços indispensáveis ao regular desenvolvimento do cronograma da obra, bem como necessários para o início das fases posteriores.

A tramitação das negociações e aprovações de tais preços necessários à perfeita remuneração pelos serviços e obras realizados, não impediu que a contratada, em exercício absoluto de boa-fé e colaboração, os executasse no momento devido, objetivando unicamente o cumprimento integral do cronograma previamente fixado.

Uma vez aprovados os preços e formalizado o aditamento, tais serviços, já executados, foram regularmente incorporados ao Contrato, medidos e pagos.

Defesa de SIURB (fl.1198)

As obras foram paralisadas, somente tiveram prosseguimentos aquelas que não poderiam ser interrompidas, pois poderiam causar prejuízo à prefeitura.

Análise

As defesas apresentadas corroboram o apontamento, uma vez que afirmaram não ter sido cumprida a determinação da fiscalização para paralisação das obras pela contratada, tendo em vista que haviam projetos pendentes de aprovação por PROJ.

Também, a fiscal da execução da obra afirma que dependia da aprovação dos projetos por PROJ, tanto que solicitou urgência para as devidas aprovações. Tal afirmação contraria a alegação de que não seria necessária a aprovação dos projetos pelo setor responsável da Secretaria.

Dessa forma, em que pese a alegação da contratada de que assumiu os riscos da execução sem as devidas aprovações do setor responsável da Secretaria, essa deveria ter atendido a determinação imposta pela fiscalização da obra. O não cumprimento dessa determinação seria cabível de sanção ou até rescisão contratual, conforme previsto no art. 78, inciso VII da LF nº 8.666/1993.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.16. Análise do apontamento do subitem 4.16 (fl. 674)

4.16. A utilização de Empenho tipo Global para pagamento de reajuste (no valor de R$ 100.250,75) contraria o disposto no artigo 60, § 2º, da Lei Federal nº 4.320/64 (subitem 3.5.6.b).

Defesa de Adriana Siani Boggio (fls. 901/902)

Na qualidade de Engenheira Fiscal do Contrato, esse questionamento excede a competência da Peticionante.

Defesa de Carlos Niro Segura (fls. 1157)

Na qualidade de Engenheiro Fiscal do Contrato por menos de um mês, esse questionamento excede a competência do Peticionante.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1184v/1185)

[...] na visão da Contratada, essa não é uma situação que lhe diz respeito, posto que na mencionada Medição 03 prestou adequadamente os serviços medidos e recebeu por eles, na exata medida dos valores constantes de sua proposta comercial.

Defesa de SIURB (fl.1198)

Recursos de Empenho tipo Global que não serão utilizados no exercício, muitas vezes são remanejados para pagamento de reajuste.

Análise

Em que pese o argumento de que o empenho do tipo global geralmente é remanejado para o pagamento de reajuste, para esse tipo de despesa, cujo valor é desconhecido, deveria ter sido emitido um empenho-estimativa.

Dessa forma, a utilização do empenho tipo global, para o processamento de uma despesa, cujo valor é desconhecido, não deveria ser efetuada.

Ademais, a informação de que esse tipo de processamento, qual seja, recursos de empenho do tipo global não serem utilizados no exercício, e serem remanejados para o pagamento de reajuste, não foi demonstrada por nenhum tipo de documento que subsidiasse essa informação.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.17. Análise do apontamento do subitem 3.2 referente à vantajosidade da contratação (fls. 157/158)

3.2 Reiteramos o entendimento de que a Origem deveria ter realizado um estudo demonstrando que a celebração deste contrato ainda era vantajosa, do ponto de vista da economicidade, em relação à execução de novo procedimento licitatório, tendo em vista o grande lapso temporal entre a proposta e a assinatura do contrato. Ressalta-se que a comparação por nós elaborada, entre os preços da contratada, reajustados até julho de 2006, e os preços obtidos a partir da Tabela de Custos Unitários de Infra-Estrutura da SIURB de janeiro de 2007 (considerados preços médios de mercado) resulta em uma diferença de R$ 4.079.448,01. Essa diferença aumenta para R$ 7.535.298,10 se considerarmos os preços contratuais reajustados para julho de 2007 e a Tabela da SIURB também com data-base de julho de 2007. Os resultados desses estudos indicam a falta de vantajosidade deste contrato, assinado mais de 2 anos após a licitação, em relação à realização de um novo certame.

Defesa de Construbase Engenharia Ltda. (fls. 1185v)

[...] conforme esclarecido tais tabelas não são atualizadas com frequência o que obriga os demais órgãos a retroagir ou atualizar tais preços às respectivas datas-base dos contratos a serem aditados. Não há, também aqui, nada de irregular.

Análise

Em que pese a defesa, cabe trazer o art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, o qual dispõe que os preços da proposta vencedora deverão estar de acordo com aqueles praticados pelo mercado.

Portanto, antes da assinatura do contrato, caberia ao gestor público realizar pesquisa de mercado com a finalidade de avaliar a adequação do orçamento da proposta vencedora frente aos preços de mercado, haja vista o lapso temporal superior a dois anos do procedimento licitatório. Tal ato fundamentaria a decisão e demonstraria a motivação do gestor frente à situação.

Cabe frisar que o prazo superior a dois anos entre a licitação e a assinatura do contrato não é razoável em obras públicas. Dessa forma, seriam exigíveis procedimentos para tornar atualizado o orçamento da obra e compatível com preços de mercado.

Para isso, reitera-se que o procedimento seria realizar a atualização do orçamento com base na última Tabela de Custos de SIURB, disponível a época, e proceder a nova cotação com fornecedores e prestadores de serviços, nos casos em que os serviços e insumos a serem orçados não fossem abrangidos pela referida tabela de custos.

Ademais, a defesa alega que as tabelas de custos não são atualizadas com frequência. Porém, o apontamento questiona a ausência da não avaliação da vantajosidade de prosseguir a contratação, frente aos preços de mercado atualizados. Portanto, o lapso temporal entre a publicação das tabelas de custos não afetaria a avaliação.

Do exposto, mantem-se o apontamento.

2.18. Análise quanto às multas não aplicadas

[...] os fatos alegados que a ensejariam não ocorreram, não houve ausência de documentos e nem atraso na sua apresentação (itens 4.6., 4.7., 4.8. e 4.9. das "conclusões" de fis. 845/846). A fiscalização de SIURB foi diligente e acompanhou a execução diretamente e nada apontou quanto aos fatos. Relevante notar, entretanto, que a quantificação da multa, conforme proposta em fls. 846, é excessiva porquanto tem por base o valor do contrato, quando, na verdade, o atraso pretensamente ocorrido teria que ensejar uma multa conforme o valor da obrigação em atraso, consideravelmente menor do que o valor contratual.

Análise

Não cabe razão à defendente.

*As defesas apresentadas para os subitens **4.6, 4.7, 4.8 e 4.9** não tiveram o condão de alterar os apontamentos. Portanto, mantem-se a posição quanto aos valores apurados das multas pela Auditoria.*

Ademais, a defesa alega que a quantificação da multa apurada sobre o valor total do contrato é excessiva, pois a base de cálculo deveria ter sido o valor da obrigação em atraso. Ocorre que, da leitura do contrato consta o seguinte, fl. 32:

CLÁUSULA XI – MULTAS – [...] 1 – No valor correspondente a 0,1 % (um décimo por cento) do valor do Contrato por dia de atraso injustificado na entrega final dos trabalhos [...] 3 – No valor correspondente a 2,5 % (dois inteiros e cinco décimos por cento) **do valor do saldo do Contrato** (grifos nossos).

Verifica-se que não consta no contrato que a base de cálculo para apuração de multa seria o valor da obrigação em atraso. Do exposto, mantem-se o apontamento.

3. CONCLUSÃO

*Em função de todo o exposto e das defesas, justificativas e alegações trazidas aos autos pelos intimados e oficiados, conclui-se pela reiteração e ratificação de todos os apontamentos expressos nos subitens de conclusão **4.1 a 4.16** (fls. 673/674), como também os apontamentos referentes ao reequilíbrio econômico-financeiro e às multas não aplicadas (subitens **2.1 a 2.18** desta manifestação) do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, à peça 57, assim se pronunciou:

"Conforme destacamos no parecer anterior, as infrações apuradas pela Equipe Técnica referem-se eminentemente a questões fáticas e técnicas o que levou aquela área a concluir que não foram adotadas providências na época certa para saneamento das impropriedades quando do oferecimento das propostas em atendimento ao Edital de Concorrência.

Quanto a documentação encaminhada pelos responsáveis, observamos que não alterou as conclusões alcançadas pela Equipe de Fiscalização deste E. Tribunal no Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual.

Relativamente a subcontratação da Empresa Vetec, mesma que elaborou o projeto básico (subitem 4.2), para elaboração do projeto executivo, de acordo com a jurisprudência discutida nesses autos, o autor do projeto básico não poderia participar na elaboração do projeto executivo, o que se confirma na análise de AUD:
(...)

De nossa parte, perfilhamos do entendimento da Especializada e opinamos pela manutenção do apontamento.

Em relação às preliminares apresentadas por Rogerio Achcar (fls. 881/882, peça 53), Adriana Boggio (fls. 892/1149, peça 54) e Carlos Nilo Segura (fls. 1151/1159, peça 54), referente às suas responsabilidades, observamos que todos apresentam a mesma linha de defesa.
(...)

A responsabilidade dos intimados restringe-se ao período em que ocuparam os cargos descritos no Relatório às fls. 672vº, peça 53, de modo que não há que se falar em responsabilidade por todo o período de abrangência da auditoria caso o responsável não ocupava o cargo durante todo este tempo (O. S. nº 6.6.7.0275 / 07 – Abrangência: 01.06.2007 a 22.01.2008. O. S. nº 6.6.7.0048 / 08 – Abrangência: 01.12.2007 a 30.06.2008).

A Contratada suscitou (fls. 1169/1187, peça 54), além da preliminar de prescrição/prescrição intercorrente a de responsabilidade solidária. Observamos que as mesmas não se verificam nestes autos.
(...)

Em relação às prescrições suscitadas no apelo da Construbase, importante ressaltar que prevalece, ainda, no âmbito desta AJCE o entendimento de que a reparação de danos ao Erário decorrentes de ilícito administrativo é imprescritível, por força do art. 37, §5º da Constituição Federal que fixou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de dano ao Erário (até que seja dada pelo STF uma

solução ao Tema 899 – "Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, fundada em decisão de Tribunal de Contas").

Quanto à prescrição da pretensão punitiva, esta AJCE vem adotando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União que fixou o prazo de 10 anos, com base no Código Civil[2]. Esse entendimento foi consolidado em incidente de uniformização – processo nº 030.926/2015-7 -, firmado no âmbito do TCU, no ano de 2016:

"INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL DAS SANÇÕES APLICADAS PELO TCU. SUBORDINAÇÃO AO PRAZO GERAL DE PRESCRIÇÃO INDICADO NO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL, CONTADO A PARTIR DA DATA DE OCORRÊNCIA DA IRREGULARIDADE SANCIONADA. INTERRUPÇÃO, POR UMA ÚNICA VEZ, COM A AUDIÊNCIA, CITAÇÃO OU OITIVA VÁLIDA. REINÍCIO DA CONTAGEM LOGO APÓS O ATO QUE INTERROMPEU A PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO QUANDO A MORA FOR IMPUTADA AO JURISDICIONADO.
(...)

No caso em tela, se adotarmos como termo a quo a data da intimação da Origem, no dia 13.09.2007 (fls. 71, peça 51) e considerarmos as demais intimações ao longo da instrução processual (fls. 164/168, 693/696, 860, 862/867, peças 52 e 53), bem como as últimas defesas apresentadas no último ano – 2019 (fls. 880/882, 891/1149, 1150/1159, 1168/1187 e 1190/1210, peças 52 a 55), verifica-se que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva.

Quanto à alegada prescrição intercorrente, ressalta-se que não há disposição expressa na legislação acerca da ocorrência de prescrição intercorrente no processo de controle externo e, mesmo que se pudesse vislumbrar a sua possibilidade, verifica-se que não houve inércia nestes autos, pressuposto essencial dessa espécie de prescrição.

Sobre a suscitada inexistência de responsabilização solidária, temos a dizer que, ocorrerá sempre quando evidenciada que, a empresa contratada contribui de qualquer forma para o cometimento do dano.

Ante todo o exposto, posicionamo-nos no sentido da não ocorrência de prescrição e, pelo não acolhimento da execução contratual em análise, com amparo nos relatórios técnicos precedentes, sem prejuízo de outras medidas cabíveis."

À peça 58, o **Assessor Subchefe de Controle Externo** assim se manifestou:

"A prescritibilidade da atuação dos Tribunais de Contas nos processos de controle externo – fase administrativa que antecede a constituição do título executivo extrajudicial – não se confunde com a cobrança propriamente dita dos créditos resultantes de suas decisões, seja por meio de ação de ressarcimento de danos[3] (a ordinária autônoma ou a ação civil condenatória com base da Lei 8.429/92) ou de execução fiscal (pelo rito da LEF), quando se falaria em prescrição intercorrente[4].

[2] TC nº 72.003.925/03-56, TC nº 72.004.834.02-57
[3] RE 852.475, Tema 897: são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.
[4] RE 636.886, Tema 899: é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Com efeito, no tocante à atividade de controle externo, vige o entendimento pela imprescritibilidade do exercício da função precípua desta E. Corte de Contas (art. 37, § 5º[5] da Constituição Federal e Súmula 282[6] do TCU).

Quanto à eventual ocorrência de responsabilidade solidária em relação à Contratada, parece-me que dependa da análise específica das irregularidades verificadas pela Auditoria.

No mais acompanho as considerações tecidas pela ilustre Assessora preopinante, com destaque para o não acolhimento da execução contratual em análise."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, à peça 64, requereu o acolhimento da presente execução contratual, relevando-se a impropriedades por serem formais, ou, subsidiariamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais ante a inexistência nestes autos da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano concreto ao Erário, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis.

A **Secretaria Geral – SG** concluiu seu parecer como segue (peça 68):

"Desta maneira, para evitar a mera repetição dos achados de Auditoria, me coaduno com a Equipe de Fiscalização e me reporto à sua Manifestação de peça 49, concordando com a existência dos apontamentos lá identificados.

Por todo o exposto, s.m.j., opino pelo não reconhecimento das preliminares de prescrição e de ilegitimidade de partes e, no mérito, pelo não acolhimento da Execução do Contrato 31/SIURB/2007 firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e a Construbase Engenharia Ltda, em razão dos apontamentos expressos nos subitens de conclusão 4.1 a 4.16 de fls. 673/674 e subitens 2.1 a 2.18 de peça 49."

É o Relatório.

TC nº 0654/2008:

Cuida o presente TC da análise da Pré-qualificação nº 003/04/SIURB, da Concorrência nº 007/04/SIURB e do Contrato nº 031/SIURB/2007 firmado entre a Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras – SIURB e a empresa Construbase Engenharia Ltda. para a execução das obras e projeto executivo de melhoramento do Complexo Viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino, de interligação das Ruas Catiguá e Engenheiro Balém, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alças de acesso direcionais, com valor de **R$ 66.847.698,35** (sessenta e seis milhões, oitocentos e quarenta e sete mil, seiscentos e noventa e oito reais e trinta e cinco centavos – data-base: julho/2004).

[5] **Art. 37.**
(...). **§ 5º** A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.
[6] **Súmula 282 do TCU**: "As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis".

A **Subsecretaria de Controle Externo – SCE**, à peça 01 (fls. 117/133 da peça 9), através o relatório do **Subsecretário da SCE**, relatou que a Concorrência (pré-Qualificação) nº 003/04/SIURB e a Concorrência nº 007/04/SIURB já foram julgadas regulares e considerou que o Contrato nº 031/SIURB/2007 apresenta infringências assim anotadas:

> *"**a) Concorrência (Pré-Qualificação) nº 003/04/SIURB** – relatório às fls. 117 – 120*
>
> *Esta licitação foi objeto de fiscalização por parte deste Tribunal no TC nº 72.000.066.05-88, cujas constatações e infringências foram transcritas para o relatório de fls. 117 – 120. Conforme anotado pelos técnicos no item "15) Conclusão", temos que:*
>
> *"O Acórdão de fl. 231 do TC 72.000.066.05-88, processo que trata do Acompanhamento do Edital da Pré-qualificação em análise, cópia à fl. 47, julgou '... regular o procedimento adotado pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras no referido certame, com as correções explicitadas pela Secretaria de Negócios Jurídicos e pelo Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal.'"*
>
> ***b) Concorrência nº 007/04/SIURB***
>
> *Esta licitação foi objeto de fiscalização por parte deste Tribunal no TC nº 72.000.081.05-71, cujas constatações e infringências foram transcritas para o relatório de fls. 121 – 124. Conforme anotado pelos técnicos no item "15) Conclusão", temos que:*
>
> *"O Acórdão de fl. 462 do TC 72.000.081.05-71, processo que trata do Acompanhamento do Edital da Concorrência em análise, cópia à fl. 91, julgou '... regular o procedimento adotado pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras no referido certame, com as correções explicitadas pela Secretaria de Negócios Jurídicos e pelo Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal.'"*
>
> ***c) Contrato nº 031/SIURB/2007***
>
> *De acordo com o relatório de fls. 125 – 131vº, concluíram os técnicos pela irregularidade do contrato, em função das seguintes infringências:*
>
> *"**3.1 –** Não localizamos no PA os comprovantes de regularidade fiscal junto às Fazendas Estadual e Federal, contrariando o artigo 29, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 (subitem 2.2 deste anexo).*
>
> ***3.2 –** A Nota de Empenho não é suficiente para a execução do contrato no ano corrente de sua assinatura, contrariando os artigos 60 e 61 da Lei Federal 4.320/64 e o Decreto municipal nº 23.639/87 (subitem 2.3 deste anexo).*
>
> ***3.3 –** O contrato apresenta irregularidade quanto à existência de itens no orçamento básico sem definição dos critérios de medição, contrariando a Lei Federal 8.666/93, artigo 54, § 1º, e artigo 55, inciso III. A incorporação da Tabela de Custos unitários de SIURB no contrato caracteriza itens no contrato sem previsão de quantidades, o que fere o art. 7º, § 4º, da Lei Federal 8.666/93 (subitem 2.5 deste anexo).*
>
> ***3.4 –** A remessa por meio do sistema eletrônico foi efetuada com atraso infringindo a Resolução TCMSP nº 05/02 e Instruções nº 01/02 (subitem 2.8 deste anexo).*

3.5 – *Não foi apresentado o licenciamento ambiental e nem mesmo a consulta ao órgão licenciador municipal antes da assinatura do contrato, descumprindo o disposto no artigo 6º, inciso IX, artigo 7º, § 2º, e artigo 12, inciso VII, da Lei Federal nº 8.666/93 e a Resolução nº 61/CADES/2001. Devido ao grande lapso de tempo entre o processo licitatório e a contratação e início das obras, entendemos que seria possível a obtenção da Licença Prévia e da Licença de Instalação neste período (subitem 2.9 deste anexo).*

3.6 – *Quanto à proibição da subcontratação dos estais, tendo em vista as informações prestadas pela Origem de que os mesmos não seriam subcontratados devido a necessidade de aprovação pela fiscalização, desde que, de fato, não ocorra a subcontratação em comento, entendemos que estaria atendido o Acórdão deste Tribunal (subitem 2.10 deste anexo).*

3.7 – *Entendemos que a SIURB deveria ter apresentado estudo demonstrando que a celebração deste contrato ainda era vantajosa, do ponto de vista da economicidade, tendo em vista o tempo de mais de dois anos decorridos desde a licitação (subitem 2.11 deste anexo).”*

A **Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras – SIURB** se manifestou por meio de seu Secretário Municipal às fls.170/198 da peça 9, bem como a então Chefe de Gabinete da SIURB e ordenadora da despesa, às fls. 199/226 da peça 9, e o então Secretário Adjunto de SIURB às fls. 227/254, também da peça 9.

Sobre tais manifestações, a **SCE** assim se pronunciou (peça 04):

*“**2 – ANÁLISE***
(...)
Foram então juntados os documentos de fls. 170 – 254, referentes às defesas e justificativas apresentadas, que analisaremos a seguir, uma única vez, pois os três responsáveis juntaram cópias da mesma defesa.

2.1 – Necessidade de verificação da vantajosidade da contratação *(subitem 3.7 das conclusões de fl. 131 – 131vº)*

A documentação apresentada nada acrescentou ao que foi por nós apontado, limitando-se a elencar os motivos e razões da importância da obra em tela e as possíveis 43ré-qualifica do cancelamento do processo licitatório e da realização de uma nova licitação. Os aspectos referentes à importância da obra não foram questionados por nós em momento algum. Em que pesem os argumentos sobre as 43ré-qualifica do cancelamento do processo licitatório, entende-se que não eximem o poder público do cumprimento da lei, no caso o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (grifamos).

Lembramos o apontado em nosso relatório anterior:

“3.7 – Entendemos que a SIURB deveria ter apresentado estudo demonstrando que a celebração deste contrato ainda era vantajosa, do ponto de vista da economicidade, tendo em vista o tempo de mais de dois anos decorridos desde a licitação ....” (fl. 131vº).

O nosso apontamento foi no sentido de que deveria ter sido verificada a vantajosidade da contratação antes da assinatura do contrato. Levando-se em conta que isso não foi observado e considerando o estudo às fls. 142 – 149 do TC 72.001.744.07-64, no qual fica demonstrado que os preços do contrato reajustados de acordo com o previsto no edital resultam em valores acima do mercado, o § 2º do artigo 58 e a alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93 preceituam que seja promovido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato:

"**Art. 58.** O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – 44ré-qual-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
(...)
§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual." (grifamos).

"**Art. 65.** Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
(...)
II – por acordo das partes:
(...)
d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de 44ré-qualifica incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual." (grifamos).

Salienta-se que esse reequilíbrio deve ser efetivado tanto quando for favorável ao particular contratado como, contrario sensu, for a favor dos cofres públicos, não somente em razão da legislação citada, mas também em atendimento aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, conforme determina o artigo 37 da Constituição Federal:

"**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte..." (grifamos).

Também deve ser citado o artigo 2° da Lei Municipal n° 14.141/06:

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da primazia no atendimento ao interesse público, economicidade, eficiência, legalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade." (grifamos).

Dessa forma, reitera-se o entendimento de que a Origem deveria ter realizado um estudo demonstrando que a celebração deste contrato ainda era vantajosa, do ponto de vista da economicidade, em relação à execução de novo procedimento licitatório, tendo em vista o grande lapso temporal entre a proposta e a assinatura do contrato.

No entanto, não tendo sido realizado esse estudo antes da assinatura do contrato e da emissão da Ordem de Início, entende-se, com base nos princípios anteriormente transcritos, que a Lei Federal nº 8.666/93 preceitua que seja promovido pela Administração o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, pois de acordo com a comparação por nós elaborada entre os preços da contratada, reajustados até julho de 2006, e os preços obtidos a partir da Tabela de Custos Unitários de Infra-

Estrutura da SIURB de janeiro de 2007 (considerados preços médios de mercado) resulta em uma diferença de R$ 4.079.448,01. Essa diferença aumenta para R$ 7.535.298,10 se considerarmos os preços contratuais reajustados para julho de 2007 e a Tabela da SIURB também com data-base de julho de 2007.

2.2 – Licença ambiental (subitem 3.5 das conclusões de fl. 131 – 131vº)

Embora a Origem apresente novamente argumentação no sentido de não ser necessário o licenciamento ambiental, permanece a infringência à Lei Federal nº 8.666/93 e à Resolução nº 061/CADES/2001 por ter sido expedida a Ordem de Início sem o empreendimento possuir Licença Prévia e Licença de Instalação ou documento que comprovasse a dispensa dessas licenças.

2.3 – Serviço de estais (subitem 3.6 das conclusões de fl. 131 – 131vº)

Acerca do Acórdão que determina a não subcontratação dos serviços de estais, afirmam os defendentes que "...está sendo plenamente atendido durante a execução contratual" (fl. 184).

Tendo em vista as informações prestadas pela Origem e, desde que, de fato, não ocorra a subcontratação em comento, entendemos que estaria atendido o Acórdão deste Tribunal.

***2.4 – Demais conclusões** (subitens 3.1; 3.2; 3.3 e 3.4 das conclusões de fl. 131 – 131vº)*

Quanto aos demais itens das nossas constatações os representantes de SIURB não apresentaram nenhuma argumentação, mesmo porque foi apresentada a mesma defesa que foi juntada às fls. 209 – 293 do TC 72.001.744.07-64, referente ao acompanhamento da execução do contratual. Podemos ilustrar tal fato pelo subitem 3.3 dessas defesas, que se referem ao risco de atraso no andamento das obras em virtude das desapropriações necessárias e para o remanejamento das interferências, que não é citado em nenhum dos relatórios que constam deste processo.

Mantemos, portanto o nosso entendimento anterior pelas irregularidades apontadas à fl. 131 e 131vº.

3 – CONCLUSÃO

***3.1 –** Reitera-se o entendimento de que a Origem deveria ter realizado um estudo demonstrando que a celebração deste contrato ainda era vantajosa, do ponto de vista da economicidade, em relação à execução de novo procedimento licitatório, tendo em vista o grande lapso temporal entre a proposta e a assinatura do contrato. No entanto, não tendo sido realizado esse estudo antes da assinatura do contrato e da emissão da Ordem de Início, entende-se, com base nos princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 2° da Lei Municipal n° 14.141/06, que a Lei Federal nº 8.666/93 preceitua que seja promovido pela Administração o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, pois de acordo com a comparação por nós elaborada entre os preços da contratada, reajustados até julho de 2006, e os preços obtidos a partir da Tabela de Custos Unitários de InfraEstrutura da SIURB de janeiro de 2007 (considerados preços médios de mercado) resulta em uma diferença de R$ 4.079.448,01. Essa diferença aumenta para R$ 7.535.298,10 se considerarmos os preços contratuais reajustados para julho de 2007 e a Tabela da SIURB também com data-base de julho de 2007 (subitem 2.1 desta manifestação).*

***3.2** – Permanece a infringência à Lei Federal nº 8.666/93 e à Resolução nº 061/CADES/2001 por ter sido expedida a Ordem de Início sem o empreendimento possuir Licença Prévia e Licença de Instalação ou documento que comprovasse a dispensa dessas licenças (subitem 2.2 desta manifestação).*

***3.3 –** Em relação à determinação de não subcontratação do serviço de estais, tendo em vista as informações prestadas pela Origem e, desde que, de fato, não ocorra a subcontratação em comento, entendemos que estaria atendido o Acórdão deste Tribunal (subitem 2.3 desta manifestação).*

***3.4 –** Em relação aos demais itens das nossas conclusões os defendentes não apresentaram qualquer argumentação, portanto mantemos nossos entendimentos anteriores (subitem 2.4 desta manifestação).”*

À peça 06, a **SCE** apresentou nova manifestação, desta vez, sobre o Termo da Aditamento nº 263/07/SIURB, aditivo do Contrato nº 031/07/SIURB, como segue:

*“**Contrato n° 031/07/SIURB***

Termo de Aditamento n° 263/07/SIURB

1 – OBSERVAÇÕES (ITEM 16)

Tendo em vista que não houve a demonstração por parte da SIURB de que a celebração do Contrato nº 031/07/SIURB ainda era vantajosa, do ponto de vista da economicidade (conforme preconiza a Lei Federal nº 8.666/93, art. 3º), em relação à execução de um novo procedimento licitatório e, por outro lado, diante da demonstração, por nós elaborada, da falta de vantajosidade da contratação em comento, conforme concluído às fls. 157 – 158 do TC nº 72.001.744.07-64, que trata do acompanhamento da execução contratual e tramita em conjunto com este TC, esta Coordenadoria concluiu pela irregularidade do Contrato n° 031/07/SIURB, dentre outras razões (v. fls. 131 – 131v°).

Quando da análise dos esclarecimentos prestados pela SIURB, considerando que os preços do contrato reajustados de acordo com o previsto no edital resultavam em valores acima do mercado, também ficou consignada (fls. 258 – 259) a necessidade de que fosse promovido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em atendimento aos princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 2° da Lei Municipal n° 14.141/06 e à Lei Federal n° 8.666/93 (artigo 58, § 2º e artigo 65, inciso II, alínea “d”).

Deve ser ressaltado que o estudo de fls. 142 – 149 do TC n° 72.001.744.07-64 foi elaborado já levando em consideração a redução do valor contratual, que passou a ser R$ 63.505.898,42 (fl. 293), e a nova planilha de orçamento da contratada (fls. 267 – 271), objetos do Termo de Aditamento n° 263/07/SIURB.

Portanto, com base no referido estudo, que evidenciou que a lavratura do termo aditivo, assim como a assinatura do contrato, não foram vantajosos para a municipalidade, e também em decorrência das demais constatações que resultaram na conclusão pela irregularidade do contrato (v. fls. 128 – 131v° e 257 – 260v°), considera-se o presente aditamento (Termo de Aditamento n° 263/07/SIURB) irregular.

2 – CONCLUSÃO

Com base no estudo por nós realizado, que evidenciou que a lavratura do termo aditivo, assim como a assinatura do contrato, não foram vantajosos para a municipalidade, e também em decorrência das demais constatações que resultaram na conclusão pela irregularidade do contrato, considera-se o presente aditamento (Termo de Aditamento n° 263/07/SIURB) irregular."

A **Origem** procedeu à juntada da documentação de fls. 318 a 330 da peça 9 e apresentaram defesas a Sra. Sandra dos Santos N. Grapella, fls. 331 a 351 das peças 9/10, e o Sr. Marcos Rodrigues Penido, fls. 352 a 364 da peça 10.

Analisada a documentação acrescida, a **Auditoria** ratificou sua conclusão anterior, no sentido da irregularidade da Contratação e do Termo Aditivo, com as seguintes razões (peça 07:

*"**2 – ANÁLISE***

***2.1 – Justificativas do Excelentíssimo Secretário de Infra-Estrutura Urbana e Obras** (fls. 318 – 330)*

Nosso apontamento:

"Com base no estudo por nós realizado, que evidenciou que a lavratura do termo aditivo, assim como a assinatura do contrato, não foram vantajosos para a municipalidade, e também em decorrência das demais constatações que resultaram na conclusão pela irregularidade do contrato, considera-se o presente aditamento (Termo de Aditamento n° 263/07/SIURB) irregular." (fl. 302v°).

Justificativas:

"Segundo as conclusões alcançadas pela Assessoria de Custos desta Secretaria, os órgãos técnicos dessa Colenda Corte elaboraram comparativo adotando datas-base diferentes nas planilhas analisadas, comparando valores de janeiro/2007 com valores de julho/2006. Ademais, consideraram, para tanto, apenas parte da planilha contratual, isto é, unicamente os itens constantes da Tabela da SIURB.

Traçado comparativo da planilha contratual na mesma data-base e na sua totalidade, o resultado encontrado demonstrou vantajosidade econômica de R$ 2.010.262,26 na referida contratação, conforme cálculos elaborados e conclusões em anexo, que ora integram o presente. No estudo restou evidenciado que a Tabela de julho de 2007 foi publicada em 20/09/2007, ou seja, posteriormente à assinatura do contrato, datada de 24/05/2007 e que, por tal razão, a mesma não poderia ter sido adotada no mencionado comparativo." (fls. 318 – 319).

Comentário:

O critério para a adoção das datas-base utilizadas em nosso estudo consta à fl. 154 do TC 72.001.744.07-64, transcrito a seguir:

*"Em uma primeira análise, foram utilizados os custos unitários e os BDIs da Tabela de Custos Unitários de Infra-Estrutura da SIURB de janeiro de 2007. **Essa tabela corresponde àquela que a Origem possuía disponível para analisar a vantajosidade da contratação à época de assinatura do contrato**. (...)*

Considerando que a Cláusula VI do contrato estabelece que o reajustamento de preços '... somente poderá ser efetuado depois de transcorridos, 12 (doze) meses, da data base da planilha de orçamento da licitação, isto é, JUL/2005,...' (...), ***a contratada, até maio de 2007 (mês da assinatura do contrato), deveria ter seus preços reajustados em julho de 2005 e depois em julho de 2006****." (fl. 154 do TC 72.001.744.07-64 – destacamos).*

Assim, o estudo da vantajosidade da contratação em comento deve ser feito através da comparação entre os preços da contratada, reajustados até julho de 2006, e os preços obtidos a partir da Tabela de Custos Unitários de InfraEstrutura da SIURB de janeiro de 2007, que seria utilizada como referência em caso de uma licitação à época da assinatura do Contrato 031/SIURB/2007.

Nesse sentido, ao contrário do que se depreende da argumentação da SIURB, a premissa de nosso estudo é adequada à situação em análise.

De qualquer forma, ainda que fosse utilizada no estudo a tabela da SIURB de julho de 2006, o valor obtido, considerando-se apenas os serviços nela contidos, seria R$ 44.503.845,36 (fls. 373 – 376), enquanto que a aplicação do índice "Pontes" da Secretaria das Finanças (Portaria SF nº 261/2007) até julho de 2006, aos preços contratuais dos serviços de tabela (após os descontos fornecidos pela contratada), resultou em R$ 47.617.908,60 – julho/2006 (fl. 145 do TC 72.001.744.07-64).

Portanto, persistiria uma diferença contrária à economicidade de R$ 3.114.063,24 (julho/06).

Registre-se que nos cálculos elaborados pela SIURB para a obtenção do novo orçamento, tendo como data-base julho de 2006 (fls. 320 – 328), foram utilizados os mesmos BDIs contratuais (42% para projetos de alta complexidade e 41% para serviços), enquanto que deveriam ter sido utilizados os BDIs referentes à tabela de custos unitários vigente à época: 40,40% e 34,76%, respectivamente.

Também quanto à elaboração do novo orçamento com data-base de julho/2006, os custos unitários dos serviços extratabela (PETs) e dos serviços sobre os quais incidem taxa de administração (ADMs) deveriam ser aqueles efetivamente praticados em 2006, obtidos na época através de cotações junto às empresas do ramo.

Ao invés desse procedimento, pode ser constatado que os custos unitários apresentados pela SIURB para os referidos serviços (fls. 327 – 328) foram obtidos através da aplicação do índice "Pontes" da Secretaria das Finanças, desde julho de 2004 até julho de 2006, aos custos unitários que constam do orçamento da licitação.

Vale reforçar que é justamente esse procedimento de atualização dos preços inicialmente orçados por meio de índices setoriais que está sendo combatido, por entendermos que a SIURB deveria ter orçado novamente a obra para avaliar a vantajosidade de uma eventual contratação em condições de mercado.

Considerando que a variação de custos entre as sucessivas tabelas da SIURB não vêm sendo, em muitos casos, adequadamente refletida pelos índices publicados pela Secretaria das Finanças e que houve mudanças nas composições de serviços que fazem parte da referida tabela, a metodologia utilizada pela SIURB para que fossem contemplados todos os itens contratuais não é correta, a nosso ver, para se verificar a vantajosidade da contratação em comento.

Por fim, a respeito da afirmação da SIURB de que "No estudo restou evidenciado que a Tabela de julho de 2007 foi publicada em 20/09/2007, ou seja, posteriormente à assinatura do contrato, datada de 24/05/2007 e que, por tal razão, a mesma não poderia ter sido adotada no mencionado

comparativo." (fl. 319), esclarecemos que se trata de um segundo estudo por nós realizado no TC 72.001.744.07-64, cujo procedimento de elaboração e os respectivos resultados transcrevem-se abaixo:

"Utilizando a metodologia descrita anteriormente, o estudo foi refeito tendo como base a Tabela de Custos Unitários de Infra-Estrutura de julho de 2007 e aplicando o reajuste aos preços da contratada após os descontos fornecidos, também até julho de 2007. Nesse caso, o valor orçado para os itens de tabela em uma nova licitação seria R$ 42.131.566,11, enquanto que, com o reajuste contratual, os mesmos serviços irão custar R$ 49.666.864,21 (diferença de R$ 7.535.298,10 – julho/2007). Essa diferença poderia ter sido obtida pela Origem ainda antes da Ordem de Início." (fl. 155 do TC 72.001.744.07-64).

Deve ser então frisado que, embora a tabela de julho de 2007 tenha sido publicada após a assinatura do contrato, ela poderia ter sido usada pela SIURB para a análise da vantajosidade do Contrato 031/SIURB/2007 antes de ser emitida a Ordem de Início das obras, impedindo-se eventual prejuízo para os cofres públicos e a necessidade de indenização da contratada.

Quanto às demais constatações que resultaram na conclusão pela irregularidade do contrato, não houve pronunciamento da Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras.

2.2 – Defesa da Sra. Sandra dos Santos N. Grapella (fls. 331 – 351)

Nosso apontamento:

Idem subitem 2.1.

Defesa:

"... **é válido relembrar (e isto restou omisso na manifestação dos auditores) que a licitação que deu origem ao ajuste ora examinado foi plenamente acolhida por esse E. Tribunal, à unanimidade, em pelo menos duas oportunidades**." (fl. 333 – destaque e grifo no original).

"**Com base nos valores apurados pela CET a título de economia/ano que o melhoramento viário representa aos cofres públicos, não há como deixar de se atestar que a escolha feita pela Administração foi a que melhor representou o interesse da coletividade da cidade de São Paulo, o que afasta, por conseguinte, qualquer questionamento em relação à suposta desvantajosidade da celebração do contrato n° 031/SIURB/07**." (fl. 336 – destaque no original).

"... importa destacar que também sob o aspecto eminentemente econômicofinanceiro o que se verifica é que os preços do contrato reajustado estão em conformidade com os de mercado.

Nesse sentido, há que se ressaltar 03 (três) fatores que estão a corroborar tal alegação.

O **primeiro fator** diz respeito à extensa documentação já fornecida pela CET – Companhia de Engenharia de Tráfego, na qual se atesta que todos os recursos e investimentos a serem aplicados no âmbito da implementação do objeto contratual serão recuperados em cerca de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, considerando, nesse contexto, os benefícios e melhorias trazidos à sociedade, (...).

O **segundo fator** refere-se aos próprios custos envolvidos na instauração de um novo certame licitatório (...).

Por fim, o **terceiro fator**, de caráter estritamente econômico, vem a confirmar de maneira inconstestável a vantajosidade decorrente da manutenção do contrato administrativo já celebrado, podendo ser atestado mediante a análise da anexa Planilha de Preços da Prefeitura de São Paulo, relativa a todos os itens da planilha orçamentária do contrato 031/SIURB/07.

(...) cumpre observar que as premissas que embasaram os estudos e cálculos desenvolvidos pelos ilustres auditores do TCM/SP encontram-se equivocadas, **haja vista que a apreciação de apenas 67% (...) dos itens da planilha orçamentária do contrato 031/SIURB/07 – desconsiderando, assim, todos os demais itens restantes – acabou por ensejar o entendimento de que teria havido suposto sobrepreço quando do reajuste dos preços contratuais**.

No entanto, há que se destacar que qualquer suposta excessividade deve ser demonstrada ao se examinar o preço global do contrato, ou seja, não há que se falar em sobrepreço no tocante a determinado(s) item(ns) ou preço(s) unitários(s) da planilha orçamentária.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) já pacificou o entendimento de que a 50ré-qualif ou não de sobrepreço em contratos deve ter por base não parcelas do custo, mas sim, **a obra globalmente considerada**. (...)
(...), a planilha anexa à presente tem como objetivo examinar **todos** os custos inerentes ao contrato 031/SIURB/07, reajustá-los e compará-los com os únicos preços referenciais adequados para tanto, quais sejam, os valores orçados pela própria Prefeitura de São Paulo à época da instauração da licitação e que constaram do Edital do certame.
(...)

Assim sendo, verifica-se que o valor global do contrato 031/SIURB/07, devidamente reajustado, fica **R$ 2.010.262,27 (...) abaixo do valor global orçado e atualizado pela Prefeitura quando da instauração do certame, não havendo, portanto, que se cogitar ter havido sobrepreço**.

Ao revés.

Evidencia-se, 'in casu', claro benefício à coletividade, dado que o valor do contrato permanece inferior aos valores orçados inicialmente pela Prefeitura.

Aliás, não poderia ser diferente, dado que o único parâmetro de comparação possível, para os preços praticados sob o contrato 031/SIURB/07, são os próprios preços praticados pelo mercado à época, e não os atuais, como erradamente supõem os ilustres auditores desse E.TCM/SP, estando aqueles primeiros preços consubstanciados no orçamento elaborado pelo Município de São Paulo para a realização da licitação.

Do contrário, violar-se-ão os termos do contrato 031/SIURB/07, que conta,

como é cediço, com a proteção aos atos jurídicos perfeitos, nos termos do que dispõe o art. 5°, XXXVI, da Constituição Federal." (fls. 336 – 340 – destaques e grifos no original).

Comentário:

Inicialmente, cabe destacar que a existência de Acórdãos deste Tribunal julgando regulares os procedimentos adotados pela SIURB na Pré-qualificação 003/04/SIURB e na Concorrência 007/04/SIURB foi mencionada em nossos relatórios anteriores às fls. 120 e 124.

No que se refere ao parecer da CET, citado pela defendente, o mesmo já se encontrava juntado neste processo (fls. 185 – 198, 214 – 226 e 242 – 254), tendo sido analisado às fls. 257 – 260v°.

Naquela oportunidade, ficou consignado que "A documentação apresentada nada acrescentou ao que foi por nós apontado, limitando-se a elencar os motivos e razões da importância da obra em tela e as possíveis 51ré-qualifica do cancelamento do processo licitatório e da realização de uma nova licitação. Os aspectos referentes à importância da obra não foram questionados por nós em momento algum. Em que pesem os argumentos sobre as 51ré-qualifica do cancelamento do processo licitatório, entende-se que não eximem o poder público do cumprimento da lei, no caso o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93." (fl. 258).

Em relação à planilha apresentada pela SIURB (fls. 320 – 328), foi procedida sua análise no subitem 2.1 desta manifestação. Reitera-se aqui apenas o entendimento de que a vantajosidade da celebração do contrato em 2006 deve ser verificada através da comparação entre os preços contratuais reajustados e os preços efetivamente praticados à 51ré-q, e não com a aplicação de um reajuste aos preços da licitação de 2004, conforme alega a defendente.

Também é necessário destacar que, de fato, a análise da vantajosidade do Contrato 031/SIURB/2007 deveria considerar tanto os serviços pertencentes à tabela da SIURB, quanto os PETs e ADMs. Nesse ponto específico, concordamos com o ponto de vista da defesa apresentada.

No entanto, o ônus da comprovação dessa vantajosidade é da SIURB e deveria ter sido efetuada antes da assinatura do contrato. Tendo em vista que a SIURB não procedeu como requerido, nosso estudo às fls. 142 – 149 do TC 72.001.744.07-64 contemplou os elementos disponíveis quando da elaboração daquele relatório, quais sejam, os serviços constantes da tabela da SIURB. Por outro lado, apesar de não contemplar todos os serviços da planilha de orçamento, tal estudo deu indicações objetivas a respeito da necessidade de uma nova licitação, necessidade essa que a defesa analisada não logrou êxito em descaracterizar.

Da mesma forma que se verificou nas justificativas do Secretário de InfraEstrutura Urbana e Obras, não houve pronunciamento quanto às demais constatações que resultaram na conclusão pela irregularidade do contrato.

2.3 – Defesa da Sr. Marcos Rodrigues Penido (fls. 352 – 365)

Nosso apontamento:

Idem subitem 2.1.

Defesa:

"1. Segundo as conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos dessa Colenda Corte no relatório ofertado às fls. 299/303 do Processo TC n°. 72.000.654- 98-19 (sic), a assinatura do Contrato n°. 031/SIURB/2007 e Termo de Aditamento n°. 263/07/SIURB não foram vantajosos para Municipalidade devendo, por tal motivo, ser considerados irregulares.

2. Ocorre que, de acordo com levantamento procedido pela Assessoria de Custos da SIURB (doc. n°.1) tais assertivas não procedem, (...).

3. Traçado comparativo da planilha contratual na mesma data-base e na sua totalidade o resultado encontrado pela SIURB revelou a vantajosidade econômica de R$ 2.010.262,26, na referida contratação, (...). No estudo restou evidenciado que a Tabela de julho de 2007 foi publicada em 20/09/2007, ou seja, posteriormente à assinatura do contrato, (...).

4. Sem embargo das razões acima aduzidas é de se ressaltar que pelo Acórdão TC 66.05.-88 de 08.12.06 o TCMSP julgou regular o Edital de 52ré-qualificação 003/04/SIURB (...).

5. Cumpridas todas as formalidades legais, o preço final alcançado para a contratação, com a redução concedida pela contratada, (...), passou de R$ 66.847.698,35 para R$ 63.505.898,42 (...).

6. Tendo em vista a vantajosidade dos ajustes sub examine, (...), requer seja a presente defesa acolhida para que esse Egrégio Tribunal declare, a final, a regularidade das contratações e ajustes celebrados como medida de sabedoria e Justiça!" (fls. 352 – 354).

Comentário:

Os argumentos trazidos pelo Sr. Marcos Rodrigues Penido já foram analisados nos subitens 2.1 e 2.2 desta manifestação.

3 – CONCLUSÃO

Após análise das justificativas prestadas pelo Excelentíssimo Secretário de InfraEstrutura Urbana e Obras e das defesas apresentadas pela Sra. Sandra dos Santos N. Grapella e pelo Sr. Marcos Rodrigues Penido, mantém-se as constatações de nosso relatório anterior que considerou o Termo de Aditamento n° 263/07/SIURB irregular."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, fls. 386/398 da peça 10, opinou pelo acolhimento do Contrato e do Aditamento objeto dos autos.

"Inicialmente cumpre-nos registrar a existência de Acórdãos deste Tribunal julgando regulares os procedimentos adotados pela SIURB na Pré-qualificação 003/04/SIURB e na Concorrência 007/04/SIURB – TC n' 72.000.066/05-88 – fls. 231 e TC n' 72.000.081/05-71 – fls. 462. Respectivamente.

Contrato nº 031/SIURB/2007
Relativamente à regularidade fiscal, não consideramos a ausência de certidões de regularidade perante as Fazendas Federal e Estadual, para Hino de contratação, uma irregularidade, posto, a inexistência de previsão legal.

No tocante a Nota de Empenho não ser suficiente para a execução do contrato no ano corrente de sua assinatura (2007), entendemos que a despeito de ser o seu valor insuficiente para cobrir o referido período, conforme apontado por AUD às fls. 128/128v', verifica-se que os serviços medidos e os pagamentos efetuados no ano de 2007, não ultrapassaram o valor empenhado para àquele período, fls. 670v'/671 – TC n' 72.001.744/07-64. Assim, acreditamos ser o apontamento passível de relevação.

Sobre o contrato apresentar irregularidade quanto à existência de itens no orçamento básico sem definição dos critérios de medição, contrariando a Lei Federal 8.666/93, artigo 54, § 1º, e artigo 55, inciso III e que a incorporação da Tabela de Custos unitários de SIURB no contrato caracteriza itens no contrato sem previsão de quantidades, tal fato fere o art. 7º, § 4º, da Lei Federal 8.666/93. Todavia, considerando que a questão foi suscitada quando da análise do Edital TC 70.000.081/05-71, o qual teve seu prosseguimento autorizado, entendemos que esse apontamento estaria superado.

Quanto à remessa extemporânea das informações referentes a contratação por meio do sistema eletrônico SERI, infringindo a Resolução TCMSP nº 05/02 e instruções nº 01/02, esta Assessoria Jurídica tem relevado tal impropriedade.

No tocante a não apresentação do licenciamento ambiental e nem da consulta ao órgão licenciador municipal antes da assinatura do contrato, em que pese a argumentação trazida pela Origem às fls. 180/183, no sentido de não estar o empreendimento sujeito a licenciamento ambiental, AUD – sem combater referidos argumentos, mantém o entendimento de que permanece a infringência a Lei Federal nº 8.666/93 e a Resolução nº 61/CADES/2001 . Essa situação, no nosso entender, poderá ser sopesada quando do julgamento, se assim, entender o Nobre Conselheiro Relator.

Em relação aos valores contratados, observa-se que foram apresentados estudos demonstrando se a celebração deste contrato ainda era vantajosa, do ponto de vista da economicidade, por AUD nos autos do TC nº 72.001 .744/07-64 – fls. 142/149 (acompanhamento da execução contratual) e pela Origem às fls. 320/328 nos autos do presente TC.

Segundo a Área Especializada, o estudo da vantajosidade da contratação em comento ''deveria ter sido elaborado mediante um comparativo com os preços da contratada (reajustados até julho de 2006) e os obtidos a partir da Tabela de Custos Unitários de infra-Estrutura da SIURB (de janeiro de 2007), que seria utilizada como referência em caso de uma licitação à época da assinatura do Contrato nº 031/SIURB/2007."

A Origem, por sua vez, de acordo com seus estudos (fls. 320/330, apresentou, às fls. 318/319, as conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos daquela Pasta em face do relatório de fls. 299/303, nos seguintes termos:

"Segundo as conclusões alcançadas pela Assessoria de Custos desta Secretaria, os órgãos técnicos desta Comenda Corte elaboraram comparativo aditando datas-base diferentes nas planilhas analisadas, comparando valores de janeiro/2007 com valores de julho/2006. Ademais, consideraram, para tanto, apenas parte da planilha contratual, isto é, unicamente os itens constantes da Tabela da SIURB.

Traçado comparativo da planilha contratual na mesma data-base e na sua totalidade, o resultado encontrado demonstrou vantajosidade econômica de R$ 2. 010.262.26 na referida contratação, conforme cálculos elaborados e conclusões em anexo, que ora integram o presente. No estudo restou evidenciado que a Tabela de julho de 2007 foi publicada em 20/09/2007, ou seja, posteriormente à assinatura do contrato, datada de 24/05/2007 e que, por tal razão, a mesma não poderia ter sido adotada no mencionado comparativo''(fls. 318/319).

Conforme acima relatado, observamos um impasse entre o entendimento adotado pelos órgãos técnicos da Origem e a auditoria especializada deste E. Tribunal acerca da vantajosidade da contratação.

Nessa esteira, e considerando que o Geme da questão, versa sobre matéria que não é da nossa competência, por tratar de elaboração de cálculos, afeta a órgãos especializados, permitimo-nos não opinar sobre a questão.

Termo de Aditamento nº 263/07/SIURB

Sob o aspecto jurídico, verifica-se que o ajuste em comento, encontra-se formalmente regular, pois lavrado em conformidade com a legislação vigente, tendo em vista os requisitos legais presente nos autos.

Ante o exposto, em que pese os entendimentos divergentes dos Senhores Auditores, entendemos que a contratação poderá ter seus efeitos jurídicos e financeiros reconhecidos."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, fls. 400 da Peça 10, na esteira dos pareceres da AJCE, igualmente requer o acolhimento dos Instrumentos em análise.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, peça 19, assim se manifestou:

"1. Ciente do acrescido, a Procuradoria da Fazenda reitera sua anterior manifestação (Peça 10 – fls. 400), no sentido do acolhimento do Contrato 031/SIURB/2007 e do seu respectivo Termo de Aditamento 263.07/SIURB.

2. Destaca-se, ainda, que, na mesma esteira da D. AJCE, a superveniente manifestação da D. SG também concluiu pela regularidade dos ajustes (Peça 10 – fls. 402/410)."

A **Secretaria Geral – SG**, fls. 402/410 da Peça 10, opinou pelo acolhimento do Contrato 031/SIURB/2007 e do seu Termo Aditivo 263/07/SIURB. (peça 23):

"Por todo o exposto, s.m.j., opino pela regularidade do Contrato nº 031/SIURB/2007 e do Termo de Aditamento nº 263/07, formalizados pela Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB e a empresa Construbase Engenharia Ltda. para a execução de serviços e obras relativos ao Complexo Viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste."

É o Relatório.

<u>TC nº 2.819/2008</u>:

Trata o presente TC de acompanhamento mensal da execução das obras e projeto executivo de melhoramento do Complexo Viário no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste (Contrato nº 03 1/SIURB/2007), em atendimento ao **v. Acórdão** proferido nos autos do TC 081/2005 (fls. 462/463 da peça 14), com vistas a verificar, por amostragem, se estão sendo desenvolvidas de acordo com o pactuado e se os quantitativos medidos correspondem aos realizados, emitindo relatórios parciais quando constatadas impropriedades.

A **Subsecretaria de Controle Externo - SCE**, peças 1 a 8 – fls. 93/172 (peça 9), em seu Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual verificou algumas infringências, contudo sugeriu o encerramento da presente Ordem de Serviço na modalidade "Acompanhamento", com a continuação da instrução processual no processo TC nº 1.744/2007. Eis, em síntese, os termos desse parecer:

"A Ordem de Serviço – OS nº 6.6.7.0557/08, objeto do presente TC, foi emitida para a continuidade do acompanhamento do contrato até 30.09.2009.

No decorrer de nossos trabalhos relativos a esse novo acompanhamento, o Senhor Subsecretário da Fiscalização e Controle, em 06.03.2009, solicitou que este TC lhe fosse encaminhado a pedido, bem como que o prosseguimento dos trabalhos aguardasse deliberações superiores.

Retornaram os autos com a sugestão do Senhor Subsecretário da Fiscalização e Controle (fl. 05), acatada pelo Exmo. Senhor Conselheiro Relator (fl. 06), de que, "... face aos elementos já apurados quanto à execução contratual, e por considerar que o espaço temporal não permite um avanço conclusivo sobre a matéria, que seja:

1) Feita a execução contratual ao final da obra;

2) Expedido Ofício à Origem para que, mensalmente, encaminhe a este Tribunal as medições realizadas e os pagamentos efetuados, bem como da comunicação da conclusão das obras."

Cabe-nos esclarecer que, no nosso entendimento, a dinâmica proposta não permite uma avaliação compatível das medições apresentadas com o efetivamente realizado em cada período considerado, uma vez que essa avaliação depende fundamentalmente da verificação "in loco" dos serviços realizados e em realização, bem como das suas características e temporalidade, conforme procedimentos de nossos normativos.

Assim, entendemos que, em função dessa dinâmica, sugerida pelo Sr. Subsecretário, e da determinação do Exmo. Sr. Conselheiro Relator, fica prejudicado o objeto desta Ordem de Serviço para a fiscalização na modalidade "Acompanhamento da Execução Contratual", motivo pelo qual sugerimos o seu cancelamento.

Além disso, consta nos autos, à fl. 09, solicitação "... para ciência e eventual manifestação, em face da documentação juntada ao TC 72.001.744/07-64, nos termos da determinação de fl. 703 daquele TC."

Essa documentação acrescida ao TC nº 72.001.744.07-64 de fls. 697 a 701 trata da resposta da SIURB ao Ofício SSDG nº 11004/2009 (fl. 693 daquele TC), que solicitou àquela Secretaria que encaminhasse todas as medições e pagamentos atinentes ao contrato em questão.

Afirma a SIURB à fl. 700 daquele TC que as últimas medições processadas em fevereiro deste ano foram entregues aos auditores designados pela Ordem de Serviço nº 6.6.7.0557/08 (que é a Ordem de Serviço que inaugurou o presente TC), encaminhando cópia das Requisições de Documentos por nós efetuadas.

Como se pode verificar nas cópias de nossas Requisições de Documentos, encaminhadas pela SIURB e juntadas às fls. 698 – 699 do TC nº 72.001.744.07- 64, foram fornecidas pela SIURB, no decorrer de nosso acompanhamento da execução do contrato, cópias das medições de novembro e dezembro de 2008. Além dessas, já havia também sido fornecida cópia da medição de outubro de 2008. As cópias das medições de outubro e novembro de 2008 estão juntadas nas Pastas A e B que passam a acompanhar o presente TC. A cópia da medição de dezembro de 2008 está juntada às fls. 22 – 83.

Diante do exposto anteriormente, o período de abrangência de nosso acompanhamento encerrou-se no dia 06.03.2009, sendo que a última medição disponível até aquela data era a 15ª Medição, referente ao período de 01 a 31 de dezembro de 2008.

Resta-nos, dessa forma, expor as constatações efetuadas no decorrer de nosso acompanhamento, até 06.03.2009, que vão relatadas a seguir.

(...)

4 – CONCLUSÃO

***4.1** – Até a 15ª Medição (01 a 31.12.2008), as quantidades de horas técnicas por nós apuradas, com base em tabela adotada por PROJ e na relação dos projetos elaborados pela contratada, são inferiores às medidas, resultando em um valor medido a mais de, no mínimo, R$ 510.562,95 – jul/2004, sem BDI (subitem 3.4.1).*

***4.2** – Com relação ao item de serviço 08.15.02 - Forma para concreto aparente, exclusive cimbramento, entendemos não justificada a adoção de forma para concreto aparente para os blocos de fundação da ampliação do Viaduto Pires do Rio, uma vez que essas peças ficam enterradas, podendo ter sido adotada forma comum, que tem preço inferior (subitem 3.4.2).*

***4.3** – Foram medidos serviços não executados até a data da 15ª Medição, caracterizando uma antecipação de medição no valor total de R$ 901.358,00, para os seguintes itens da planilha:*

8.20 – Fornecimento e aplicação de aço CA-50, diâmetro < ½";

8.21 – Fornecimento e aplicação de aço CA-50, diâmetro > ou = ½";

8.73 – Fornecimento e colocação de aço de protensão CP 190 RB 12, inclusive bainha, protensão e injeção;

PEC 3 – Remoção de terra além do primeiro km, até a distância de ida e volta de 39,00 km (subitens 3.4.3, 3.4.4 e 3.4.5).

Por fim, entendemos que, em função da dinâmica proposta pelo Sr. Subsecretário e da determinação do Exmo. Sr. Conselheiro Relator, fica prejudicado o objeto desta Ordem de Serviço para a fiscalização na modalidade "Acompanhamento da Execução Contratual", motivo pelo qual sugerimos o seu cancelamento, conforme exposto no subitem 3.1."

O Nobre Conselheiro Relator, fls. 173 (peça 9), **autorizou o encerramento** da presente Ordem de Serviço em razão de ter autorizado, em despacho nos autos TC 001744/2007, o Exame da Execução do Contrato 31/SIURB/2007.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE**, às fls.177/179 da peça 9, ressaltando a existência de autorização para encerramento da O.S. n' 6.6.7.0557/08, sugeriu que o trabalho realizado nos presentes autos seja reproduzido nos autos do TC n° 72.001.744/07-64, para que as constatações da Auditoria possam ser analisadas e julgadas naquele expediente.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, peça 16, sugeriu a intimação do Interessados para conhecimento das conclusões da Equipe de Auditoria e, posteriormente, peça 19, requereu o acolhimento da execução do Contrato ora em exame.

A Secretaria Geral – SG assim opinou (peça 21):

> *"Não obstante as infringências apontadas pela Equipe de Auditoria serem constatações de natureza eminentemente técnicas e, de fato, comprometerem o acolhimento da Execução do Contrato em análise, me coaduno com a Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido de que tais conclusões devem ser analisadas no TC n° 001744/07, opinando pelo não acolhimento da Execução do Contrato 31/SIURB/2007."*

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023, que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral. Em face desta normatização, tornou-se direito subjetivo do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de ofício em qualquer fase do processo, por ser matéria de ordem pública.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, os feitos foram encaminhados à Assessoria Jurídica de Controle Externo, que emitiu pareceres entendendo que incorreu a prescrição, no que foi acompanhada pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

É o Relatório.

VOTO

De início, esclareço que a instrução do TC 66/2005 já foi concluída, sendo que à peça 05 dos autos encontra-se o v. Acórdão, de decisão unânime, que conheceu do Edital de Pré-Qualificação nº 003/04/SIURB e julgou regular o procedimento adotado pela Secretaria Municipal de Infraestrutura e Obras – SIURB nesse certame. No mesmo sentido, concluída a instrução do TC 81/2005, à fls. 462/463 da peça 14, foi prolatado o v. Acórdão que conheceu o edital de licitação, na modalidade Concorrência 007/04/STURB, e julgou regular o procedimento adotado pela SIURB no referido certame e, por fim, determinou à SCE que acompanhasse a continuidade do certame.

Desta forma, inexistem quaisquer providências em relação aos editais supra referidos.

Resta pendente, portanto, a análise do Contrato nº 031/SIURB/2007, objeto do TC 654/2008, bem como da execução do Contrato nº 031/SIURB/2007, tratada nos TC´s 1744/2007 e 2819/2008, firmado em 24.05.2007 entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e a empresa Construbase Engenharia Ltda., com objeto a execução das obras e projeto executivo de melhoramento do Complexo Viário, no cruzamento das Avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste.

Os processos foram devidamente instruídos, com manifestações dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da Origem.

Ensina a Professora Maria Helena Diniz que a prescrição é um **fato jurídico *stricto sensu***, independente de vontade humana:

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos.*"[7]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[8]

Explica o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal que:

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[9]

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas, explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[10]

Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)*"[11]

Historicamente, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União era firme no sentido de que não se aplicava o instituto da prescrição nas pretensões ressarcitória de suas

---

[7] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[8] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[9] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.
[10] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[11] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

tomadas de contas especial, em razão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)

> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

Este posicionamento, inclusive já havia sido referendado pelo Supremo Tribunal Federal na época:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

Não obstante este entendimento, interessante pontuar que o TCU, no art. 6º, inciso II, da instrução Normativa TCU º 71/2012, dispôs que ficava dispensada a instauração da tomada de contas especial na hipótese houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

Quanto a prescrição das pretensões de natureza sancionatórias, como a de multa, o Tribunal de Contas da União aplicava por analogia as disposições da prescrição decenal do Código Civil.

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Ao aplicar o prazo geral prescricional do Código Civil, o Tribunal de Contas mantinha claro que a matéria era sujeita a reserva legal, todavia não havia lei especifica:

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*." (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[12], 897[13], 899[14], em sede de repercussão geral, o STF reconheceu a existência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do artigo 37, da Constituição Federal prevê que "*a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento***." (grifos nossos)

No tema 666, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não obstante não ter entrado no mérito de ações do Tribunais de Contas, discutiu o alcance da última disposição da norma constitucional citada acima. O relator do caso, o Emérito Ministro Teori Zavascki, entendeu em seu voto vencedor que:

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra **a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de***

[12] É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil
[13] São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa
[14] É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas

> ***ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais***." (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

Como pode ser visto, o Plenário do STF, por maioria (vencido o Ministro Edson Fachin) decidiu que a disposição final do §5º, do artigo 37, da Carta Magna tem alcance limitado para apenas as ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Ou seja, por interpretação não alcança pretensões dos Tribunais de Contas.

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897, em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin, de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante é que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

Finalmente, no julgamento do Tema 899, o Plenário do Excelso Pretório enfrentou a questão da prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas, decidindo por unanimidade que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. Conforme o Ministro Relator Alexandre de Moraes, as decisões dos temas anteriores 666 e 897 levaram a seguinte conclusão:

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a***

> ***todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública***. *Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

Antes do julgamento do tema 899 em 24/06/2020, o Tribunal de Contas da União entendia que o disposto no tema 666 não aplicava a suas pretensões ressarcitórias:

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

Todavia, este entendimento não pode ser mantido após a decisão concretizada no tema 899.

Embora tenha sido firmado inequivocamente a prescritibilidade das ações de ressarcimento, ainda existia o problema de ausência de prazo legal. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Tema 899 adentrou nesta questão entendendo que:

> "*Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cômputos.*" (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Gilmar Mendes, p.25; p. 53 do Acórdão. Grifos nossos.)

Inobstante, após esta manifestação, o Ministro Roberto Barroso interviu argumentando que a questão do prazo aplicável não era pertinente a matéria em discussão, que se limitava a questão da prescritibilidade.

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[15], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99, por analogia.

Antes da referida ADI a jurisprudência do STF já vinha se posicionando neste sentido como pode ser verificado dos precedentes colacionados abaixo:

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da**

[15] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

> **União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

Inclusive no que tangia a aplicação das causas interruptivas da mesma Lei Federal:

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.* ***II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI nº5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de competência do Tribunal de Contas. A atividade de controle externo equipara-se, para fins de contagem do prazo prescricional, ao poder de polícia do Estado e, como tal, nos termos do art. 1º da Lei 9.873, de 1999, "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*"." (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Voto Relator Ministro Edson Fachin p. 16, Acórdão p. 24)

Perante esta consolidação do entendimento jurisprudencial do STF, o TCU resolveu normatizar em 11/10/2022 a Resolução nº 344/2022, que disciplinou o instituto da prescrição na Corte considerando expressamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509.

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em 07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

Citada Resolução desta Corte de Contas Municipal acompanha o modelo da Resolução do TCU e o entendimento do STF ao expor em seu art. 1º que:

> ***"Art. 1º*** *A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões."*

Pois bem. Vigente a resolução normatizando a prescrição nesta Corte, tornou-se obrigatório analisar se os processos que tramitam em sua jurisdição estão prescritos.

Mencionada obrigação deve ser cumprida independente do momento processual, dado a natureza de matéria de ordem pública da prescrição, exceto os que já estão transitados em julgado (regra do art. 17 da Resolução TCMSP nº 10/2023), de acordo com o que já firmou a jurisprudência do TCU:

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em tramitação no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).*" (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Complementarmente, por ser, reitera-se, matéria de ordem pública, o TCU também já se posicionou que a matéria da prescrição pode ser revista de ofício até em casos em que já houve decisão a negando anterior a entrada da resolução normativa:

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)
>
> A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Feito estas considerações gerais acerca do histórico e consolidação do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas é caso de analisar o caso concreto.

No que tange ao caso em tela, devem ser identificados primeiramente os marcos temporais em que pretensamente ocorreu decurso do lapso temporal prescricional.

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 73 dos autos do TC 1744/2007, com reflexo nos demais processos em julgamento: *"Nos presentes autos, se se considerar o recebimento do objeto como marco inicial do cômputo prescricional, será constatado o decurso do prazo quinquenal para o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória por esta Corte de Contas, como verificado acima. Caso não se admita o recebimento do objeto como marco inicial, e se utilize a data de cada um dos relatórios de acompanhamento da execução para essa finalidade, ainda assim será verificado o transcurso do prazo quinquenal nos presentes autos, em relação às pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas, uma vez que a intimação dos interessados para manifestação somente ocorreu em outubro de 2018, cf. especificação constante do despacho de 10/10/2018 (pág. 346 da peça 53). Saliente-se que, conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)"*.

Frise-se que nos casos vertentes, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral acompanharam a Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido de que os processos foram fulminados pelo instituto da prescrição, nos termos do art. 4º c/c art. 5º da Resolução nº 10/23.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção dos processos com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo

único[16] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[17] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[18] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[19] do mesmo diploma legal.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, julgo **extinto os processos** com resolução de mérito**,** nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma, **com exceção dos TC´s 66/2005 e 81/2005 que acompanham os demais, restando mantidos os Acórdãos proferidos nestes processos, de natureza declaratória e já transitados em julgado, que reconheceram a regularidade dos Editais de Pré-Qualificação nº 003/04 e da Concorrência 007/04.**

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

[16] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.
[17] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[18] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[19] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 16/11/2023 11:43:15 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.066.05-88

ACOMPANHAMENTO – EDITAL – PRÉ QUALIFICAÇÃO – ADMISSÃO DE CONSÓRCIOS FACULDADE DA ADMINISTRAÇÃO – CABAL DEMONSTRAÇÃO DE EVENTUAIS EXECUTANTES – EXIGÊNCIA DE APTIDÃO TÉCNICA EM ÁREA URBANA – CONHECIDO O EDITAL DE PRÉ QUALIFICAÇÃO – REGULAR O PROCEDIMENTO ADOTADO COM AS CORREÇÕES EXPLICITADAS.

RELATÓRIO

Em pauta 3 processos relativos à Pré-qualificação **3/04** e à Concorrência Pública **7/04**, promovidos pela **SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRA-ESTRUTURA E OBRAS – SIURB**, visando à contratação de empresa de engenharia para execução das obras e projeto executivo de melhoramento do complexo viário do cruzamento das avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo os Viadutos Padre Adelino, de Interligação das ruas Catiguá e Engenheiro Balem, alargamento do Viaduto Pires do Rio e alça de acesso direcionais.

O **TC 66.05-88** trata do Acompanhamento da Pré-qualificação **3/04**, o TC 7.222.04-75 versa sobre Representação interposta pelo **SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO PESADA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINICESP** em face do edital da aludida Pré-qualificação e, por fim, o TC **81.05-71** trata da análise e acompanhamento da Concorrência Pública **7/04**, realizada com as empresas pré-qualificadas no certame precedente.

O Relatório de Acompanhamento de Edital da Pré-qualificação apresentado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, mesmo concluindo pela sua regularidade formal, apontou as seguintes irregularidades quanto aos aspectos técnicos (folhas 136/149):

1) inexistência de orçamento em planilhas de quantitativos e preços unitários;

2) não foram iniciados os processos de desapropriação para a execução das obras, o que pode levar à prorrogação contratual com custos adicionais ao Erário;

3) não elaboração de estudo de impacto ambiental;

4) critério subjetivo para o julgamento da metodologia de execução;

5) disposições restritivas de concorrência, tal como a proibição da participação de consórcios; limitação do número de atestados para comprovação de aptidão;

vedação à soma de atestados para atendimento de um mesmo item; e exigência de experiência em área urbana.

No que tange a Concorrência, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela sua irregularidade, apontando, além do não cumprimento do prazo mínimo entre a publicação do edital e o recebimento das propostas, as seguintes falhas técnicas (folhas 105/119):

'1) ao custo unitário (preço extra contratual) PET 006 e do (preço extra contratual) PET 007 deveria ter sido acrescida taxa de (Bônus de Despesa Indireta) BDI de 15% (quinze por cento) em vez de 41% (quarenta e um por cento) adotados na Planilha do Orçamento;

2) as quantidades constantes na Planilha Orçamentária não estão justificadas, bem como as intervenções inseridas no escopo da licitação e o respectivo valor orçado não contemplam a totalidade das obras e serviços que serão necessários, o que poderá ensejar acréscimos de valores;

3) as sondagens de reconhecimento do terreno nos locais em que estão previstas as obras de arte são insuficientes, bem como as fundações não estão detalhadas no projeto básico, o que poderá, quando da elaboração do projeto executivo, acarretar em outras soluções para as fundações, de modo a ensejar aditamentos de valores;

4) o valor de R$ 4.381.139,78 (quatro milhões trezentos e oitenta e um mil cento e trinta e nove reais e setenta e oito centavos) no orçamento sob a rubrica denominada 'Eventuais', sem a correspondente vinculação a quantidades e serviços, está em desacordo com o artigo 7º , parágrafo 4º, da Lei Federal 8.666/93;

5) o edital em questão apresenta irregularidade quanto à inexistência de critérios de medição para os serviços não constantes da Tabela de Custos da Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras – SIURB;

6) entendemos que no edital deveriam constar os critérios para a elaboração das memórias de cálculo que acompanham as medições;

7) entendemos que, em razão de considerar na composição do seu custo unitário utilização de caminhão basculante de baixa capacidade, o preço do serviço '4.50 – remoção de terra à distancia de 30 km' da Tabela da Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras – SIURB, é excessivo;

8) entendemos que na minuta do contrato deveriam constar exigências de capacitação técnica para a subcontratação dos serviços de elaboração dos projetos executivos'

Oficiada, a Origem informou que o certame foi paralisado, em 31/12/2004, após as propostas terem sido classificadas – porém, antes da homologação – para que a conveniência e a oportunidade do seu prosseguimento pudesse ser analisada. Em um segundo momento, encaminhou manifestação a este Tribunal, acompanhada de cópia do parecer favorável à retomada do certame, emitido pela Secretaria de Negócios Jurídicos, por não observar nenhuma questão que o macule, ou que não possa ser corrigida no ato da contratação.

Com as análises feitas pela Auditoria, acrescidas das manifestações colacionadas aos autos pela Origem, o Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal apresentou seu parecer **acerca dos pontos já mencionados, cuja síntese se pode apresentar da seguinte forma**:

Sobre a Pré-qualificação:

Aduziu que, após a elaboração do Projeto Executivo, os projetos serão submetidos à Secretaria do Meio Ambiente, que se manifestará acerca de eventuais condições a serem adotadas para a obtenção de licenciamento ambiental. Sobre a subjetividade na metodologia de escolha, não acredita que possa macular o certame, até porque não existe nenhum questionamento por parte dos licitantes. Sobre o orçamento em planilhas de quantitativos e preços unitários confirma, no TC **81.05-71**, que foram apresentadas junto com o edital da Concorrência. Quanto às condições tidas como restritivas, considerou razoável a justificativa da Origem no sentido de que

'uma empresa que executou 20 pontilhões com um volume x de concreto, e vão máximo de 10 metros, não dispõe de capacidade técnica para executar um viaduto com volume de concreto 20x e vão de 200 metros pois a tecnologia aplicada é totalmente diversa'.

Alega que esse objeto é complexo e demanda contratação de empresa altamente qualificada, assim, entendeu que, neste caso, é razoável a impossibilidade de soma de atestados. O mesmo se aplica à exigência de experiência em áreas urbanas, que é muito mais complicada do que as intervenções realizadas em áreas rurais. Sobre a participação de consórcios, alega ser matéria de competência discricionária da Administração. Concluiu no sentido de que as questões remanescentes podem ser postergadas para o momento da elaboração do Projeto Executivo, na execução do contrato (folhas 200/2009).

Sobre a Concorrência:

Também considerou razoável a justificativa da Origem quanto ao não-atendimento dos prazos legais, por existir uma Pré-qualificação que a antecedeu. Quanto à falta de sondagens, acredita ser possível corrigir o problema antes do inicio das obras, sugerindo que a Origem providencie, junto à empresa que executará as obras, a observância dos apontamentos efetuados pela Especializada deste Tribunal, notadamente em relação às sondagens referentes ao alargamento do Viaduto Pires do Rio, no projeto executivo. Aceitou a justificativa da Origem de que o valor de mais de R$ 4 milhões sob a rubrica 'eventuais', uma vez que destinados a cobrir eventuais intervenções no trânsito da região exigidos pela CET. Ainda sobre a questão das despesas 'eventuais', aduziu que deverá ser analisado na execução contratual, momento adequado para apurar os motivos ensejadores das despesas não previamente estipuladas. Entendeu legítimo o procedimento proposto pela Secretaria de Negócios Jurídicos proibindo a subcontratação que, portanto, pode ser inserido na elaboração do termo contratual (folha 438).

No mesmo sentido do Assessor Jurídico Chefe se posicionaram a Procuradoria da Fazenda do Município e a Secretaria Geral.

Quanto à Representação em análise, na qual se alega a existência, no Edital da Pré-qualificação, de cláusulas restritivas à competição por meio de exigências para 'qualificação técnica' e 'qualificação econômica', a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a

Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda e a Secretaria Geral foram unânimes opinando pelo seu não acolhimento (folhas 68/73, 81/82, 86/89, 91 e 93/94).

É o relatório.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de novembro de 2006.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO

Com base na análise dos elementos que instruem os processos em tela, acompanhando o parecer do Assessor Jurídico Chefe que conclui:

'Não há como se questionar a essencialidade das obras de melhoramento do complexo viário existente no cruzamento das avenidas Salim Farah Maluf e Radial Leste, incluindo vários viadutos e alças de acesso direcionais, para o já conturbado trânsito da região, além de que a ausência de obras capazes de equacionar o crescente volume de carros na cidade de São Paulo interfere diretamente na qualidade de vida dos moradores da região e, com o passar do tempo, pode gerar a irreversibilidade da situação. Especialmente no que tange à Zona Leste, é de conhecimento público as dificuldades que seus moradores enfrentam no tráfico diário, razão pela qual objeto da presente licitação se mostra especialmente necessário ao atendimento do interesse público. Desta feita, a análise da Concorrência número 007/04/SIURB não pode desconsiderar a premência das obras em questão e o prejuízo ao interesse público coletivo causado pela demora do início dos trabalhos.'

Diz ainda: 'Quanto à questão dos prazos mínimos estabelecidos, parece razoável a afirmação da Origem no sentido de que a existência de pré-qualificação confere aos licitantes qualificados conhecimento, há mais de 30 dias, sobre as condições para a elaboração de suas propostas.'

'O que se percebe no presente caso é que não houve qualquer prejuízo à isonomia entre os licitantes ou a qualquer proposta por eles ofertadas, pois as condições previstas pelo Edital da Concorrência já eram de conhecimento público desde a publicação do Edital de Pré-Qualificação. Tal afirmação torna-se ainda mais considerando a inexistência de qualquer impugnação alegando suposto prejuízo na elaboração das propostas por exigüidade de tempo.'

Neste sentido, parece-me aceitável a justificativa apresentada pela Administração na medida em que há o comprometimento de adotar a medida preconizada pela especializada deste Tribunal.

Quanto à alegação de que para os itens de serviços não constantes na tabela SIURB não foram elaborados os critérios de medição, fato que poderia ocasionar a falta de clareza para elaboração das propostas e a correta medição dos serviços a serem executados, deve ser examinada juntamente com a Cláusula 8.2.8.1 do Edital de Pré-qualificação, a qual garantiu a apresentação, pelos pré-qualificados, da metodologia de execução, na qual está

prevista, entre outros requisitos, a fixação de parâmetros para posterior fiscalização da contratada.

Desta feita, razoável inferir-se que os critérios de medição estão abrangidos pela metodologia de execução a ser desenvolvida pela futura contratada, oportunidade em que serão verificadas a razoabilidade e adequabilidade dos critérios de medição para fins de pagamento, sem prejuízo do acompanhamento, fiscalização e execução contratual.

Deve-se assinalar ainda a manifestação da Secretaria Geral, quando argumenta que as pontuações oferecidas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que são interpretadas como imperfeições a serem corrigidas pela Origem, ou já foram, ou estão resolvidas pelas exigências contidas na Pré-Qualificação que antecedeu esta Concorrência, ou ainda, serão satisfeitas pelo Projeto Executivo e pelo contrato a ser executado.

Assim, com base nas análises elaboradas pelo Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal, pela Secretaria Geral e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, estes pareceres passam a integrar o presente voto, no sentido de que os apontamentos feitos tanto pelos órgãos técnicos deste Tribunal quanto pela Secretaria dos Negócios Jurídicos podem ser corrigidos no momento da elaboração do contrato a ser firmado com a empresa vencedora.

Neste sentido, **CONHEÇO** dos relatórios de acompanhamento da Pré-qualificação 3/04 e da Concorrência Pública **7/04**, julgando **REGULARES** os procedimentos adotados pela Origem nos referidos certames, com as correções explicitadas pela Secretaria de Negócios Jurídicos e pelo Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal.

Ademais, também acompanho os órgãos preopinantes no sentido de **CONHECER** e, no mérito, julgar **IMPROCEDENTE** a Representação interposta pelo **SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO PESADA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINICESP.**

Oficie-se à Origem e ao Representante para conhecimento da presente decisão.

Determino, outrossim, que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle acompanhe a continuidade do certame sobrestado e, após adjudicado o seu objeto e firmado o respectivo ajuste, promova a análise contratual, bem como o acompanhamento da sua execução e que a mesma seja realizada mensalmente, tendo em vista o elevado valor do ajuste nos termos da proposta do eminente Conselheiro Roberto Braguim.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2006.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, após vista que lhe fora concedida, durante a fase de discussão, na 2.301ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer o Edital de Pré-Qualificação 003/04/SIURB e em julgar regular o procedimento adotado pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura e Obras no referido certame, com as correções explicitadas pela Secretaria de Negócios Jurídicos e pelo Assessor Jurídico Chefe deste Tribunal.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2006.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator