III – ACÓRDÃO

ACO-UTR-515/2025

Processo - TC/000864/2010
Objeto - Recursos *ex officio*, de Recoma Construções, Comércio e Indústria Ltda., de Walter Meyer Feldman e de Valter Antônio da Rocha interpostos em face da Decisão da Primeira Câmara da 4ª Sessão Ordinária Não Presencial de 22/11/2019 – Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação (atual Secretaria Municipal de Esportes e Lazer) e Recoma Construções, Comércio e Indústria Ltda. – Contrato 16/Seme/2009 (TAs 134/Seme/2009, 32/Seme/2010 e 130/Seme/2010) – Execução de reforma do complexo da pista de atletismo do Centro Olímpico de Treinamento e Pesquisa – COTP, de acordo com as especificações do edital da Concorrência 01/Seme/2008

3.378ª Sessão Ordinária

RECURSOS. SEME. REFORMA DA PISTA DE ATLETISMO. 1. Estão sujeitas à prescrição as ações de controle externo exercidas pelo TCMSP, inclusive aquelas de natureza ressarcitória ou punitiva. Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDOS. Votação unânime. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Votação por maioria. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência, reforçando os efeitos pedagógicos. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/000864/2010 e TC/000865/2010, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro RICARDO TORRES – Revisor, após vista que lhe fora concedida na fase de votação, na 3.342ª S.O. Naquela ocasião, proferiu sustentação oral a advogada Gabriela Bandeira Ventura Ferreira, OAB/BA 79023, representando Recoma Construções, Comércio e Indústria Ltda., nos termos do art. 164 do RITCMSP, e votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

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 do recurso *ex officio*, eis que regimental, e dos recursos ordinários, visto que presentes os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor (com declaração de voto apresentada), DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO, em reconhecer a ocorrência de prescrição, reformando a decisão recorrida para julgar extinto o presente feito com relação a terceiros, nos termos do art. 12 da Resolução 10/2023, mantidas as disposições destinadas a reorientar a atuação da Administração.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, que afastou as preliminares de decadência e prescrição e, no mérito, negou-lhes provimento.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento do relatório, voto e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência, reforçando os efeitos pedagógicos da instrução nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023 do TCM/SP.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos autos, com as cautelas de praxe.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda *ad hoc* JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de agosto de 2025.

EDUARDO TUMA – Presidente à época
ROBERTO BRAGUIM – Relator
RICARDO TORRES – Conselheiro Revisor, com declaração de voto, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão nos termos do § 7º do art. 136 do Regimento Interno desta Corte

/gc

Item I) E-TCM nº 864/2010

Interessadas:	Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação, atualmente denominada Secretaria Municipal de Esportes e Lazer – SEME e Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda.
Objeto:	**RECURSOS *EX OFFICIO* E VOLUNTÁRIOS** de Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda., Walter Meyer Feldman e Valter Antônio da Rocha. Contrato n. 016/SEME/2009 e Termos de Aditamento nº 134/SEME/2009, n. 032/SEME/2010 e nº 130/SEME/2010. Reforma do complexo da pista de atletismo do Centro Olímpico de Treinamento e Pesquisa - COTP.

Item II) E-TCM nº 865/2010

Interessadas:	Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação, atualmente denominada Secretaria Municipal de Esportes e Lazer – SEME e Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda.
Objeto:	**RECURSOS *EX OFFICIO* E VOLUNTÁRIO** de Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda. Acompanhamento da Execução do Contrato nº 016/SEME/2009 e Termos de Aditamento.

Relator: **Conselheiro ROBERTO BRAGUIM**

RELATÓRIO

Trago a julgamento, de forma englobada, os processos a seguir alinhados: **Item I – ETCM nº 864/2010**, que cuida da Análise do Contrato nº 016/SEME/2009 e dos Termos de Aditamento nº 134/SEME/2009, nº 032/SEME/2010 e nº 130/SEME/2010, firmados pela Secretaria Municipal de Esportes e Lazer objetivando a reforma do complexo da pista de atletismo do Centro Olímpico de Treinamento e Pesquisa – COTP e o **Item II - ETCM nº 865/2010**, que se refere ao Acompanhamento da Execução do Ajuste mencionado.

Nessa fase, analisam-se os Recursos *Ex Officio* e Voluntários, estes interpostos por Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda., Walter Meyer Feldman e Valter Antônio da Rocha contra a r. Decisão da Primeira Câmara desta Casa que, de modo englobado, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgou: **I** - irregulares o Contrato nº 016/SEME/2009 e os Termos de Aditamento nº 134/SEME/2009, nº 032/SEME/2010 e nº 130/SEME/2010; **II** – bem como não acolheu a sua execução contratual, elaborando determinações à Pasta para que proceda à cobrança, da empresa contratada a) do valor de R$ 13.686,51, devidamente atualizado, em razão do pagamento de serviços extracontratuais em montante superior ao previsto na tabela EDIF (Termo Aditivo 032/SEME/2010), b) do valor de R$ 385.393,61, devidamente atualizado, tendo em vista a concessão de realinhamento irregular dos preços relativos aos produtos importados, e c) recomendou à Pasta, para assegurar condições adequadas de manutenção da pista de atletismo, que

estabeleça critérios para montar equipe própria responsável pela manutenção; acompanhe rigorosamente as orientações contidas no Manual fornecido pela Contratada quanto à utilização da pista e seu entorno, e analise periodicamente a água de minas acumulada na caixa de reuso, a fim de verificar se, na composição química, existe algum componente agressivo ao material de revestimento da pista.

Estabelecido esse cenário, inicio por relatar o desenvolvimento da instrução dos Recursos *Ex Oficio* e Voluntários interpostos estes por Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda. (peça 36), Walter Meyer Feldman (peça 52) e Valter Antônio da Rocha (peça 58), nos autos do **Item I– ETCM nº 864/2010:**

No âmbito do ETCM mencionado, a Decisão recorrida levou em conta, em resumo, diversas irregularidades/ilegalidades, muitas delas relacionadas à aquisição de itens importados, além da ausência de cronograma físico-financeiro correspondente ao Contrato realinhado e de garantia complementar para o Ajuste e para os Termos Aditivos. Sobre o Termo Aditivo nº 032/2010 considerou, ainda, a estimativa de serviços extracontratuais com valores superiores aos da tabela EDIF e a deficiência do projeto básico em relação aos quantitativos necessários para a obra. Naquilo que se refere ao Termo Aditivo nº 130/2010, também avaliou a ausência do cronograma físico-financeiro e a falta da comprovação da compra de material importado para efeito do realinhamento dos preços, desaguando em apontamento de necessidade de devolução de valores aos cofres municipais o que, conforme fora registrado pelo então Relator, em

seu Relatório, seria apurado em autos próprios: o Item II - ETCM n. 865/2010, que analisa a Execução Contratual.

Inconformada, Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda. ofereceu Recurso, aduzindo, em resumo, a decadência do direito de anular atos e instrumentos de concessão de realinhamento de preços e de serviços extracontratuais, pois já transcorridos mais de 10 (dez) anos desde a data da assinatura do Ajuste – 16/07/2009 - e do TA n. 32/SEME/2010 – 13/02/2010. Argumentou que a cobrança de valores da Contratada só poderia ocorrer após a declaração de nulidade dos Instrumentos, o que não aconteceu, tendo se operado, portanto, a decadência desse direito da Administração, nos termos do artigo 48-A[1] da Lei 14.141/2006 ou, subsidiariamente, o prazo quinquenal do artigo 54[2] da Lei 9.784/1999. Ressaltou que não há comprovação de má-fé e que os atos se pautaram pelo atendimento do interesse público, sem dano ao Erário. No mérito, aduziu ausência de irregularidades e se houve, não foram causadas por ela. Afirmou que exerceu direito próprio, constitucionalmente garantido, de requerer a recomposição do equilíbrio econômico financeiro após a expiração do prazo de vinculação à proposta, que decorreram 17 (dezessete) meses entre a adjudicação do objeto e a assinatura do Contrato, bem como que sua irregularidade teria ocorrido em face dos critérios adotados pela Administração. Sustentou que os parâmetros, procedimentos ou índices que os técnicos desta Casa consideram

[1] Art. 48-A A Administração, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, anulará seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem ilegais, salvo se: / - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contados de sua produção; li - da irregularidade não resultar qualquer prejuízo; Ili - forem passíveis de convalidação.
[2] Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (

posteriormente necessários para o realinhamento dos preços ou sobre os documentos que deveriam ou não ter sido apresentados, não decorrem de lei, nem do Instrumento Convocatório, logo, os atos praticados pela Administração não violaram regra legal. Aduziu que o próprio apontamento de "*inexistência de cláusula contratual estabelecendo as condições sobre importação, data e taxa de câmbio*" revela a ausência de parâmetros e pode configurar falha da Administração, mas não lhe retira o direito à recomposição financeira, nem autoriza a conclusão de lucro indevido, não sendo cabidas as determinações de cobranças de valores, argumentando que "*prejuízo não se presume mas deve ser demonstrado concretamente, o que, data vênia, não se verifica dos autos*". Ao final, requereu o reconhecimento da decadência do direito da Administração de rever ou anular os atos administrativos que deram origem aos Ajustes considerados irregulares, notadamente para que sejam afastadas as determinações à Pasta para proceder ressarcimento de valores. No mérito, pleiteou que seja reformada a Decisão para julgar regulares o Contrato e os Termos Aditivos firmados e, subsidiariamente, que sejam acolhidos os seus efeitos econômicos, considerando-se a ausência de má-fé e a proteção à confiança legítima nos atos administrativos e o decurso do tempo.

Por sua vez, Walter Meyer Feldman pleiteou a reforma do Julgado alegando prescrição quinquenal das pretensões de ressarcimento ao Erário, nos termos do art. 1 ° do Decreto 20.910/32, considerando que os instrumento em questão foram firmados há mais de dez anos e que não se trata de atos dolosos, tampouco tipificados na Lei de Improbidade Administrativa.

De sua parte o Sr. Valter Antônio da Rocha – peça 58 - ponderou que, apesar dos preços dos itens importados terem sido considerados formalmente irregulares (por não constarem da Tabela EDIF), foram preservados os princípios da isonomia, com a propositura às segunda e terceira colocadas e, assim, da seleção da proposta mais vantajosa, com a contratação por 63% do preço inicialmente estimado, não se podendo falar, portanto, em superfaturamento ou prejuízo para a Administração, mas sim economia, razão pela qual entende que, com a parcial superação do item já prolatada pelo Relator Original, e diante da ausência de prejuízo ao Erário, pode ser considerado totalmente superado. Outrossim, argumentou que o objeto não envolvia importação, tratava-se de reforma com prazo exíguo e que não há como imputar infringências sobre a ausência de cláusulas cuja necessidade a Administração sequer poderia imaginar, pois a natureza do objeto não solicitava distinta especificação e à época da elaboração do Edital a cláusula em comento tinha caráter imprevisível. Sublinhou que antes da Contratada recusar-se a assinar o contrato, a proposta oferecida já não mais vigorava, pois havia transcorrido o prazo de 60 dias desde sua apresentação. Além disso, a demora para a adjudicação do objeto (09 meses) e para a efetivação da contratação (após 17 meses) afetaram ainda mais o compromisso com o valor ofertado. Outrossim, a recusa em assinar o Contrato se deu pela 1ª e 2ª colocadas, fundamentando, assim, a inexistência de má-fé e de nexo causal capaz de demonstrar que a frustração do Certame pela Contratada foi tolerada por SEME. Aduziu que o contrato não estabeleceu regramento para forma e a aceitação das notas fiscais de importação de produtos, não podendo agora criar-se exigências e julgar irregular pela ausência delas, pois foram apresentadas e subsidiaram o saneamento das dúvidas. Ponderou que

embora a Auditoria entenda irregular a adoção do índice de reajuste, deve o apontamento ser relevado, pois não se tratou de ação aleatória e negligente, mas de decisão pela Administração baseada em análise pontual e ponderada, conforme o caso concreto e consignado no processo administrativo. Sobre os cronogramas físico-financeiros, pendentes de atualização dos seus valores, considerou que se configura mera formalidade, pois tais valores já constam da celebração do Contrato reajustado, fazendo com que a atualização dos valores unitários em peça acessória represente *bis in idem*, sem o comprometimento da execução do objeto ou orçamentário. Igualmente, avaliou que, tendo ocorrido o reequilíbrio econômico-financeiro e então celebrado o contrato, a exigência de garantia suplementar ficou prejudicada, pois foi conferida a saúde econômica da Contratada e eventual incapacidade econômico-financeira do contrato pôde ser reestabelecida. Relatou que, no decorrer do Termo Aditivo n. 134/201, não houve qualquer necessidade de fruição de garantia, inexistindo prejuízo ou comprometimento ao ajustado. Em relação ao Termo Aditivo n. 32/201, ressaltou que, em virtude da apresentação do cronograma físico financeiro, com as informações necessárias, a irregularidade estaria superada.

Já a Pasta e os Srs. Fábio Gomes Souto e Marcos Antônio Chiovetti, responsáveis pelos apontamentos, embora devidamente cientificados a respeito da Decisão, deixaram de oferecer Recursos.

Após a interposição dos Recursos referidos, Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda e SEME manifestaram-se novamente nos autos

(peças 65 e 68), requerendo esclarecimentos a respeito do efeito suspensivo dos Recursos Ordinários interpostos

Na instrução dos Apelos a SCE concluiu que as argumentações apresentadas não trouxeram elementos novos que pudessem alterar os apontamentos por ela antes efetuados quando de suas análises e que culminaram com entendimento proferido na Decisão ora guerreada. Sublinhou, no entanto, no que se refere aos itens importados, que a argumentação de que que houve economia não justifica a falta de pesquisa de valores, bem como que, em razão da expressividade e da relevância desses itens, SEME deveria ter feito constar no Ajuste cláusula a eles referente.

De sua parte, a AJ opinou pelo processamento da remessa necessária, nos termos dos artigos 136, V e 137, parágrafo único do Regimento Interno desta E. Corte. Registrou que, em razão do processo ter sido objeto de remessa necessária ao *juízo ad quem*, os efeitos recursais suspensivo e devolutivo se operam de imediato (artigos 137 e 141 RITCMSP), portanto, as implicações da Decisão recorrida estão suspensas, até análise definitiva de mérito e a Pasta não poderia proceder à sua execução. A respeito das preliminares de Decadência e Prescrição ventiladas nos Recursos da Contratada e do Sr. Walter Meyer Feldman, considerou, à época, que ambas não teriam procedência, sublinhando, em relação à prescrição, que o julgado combatido nos autos do eTCM n. 864/2010 apresenta natureza meramente declaratória, sem a imputação de responsabilidades, nem a determinação de ressarcimento (elaboradas no âmbito do outro processo, julgado de maneira englobada com o

presente, o ETCM 865/2010), não estando, portanto, abrangido pelos temas de repercussão geral nº 666, 897 e 899 do Supremo Tribunal Federal – em que se reconheceu a regra da prescritibilidade das pretensões punitiva e ressarcitória do Estado, sem abranger a atuação declaratória. Igualmente, rebateu a alegação do sr. Walter Meyer Feldman, de que o TCM/SP teria reconhecido a prescrição por não lhe ter aplicado qualquer penalidade, por considerá-la sem fundamento, pois o entendimento do julgado é no sentido da irregularidade do Contrato e dos Aditivos. Acerca da alegação de ocorrência de decadência, considerou que dispositivo legal invocado – art. 48-A da Lei nº 14.141/06 – não se aplica à atividade controladora exercida por este Tribunal, mas apenas aos processos administrativos convencionais. No mérito, se posicionou pela manutenção da r. Decisão, por seus próprios fundamentos, acompanhando o posicionamento da SCE, vez que se trata de questões fáticas e técnicas.

De sua parte, a PFM requereu a apreciação e o provimento dos Recursos.

A Secretaria Geral, naquela oportunidade, opinou pelo regular processamento dos Recursos *Ex Officio* e voluntários. Sobre as preliminares arguidas, posicionou-se pela rejeição da tese de decadência quanto ao direito de anular o instrumento contratual, bem como da tese de prescrição quanto ao ressarcimento do erário, visto que não consta da r. Decisão prolatada neste processo nenhuma determinação para anular a relação jurídica contratual ou para ressarcimento. No mérito, concluiu pelo não provimento dos Apelos analisados, mantendo-se incólume a r. Decisão prolatada.

Passo, na sequência, a relatar a instrução dos Recursos *Ex Oficio* e Voluntário interposto este por Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda. (peça 37), nos autos do **Item II – ETCM nº 865/2010.**

Quanto à Execução Contratual, a Decisão recorrida considerou que ela não correspondeu ao que fora ajustado, infringindo ao disposto no artigo 66 da Lei nº 8666/93. É que houve atraso na entrega dos projetos técnicos definitivos e, quando foram apresentados, havia incremento de 2388% nos quantitativos, implicando 35% de aumento no valor da obra (de R$ 3.182.400,034 para R$ 4.298.913,04), revelando que não se tratava de mero ajuste, mas sim de falhas no planejamento e estudos prévios. O gerenciamento dos serviços era insatisfatório, sem anotações no Diário de Obras, em especial sobre a tempestividade de seu andamento, resultando em considerável atraso sem justificativas. A inexistência de previsão contratual sobre a importação de produtos estrangeiros/importados – já tratada quando da análise do Contrato - possibilitou que não fossem apresentados documentos que comprovassem sua compra, que os produtos aplicados seriam de fato os que foram adquiridos na Alemanha e culminou em realinhamento irregular dos valores referentes a tais materiais (variação cambial), sendo que a quantia paga por SEME superou o preço da compra pela Contratada em R$ 385.393,61 (fl. 949 verso). Os valores de mão-de-obra lançados nas notas fiscais (20% do valor contratado) são superiores aos referentes aos encargos lançados nas folhas de pagamento no mesmo período, sugerindo superavaliação da mão-de-obra, alcançando diferença de R$ 458.460,17. Na 9ª medição foram lançados serviços não realizados, correspondentes a 10,29% da

obra, caracterizando adiantamento de valores à Contratada. O cronograma físico da obra, elaborado pela Contratada e aceito pela Pasta, não observou o período de chuvas e o prazo demandado para a Certificação da pista, o que gerou prorrogações contratuais. Por estas razões é que foi julgada irregular a execução contratual e com a determinação de que fossem cobrados da Contratada os valores de R$ 13.686,51, em razão do pagamento de serviços extracontratuais em valor superior ao previsto na tabela EDIF (Termo Aditivo nº 032/2010) e de R$ 385.393,61, por conta do realinhamento irregular dos preços relativos aos produtos importados.

A Pasta, os responsáveis e demais interessados, apesar de devidamente intimados, deixaram de apresentar Recursos nestes autos (peças 29/36 e 70/75)

Inconformada a Contratada ofereceu Recurso Ordinário (peça 37) pleiteando a reforma da Decisão com idêntico teor do Apelo ofertado nos autos do Item I - eTCM 864/2010, razão pela qual deixo de reproduzi-lo.

Avaliando os argumentos do Recurso, a Assessoria Jurídica opinou pelo conhecimento dele e registrou que, em razão do processo ter sido objeto de remessa necessária ao *juízo ad quem*, os efeitos recursais suspensivo e devolutivo se operam de imediato (artigos 137 e 141 RITCMSP). A respeito das preliminares de Decadência e Prescrição ventiladas, considerou, à época, que ambas não teriam procedência, sublinhando que as questões atinentes ao controle externo não estariam sujeitas à prescrição ou decadência, já que se inserem no âmbito da atividade declaratória do Tribunal de Contas. No mérito, se posicionou pela

manutenção da r. Decisão, por seus próprios fundamentos, notadamente porque o realinhamento de preços relativo aos insumos importados ocorreu com a utilização de índices superiores aos devidos, repercutindo em lucro indevido, de modo que não há que se falar em inexistência de irregularidade ou reconhecimento de efeitos financeiros.

De sua parte, a SCE consignou que os argumentos recursais são semelhantes aos já apreciados na fase anterior e que foram levados em consideração pelos Órgãos Técnicos em suas manifestações e fundamentaram a r. Decisão recorrida, não havendo motivos para alterá-los.

A PFM, por sua vez, registrou que não há nos autos notícia de que o objeto não tenha sido efetivamente entregue ou indício de prejuízo ao erário, dolo ou má-fé dos agentes envolvidos. Assim, requereu o provimento dos Apelos para que seja reconhecida a regularidade dos atos examinados ou, ao menos, de seus efeitos jurídicos.

Na sequência, considerando haver em ambos os e-TCMs trazidos a julgamento alegações de ocorrência de prescrição, bem como a existência de trabalhos desenvolvidos no âmbito desse Tribunal a respeito do tema, e que foram estabelecidos novos parâmetros pelo STF no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 669.069, 852.475 e 636.886, que deram origem a Repercussões Gerais e à fixação dos Temas 666, 897 e 899, hoje transitados em julgado, e em razão de nova interpretação dada ao artigo 37, §5º da CF, determinei que a AJ se manifestasse especificamente sobre o assunto.

Atendendo tal chamamento, a AJ, avançando em seus estudos e entendimento, consignou que a temática da incidência do instituto da prescrição sofreu evolução interpretativa pela jurisprudência do STF, a partir do julgamento dos precedentes RE 669.069 (tema 666), RE 852.475 (tema 897) e RE 636.886 (tema 899). Em outro momento, com o julgamento da ADI n. 5.509-CE, o Órgão Jurídico considerou-a como a primeira ação de controle de constitucionalidade a reconhecer a possiblidade de fixação de prazo quinquenal para a caracterização da prescrição no âmbito do controle externo, bem como a estabelecer a incidência dos marcos interruptivos/suspensivos da Lei nº 9.873/1999 aos processos das Cortes de Contas, com efeito *erga omnes*.

A partir de então, o Tribunal de Contas da União, revendo posicionamento, editou a Resolução nº 344, de 11 de outubro de 2022, que fixou a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória. De igual modo se posicionaram a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, o Instituto Rui Barbosa, o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios, ao editarem conjuntamente a Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM nº 02, de 25 de abril de 2023, trazendo diretrizes de encaminhamento da matéria aos Tribunais de Contas. Na sequência, no âmbito deste Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento foi regulamentada por meio da Resolução nº 10/2023, em junho de 2023.

Assim, reanalisando a hipótese de ambos os processos, com fundamento na Resolução 10/2023 deste TCMSP, a AJ retificou parcialmente o entendimento a que havia chegado anteriormente, considerando que a jurisprudência do STF não abrangeu as decisões de natureza declaratória, alcançado apenas seus aspectos de cunho punitivo e ressarcitório, entendimento que foi confirmado com a superveniência da mencionada Resolução. Concluiu, portanto, em relação ao Item I – eTCM 864/2010 que: como a Decisão nele proferida apresenta viés meramente declaratório, sem a imputação de responsabilidades, nem a determinação de sanções ou de ressarcimento, o processo não foi atingido pela prescrição disciplinada pela Resolução nº 10/2023. Já no que tange ao Item II – eTCM 865/2010, em razão das determinações voltadas ao ressarcimento de valores, verificou a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, vez que, entre os marcos interruptivos de 08/06/2011 (manifestação da Auditoria acerca da defesa apresentada) e de 22/11/2019 (Decisão recorrível), transcorreu prazo superior a 05 (cinco) anos, configurando-se nele a prescrição quinquenal.

De sua parte, a PFM registrou que nada tem a opor quanto ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e/ou de ressarcimento, exclusivamente no âmbito do controle externo, nos termos da Resolução nº 10/2023 e em conformidade com os entendimentos dos Órgãos Técnicos e especializados dessa E. Corte de Contas.

Finalizando a instrução processual, a SG acompanhou a manifestação da AJ, no sentido da ocorrência da prescrição dos comandos punitivos ou ressarcitórios alcançando unicamente o Item II - eTCM n.

865/2010, preservada a função declaratória do provimento de mérito em ambos os processos. No mérito, reportou-se às manifestações anteriores dos Órgãos Técnicos da Casa e também daquela Unidade, no sentido de que os Apelos devem ser conhecidos, mas não merecem provimento.

É o relatório.

VOTO

Os processos trazidos a julgamento nesta assentada, Item I – e-TCM n.º 864/2010 e Item II – e-TCM n.º 865/2010, possuem ponto agregador que recomenda avaliação conjunta, pois se trata do julgamento dos Recursos Ex Officio e Voluntários neles interpostos, que cuidam, respectivamente, do Contrato n.º 016/SEME/2009 e dos Termos de Aditamento n.º 134/SEME/2009, n.º 032/SEME/2010 e n.º 130/SEME/2010 firmados pela Secretaria Municipal de Esportes e Lazer e Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda, objetivando

a reforma do complexo da pista de atletismo do Centro Olímpico de Treinamento e Pesquisa – COTP e do Acompanhamento da Execução do mencionado Ajuste.

Primeiramente, em relação ao Item I - **eTCM n.º 864/2010**, conheço do Recurso *Ex Officio*, pois se adequa ao Regimento Interno deste Tribunal e dos Recursos Voluntários interpostos por Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda. (peça 36), Walter Meyer Feldman (peça 52) e Valter Antônio da Rocha (peça 58), pois estão presentes os pressupostos

de admissibilidade previstos no normativo mencionado. Igualmente, no âmbito do Item II - **eTCM n.º 865/2010**, conheço do Recurso *Ex Officio*, posto que regimental, e do Recurso Voluntário interpostos por Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda. (peça), pois preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Registro de início que, por força do disposto nos artigos 137, parágrafo único e 141 do RITCMSP, em razão do processo ter sido objeto de remessa necessária ao *juízo ad quem*, os efeitos recursais suspensivo e devolutivo se operaram de imediato.

Volto-me, preliminarmente, para a alegação de ocorrência de decadência. Como bem salientaram a AJ e a Secretaria Geral na instrução dos autos, o dispositivo legal invocado – art. 48-A da Lei nº 14.141/06 – não se aplica à atividade controladora exercida por este Tribunal, mas apenas aos processos administrativos convencionais, razão pela qual fica ela afastada.

Em relação à prescrição, conforme fora apontado pela Assessoria Jurídica, com base em recentes estudos sobre o tema, houve evolução interpretativa oferecida, notadamente, pela jurisprudência do STF e então disciplinada no âmbito deste TCMSP pelo advento da Resolução 10/2023, no sentido da possibilidade de aplicação desse instituto no âmbito da atividade de controle externo, contudo, limitada apenas aos seus vieses punitivo e ressarcitório, sem alcançar o campo declaratório.

Nesse sentido, observo que o julgado combatido, inserto nos autos do Item I - **eTCM n.º 864/2010**, apresenta cunho meramente declaratório, sem a imputação de responsabilidades, nem determinação para aplicação de sanções ou ressarcimento, não havendo que se cogitar, portanto, da incidência do prazo prescricional quinquenal, nos termos da Resolução nº 10/2023.

Por outro lado, no âmbito do Item II - **eTCM n. 865/2010**, reconheço, em sede preliminar, a ocorrência da prescrição, limitada, entretanto, aos vieses punitivo e ressarcitório da Decisão, restando preservada sua função declaratória, razão pela qual entendo necessário prosseguir e adentrar na análise e provimento do mérito, o que faço na sequência.

Desse modo, no mérito, analisando os Apelos apresentados, verifico que não há elementos ou argumentos capazes de alterar o Julgado ora discutido.

Com efeito, a Primeira Câmara deste Tribunal decidiu pela irregularidade do Contrato e de seus Termos Aditivos, em razão da ocorrência de diversas irregularidades/ilegalidades, muitas delas relacionadas aos itens importados (realinhamento de preços, real variação do dólar, falta de cláusula contratual estabelecendo as condições sobre importação, insumos sem documentação dos produtos estrangeiros, etc), além da ausência de cronograma físico-financeiro correspondente ao Contrato realinhado e de garantia complementar para o Ajuste e para os Termos Aditivos. Especificamente quanto ao Termo Aditivo nº 032/2010,

considerou, ainda, a estimativa de serviços extracontratuais com valores superiores aos da tabela EDIF e a deficiência do projeto básico em relação aos quantitativos necessários para a obra. Naquilo que se refere ao Termo Aditivo nº 130/2010, avaliou a ausência do cronograma físico-financeiro e a falta da comprovação da compra de material importado para efeito do realinhamento dos preços, desaguando no apontamento da necessidade de devolução de valores aos cofres municipais, a serem apurados em autos próprios.

Igualmente, naquilo que toca à Execução Contratual, o que balizou o julgamento foi que o seu desenvolvimento não correspondeu ao que fora ajustado, pois houve atraso na entrega dos projetos técnicos definitivos que, quando apresentados, demonstraram o incremento de 2388% nos quantitativos, implicando 35% de aumento no valor da obra (de R$ 3.182.400,034 para R$ 4.298.913,04) e reforçando a existência de falhas no planejamento e estudos prévios. O gerenciamento dos serviços era insatisfatório, sem anotações no Diário de Obras, em especial sobre a tempestividade de seu andamento, resultando em considerável atraso sem justificativas. A inexistência de previsão contratual sobre a importação de produtos estrangeiros/importados – já tratada quando da análise do Contrato - possibilitou que não fossem apresentados documentos que comprovassem sua compra, que os produtos aplicados na obra seriam, de fato, os que foram adquiridos na Alemanha e culminou em realinhamento irregular dos valores referentes a tais materiais (variação cambial), sendo que a quantia paga por SEME superou o preço da compra pela Contratada em R$ 385.393,61 (fl. 949 verso). Os valores de mão-de-obra registrados nas notas fiscais (20% do valor contratado) são superiores aos valores

referentes aos encargos lançados nas folhas de pagamento no mesmo período, sugerindo superavaliação da mão-de-obra. Além disso, na 9ª medição, foram incluídos serviços não realizados, correspondente a 10,29% da obra, caracterizando adiantamento de valores à Contratada. O cronograma físico da obra, elaborado pela Contratada e aceito pela Pasta, não observou o período de chuvas e o prazo demandado para a certificação da pista, o que gerou prorrogações contratuais, que poderiam ter sido evitadas. Por estas razões, a Primeira Câmara deste Tribunal considerou irregular a execução contratual e entendeu necessário que fossem cobrados da Contratadas os valores de R$ 13.686,51, em razão do pagamento de serviços extracontratuais em valor superior ao previsto na tabela EDIF (Termo Aditivo nº 032/2010) e de R$ 385.393,61, por conta do realinhamento irregular dos preços relativos aos produtos importados.

Como se verifica, as questões de fundo são de natureza técnica e fática. Contudo, os argumentos veiculados nos Apelos não são suficientes para afastá-las. Nesse panorama os Recorrentes não agregaram fatos ou elementos diferentes daqueles já constantes nos autos e que já foram avaliados e debatidos pelos Órgãos Técnicos, pelos Julgadores e sobre os quais se baseia o Acórdão recorrido.

De outra banda, as alegações de boa-fé não têm condão de reverter a situação fática, tida por irregular, tampouco a de que não houve prejuízo pode ser acolhida, pois há o reconhecimento da irregularidade, bem como a indicação de eventual prejuízo.

Assim, com amparo nos pareceres da Secretaria de Controle Externo, da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral, que integro ao presente, **i)** no Item I - **eTCM n. 864/2010**, afasto as preliminares de decadência e prescrição arguidas e, no mérito, nego provimento aos Recursos E*x Officio* e Voluntários interpostos, mantendo, na íntegra, a r. Decisão guerreada, por seus fundamentos; **ii)** no Item II - **eTCM n. 865/2010**, afasto a preliminar de decadência e acolho a de prescrição, apenas no que se refere aos aspectos punitivo e ressarcitório envolvidos, na forma regulamentada pela Resolução n. 10/2023, razão pela qual dou parcial provimento aos Apelos, reconhecendo que as determinações relacionadas ao ressarcimento de valores encontram-se fulminadas pela prescrição, mantendo-se, contudo, o entendimento de fundo a respeito da declaração de irregularidade dos atos praticados, portanto da Execução Contratual, consignando que o reconhecimento da prescrição não impede a continuidade ou reverte medidas já iniciadas no âmbito interno com a finalidade de diligenciar a cobrança de valores ou multas ora não aplicadas.

É como voto.

TCM, 23 de outubro de 2024.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

MBM/RB

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 23/10/2024 15:04:30 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM – RELATOR (Juntado aos autos na 3.342ª Sessão Ordinária – Certidão)

II – DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO RICARDO TORRES – REVISOR

Processo:	**TC 0864/2010**
Origem:	**Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação**
Objeto:	Recursos "*ex officio*". Acórdão de Câmara. Reforma e Readequação das Escolas Modulares Metálicas (Escolas de Lata).

Processo:	**TC 865/2010**
Origem:	**Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação, atualmente denominada Secretaria Municipal de Esportes e Lazer – SEME e Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda.**
Objeto:	RECURSOS EX OFFICIO E VOLUNTÁRIO de Recoma Construções Comércio e Indústria Ltda. Acompanhamento da Execução do Contrato nº 016/SEME/2009 e Termos de Aditamento.

DECLARAÇÃO DE VOTO

É o caso de reconhecer a consumação de prescrição no presente feito, mantendo-se, contudo, as determinações e recomendações exaradas.

Em que pese o Judicioso Voto do Exmo. Conselheiro Roberto Braguim, peço vênia para apresentar divergência.

1. A ocorrência do fenômeno prescricional no âmbito das Cortes de Contas foi sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal. Com o julgamento de precedentes qualificados nos Temas de Repercussão Geral nº 897 e 899, e na esteira do quanto decidido no julgamento da ADI nº 5.509, com base na métrica estabelecida pela Lei Federal nº 9.873/1999, foi reconhecida a aplicação do prazo quinquenal à prescrição das pretensões punitivas e ressarcitórias submetidas à deliberação dos Tribunal de Contas.

2. A ocorrência do fenômeno prescricional no âmbito das Cortes de Contas foi sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal. Com o julgamento de precedentes qualificados nos

Temas de Repercussão Geral nº 897 e 899, e na esteira do quanto decidido no julgamento da ADI nº 5.509, com base na métrica estabelecida pela Lei Federal nº 9.873/1999, foi reconhecida a aplicação do prazo quinquenal à prescrição das pretensões punitivas e ressarcitórias submetidas à deliberação dos Tribunal de Contas.

3. Em seu turno, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCMSP, a partir da Resolução nº 10/2023 – publicada no Diário Oficial em 12/06/2023, conjugada à Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023, regulamentou a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória nos feitos de sua competência – transcurso quinquenal, bem como da prescrição intercorrente – transcurso trienal.

4. Quanto ao momento, a aferição da ocorrência da prescrição, nos termos do Artigo 11 da referida Resolução, pode ser realizada em qualquer fase do processo, de ofício ou por provocação dos interessados, uma vez que se trata de matéria de ordem pública. Veja-se:

> Art. 11. A ocorrência de prescrição será aferida, de ofício ou por provocação do interessado, em qualquer fase do processo, ressalvado o disposto no parágrafo único.

5. Impositivo, portanto, reconhecer, de ofício, a prescrição quinquenal no caso em tela, ocorrida, nos termos previstos do art. 2º, caput, da Resolução nº 10/2023, antes de prolatada a decisão ora recorrida.

6. Nos casos concretos, consumou-se o transcurso de prazo superior a 5 (cinco) anos, entre os marcos interruptivos de 03/10/2011, no TC 0864/2010, e 13/06/2011, no TC 0865/2010, (manifestação da Auditoria acerca da defesa apresentada) e de 31/01/2020 (r. decisão recorrível), o que confirma a ocorrência concreta de prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, repercutindo em reflexos para as determinações de igual natureza no âmbito deste E. Tribunal de Contas.

7. Verificada a prescrição, deve o acórdão recorrido ser reformado para extinguir o feito. Entretanto, nos termos da deliberação deste Tribunal de Contas no bojo do TC/366/2011, o alcance da modificação no aresto impugnado resulta da avaliação ponderada quanto à relevância da manutenção dos aspectos declaratórios da anterior deliberação no sentido de reorientar a atuação da Administração.

8. Tal entendimento condiz com a versão já aprimorada da normatização do Tribunal de Contas da União a respeito do tema, veja-se:

> Art. 11. Reconhecida pelo Tribunal a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória em relação à totalidade das irregularidades, o processo deverá ser arquivado, ressalvada a hipótese do art. 12.
>
> Art. 12. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento das contas, a adoção de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

9. Da leitura dos autos, tem-se que a Decisão de Câmara ora sob análise orientou-se no sentido de julgar: I - irregulares o Contrato nº 016/SEME/2009 e os Termos de Aditamento nº 134/SEME/2009, nº 032/SEME/2010 e nº 130/SEME/2010; II – bem como não acolheu a sua execução contratual, elaborando determinações à Pasta para que proceda à cobrança, da empresa contratada a) do valor de R$ 13.686,51, devidamente atualizado, em razão do pagamento de serviços extracontratuais em montante superior ao previsto na tabela EDIF (Termo Aditivo 032/SEME/2010), b) do valor de R$ 385.393,61, devidamente atualizado, tendo em vista a concessão de realinhamento irregular dos preços relativos aos produtos importados, e c) recomendou à Pasta, para assegurar condições adequadas de manutenção da pista de atletismo, que estabeleça critérios para montar equipe própria responsável pela manutenção; acompanhe rigorosamente as orientações contidas no Manual fornecido pela Contratada quanto à utilização da pista e seu entorno, e analise periodicamente a água de minas acumulada na caixa de reuso, a fim de verificar se, na composição química, existe algum componente agressivo ao material de revestimento da pista.

10. Constata-se, *primo oculi*, a relevância do conteúdo declaratório presente da instrução, vez que se destina a reorientar a atuação da administração no sentido de melhor governança e atendimentos aos princípios constitucionais da Administração Pública, devendo, assim, ser mantido.

11. Por fim, observo que o reconhecimento da prescrição em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem no sentido de promover medidas necessárias de ressarcimento e para fins de apuração de atos de improbidade – cujas ações de reparação são imprescritíveis, nos termos do Tema 897 do STF - ou criminais.

Diante do exposto, voto no sentido de **CONHECER** do Recursos *"ex officio"* e voluntário, para, de ofício, reconhecer a ocorrência de prescrição, **REFORMANDO** a Decisão recorrida para **JULGAR EXTINTO O PRESENTE FEITO**, nos termos do art. 12 da Resolução nº 10/2023, com relação a terceiros, mantidas as disposições destinadas a reorientar a atuação da Administração.

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 dos atos de sua competência, reforçando os efeitos pedagógicos da instrução nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023 do TCM/SP.

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

Plenário Cons. **PAULO PLANET BUARQUE,**

Ricardo Torres
Conselheiro

TC 864/2010

ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SEME. Reforma da pista de atletismo. 1. A contratação não implicou em transformação completa das funcionalidades a que se prestavam os equipamentos. Reforma caracterizada. Lei Mun. 13.278/02. 2. Possibilidade de uso da tabela de preços de EDIF como paradigma. Art. 4º, Dec. Mun. 44.279/03. 3. Utilização de índices superiores aos devidos. Distorção da equação cambial. Art. 65, II, "d", Lei 8.666/93. Art. 4º, I, Dec. Mun. 49.286/08. IRREGULAR. Votação unânime.

Relatório e voto englobados TCs 1.674/2008, 864/2010 e 865/2010.

4ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

D E C I S Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/001674/2008, TC/000864/2010 e TC/000865/2010, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

DECIDEM os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar irregulares o Contrato 016/SEME/2009 e os Termos de Aditamento 134/Seme/2009, 032/Seme/2010 e 130/Seme/2010.

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

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

São Paulo, 22 de novembro de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Tratam-se nestes autos das análises da Concorrência nº 01/SEME/2008 e dos ajustes dela decorrentes, bem como da respectiva execução contratual. O objeto dos procedimentos é a execução de reforma do complexo da pista de atletismo do Centro Olímpico de Treinamento e Pesquisa – COTP, da Secretaria Municipal de Esportes.

No TC nº 72.001.674/08-61 avalia-se o acompanhamento da Licitação, o TC nº 72.000.864/10-86 trata da análise do Contrato nº 016/SEME/2009 e dos Termos de Aditamento nºs 134/SEME/2009, 032/SEME/2010 e 130/SEME/2010. O TC 72.000.865/10-49 versa sobre o acompanhamento da execução dos ajustes anteriormente mencionados, com vistas a verificar se o contrato está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas.

Em virtude da conexão de objetos, os processos em epígrafe serão julgados em conjunto.

1 - TC no 1.674/08-61

Quanto ao TC 1.674/08-61, instaurado o procedimento de fiscalização, a Auditoria, no parecer de fls. 206/211 concluiu inicialmente o quanto segue:

> *"Da análise das fases interna e externa do Processo de Concorrência 001/SEME/2008, não constatamos que até 30/06/2008 (Ata de Deliberação – fls. 199), tenham ocorridos atos ou omissões que pudessem macular o certame, sob os aspectos jurídico-normativos, recomendando, no entanto, a necessidade de inclusão de exigência de documento comprovando consulta ao CADIN Municipal, como condição prévia para a celebração do contrato administrativo, bem como para efetuar os pagamentos à contratada, por força do disposto na Lei Municipal nº 14.094/05, artigo 3.º, inciso II e Decreto Municipal N.º 47.096/06* ***(1.3.2)****.*
>
> *Recomendamos, ainda, que para futuros certames, seja observado o seguinte:*
>
> ***a)*** *Supressão da admissão constante do subitem 6.1.3, alínea f.1. (fls. 27), pois poderá haver dificuldade para a Administração, no cotejo da autenticidade da certidão ali prevista, em caso da não atualização da situação tributária da empresa nos sites dos Fiscos* ***(1.3.1.a)****.*
>
> ***b)*** *Aprofundamento no exame da viabilidade da adoção do Índice de Liquidez Geral, de forma que se consiga, ao*

mesmo tempo, resguardar a Administração contra empresas em situação econômico-financeira vulnerável, mas também que não se restrinja o certame indevidamente, em desacordo com o com o princípio da isonomia, previsto na Lei Federal 8.666/93, artigo 3.º, combinado com o com a Lei Federal N.º 8.666/93, artigo 31, § 5.º ***(1.3.1.b)****.*

Informamos que não houve pronunciamento da SEME, deliberando sobre as razões da empresa Recoma, nem sobre as contra-razões da empresa Lisonda, sobre a decisão da Comissão Permanente de Licitação CPL 02 – SEME, que julgou classificada apenas a proposta da empresa Lisonda (fls. 172/175).

Por fim, ressaltamos que as datas das propostas das empresas Lisonda (fls. 140/153 – 05/05/2008) e Recoma (fls. 154/169 – 30/04/2008) apresentam prazo superior a 60 dias, conforme previsão do subitem 7.5 do Edital (fls. 32).

Após os autos foram encaminhados à AJCE, que no parecer de fls. 212/213, acompanhou a manifestação técnica da Auditoria pela regularidade do certame, observadas as recomendações propostas, destacando que pendia ainda de decisão da Origem o recurso interposto pela empresa Recoma-Construções, Com. e Ind. Ltda. Destacou, ainda, a importância de inclusão no edital da exigência de apresentação de documento que comprove a consulta ao CADIN, como providência prévia à celebração do contrato e realização de pagamentos à contratada, ressaltando, entretanto, que a ausência dessa disposição no edital da licitação em exame não viciaria o procedimento, tendo em vista que caberia à Administração, nos termos da lei, a verificação da existência de registro de cadastro antes da contratação ou do repasse de recursos financeiros.

Em seguida veio aos autos manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, alinhando-se ao entendimento dos órgãos técnicos pré-opinantes.

Sobrevieram então novas manifestações da Auditoria, em razão do prosseguimento da Licitação pela SEME. Às fls. 327/328 a Auditoria informou que o objeto da Concorrência nº 001/SEME/08 foi adjudicado e homologado à Recoma – Construções Comércio e Indústria Ltda., em 19.11.2008, entretanto, a adjudicatária não assinou o termo de contrato e requereu reequilíbrio econômico-financeiro, alegando a ocorrência de fatos imprevisíveis. Destacou, ao final, que o pleito licitatório até a homologação obedeceu à legislação vigente, concluindo pela regularidade da Concorrência nº 01/SEME/08, registrando às fls. 327 e 361vº recomendações à Origem para serem observadas nos futuros certames.

Em nova manifestação (fls. 402/403), a Auditoria relatou que foi deferido o reequilíbrio econômico-financeiro, ratificando a conclusão no sentido de que o certame licitatório examinado não apresentou irregularidades, mantendo as recomendações expendidas nos pareceres anteriores.

Instada novamente a se pronunciar, a AJCE, às fls. 406/410, manifestou-se pela regularidade do procedimento licitatório, porquanto não havia apresentado qualquer anomalia que tivesse resultado em sua irregularidade, em que pesem as recomendações realizadas pela Especializada tangente à ressalva afeta à consulta ao CADIN quando da assinatura do instrumento contratual, bem assim em relação aos pagamentos a serem efetuados à contratada.

Destacou ainda, em relação à questão afeta ao reequilíbrio econômico-financeiro, ter restado justificado tal reequilíbrio, eis que protestado pela adjudicatária com o argumento da ocorrência de fatores que provocaram variações abruptas e inesperadas, como variação do Dólar e aumento substancial de insumos na construção, o que indicaria a subsunção ao artigo 65, inciso II, alínea "d" da Lei Federal 8.666/93. Deixou, contudo, de analisar o mérito dos índices utilizados e da variação dos preços defendida pela adjudicatária, tendo em vista que sua rejeição só poderia ser arredada mediante exame de questões técnicas concernentes à variação peculiar dos insumos e índices utilizados com o escopo de adequá-los aos valores da proposta.

Em seguida a PFM, às fls. 413/415, propugnou pelo acolhimento da Concorrência nº 001/SEME/2008, em exame, posto que regular.

Ao final a Secretaria Geral (fls. 417/422), calcada nas manifestações dos órgãos técnicos desta Corte, posicionou-se pelo acolhimento da Concorrência n.º 001/SEME/2008, nos termos do inciso I, do artigo 4º, da Resolução nº 06/00, atualizada pela Resolução nº 01/05 deste Tribunal.

2 - TC no 864/10-86

Trata o presente sobre análise do Contrato nº 016/SEME/2009 e dos Termos de Aditamento nºs 134/SEME/209, 032/SEME/2010 e 130/SEME/2010 celebrados pela Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação – SEME e a empresa Recoma Construções, Comércio e Indústria Ltda., tendo por objeto a reforma do complexo da pista de atletismo do Centro Olímpico de Treinamento e Pesquisa – COTP.

Após análise, a Auditoria procedeu ao exame dos instrumentos objeto destes autos, concluindo às fls. 461/483 o quanto segue:

"- Contrato nº 016/2009:

A Auditoria conclui pela irregularidade do ajuste em razão das seguintes falhas:

1) *Embora o objeto do contrato refira-se a "execução e reforma do complexo da pista de atletismo ", concluiu a auditoria que se trata de "execução de obra nova" para os efeitos do que dispõe o § 2º do art. 65 da LF 8.666/93 (item 1);*

2) *Falta de pesquisa necessária ao balizamento dos preços ofertados pelos licitantes, em infringência à LF 8666/93, art. 7º, § 2º, Inciso II e DM 44.279/03, art. 2º, Inciso VI e art. 4º;*

3) *Inexistência de cláusula contratual estabelecendo as condições sobre importação, data e taxa de câmbio para importação de produtos estrangeiros, em desacordo com o Inciso X do art. 55 da LF 8666/93 (item 7.2);*

4) *A competição restou inviabilizada em face da acentuada redução dos preços dos produtos e serviços pela Recoma, que com tal procedimento ganhou a licitação e após recusou-se a assinar o contrato sem prévio realinhamento de preços (itens 7.3 e 7.4);*

5) *Realinhamento de preços sem a apresentação de notas fiscais correspondentes à importação dos produtos estrangeiros e declaração de importação, em desacordo com o* estabelecido no inciso X do art. 55 da LF 8.666/93 (item 7.4);

6) *Realinhamento de preços com a utilização de índices superiores aos devidos, graças à utilização de períodos desconformes em relação ao* ***Io****, inclusive cotação do dólar pelo pico, distorcendo, assim, a equação cambial, portanto, em desconformidade com a alínea "d", do inciso II, do art. 65 da LF 8.666/93 e ao inciso I, art. 4º do DM 49.286/08 (item 7.5);*

7) *Pela falta de cronograma físico-financeiro correspondente ao contrato realinhado ao preço de R$ 3.182.400,34, em desacordo com o prescrito no § 1º do art. 54 da LF 8.666/93 (item 7.6);*

8) *O contrato não foi disponibilizado no site da Prefeitura, conforme previsto na LM 13.226/01 (item 15.21 da Planilha);*

9) *Não consta dos autos, a garantia complementar, conforme deliberado na Ata de Prosseguimento do certame (item 15.15 da Planilha)."*

- Termo Aditivo nº 134/2009 (fls. 474 a 475)
O T.A. nº 134/SEME/2009, ao Contrato nº 016/SEME/2009 é Irregular em virtude de:

***1 -** A contratação foi considerada irregular;*

***2 - C.15.h** - Publicação extemporânea do ajuste, infringência ao art. 26 da LM 13.278/02;*

3 - Item B.14** - Não foi prorrogada a validade da garantia de R$ 159.120,01 e não há evidência do reforço da garantia solicitado na Ata de Prosseguimento do Certame (fls. 350/351).**"

- Termo Aditivo nº 032/2010 (fls. 476 a 478)
O T.A. nº 32/SEME/2010, ao Contrato nº 016/SEME/2009 é Irregular em virtude de:

***1 -** O Contrato e o 1º aditivo foram considerados irregulares;*

***2** - **ITEM A.9.3** - O cronograma físico-financeiro da obra não foi localizado nos autos. Inquirida, a SEME só veio a apresentá-lo em 01.07.2010 (fls. 725, 726 e 739 do TC72.000.865.10-49), em documento sem assinatura e sem qualquer vestígio de anterior autuação (§ 1º do art. 54 da LF 8.666/93);*

***3 - ITEM B.14** - Não foi prestada garantia suplementar de R$ 55.825,64, nem prorrogada a garantia anterior, de R$ 159.120,01, em desacordo com o art. 56 da LF 8.666/93. Também não foi apresentado o reforço da garantia solicitado na Ata de Prosseguimento do Certame (fls.350/351).*

***4 - ITEM C.15.a** - Falta de pesquisa de mercado (LF 8.666/93, art. 7º, § 2º, Inciso II, LM 13.278/02, art. 26 e DM 55.379/03, inciso VI e art. 4º), sendo que também se observou que os serviços extracontratuais foram estimados, no aditivo, por preço superior ao admitido na contratação, pelo importe de R$ 13.686,51, valor que a RECOMA deverá devolver à SEME*

***5 - ITEM C.15-a** - Os quantitativos introduzidos neste aditivo evidenciam a falta de previsão, no projeto básico, das quantidades necessárias para a obra, em desacordo com o previsto no § 4º do art. 7º da Lei*

Federal 8.666/93;

***6 - ITEM C.15.h** - A publicação deste aditivo foi feita após o prazo regulamentar de 20 dias (LM 13.278/02, art. 26);*

***7 - ITEM C.15.j** - Os acréscimos correspondentes a este aditivo superaram o máximo de 25% admissível para construção de obra nova (§ 2º do art. 65 da LF 8.666/93).”*

- ***Termo Aditivo nº 130/2010 (fls. 481 a 483)***

O T.A. nº 130/SEME/2010, ao Contrato nº 016/SEME/2009 é Irregular em virtude de:

***1 -** O Contrato e os dois primeiros aditivos foram considerados irregulares;*

***2 - C.15.h -** A publicação do presente aditivo foi feita intempestivamente (LM nº 13.278/02, art. 26);*

***3 - Item B.14** - Não foi prestada garantia suplementar de R$ 55.825,64, nem prorrogada a garantia anterior, de R$ 159.120,01, em desacordo com o art. 56 da LF 8.666/93. Também não foi apresentado o reforço da garantia solicitado na Ata de Prosseguimento do Certame (fls. 350/351);*

***4 - Item 16 -** Devido a falta de comprovação de compra do material importado, a auditoria calculou, em 25.06.2010, que o realinhamento dos preços daqueles produtos foi superior ao devido, caracterizando infração à alínea "d", do inciso II, do artigo 65 da LF 8.666/93 e ao inciso I, do artigo 4º do DM 49.286/08, motivo pelo qual a RECOMA deverá devolver R$ 267.926,20 aos cofres municipais, com os encargos calculados na data de pagamento.”*

Informamos que o acompanhamento da licitação, Concorrência nº 01/SEME/2008, e o acompanhamento da execução contratual constam, respectivamente, dos T.C.´s nºs 72.001.674.08-61 e 72.000.865.10-49.

A Origem e a Contratada foram então intimados para apresentação de defesa, com juntada de manifestações por Valter Antonio da Rocha – Chefe de Gabinete da SEME (fls. 509/530) e Walter Meyer Feldman –

Secretário Municipal – (fls. 531/548) e Empresa Recoma- (Fls. 550/580).

Diante das manifestações e documentação apresentada pelos interessados acima nominados, a Auditoria procedeu à análise das informações e esclarecimentos ofertados, concluindo pela manutenção das irregularidades constatadas, em razão da ausência de elementos hábeis para reverter as imputações anteriormente verificadas.

Instada a se manifestar, a AJCE apresentou parecer às fls. 594/607, concluindo pela irregularidade dos instrumentos em exame, ressalvando-se, no que toca aos apontamentos da AUD as anotações insertas nos itens 1, 2 (à exceção da ausência de orçamento para os insumos importados) e 4 da análise do Contrato nº 16/2009 (fls. 484/484vº), bem como nos itens 4 (à exceção dos valores extracontratuais) e 7 do Termo Aditivo nº 032/2010 (fls. 484 vº/485).

A PFM, às fls. 626/627, requereu nova intimação da Origem e dos interessados para que pudessem oferecer novos subsídios com o fito de que a instrução processual pudesse se completar, pleito que foi indeferido pelo então Conselheiro Relator, conforme r. despacho de fls. 628, entendendo que os autos já se encontravam devidamente instruídos.

Em face da citada decisão interlocutória, a PFM interpôs agravo regimental retido aos autos, com fundamento nos artigos 113 e 114, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, aduzindo que sem os esclarecimentos adicionais solicitados não haveria nos autos elementos suficientes que lhe permitisse exarar um pronunciamento conclusivo sobre a matéria, tendo em vista que a matéria em debate não restou suficientemente esclarecida.

No mérito, sustentou que não existiam elementos suficientes a impedir o acolhimento dos procedimentos examinados, ainda que presentes restrições e impropriedades, estas devem ser analisadas com as devidas cautelas, considerando a ausência de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário. Requereu ao final, caso restasse superada a preliminar alçada, o acolhimento do Contrato nº016/2009 e seus aditivos, relevando-se as impropriedades apontadas, com fundamento nas defesas encaminhadas pela Origem e responsáveis ou, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Após os autos foram encaminhados à Secretaria Geral, que às fls. 641/649 e 650/652 apresentou manifestação pelo não acolhimento do Contrato nº 016/SEME/2009, bem como dos respectivos Termos de Aditamento, acompanhando o parecer da AJCE de fls. 594/607 e destacando que o objeto do ajuste ora em análise configurou uma reforma e não uma construção, notadamente em face da ausência de completa e inquestionável desfiguração do equipamento original, premissa esta relevante para a conclusão acerca da legalidade do acréscimo de 25% no contrato original,

instrumentalizado pelo Termo Aditivo nº 032/2010.

Registrou também, o entendimento de que, à exceção dos itens importados, a utilização da tabela EDIF como parâmetro de estimativa de preços, inclusive antes da elaboração de aditivo, é legitima, assim como se apresentou justificado o reequilíbrio econômico financeiro requisitado pela empresa contratada, face aos argumentos invocados à época, inclusive as questões debatidas no TC nº 72.001.674/08-61, igualmente considerando-se a exclusão dos insumos importados nessa discussão. Por fim, destacou ser relevável também o apontamento referentes à falta de disponibilização do contrato na página eletrônica da Municipalidade.

3 - TC no 865.10-49

Tratam estes autos sobre o acompanhamento da execução do Termo de Contrato nº 016/SEME/2009 e dos Termos Aditivos nºs 134/2009 (Aditivo nº1), 032/2010 (Aditivo nº2) e 130/2010 (Aditivo nº3).

Às fls. 833/834 a Auditoria apresentou relatório no qual conclui pela irregularidade da execução em exame, em razão das seguintes falhas:

> ***"4.1*** *– Não foram apresentadas pela SEME as Anotações de Responsabilidade Técnica – ARTs do(s) profissional(is) que elaboraram o projeto básico do gestor do contrato e do fiscal da obra, o que contraria art. 14 da LF 5.194/66 e os artigos 1º e 5º da Resolução CONFEA 425/98 relativos ao exercício profissional* ***(item 3.2).***
>
> ***4.2 –*** *Não ocorreu a apresentação de cópia de todos os projetos técnicos definitivos, relacionados no Memorial Descritivo, acompanhados das respectivas ARTs. A Contratada só veio a apresentar os projetos executivos de arquitetura e o levantamento topográfico para execução da obra em 11.09.09, depois de quase 2 meses da ordem de início dos serviços, documentos esses responsáveis por aumentos até 2.388% nos quantitativos dos materiais e pelo correspondente acréscimo de 35,08% no preço realinhado da obra* ***(item 3.2.1).***
>
> ***4.3 –*** *A atividade de gerenciamento, que compreende o acompanhamento e a fiscalização da obra, sem a regular anotação no Diário de Obras (Caderneta de Anotações) era insatisfatória, ou seja, sem o registro fidedigno dos serviços e o apontamento de eventuais anomalias, em especial sobre o tempestivo*

*andamento das obras **(Item 3.2).***

4.4 –** Foi aceita, pela SEME, como regular, a 9ª Medição, correspondente ao mês de abril de 2010, que continha serviços não realizados, da ordem de R$ 442.358,15, equivalentes a 10,29% da obra, caracterizando adiantamento de referida importância à Contratada, em desacordo com o item 5.2 do contrato e o art. 65, II, c da LF 8.666/93, sujeitando o agente administrativo às cominações do art. 82 da LF 8.666/93 **(Itens 3.3 e 3.4.1);

4.5** – A SEME, ao aceitar o cronograma físico de serviços elaborado pela Contratada, não atentou para o fato de que o revestimento da pista estava programado para período de chuvas e que a Certificação demandaria o mínimo de 04 (quatro) meses, após a entrega final dos serviços da pista, situação que induziu naturalmente aos pedidos de prorrogação de prazo, a despeito das adversas condições meteorológicas incorridas **(item 3.2)

4.6 -** Observou-se a não apresentação, em tempo hábil, do cronograma financeiro da obra, inviabilizando qualquer comparativo com o efetivo andamento dos serviços. De fato, a apresentação de mencionado documento, excessivamente resumido (fl. 739), só ocorreu em 01.07.2010, sem que nele se observasse a assinatura do responsável e qualquer vestígio de ter sido autuado **(item 3.2).

4.7 –** Até o presente momento a Contratante não apresentou cópia das Notas Fiscais de materiais minerais e de madeira de origem nativa. **(item 3.4.3);

4.8** - Em consonância com a falta de previsão contratual de apresentação das condições de importação de produtos estrangeiros (art. 55, X, da Lei 8666/93), também não foram apresentadas, até a medição nº 9, as notas de compras de mencionados produtos **(Item 3.4.2).

***4.9 –** Os valores lançados nas notas fiscais apresentadas pela Construtora referentes a mão-de-obra (20% do valor contratado), superam, em muito, os valores de referidos gastos constantes das folhas de pagamento dos empregados alocados no COTP, sugerindo superavaliação orçamentária da mão-de-*

*obra **(Item 3.4.1);***

4.10 –** Não foi apresentada prova de regularidade da Contratada em face dos recolhimentos mensais devidos ao INSS sobre toda a sua folha de pagamentos, restringindo-se a comprovação ao percentual de 11% sobre o faturado em relação ao COTP. Em face do FGTS ficaram demonstrados apenas os recolhimentos correspondentes aos meses de DEZ/2009 a ABR/2010, em desacordo com a cláusula 5.5 do contrato e o art. 29 da Lei 8.666/93 **(item 3.4.1);

***4.11 -** Restou comprovado que a importação de produtos da Alemanha ocorreu antes da abertura do processo licitatório, invalidando a tese de perda da Contratada com a variação cambial que fundamentou o realinhamento de preços de referidos produtos, deferido pela SEME em 13.02.2010. Tal fato deverá ser objeto de ressarcimento ao erário, no importe de R$ 193.523,05, a ser atualizado na data do recebimento **(item 3.4.2.A)**;*

4.12** – As validades das certificações dos equipamentos e do material de revestimento da pista estão por se esvair entre novembro do corrente ano e dezembro de 2011, **frustrando a garantia inicialmente prevista, de 5 (cinco) anos, com uso diário,** como previsto no Anexo VI do Memorial Descritivo, por sinal reafirmada pela SEME em correspondência de 20.05.2010 **(item 3.4.2.B).

Ao final, registrou ainda as seguintes sugestões de aperfeiçoamento, com a finalidade de que sejam asseguradas condições adequadas de manutenção da pista, bem como com o fito de contribuir para o aprimoramento das atividades de controle:

***a.** "Estabelecer critérios para montagem de uma equipe própria de manutenção responsável em assegurar as condições ideais da pista.*

***b.** Análise periódica da água de minas acumulada na caixa de reuso com objetivo de verificar se, na composição química, existe algum componente agressivo ao material de revestimento da pista.*

***c.** Acompanhar rigorosamente, no decorrer da utilização da pista e entorno, as orientações contidas*

no Manual fornecido pela Contratada (fls. 744/747), pois a inobservância das recomendações pode acarretar o cancelamento automático da garantia de 5 anos."

Na sequência a Origem e a empresa contratada foram intimados para apresentação de defesa (fl. 847). Em resposta, vieram aos autos a manifestação da Origem de fls. 930/936 e da contratada às fls. 873/927.

Da análise dos esclarecimentos apresentados, a Auditoria, no relatório de fls. 943/950, manteve seu posicionamento pela irregularidade da execução contratual, ratificando as falhas anteriormente apontadas, à exceção da irregularidade relativa ao item 4.7, em razão da apresentação das notas fiscais correspondentes aos materiais minerais, bem como em relação ao item 4.10, tendo em vista ter restado esclarecido o apontamento.

Sobreveio então manifestação da AJCE acompanhando as conclusões da Auditoria, uma vez que as infrações verificadas implicaram no descumprimento à regra geral prevista no art. 66 da Lei Federal nº 8.666/93, implicando na automática irregularidade da execução contratual. Destacou, ainda que o presente feito não teve questionamentos jurídicos a serem examinados, consignando apenas que os itens 4.1 e 4.2 das conclusões da AUD não teriam o condão de macular a execução contratual, bem como que o citado item 4.2 e os itens 4.4, 4.5 e 4.6 expressaram problemas afetos ao planejamento da execução de obras.

A Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou manifestação às fls. 970/981, requerendo o acolhimento da execução do ajuste em tela, ou, alternativamente, fossem aceitos os efeitos financeiros dele decorrentes, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Ao final, a Secretaria Geral manifestou-se às fls. 983/989, anuindo com as conclusões da SFC e da AJCE, para considerar irregular a execução contratual "*sub examine*", sem embargo das determinações entendidas cabíveis.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento a Concorrência nº 01/SEME/2008 e os ajustes dela decorrentes, bem como da respectiva execução contratual. A contratação em referência foi firmada pela Secretaria Municipal de Espores, Lazer e Recreação – SEME e a empresa Recoma Construções, Comércio e Indústria Ltda., objetivando a execução de reforma do complexo da pista de atletismo do Centro Olímpico de Treinamento e Pesquisa – COTP.

O TC nº 1.674/08-61 avalia o acompanhamento da Licitação, o TC nº 864/10-86 trata da análise do Contrato nº 016/SEME/2009 e dos Termos de Aditamento nºs 134/SEME/2009, 032/SEME/2010 e 130/SEME/2010. O TC 865/10-49 versa sobre o acompanhamento da execução dos ajustes anteriormente mencionados, com vistas a verificar se o contrato está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas.

I – Concorrência nº 01/SEME/2008 (TC no 1.674/08-61)

Registro, quanto à questão discutida nos autos relacionada ao reequilíbrio econômico-financeiro pleiteado pela vencedora do certame, na linha da manifestação da AJCE de fls. 406/410, ter restado devidamente justificada a decisão da Origem de conceder o reajuste requerido, uma vez que os elementos de que dispunha no momento de sua decisão demonstravam a existência de fatos supervenientes aptos a indicar a subsunção ao artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei Federal 8.666/93, cabendo registrar que referido reajuste foi deferido após a Origem ter consultado a licitante classificada em segundo lugar no certame, que declinou da aceitação da contratação pelo valor adjudicado na licitação, reajustado nos termos da Portaria SF 042/2009, conforme se verifica no documento de fls. 374.

II – Contrato 016/SEME/2009 e respectivos Termos de Aditamento (TC 864.10-86)

Preliminarmente, registro que no curso da instrução processual houve a interposição de Agravo Regimental retido pela Procuradoria da Fazenda Municipal, nos termos do art. 114 do Regimento Interno desta Corte, em face da decisão proferida pelo então Conselheiro Relator de fls. 628, que indeferiu pedido de nova intimação da Origem e dos interessados para complementação de informações.

Nos termos do art. 151, § 1º do citado Regimento, tal matéria deverá ser apreciada apenas por ocasião de eventual interposição de Recurso Ordinário em face da decisão final a ser alcançada por este Plenário.

Em relação ao Contrato nº 016/SEME/2009, a Auditoria apontou uma série de irregularidades. Parte das falhas entendo superadas, conforme se verá a seguir, no entanto, remanescem impropriedades que comprometem o ajuste em exame.

De início, entendo que o objeto do contrato, ao contrário do quanto concluído pela Auditoria, caracteriza-se como reforma e não execução de obra nova. Tal constatação decorre do fato de que a contratação não implicou em transformação completa das funcionalidades a que se prestavam os equipamentos que sofreram as intervenções objeto da contratação, nos termos do que dispõe a Lei Municipal nº 13.278/02, conforme

bem assinalado pela AJCE à fl. 597.

Em relação ao apontamento da Auditoria relativa à pesquisa de preços, acolho a manifestação da AJCE para considerar regular o procedimento adotado pela Origem. Ainda que o objeto da licitação tenha sido adjudicado por valor inferior ao obtido na estimativa realizada pelo órgão licitador, nenhuma irregularidade há na utilização da Tabela de EDIF como paradigma, tendo em vista o quanto disposto no art. 4º, caput, do Decreto Municipal nº 44.279/03.

No entanto, fica mantida a presente irregularidade em relação aos itens importados, tendo em vista que não constavam da tabela consultada, restando assim não observado o quanto disposto no artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 2º, inciso VI, do Decreto Municipal nº 44.279/03.

Quanto à falha relativa à readequação de preços requerida pela Contratada e deferida pela Origem, que terminou por elevar o custo efetivo da contratação, a questão foi abordada com profundidade pela AJCE, no parecer de fls. 594/607, cujo excerto reproduzo a seguir:

> *"A sensível diferença havida entre o orçamento e o montante pelo qual foi adjudicado o objeto – considerado, pois, o posterior realinhamento – pode sugerir que a oferta da licitante vencedora buscou alijar as demais interessadas já com a intenção de exigir a revisão do valor contratual com base num fictício desequilíbrio econômico-financeiro – dessa forma entendeu a Equipe de Auditoria . No entanto, consoante destacado em parecer exarado nos autos do TC nº 72.001.674/08-61, as circunstâncias do caso concreto indicam que se fez necessário o realinhamento dos preços.*
>
> *(...)*
> *Cumpre observar, pois, que houve um lapso razoável entre a data de entrega das propostas das licitantes (18/02/2008) e a data de homologação do certame e de adjudicação do objeto licitado (19/11/2008) – tempo em que possivelmente ocorreram diversas alterações no cenário econômico (vide Anexos II a V). E que o ajuste, também pela resistência da contratada (em função do impasse gerado pelo pleito de realinhamento dos preços), só veio a ser firmado depois de praticamente 17 (dezessete) meses da abertura da licitação, em 16/07/2009 (vide fls. 335 do presente TC).*

Frente ao ocorrido, duas questões essenciais devem ser analisadas, quais sejam: a existência de fato superveniente capaz de provocar o comprometimento da equação econômico-financeira do contrato e a pertinência dos índices utilizados para o realinhamento dos preços. Quanto à primeira, destaque-se que a variação da tabela EDIF (vide Anexo I) e os documentos encartados às fls. 210/233 servem ao menos como fortes indícios de que se justificava o reequilíbrio econômico-financeiro pleiteado. E, quanto à segunda, dos relatórios de auditoria colacionados ao TC nº 72.001.674/08-61 é possível extrair que os índices utilizados para a revisão do valor contratual foram avaliados pela Origem – que observou, inclusive, as variações negativas dos preços (vide Anexo I) –, passando, também, pela Secretaria Municipal de Finanças (vide Anexo V).

Se não bastasse, vale salientar ainda que ao tomar ciência da recusa da licitante vencedora em assinar o ajuste, a Origem procurou a segunda colocada do certame para ofertar-lhe a contratação nos valores em que o objeto havia sido adjudicado. Oferta, no entanto, que foi prontamente recusada (vide Anexo V).

Dessa forma, julgo que restaram demonstrados elementos suficientemente aptos a justificar a decisão da Origem que deferiu o reequilíbrio contratual, restando assim afastado o presente apontamento da Auditoria, ressalvado o realinhamento de preços quanto aos insumos importados, uma vez que deveria ter sido considerado o objeto efetivamente importado e a real variação do dólar entre a apresentação da proposta e o momento do efetivo desembolso, fato que não restou demonstrado nos presentes autos, conforme apontamentos registrados pela Auditoria nos itens 5 e 6 fls. 484 e que serão melhor abordados por ocasião do exame da execução contratual.

Em relação à falta de disponibilização de informações relativas ao ajuste no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal, relevo a presente impropriedade tendo em vista que a jurisprudência desta Casa se firmou no sentido de que a medida não constitui requisito de validade ou de eficácia do ajuste.

Entretanto, ainda que superados os itens anteriores, entendo que persistiram as falhas abaixo indicadas, que comprometem a regularidade do ajuste em exame:

Inexistência de cláusula contratual estabelecendo as condições sobre importação, data e taxa de câmbio para importação de produtos estrangeiros, em desacordo com o Inciso X do art. 55 da LF 8666/93;

Realinhamento de preços relativo aos insumos importados sem a apresentação de notas fiscais correspondentes à importação dos produtos estrangeiros e declaração de importação, em desacordo com o estabelecido no inciso X do art. 55 da LF 8.666/93;

Realinhamento de preços relativo aos insumos importados com a utilização de índices superiores aos devidos, inclusive cotação do dólar pelo pico, distorcendo, assim, a equação cambial, em desconformidade com a alínea "d", do inciso II, do art. 65 da LF 8.666/93 e ao inciso I, art. 4º do DM 49.286/08 (item 7.5);

Falta de cronograma físico-financeiro correspondente ao contrato realinhado ao preço de R$ 3.182.400,34, em desacordo com o prescrito no § 1º do art. 54 da Lei Federal 8.666/93;

Não consta dos autos, a garantia complementar, conforme deliberado na Ata de Prosseguimento do certame, em desacordo com o disposto no art. 48, § 2º da Lei Licitatória.

No que toca aos Termos de Aditamento nºs 134/SEME/2009, 032/SEME/2010 e 130/SEME/2010, a Auditoria e os demais órgãos técnicos desta Corte posicionaram-se pela irregularidade de tais ajustes, tendo em vista serem originários de contrato considerado irregular e em razão de outras falhas verificadas pela Equipe Técnica desta Casa.

De início, relevo o apontamento referente à publicação intempestiva dos Ajustes na Imprensa Oficial, tendo em vista tratar-se de impropriedade formal que não tem o condão de macular os Aditivos em exame.

Constatou-se, em relação aos três termos aditivos, a falta do reforço de garantia e de apresentação de garantia complementar, na forma do artigo 48, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93. Os argumentos apresentados em sede de defesa não foram suficientes para afastar a irregularidade, pelo que fica mantido o apontamento da Auditoria neste particular, nos termos das manifestações da AJCE e da Secretaria Geral.

Foi verificada, também, a falta de pesquisa de mercado previamente à elaboração do Termo Aditivo nº 032/2010. Tal apontamento é idêntico àquele registrado na análise do Contrato pela Auditoria, e que restou superado em razão da utilização da tabela EDIF como paradigma para a estimativa dos preços, em consonância com o artigo 2º, inciso VI, e o artigo 4º, *caput*, do Decreto Municipal nº 44.279/03, não persistindo assim a irregularidade.

Entretanto, em relação à estimativa de serviços

extracontratuais em valor superior ao que se extraía da tabela EDIF, apontado pela Auditoria na análise do Termo Aditivo nº 032/2010, entendo caracterizada a irregularidade. Nesse sentido, conforme bem apontado pela AJCE às fls. 605/606: *"(...) a utilização de serviços não previstos no contrato – caso admitida, por sua imprescindibilidade – teria que se basear da mesma forma nos valores da referida tabela. E mais, para se preservar a equação financeira estabelecida quando da contratação, os preços dos serviços extracontratuais teriam que levar em consideração a mesma proporção que existia entre a tabela EDIF utilizada na formação do orçamento e o valor efetivamente contratado (já considerado, assim, o realinhamento dos preços)".*

Outrossim, em face da presente irregularidade, a Contratada deverá ressarcir aos cofres públicos a importância de R$ 13.686,51, nos termos do quanto apurado pela Auditoria às fls. 479/480.

Ainda em relação ao Termo Aditivo nº 032/2010, a Auditoria também apontou a existência de deficiência do projeto básico em relação aos quantitativos necessários para a obra, em afronta ao disposto no § 4º, do art. 7º da Lei Federal 8.666/93. Na linha do quanto apontado pela AJCE à fl. 606, entendo que a falha só poderia ser afastada se restasse comprovada a existência de motivos supervenientes, aptos a ensejar a aplicação do artigo 65, inciso I, alíneas "a" e "b" da Lei das Licitações, fato que não restou demonstrado no caso dos autos, indicando que as previsões iniciais não foram adequadamente estimadas, remanescendo assim a irregularidade.

No tocante à observância dos limites de alteração contratual (Termo Aditivo nº 032/2010), afasto o apontamento da Auditoria por não vislumbrar ofensa ao artigo 65, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, porquanto o objeto da contratação se caracterizou como reforma e não execução de obra nova, conforme entendimento já consignado por ocasião da análise inicial do Contrato nº 16/2009.

Restaram caracterizadas ainda ausência do cronograma físico-financeiro, em relação ao Termo Aditivo nº 032/2010 e a falta da comprovação da compra de material importado para efeito do realinhamento dos preços verificado no Termo Aditivo nº 130/2010, irregularidades que também restaram constatadas na análise do contrato original.

Em relação a essa última irregularidade, a Auditoria concluiu que o realinhamento dos preços daqueles produtos foi superior ao devido, motivo pelo qual a contratada deverá devolver valores aos cofres municipais, assunto que será melhor abordado neste voto por ocasião da análise da execução contratual.

III – Acompanhamento da execução do Contrato 16/SEME/2009 (TC 865-10/49).

No tocante à observância dos limites de alteração

contratual (Termo Aditivo nº 032/2010), afasto o apontamento da Auditoria por não vislumbrar ofensa ao artigo 65, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, porquanto o objeto da contratação se caracterizou como reforma e não execução de obra nova, conforme entendimento já consignado por ocasião da análise inicial do Contrato nº 16/2009.

Em relação à execução do Contrato 16/SEME/2009 e seus respectivos termos aditivos, manifestaram-se os órgãos técnicos desta Corte pelo seu não acolhimento, em razão das irregularidades constatadas pela Auditoria, que representaram o não atendimento do quanto disposto no art. 66 da Lei Federal 8.666/93.

Entendo que as defesas apresentadas pela Origem e pela Contratada não lograram afastar as irregularidades constatadas, pelo que acolho *in totum* as constatações da Auditoria, as quais impossibilitam o acolhimento da execução contratual ora em exame.

Destaco, do rol de falhas verificadas, os seguintes apontamentos:

1 - Não ocorreu a apresentação de cópia de todos os projetos técnicos definitivos relacionados no Memorial Descritivo, acompanhados das respectivas ARTs. A Contratada só veio a apresentar os projetos executivos de arquitetura e o levantamento topográfico para execução da obra em 11.09.09, depois de quase 2 meses da ordem de início dos serviços, documentos esses responsáveis por aumentos até 2.388% nos quantitativos dos materiais e pelo correspondente acréscimo de 35,08% no preço realinhado da obra.

Sobre a presente falha a Origem, às fls. 931/932, reconheceu o atraso na apresentação dos projetos técnicos definitivos, justificando-se nos seguintes termos: *"Por tratar-se de uma reforma, no mesmo local de uma pista pré-existente, sem mudança de local ou finalidade, os responsáveis pela elaboração dos orçamentos, certamente, partiram da premissa segundo a qual haveria o reaproveitamento do subsolo, da sub-base e da base, o que acabou não sendo viável".*

Aduziu que os itens que geraram aumentos expressivos foram aqueles relacionados a subsolo, sub-base e base, consignando que que apenas após iniciadas as obras se deu conta das reais condições do terreno, informando que *"uma situação totalmente adversa daquela presumida e incompatível para a aplicação do material da pista se verificou, obrigando a troca do solo, remoção da base anterior, nova sub-base e estruturação da base, para a instalação de uma pista de categoria internacional".*

A Contratada, por sua vez, na manifestação de fls. 876/877, apresentou justificativas em termos diversos ao da Origem, alegando que "*não há de ser considerado um atraso levando-se em conta que houve um período de ajustes do projeto às novas regras da IAAF e definição dos técnicos*

especialistas do Centro Olímpico de treinamento e Pesquisa da SEME quanto alguns itens da Pista de Atletismo". Acrescenta que "*por ser um Centro Olímpico de alto rendimento, algumas alterações se faziam necessárias para primar a excelência*".

Como bem apontado pela Auditoria às fls. 944 e verso, as manifestações dos interessados representam verdadeiras confissões de que inexistiam estudos prévios que balizassem o projeto básico, obrigatórios para a abertura do processo licitatório. Afirmar que apenas após o início das obras se verificou as reais condições do terreno, significa reconhecer que tanto a Secretaria quanto a Construtora não tiveram planejamento e gerenciamento exigidos minimamente para consecução do objeto da contratação.

Conforme restou expressamente consignado no memorial descritivo constante do Anexo VI do Edital da Licitação (fl. 80), a obra do Complexo da Pista de Atletismo se fazia necessária *"devido ao estado de deterioração em que se encontra e também tornar o complexo da pista de atletismo mais moderno, capacitando-o para competições oficiais em conformidade com a Associação Internacional das Federações de Atletismo IAAF".*

Do exame dos autos, verifico que as adequações realizadas na proposta inicialmente apresentada não se trataram de meros ajustes em relação ao planejamento inicial, tanto que tal procedimento ocasionou reajuste de 35,08% do valor inicialmente contratado, elevando o preço de R$ 3.182.400,34 para R$ 4.298.913,04 (acréscimo de R$ 1.116.512,70), conforme expressamente consignado pela Origem à fl. 141.

Nesse sentido destaco a conclusão a que chegou a Auditoria acerca da irregularidade em análise, cujo teor reproduzo a seguir: *"É alarmante que a documentação correspondente a reajuste tão significativo, que elevou o preço de R$ 3.182.400,34 para R$ 4.298.913,04, e que, como informado pelos interessados, resultou de necessidade constatada logo após o início das obras, só tenha sido apresentada em fevereiro de 2.010 (no 7º mês de obra).*

2 - A atividade de gerenciamento, que compreende o acompanhamento e a fiscalização da obra, sem a regular anotação no Diário de Obras (Caderneta de Anotações) era insatisfatória, ou seja, sem o registro fidedigno dos serviços e o apontamento de eventuais anomalias, em especial sobre o tempestivo andamento das obras.

Sobre a presente falha, destaco a manifestação da Auditoria de fl. 945, que após ponderar as justificativas apresentadas pela Origem e pela Contratada conclui que:

> *"A previsão de execução da obra era de 4 meses, a partir de julho de 2009 (fl. 99). Ocorre que só em*

fevereiro de 2010, quase 7 meses depois, foram apresentados os projetos executivos correspondentes a alterações que se diziam necessárias desde o início das obras.

O que faziam os responsáveis pela fiscalização do objeto, que em 7 meses não registraram no Diário de Obras todas aquelas justificativas dadas pela Secretaria às fls. 931/932 e pela Construtora, às fls. 876/877?

Onde estavam as anotações (no Diário de Obras) sobre o não aproveitamento do subsolo, da sub base e da base, e sobre a necessidade de ajustes nos projetos para adaptação às novas regras da IAAF?"

Nesses termos, restou demonstrado a falha da Origem na fiscalização da execução contratual, em desconformidade com o quanto disposto na cláusula 10.1.8.1 do Contrato, que assim dispunha: *"A Fiscalização anotará as visitas efetuadas, defeitos e problemas constatados e, em particular, os atrasos no cronograma, consignando eventuais recomendações à empresa contratada".*

3 - Em consonância com a falta de previsão contratual de apresentação das condições de importação de produtos estrangeiros (art. 55, X, da Lei 8666/93), também não foram apresentadas, até a medição nº 9, as notas de compras de mencionados produtos.

4 - Restou comprovado que a importação de produtos da Alemanha ocorreu antes da abertura do processo licitatório, invalidando a tese de perda da Contratada com a variação cambial que fundamentou o realinhamento de preços de referidos produtos, deferido pela SEME em 13.02.2010.

Em relação a essas duas falhas, destaco que a irregularidade relativa ao descumprimento do art. 55, X da Lei 8.666/93 já foi objeto de apontamento por ocasião da parte deste Voto que tratou sobre o Contrato nº 16/SEME/2009, entretanto, é na execução do ajuste em exame que esta irregularidade ganha maior relevância, tendo em vista que a ausência de previsão contratual acerca das condições de importação dos produtos estrangeiros possibilitou que a Contratada deixasse de apresentar documentação comprobatória da compra dos produtos importados, redundando, inclusive, no realinhamento irregular dos valores referentes a tais materiais.

Sobre esta falha, a Origem, à fl. 934, manifestou-se no sentido de que houve a apresentação dos documentos da importação, nos quais constam datas de embarque, desembaraço e prazo de pagamento da mercadoria, ressaltando ainda que *"na Alemanha, país de origem do piso*

sintético que revestiu a pista, não há previsão legal para 'notas fiscais".

A Auditoria, no entanto, por ocasião da análise da contratação, tratada no TC 864.10.86, já havia se posicionado no sentido de que os documentos apresentados para a comprovação da importação dos materiais de origem estrangeira não preenchiam todas as formalidades estabelecidas no art. 55, inciso X da Lei Federal 8.666/93.

Nesse aspecto, à fl. 946/948, a Especializada registrou que não ficou demonstrado que os produtos referidos no documento de lavra do exportador BSW/REGUPOL de fl. 565 referiam-se àqueles efetivamente utilizados na obra objeto dos autos. Em relação ao referido documento consignou a Auditoria que: *"Os produtos a que os documentos se referem são aqueles utilizados na obra do COTP? Porque a taxa do dólar, ao pé da fl. 571, foi apagada? Quais foram, especificamente, os materiais importados? Porque não foi apresentada a fatura correspondente ao material adquirido? Tais perguntas ficaram sem respostas."*

Resta assim caracterizada a ausência de apresentação de documentos aptos a comprovar a compra dos produtos importados, em razão da falha da Secretaria de Esportes de não prever, em cláusula contratual, as condições de importação de produtos estrangeiros, descumprindo o art. 55, X da Lei 8.666/93, fato que também contribuiu para que o realinhamento dos preços dos produtos importados fosse deferido em montante superior ao devido.

Acerca dessa questão, a instrução processual revelou que houve o reajustamento dos valores dos produtos importados em 16.07.2009, sob o argumento de que a moeda nacional sofrera drástica desvalorização entre a data da licitação e o início de execução das obras. Conforme registrado nos pareceres da SFC, para o cálculo do reajuste, a Origem adotou a variação cambial entre períodos absolutamente aleatórios - preços médios do dólar entre 18.02.2008 e 18.04.2008 e 01 e 17.06.2009 - conferindo aos produtos importados o acréscimo de 14,47%.

Entretanto, à fl. 842, a Auditoria constatou que os materiais importados foram adquiridos em momento anterior à abertura da licitação, conforme demonstrado nos certificados da IAAF, todos emitidos entre 01.11.2006 e 01.12.2007, invalidando assim a tese da Contratada relativa à variação cambial que fundamentou o reajuste do valor da contratação.

Sobre esse ponto, a Contratada reconhece às fls. 557/558 do TC 864.10-86 que *"a importação dos produtos da Alemanha ocorreram antes da assinatura do contrato, pois já vislumbrávamos a execução dos serviços, e caso não fosse executada a pista do COTP, o material seria utilizado em outro projeto"*. Justificou, entretanto, que a data da importação dos produtos não corresponde com a data do efetivo pagamento à empresa importadora, e sim, neste caso, 150 dias após o embarque.

Diante dos argumentos apresentados pela Contratada, verifico que esta assumiu o risco da operação, devendo assim arcar com eventual variação cambial que lhe tenha sido desfavorável, tendo em vista que os produtos importados não seriam, necessariamente, utilizados na obra objeto dos presentes autos. Assim, acolho as conclusões da Especializada no sentido de que seja considerado o valor da variação cambial tendo por referência a data do embarque dos produtos, evidenciada na declaração de importação de fls. 902/912, ou seja, o mês de agosto de 2008 (fl. 910).

Nesse sentido, a Auditoria, que inicialmente havia concluído que o percentual a ser aplicado a título de realinhamento deveria ser fixado em 3,99% (bem abaixo do 14,47% concedidos pela Origem à Contratada), reviu sua posição para assentar que uma vez que no mês de agosto de 2008 *"a cotação máxima do dólar foi de R$ 1,6381, portanto muito inferior ao verificado na data-base da licitação (julho de 2007 - dólar = R$ 1,882), significa que a Construtora já tivera ganho na operação, sendo o realinhamento uma tentativa, frutífera aliás, de mais lucros, fato a ser considerado como evidência de sobrepreço, passível de apuração de responsabilidade do funcionário que lhe deu causa"* (fl. 949 e 949verso).

Tendo em conta tais referenciais, concluiu a Auditoria que o preço pago pela SEME pelos produtos importados superou o preço da compra pela Contratada em R$ 385.393,61, conforme cálculos evidenciados à fl. 949 verso.

Dessa forma, diante da irregularidade verificada no realinhamento de preços dos materiais de origem estrangeira, resta caracterizado lucro indevido à empresa Recoma Construções, Comércio e Industria LTDA, que deverá ser objeto de reposição aos cofres públicos, devidamente atualizado.

5 - Os valores lançados nas notas fiscais apresentadas pela Construtora referentes à mão-de-obra (20% do valor contratado), superam, em muito, os valores de referidos gastos constantes das folhas de pagamento dos empregados alocados no COTP, sugerindo super avaliação orçamentária da mão-de-obra;

Sobre esta falha a Auditoria, refutando os argumentos apresentados na defesa da Contratada (fl. 881), deixa claro que os valores de mão-de-obra lançados nas notas fiscais são muito superiores aos valores gastos com referidos encargos lançados nas folhas de pagamento no mesmo período, sugerindo super avaliação da mão-de-obra no orçamento.

Conforme demonstrado na tabela de fls. 948, a Especializada constatou que no período de DEZ/2009 a MAR/2010 os valores relativos à mão-de-obra consignados nas Notas Fiscais em cotejo com aqueles verificadas nas Folhas de Pagamento da Contratada referentes ao pessoal

alocado na reforma objeto da contratação, evidenciou diferença de R$ 458.460,17.

6 - Foi aceita, pela SEME, como regular, a 9ª Medição, correspondente ao mês de abril de 2010, que continha serviços não realizados, da ordem de R$ 442.358,15, equivalentes a 10,29% da obra, caracterizando adiantamento de referida importância à Contratada, em desacordo com o item 5.2 do contrato e o art. 65, II, "c" da LF 8.666/93, sujeitando o agente administrativo às cominações do art. 82 da LF 8.666/93

7 - A SEME, ao aceitar o cronograma físico de serviços elaborado pela Contratada, não atentou para o fato de que o revestimento da pista estava programado para período de chuvas e que a Certificação demandaria o mínimo de 04 (quatro) meses, após a entrega final dos serviços da pista, situação que induziu naturalmente aos pedidos de prorrogação de prazo, a despeito das adversas condições metereológicas incorridas (item 3.2).

Diante de todo o exposto, **JULGO REGULAR** a Concorrência nº 01/SEME/2008 e **IRREGULARES** o Contrato nº 016/SEME/2009 e os Termos de Aditamento nºs 134/SEME/2009, 032/SEME/2010 e 130/SEME/2010, bem como julgo **IRREGULAR** a execução contratual dos referidos ajustes, com as seguintes determinações à Origem:

a) Proceder à cobrança da contratada, do valor de R$ 13.686,51, devidamente atualizado, em razão do pagamento de serviços extracontratuais em valor superior ao previsto na tabela EDIF (Termo Aditivo nº 032/2010).

b) Proceder à cobrança da contratada, do valor de R$ 385.393,61, devidamente atualizado, tendo em vista a concessão de realinhamento irregular dos preços relativos aos produtos importados.

Em razão do tempo decorrido entre a análise dos fatos e o presente julgamento deixo de aplicar aos agentes públicos responsáveis a pena de multa regimental.

Ao final, registro as seguintes recomendações da Auditoria à Origem, com a finalidade de assegurar condições adequadas de manutenção da pista de atletismo do Centro de Treinamento Olímpico:

I) Estabelecer critérios para montagem de uma equipe própria de manutenção responsável em assegurar as condições ideais da pista.

II) Acompanhar rigorosamente, no decorrer da utilização da pista e entorno, as orientações contidas no Manual fornecido pela Contratada (fls. 744/747), pois a inobservância das recomendações pode acarretar o cancelamento automático da garantia de 5 anos.

III) Analisar periodicamente a água de minas acumulada na caixa de reuso com objetivo de verificar se, na composição química, existe algum componente agressivo ao material de revestimento da pista.

Por fim, encaminhe-se cópia do presente relatório e voto à Controladoria Geral do Município a fim de acompanhar as providências ora deliberadas.

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