TC 402/2008

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SUBPREFEITURA. Serviços e obras visando a implantação de áreas do Parque Linear do Córrego do Sapé. 1. Certidão de distribuição cível constando pedido de falência. A inidoneidade não pode ser presumida enquanto não houver decisão do poder Judiciário. REGULARES. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 402/2008 e 1.173/2008.

2ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

D E C I S Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000402/2008 e TC/001.173/2008, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar regulares a Concorrência 01/SP-BT/2007 e o Contrato 073/SP-BT/SF/2007, firmado entre a Subprefeitura do Butantã e a Construtora Roy Ltda.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

São Paulo, 19 de setembro de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata o presente da análise da Concorrência n.º 01/SPBT/2007 e do Contrato n.º 073/SP-BT/SF/2007, firmado entre Subprefeitura Butantã e a Construtora Roy Ltda., com o fim de prestar serviços de obras para a implantação das Áreas 3, 4 e 6 do Parque Linear do Córrego do Sapé-BT, localizado no Bairro do Jardim Maria Luiza, altura do km 15 da Rodovia Raposo Tavares. Valor contratado R$ 2.178.973,67.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 279/280, sintetiza suas conclusões nos seguintes termos:

> • **Licitação – Concorrência nº 01/SP-BT/2007 (fls. 269/273),** opinamos pela irregularidade por infringência aos itens **C.7** - ausência de assinatura nas plantas dos projetos de execução, nos projetos de engenharia, não sendo possível identificar o profissional responsável por sua elaboração, bem como a falta de recolhimento de ART-DREA referente à elaboração do projeto, em desacordo com as Leis Federais 5.194/1966 (art. 12 e 13) e 6.496/1977 (art. 1º e 2º, § 1º) bem como as resoluções do CONFEA 361/1991 (art 7º) e 425/1998 (art. 5º e 6º, parágrafo único) e o Acórdão do TCU nº 1.387/06, item 9.1.3 onde dispõe que o órgão contratante "colha a assinatura dos responsáveis por cada etapa do projeto básico (cadernos de especificações, de encargos, plantas, orçamentos, etc.) (...), como forma de evidenciar autorias e atribuir responsabilidades"; **C.18** – a empresa vencedora apresentou a Certidão de Distribuições Cíveis da Comarca de São Paulo – Capital (fls. 189) datada de 23/10/2007 na qual constam dois pedidos de falência, em desacordo com o disposto nos itens 2.3.2 e 7.2.2 do edital.
>
> • **Contrato nº 073/SP-BT/SF/2007 (fls.274/278),** opinamos pela irregularidade do ajuste em decorrência dos apontamentos precedentes quando da análise da licitação e também por infringência aos itens **C.10** – Certificado de Regularidade de Situação para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) apresentado fora da validade; **18** – ausência de alguns documentos no momento da contratação em desacordo com o item 11.3 do edital tais como: π indicação de preposto, cronograma físico-financeiro do ajuste atualizado, certidão de regularidade do FGTS valida e declaração do compromisso de utilização de produtos ou subprodutos de madeira de origem exótica, que tenha procedência legal, acompanhada das respectivas notas fiscais de aquisição, conforme previsto no item 11.3.9 e artigo 5º do Decreto nº 46.380/05. Ressalvamos, ainda, a remessa extemporânea das informações ao SERI, em descumprimento ao disposto na Resolução TCMSP nº 05/02 e Instruções 01/02.

A Origem, às fls. 286/293, apresentou seus esclarecimentos e anexou documentação, estes foram analisados às fls. 297/300 pela SFC, que concluiu sanada apenas a irregularidade consistente na falta de recolhimento da ART-CREA referente à elaboração do projeto, no mais, manteve seu primeiro entendimento.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 303/308, posicionou-se da seguinte forma: sobre o certificado de regularidade de situação para com

o FGTS (CRF) fora do prazo de validade – entende que tal irregularidade poderá ser relevada. No mais, acompanha Aud, concluindo pela irregularidade dos ajustes.

A Construtora Roy Ltda. e o Sr. Maurício de Oliveira Pinterich (subprefeito à época dos fatos) trouxeram seus argumentos aos autos fls. 344/346 e fls. 347/349.

Em seguida a SFC, às fls. 352/355, analisou as defesas encartadas, contudo manteve seu posicionamento exarado anteriormente.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica às fls. 358/359 entendeu por reiterar suas conclusões antes postas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 362/369, requereu o acolhimento dos instrumentos ora analisados, relevando-se eventuais impropriedades, tendo em vista a ausência de prejuízo ao erário, bem como por não se vislumbrar a existência de dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos. Sucessivamente, ante a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano ao Erário, bem como por não se vislumbrar dolo, culpa ou má fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, requereu o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A Secretaria Geral, às fls. 375/380, se posicionou nos seguintes termos:

Sobre a falta de recolhimento da ART referente à elaboração do projeto, entende que restou sanada a irregularidade.

Com relação a apresentação de Certificado de Regularidade do FGTS – CRF fora do prazo de validade, concorda com a AJCE, assim, entendende ser relevável.

No que diz respeito a remessa extemporânea das informações ao SERI, entende que a referida infringência não tem o condão de macular a contratação, caracterizando-se como descumprimento de dever administrativo.

Sobre os demais pontos corrobourou com os técnicos, mantendo-os.

Por fim, opina pela irregularidade da Concorrência e do Contrato.

1)TC nº 72.001.173/08-76

Trata o presente do acompanhamento da execução do Termo de Contrato n.º 73/2007 celebrado entre a Construtora Roy Ltda. e a Subprefeitura do Butantã, objetivando a execução de obras de implantação das Áreas 3, 4 e 6 do Parque Linear do Córrego do Sapé, localizado no Bairro do Jardim Maria Luiza, altura do km 15 da Rodovia Raposo Tavares, no valor de R$ 2.178.973,67.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 268/286, expos as seguintes conclusões:

Do Projeto Executivo

- *Ausência na instrução do P.A. nº 2007-0.109.444-0 da documentação referente à sondagem, mesmo havendo na obra a previsão de construção de muros de contenção, quadras e estruturas para prática de skate* ***(Item 3.3.3).***

Dos Serviços Realizados – Vistoria Técnica

- *Os trabalhadores não usavam Equipamento de Proteção Individual – EPI (foto 14), em desacordo com o item 9.4.1 do Contrato* ***(Item 3.3.5).***

- *Não constatação em nenhum trecho da obra de qualquer sistema de isolamento, colocando em risco a segurança de pedestres e moradores, que circulavam livremente pelos trechos onde havia serviços sendo executados* ***(Item 3.3.5).***

Dos Pagamentos

- *Falta de croquis complementando a memória de cálculo analítica, impossibilitando a conferência dos dados da medição* ***(Item 3.4.1).***

- *Falta de detalhamento na memória analítica dos valores apresentados* ***(Item 3.4.1).***

- *Medição de itens não contratados e itens em quantidade superior aos indicados na planilha* ***(Item 3.4.2).***

- *Falta de formalização por meio de Termo Aditivo de pagamentos de itens não previstos e de itens em valor superior ao previsto nas planilhas de orçamento* ***(Item 3.4.2).***

- *As retenções do INSS das 2ª e 3ª medições, que se utilizou exclusivamente de valores de mão-de-obra, estão incorretas, uma vez que foi considerado para fins de retenção 50% (cinqüenta por cento) do valor total do NF-e, em desacordo com a previsão da Portaria Intersecretarial 02/2005* ***(Item 3.4.3-b).***

- Recolhimento do IRRF realizado com utilização de alíquota em desacordo com o previsto no art. 647, § 1°, item 17 do Regulamento do Imposto de Renda **(Item 3.4.3-c).**

Da Utilização de Mão-de-Obra

> • Utilização de subcontratação de empresas sem a anuência da Contratante, em desacordo com o Item 11.1 do Contrato **(Itens 3.3.5 e 3.4.4).**
>
> • Utilização de mão-de-obra sem qualquer vínculo empregatício com a Contratada, caracterizando subcontratação informal **(Itens 3.3.5 e 3.4.4).**

A Origem, às fls. 293/311, apresentou seus argumentos.

A SFC, às fls. 316/320, analisou a documentação encartada, momento em que ratificou suas conclusões anteriores.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 323/325, nada acrescentou às conclusões da SFC.

A Construtora Roy Ltda. e o Sr. Maurício de Oliveira Pinterich (subprefeito à época dos fatos), após intimados apresentaram as informações de fls. 359/374 e fls. 375/382.

A SFC, às fls. 385/389, analisou os documentos concluindo nos seguintes termos:

> Analisadas as defesas oferecidas pela Construtora Roy Ltda e pelo Sr. Mauricio de Oliveira Pinterich (subprefeito à época), ficam mantidas as conclusões do relatório de acompanhamento de execução contratual, à exceção do apontamento referente à retenção do INSS, haja vista que os valores retidos a menor foram compensados em medição posterior.
>
> Em relação à memória de cálculo das quantidades referentes às 3 primeiras medições, verifica-se que a utilização de critérios de medição diversos daqueles previstos na Tabela de Custos Unitários de Infra-Estrutura Urbana da SIURB ocasionou pagamentos a maior à contratada no valor de R$ 87.638,91 (11,4% do valor pago nas referidas medições) – subitem **2.3** desta manifestação.
>
> Novamente a AJCE nada acrescentou ao quanto expendido pela SFC.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 397/398, invocou o princípio da ampla defesa, requerendo a oitiva da Coordenadora de Projetos e Obras (Engenheira Maria Rosa da Silva) e do Fiscal do Contrato (Engenheiro Marcelo Souza Leite), indicados pela SFC às fls. 281 como responsáveis pelas áreas auditadas.

A Engenheira Maria Rosa da Silva e o Engenheiro Marcelo Souza Leite (às fls. 416/418), apresentaram seus argumentos.

Instada a se manifestar, a AJCE às fls. 421/427, reiterou seu parecer de fls. 392/394.

A PFM requereu o reconhecimento dos efeitos financeiros da execução ora analisada (fls. 429/433).

A Secretaria Geral, às fls. 435/438, entende que as constatações feitas pela SFC são de caráter fático e demonstram que a execução contratual apresentou falhas que implicam na sua irregularidade, motivo pelo qual opino pelo seu não acolhimento.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Em julgamento englobado a Concorrência nº 01/2007, o Contrato n.º 73/2007, firmado entre a Subprefeitura do Butantã e a Construtora Roy Ltda. e a e a execução do contratual.

O objeto da avença consistiu na execução de obras de implantação das Áreas 3, 4 e 6 do Parque Linear do Córrego do Sapé, localizado no Bairro do Jardim Maria Luiza, altura do km 15 da Rodovia Raposo Tavares, no valor de R$ 2.178.973,67 (dois milhões cento e setenta e oito mil e novecentos e setenta e três reais e sessenta e sete centavos).

Sobre a Concorrência, a instrução processual levada a efeito permite que se faça a seguinte avaliação:

1. Com relação ao apontamento consistente na falta de recolhimento da ART referente à elaboração do projeto, a Origem apresentou documentação comprobatória às fls. 291/292, sanando a irregularidade.

2. No que se refere a ausência de assinatura nas plantas dos projetos de execução, em que pese a Origem não ter comprovado nos autos a regularização do apontamento, há afirmação do responsável de que o arquiteto havia assinado as plantas, de modo que, excepcionalmente relevo a ausência de comprovação documental.

3. Já no que se refere à Certidão de Distribuições Cíveis da Comarca de São Paulo, a empresa vencedora apresentou a Certidão (fl. 189) datada de 23/10/2007 na qual constam dois pedidos de falência, o que estaria em desacordo com os itens 2.3.2 e 7.2.2 do edital, segundo a nossa Auditoria.

Sobre essa questão, o Professor Marçal Justen Filho entende que *"Enquanto o Poder Judiciário não decidir a questão, não se pode presumir inidoneidade*

ou insolvência. A garantia ao direito de ação abrange o direito de ampla defesa (inclusive para presumir-se, enquanto não proferida sentença, que as partes encontram-se em situação de igualdade)."

Diante da ausência nos autos de qualquer documento ou certidão que demonstre a decretação de falência da Contratada, afasto a impropriedade anotada, por entender que a Origem agiu de forma correta no caso.

Sobre o contrato:

- Com relação ao apontamento consistente na apresentação de Certificado de Regularidade do FGTS, na esteira do entendimento exarado pela AJCE e pela SG, entendo que a questão pode ser relevada dada a comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada na data da assinatura do ajuste.

- No que diz respeito a ausência de apresentação de documentos no momento da contratação, como indicação de preposto, cronograma físico financeiro do ajuste atualizado e Declaração conforme item 11.3.9 do Edital e do artigo 5º do Decreto n.º 46.380/05, as informações juntadas aos autos demonstram que tais irregularidades foram sanadas.

- Com relação à remessa extemporânea das informações ao SERI – Conforme reiterados julgados desta Colenda Corte, a infringência em questão não tem o condão de macular a contratação, pois se trata de mera formalidade, de tal sorte que relevo o apontamento.

Quanto à execução do Contrato foram constatadas as seguintes irregularidades:

- Ausência na instrução do P.A. da documentação referente à sondagem;

- Trabalhadores sem Equipamento de Proteção Individual – EPI;

- Não constatação em nenhum trecho da obra de qualquer sistema de isolamento, colocando em risco a segurança de pedestres e moradores, que circulavam livremente pelos locais onde havia serviços sendo executados;

- Falta de croquis complementando a memória de cálculo analítica, impossibilitando a conferência dos dados da medição;

- Falta de detalhamento na memória analítica dos valores apresentados;

- Medição de itens não contratados e itens em quantidade superior aos indicados na planilha;

- Falta de formalização por meio de Termo Aditivo de pagamentos de itens não previstos e de itens em valor superior ao previsto nas planilhas de orçamento;

- Recolhimento do IRRF realizado com utilização de alíquota em desacordo com o previsto no Regulamento do Imposto de Renda;

- Utilização de subcontratação de empresas sem a anuência da Contratante, em desacordo com o Item 11.1 do Contrato;

- Utilização de mão-de-obra sem qualquer vínculo empregatício com a Contratada, caracterizando subcontratação informal.

A instrução processual ainda revelou que em relação à memória de cálculo das quantidades referentes às 3 primeiras medições, foram utilizados critérios de medição diversos daqueles previstos na Tabela de Custos Unitários de Infraestrutura Urbana da SIURB ocasionando pagamentos a maior à contratada no valor de R$ 87.638,91 (11,4% do valor pago nas referidas medições).

Em sede de análise da execução do contrato, as defesas apresentadas não conseguiram afastar os apontamentos dos técnicos.

Diante do exposto, **JULGO REGULARES** a Concorrência nº 01/2007 e o Contrato n.º 73/2007, firmado entre a Subprefeitura do Butantã e a Construtora Roy Ltda.

Tendo em vista que as defesas apresentadas não foram suficientes para afastar as constatações, e, apoiado nos pareceres unânimes dos Órgãos Técnicos desta Corte, **JULGO IRREGULAR** a execução do referido Contrato.

DETERMINO à Origem que promova as medidas administrativas ou judiciais cabíveis a fim de cobrar da contratada o valor de R$ 87.638,91, devidamente atualizado, em razão de critérios diversos utilizados nas medições.

Diante o tempo decorrido entre a análise dos presentes autos e o presente julgamento deixo de apenar os responsáveis.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.