ACO-UTR-238/2024

Processo - TC/002028/2013
Objeto - Recursos "ex officio", da Procuradoria da Fazenda Municipal e de FM Rodrigues & Cia. Ltda. interpostos em face da R. Decisão da Primeira Câmara de 13ª Sessão Ordinária Não Presencial de 20/05/2020 – Subprefeitura Penha e FM Rodrigues e Cia. Ltda. – Acompanhamento – Execução contratual – Verificar se o Contrato 41/SP-PE/2012 (TAs 03/SP-PE/2013 e 15/SP-PE/2013), cujo objeto é a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários com aplicação de 3.500 toneladas de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação – Tapa-Buracos, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. SUBPREFEITURA. Serviços de conservação de pavimentos viários. Decisão que julgou irregular a execução do contrato por descumprimento dos prazos de medições, liquidações e pagamentos. 1. Afastada a determinação de cobrança dos prejuízos causados pela contratação. CONHECIDOS. PROVIDOS PARCIALMENTE. PRESCRIÇÃO. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, com relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, em conhecer do recurso "ex officio", por regimental, dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por tempestivo, e pela F.M. Rodrigues & Cia Ltda., por atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, por maioria, em acolher a preliminar de prescrição levantada pela empresa F.M. Rodrigues, ao teor do art. 9º da Resolução 10/2023 deste Tribunal de Contas e afastar a determinação imposta à Subprefeitura Penha no sentido de calcular e cobrar da empresa contratada, em valores atualizados, os prejuízos causados pela contratação em exame, levando em conta os preços praticados no Contrato 03/SPPE/2011.

ACORDAM, ainda, por maioria, no mérito, em dar provimento parcial aos recursos, à luz do art. 13 da Resolução 10/2023 por ausência de elementos que justifiquem o cumprimento regular da execução do ajuste, mantendo o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, na parte declaratória de irregularidade da execução parcial.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO que, consoante declaração de voto apresentada, julgou extinto o processo, por entender que, em razão do tempo transcorrido, perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, aplicando ao caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 25 de outubro 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
DOMINGOS DISSEI – Relator

/hc

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 10/04/2024 09:18:24 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por DOMINGOS ODONE DISSEI Data: 10/04/2024 11:07:34 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 002.028/2013

Egrégio Plenário

Em julgamento o recurso *ex officio* e os ordinários interpostos pela Procuradoria FM (peças 42 e 43) e pela F.M. Rodrigues (peças 44 a 46) em face da Decisão prolatada pela Primeira Câmara deste Egrégio Tribunal de Contas na 13ª Sessão Ordinária Não Presencial realizada em 20.05.2020 (peça 18), referente ao Acompanhamento da Execução do Contrato nº 041/SP-PE/2012 e dos Termos de Aditamento nºs 003/SP-PE/2013 e 015/SP-PE/2013, firmados entre a Subprefeitura Penha ("SUB-PE") e a empresa F.M. Rodrigues e Cia. Ltda. ("F.M. Rodrigues"), cujo objeto é a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários – tapa buracos – com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação por tonelada.

A decisão teve o seguinte teor:

"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, diante dos apontamentos dos órgãos técnicos deste Tribunal, julgar irregular a execução do Contrato 41/SP-PE/2012 (TAs 03/SP-PE/2013 e 15/SP-PE/2013).

DECIDEM, à unanimidade, determinar à Subprefeitura Penha que calcule e cobre da empresa contratada, em valores atualizados, os prejuízos causados pela contratação em exame, levando-se em conta os preços praticados no Contrato 03/SP-PE/2011.

DECIDEM, à unanimidade, deixar de aplicar as penas regimentais aos agentes públicos responsáveis, tendo em vista o lapso entre o presente julgamento e a análise dos fatos.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar o encaminhamento de cópia desta Decisão, bem como do relatório e voto do Relator, à Controladoria Geral do Município, para conhecimento.

Todos devidamente oficiados/intimados (peças 26, 28 a 33 e 35 a 39), deixaram de recorrer a SUB-PE, o Sr. Miguel Perrella (Subprefeito/SUB-PE à época), o Sr. Fábio de Alencar Iório (Coordenador de Projetos e Obras/SUB-PE à época), o Sr. Alair Molina (Coordenador de Administração e Finanças da SUB-PE à época) e a Sra. Maria de Fátima Soares de Macedo (Supervisora de Projetos e Obras da SUB-PE à época).

Registre-se que se expediu ofício à Controladoria Geral do Município para conhecimento da Decisão prolatada (peças 27 e 34).

Registre-se, também, que a SUB-PE informou (peça 54) a tentativa de cobrança administrativa, o que impeliu o Conselheiro Relator da fase instrutória a esclarecer a Origem dos efeitos devolutivos e suspensivos dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa F.M. Rodrigues.

Em suas razões recursais, a Recorrente F.M. Rodrigues arguiu, em preliminar ao exame de mérito, a ocorrência de prescrição administrativa, dado o lapso temporal, de aproximadamente oito anos, transcorrido da pactuação do ajuste e da execução contratual, com fulcro na Súmula 7 do STJ, no RExtr. nº 852.475 - SP do Egrégio STF, no art. 1º, §1º da Lei Federal nº 9.873/99 e no REsp nº 1.340.553 – RS.

Também, manifestou-se pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição por parte deste E. Tribunal de Contas, em face da não aplicação das penas regimentais aos agentes públicos responsáveis dado o lapso de tempo decorrido, requerendo, destarte, a extinção do presente processo em virtude da prescrição administrativa, com julgamento do mérito e subsequente arquivamento dos autos.

Nas razões de recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal, requereu-se a reforma do julgado para reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos ajustes examinados; e alegou que a Origem enfrentou as irregularidades, justificadas na defesa do interesse público, haja vista não ter havido provas concretas de dano ao erário, ou indícios de dolo, culpa ou má-fé pelos responsáveis.

Remetidos os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 66 e 67), opinou pelo processamento da remessa necessária e conhecimento dos recursos ordinários interpostos.

Sobre a prescrição arguida, a Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela ausência de atribuição de cobrança de valores, conforme excerto a seguir:

"No entanto, necessário pontuar que, ainda que se entenda pela aplicação de tal prazo prescricional à determinação desta E. Corte quanto às providências para apuração e cobrança de prejuízos, as considerações acerca de eventual situação ou condição que extrapolem o controle externo (tais como aquelas previstas no tema 897, por exemplo), ficam reservadas ao órgão de origem (ou, se for o caso, ao Ministério Público), a quem caberá essa análise definitiva, inclusive para verificar se os atos dos agentes não se enquadram em alguma situação de imprescritibilidade, preservando-se, portanto, o viés declaratório das decisões em sede de controle.

Além disso, caso a Origem tenha iniciado (por motivo anterior ou diverso deste julgamento), em algum momento, a apuração e cobrança de valores em virtude deste contrato, o pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão ressarcitória do Município deve ser feito perante a Fazenda Pública, até porque não caberia a este Tribunal apreciá-lo, por ausência de atribuição."

Já a Secretaria Geral (peça 69), sobre a preliminar da prescrição, posicionou-se pelo seu provimento, ressaltando que este Tribunal não deliberou sobre o alcance da Lei Federal nº 9.873/1999, nos seguintes termos:

"No caso vertente, o pleito prescricional lançado pela Recorrente deve ser analisado sob à ótica do termo inicial previsto no art. 4º, inciso IV da Resolução nº 344/2022 do TCU, o qual prevê a contagem do prazo prescricional da data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal. Nesse sentido, considerando a emissão do relatório de acompanhamento de execução contratual realizado pela Auditoria (peça 1) em 05.07.2013 como termo

inicial, e não se verificando a ocorrência de marcos interruptivos, ao que se infere, transcorreu-se o prazo quinquenal até a prolação da decisão condenatória recorrível em 20.05.2020 (peça 18), incidindo a prescrição da pretensão ressarcitória."

Quanto ao mérito, as razões de recurso da Contratada, segundo a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, não trouxeram argumentos novos, de natureza técnica ou jurídica para infirmar as irregularidades.

Sobre as razões de recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal, a Assessoria Jurídica e a Secretaria Geral posicionaram-se pela inexistência de qualquer abordagem a infirmar as irregularidades constantes da Decisão, havendo argumentos de cunho genérico e abrangente. E sobre o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais, sua apreciação depende do juízo valorativo dos Conselheiros, ponderando no caso concreto a natureza das irregularidades e suas consequências.

Por se tratar a decisão de Câmara, quanto ao mérito do reexame necessário, a Secretaria Geral entendeu pela sua manutenção.

Em síntese, a Secretaria Geral opinou pela "manutenção quanto à parte dispositiva que julgou irregular a execução do Contrato nº 41/SP-PE/2012 e dos TAs nºs 03/SP-PE/2013 e 15/SP-PE/2013, pelo conhecimento e provimento parcial dos recursos oficial e voluntários, com o fito de reconhecer a incidência da prescrição nas pretensões condenatórias a título ressarcitório (promoção de cobrança dos prejuízos causados) em razão da transcorrência de prazo superior a cinco anos para o proferimento da decisão condenatória recorrível, nos termos da Lei Federal nº 9.873/1999, e em conformidade com o entendimento sufragado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.509 e pelo Tribunal de Contas da União na Resolução nº 344/2022, sem prejuízo de eventual regulamentação do tema (prescrição e decadência) pelo Colegiado, no âmbito deste E. Tribunal de Contas."

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, pelo reconhecimento da

prescrição da pretensão ressarcitória, e, em continuidade propugna pela aceitação dos efeitos financeiros.

Tendo em vista a publicação da Resolução nº 10/2023 (12/06/2023), que passou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcitória no âmbito deste Tribunal de Contas, e com o intuito de aperfeiçoamento da instrução processual, os autos retornaram à Assessoria Jurídica de Controle Externo para a manifestação sobre a incidência da prescrição, à luz das disposições da mencionada Resolução.

A Especializada, em parecer constante da peça 79 constatou a incidência da prescrição, como se observa no trecho abaixo transcrito:

Assim, avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do primeiro marco interruptivo 01/12/2014, consubstanciado no relatório de Auditoria após ciência e oportunidade de defesa (fls. 312vº da peça 16) e do último marco interruptivo 20/05/2020 decisão condenatória recorrível (peça 18) decorreram-se mais de cinco anos (art. 5º, inciso II c.c. art. 6º, inciso I e art. 5º, inciso IV da Resolução 10/20231 , respectivamente).

Salienta-se, de toda sorte, que, conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13).

A Procuradoria da Fazenda Municipal não se opôs ao reconhecimento da prescrição punitiva e/ou ressarcitória.

A Secretaria Geral acompanhou o parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Procuradoria da Fazenda Municipal no sentido de que o presente processo foi fulminado pelo instituto da prescrição, nos termos dos arts. 4º, 5º e 6º da Resolução nº 10/23.

É o relatório.

VOTO

1 – Em julgamento o reexame necessário e os recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa F.M. Rodrigues em face da Decisão prolatada pela Primeira Câmara na 13ª Sessão Ordinária Não Presencial realizada em 20.05.2020 (peça 18), referente ao Acompanhamento da Execução do Contrato nº 041/SP-PE/2012 e dos Termos de Aditamento nºs 003/SP-PE/2013 e 015/SP-PE/2013, firmados entre a Subprefeitura e a empresa F.M. Rodrigues e Cia. Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários – tapa buracos – com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação por tonelada.

2 – Conheço do Recurso ex officio, por regimental, do interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por tempestivo, e do interposto pela F.M. Rodrigues & Cia Ltda., posto que atendidos os requisitos regimentais para sua admissibilidade.

3 – Acolho a preliminar de prescrição levantada pela empresa F.M. Rodrigues, ao teor do art. 9º da Resolução 10/2023 deste Tribunal de Contas, nos termos elucidados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, em seu derradeiro parecer, acostado à peça 79, apenas para afastar a determinação imposta à Subprefeitura Penha no sentido de calcular e cobrar da empresa contratada, em valores atualizados, os prejuízos causados pela contratação em exame, levando-se em conta os preços praticados no Contrato 03/SP-PE/2011.

4 – No entanto, como resta preservada ao Controle Externo a função declaratória do provimento de mérito do presente julgado, à luz do art. 13, da Resolução 10/2023, no mérito, acompanhando os entendimentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral e, tendo em vista que os recursos apresentados não trouxeram quaisquer elementos que justifiquem que o cumprimento regular da execução do ajuste objeto dos autos, DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO, para, ainda que cancelando a

determinação ressarcitória, manter o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, na parte declaratória de irregularidade da execução parcial.

5 – Após as medidas regimentais cabíveis, arquivem-se os autos

É como voto.

DOMINGOS ODONE DISSEI:81822650887

Assinado de forma digital por DOMINGOS ODONE DISSEI:81822650887
Dados: 2023.10.09 16:35:03 -03'00'

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro TCMSP

GAN/SMAS

TC 002028/2013

DECLARAÇÃO DE VOTO

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo o tema da prescrição foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento

quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**".

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, acompanho o voto proferido pelo eminente Conselheiro Relator RECONHECENDO, a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal.

Em relação aos demais aspectos do julgamento, divirjo do eminente Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu

sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, parecendo-me adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual JULGO EXTINTO os presentes autos.

Outrossim, determino o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, com posterior arquivamento dos autos após as demais comunicações de praxe.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 05/12/2023 18:06:27 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Processo	-	TC/002028/2013
Contratante	-	Subprefeitura Penha
Contratada	-	FM Rodrigues e Cia. Ltda.
Acompanhamento		da execução do Contrato 41/SP-PE/2012 (TAs 03/SP-PE/2013 e 15/SP-PE/2013)
Objeto	-	Verificar se o ajuste, cujo objeto é a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários com aplicação de 3.500 toneladas de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação – Tapa-Buracos, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

13ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SUBPREFEITURA. Serviços de conservação de pavimentos viários. Tapa-Buracos. 1. Descumpridos os prazos de aprovação das medições, liquidações e pagamentos. Item III e VII, Port. 43/SMSP/GAB. Art. 12, § 2º, Dec. Mun. 52.934/12. IRREGULAR. DETERMINAÇÃO à Origem para cobrança da contratada, dos prejuízos causados em valores atualizados. Votação unânime.

D E C I S Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/001902/2013 e TC/002028/2013, 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, diante dos apontamentos dos órgãos técnicos deste Tribunal, julgar irregular a execução do Contrato 41/SP-PE/2012 (TAs 03/SP-PE/2013 e 15/SP-PE/2013).

DECIDEM, à unanimidade, determinar à Subprefeitura Penha que calcule e cobre da empresa contratada, em valores atualizados, os prejuízos causados pela contratação em exame, levando-se em conta os preços praticados no Contrato 03/SP-PE/2011.

DECIDEM, à unanimidade, deixar de aplicar as penas regimentais aos agentes públicos responsáveis, tendo em vista o lapso entre o presente julgamento e a análise dos fatos.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar o encaminhamento de cópia desta Decisão, bem como do relatório e voto do Relator, à Controladoria Geral do Município, para conhecimento.

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, 20 de maio de 2020.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
JOÃO ANTONIO – Relator

/affo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 15/10/2020 14:56:01 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 15/10/2020 16:45:27 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

eTCM n° 001.902/2013

eTCM n° 002.028/2013

Trata o 72.001.902/2013 da análise do Pregão Presencial n.º 015/SP-PE/20121, promovido pela Subprefeitura Penha, do Contrato n.º 041/SP-PE/20122, celebrado com a empresa F.M.Rodrigues e Cia Ltda, do Termo Aditivo Contratual n.º 003/SP-PE/20133 e do Termo Aditivo Contratual n.º 015/SPPE/20134.

O ajuste consistiu na contratação de prestação de serviços de conservação de pavimentos viários - tapa buracos pelo valor de R$ 801.500,00.

Os resultados da análise efetuada pela Auditoria foram sintetizados às fls. 308/329:

> ***"a) Licitação – Pregão nº 015/SP-PE/2012*** *(fls. 308 a 315), considerado irregular em decorrência dos seguintes apontamentos:*
>
> - *Não consta do Processo Administrativo a justificativa técnica para os quantitativos previstos, infringindo o disposto nos artigos 6º, inciso IX, alínea "f" e 7º, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93 (item C.11.1);*
> - *Não foi demonstrado que o valor orçado reflete os preços de mercado, em infringência ao artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93 e aos artigos 2º, inciso*

VI, e 4º do Decreto Municipal nº 44.279/03 (item C.11.4);

- *Não há justificativa para a não adoção do pregão eletrônico, em desacordo com o artigo 1º, § 2º, do Decreto Municipal nº 45.689/05 (item C.11.5);*
- *Ausência de cláusula editalícia exigindo a realização de registro fotográfico de todos os serviços de tapa-buraco, em três momentos distintos, infringindo os princípios da eficiência e da economicidade (item C.11.7);*
- *O edital não se encontra rubricado em todas as suas folhas, infringindo o artigo 40, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 (item C.11.8);*
- *As penalidades para os casos em que a licitante não mantiver a proposta, se recusar a assinar o contrato ou esteja impedida de assinar o contrato estão em conflito no edital e na minuta do contrato (item C.11.9.a);*
- *Não há justificativa para adoção, no subitem 11.4 do edital e no subitem 5.5 da minuta do contrato, do índice setorial específico "mão-de-obra" para o reajuste dos preços contratados (item C.11.9.b),*
- *O subitem 8.3.12 do edital exige que as licitantes apresentem uma Certidão de Registro no Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho (SESMET). Essa exigência não se encontra elencada na Lei Federal nº 8.666/93 como condição para habilitação, infringindo o artigo 3º,§ 1º, inciso I da referida lei (item C.11.10).*

Ainda, com relação à Qualificação Técnica, transcrevemos a seguir o apontado no item C.11.12:

- *Para a qualificação técnica (fls. 21 – 22) o edital exige, em seu subitem 8.3.2, a apresentação de certidões ou atestados, em nome da licitante, que comprovem, isoladamente ou somados, a capacidade de prestação mensal dos serviços de conservação de pavimentação viária – tapa buraco, em perímetro urbano e em quantidade equivalente a 875 toneladas ou 7.143 m2 ou 3 equipes de tapa buraco.*
- *A necessidade de que os serviços de tapa buraco tenham sido executados em perímetro urbano fere o artigo 30, § 5° da Lei Federal n° 8.666/93, que veda expressamente a exigência de experiência anterior em locais específicos. No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP).*
- *Registre-se que tal exigência (perímetro urbano) é irrelevante para a execução dos serviços do futuro contrato, por ser uma característica meramente acessória, e restringe o caráter competitivo do certame, infringindo o artigo 3º, § 1°, inciso I da Lei Federal n° 8.666/93.*

Em relação aos quantitativos exigidos como prova de experiência anterior, constata-se:

- *875 toneladas/mês: corresponde exatamente à*

quantidade estimada para a contratação, ou seja, 100% do quantitativo a ser contratado.

- *Considerando que a imposição de quantitativos mínimos como prova de experiência anterior deve se limitar a cerca de 50% da execução pretendida, conforme jurisprudência do TCE/SP, verifica-se infringência ao artigo 3°, § 1°, inciso I da Lei Federal n° 8.666/93;*
- *7.143 m2: não consta do PA n° 2012-0.222.057-2 a demonstração de como foi obtida a área de 7.143 m2, razão pela qual a mesma se encontra injustificada;*
- *3 equipes: o edital não especifica de maneira clara o número de equipes que devem ser disponibilizadas pela contratada, fixando apenas o quantitativo de 875 toneladas/mês.*
- *Depreende-se, a partir do subitem 2.1.1.1 das Especificações Técnicas do Objeto (fl. 40), que é exigida a apresentação de apenas 1 equipe.*
- *Tendo em vista que, como prova de qualificação técnica as licitantes deveriam comprovar a prestação de serviços de tapa buraco através de 3 equipes, verifica-se infringência ao artigo 3º, § 1°, inciso I da Lei Federal n° 8.666/93.*

b) Contrato nº 041/SP-PE/2012 *(fls. 316 a 321), considerado irregular em decorrência dos seguintes apontamentos:*

- *Decorre de licitação com apontamentos de irregularidades;*
- *Não consta do Processo Administrativo a justificativa técnica para os quantitativos previstos, infringindo o disposto nos artigos 6º, inciso IX, alínea "f" e 7º, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93 (item C.14.1);*
- *As penalidades para os casos em que a licitante não mantiver a proposta, se recusar a assinar o contrato ou esteja impedida de assinar o contrato estão em conflito no edital e no contrato (item C.14.13.a);*
- *Não há justificativa para adoção, no subitem 5.5 do contrato, do índice setorial específico "mão-de-obra" para reajuste dos preços contratados (item C.14.13.b);*
- *Os Certificados de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) dos caminhões de placa EIO8043 (fl. 120) e EQL-3935 (fl. 121) referem-se, respectivamente, aos exercícios de 2009 e 2010, não se comprovando, portanto, sua propriedade e o pagamento do seguro obrigatório e do IPVA, em infringência aos subitens 8.3.8 (fl. 22) e 12.6 (fl. 27) do edital (item C.15.a);*
- *Não consta do PA n° 2012-0.222.057-2 a comprovação do vínculo empregatício dos operadores dos veículos, em infringência ao subitem 12.7 (fl. 27) do edital (item C.15.b),*
- *Os Laudos de Conformidade dos caminhões (fls. 156 – 158) fazem referência à Ata de Registro de Preços n° 015/SMSP/COGEL/2009, ao PA n° 2011-0.041.482-3 e ao*

Contrato n° 003/SP-PE/2011, não se referindo, dessa forma, ao contrato ora analisado (item C.15.c).

c) Termo de Aditamento nº 003/SP-PE/2013 *(fls. 322 a 326), considerado irregular em decorrência dos seguintes apontamentos:*

- *Aditamento decorrente de licitação e contrato com apontamentos de irregularidades;*
- *A publicação do termo aditivo foi extemporânea, descumprindo o prazo estabelecido no artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02 (item C.14.h);*
- *A justificativa para o aditamento encontra-se indevidamente fundamentada, contrariando o disposto no artigo 65, "caput", da Lei Federal nº 8.666/93 (item C.15.1);*
- *A lavratura do termo aditivo foi extemporânea caracterizando contratação verbal, contrariando o § único do artigo 60 da Lei Federal nº 8.666/93 (item C.15.2);*
- *A publicação no Diário Oficial da Cidade de São Paulo não contém o nº do termo e não resume com precisão seu objeto, contrariando o princípio da publicidade disposto no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 (item C.15.3);*
- *O Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) do caminhão de placa EIO8043 (fl. 185) refere-se ao exercício de 2009, não se comprovando, portanto, sua propriedade e o pagamento do seguro obrigatório e do IPVA, em infringência aos subitens 8.3.8 (fl. 22) e 12.6 (fl. 27) do edital (item C.15.4.a),*

- *Não consta do PA n° 2012-0.222.057-2 a comprovação do vínculo empregatício dos operadores dos veículos, em infringência ao subitem 12.7 (fl. 27) do edital (item C.15.4.b).*

d) Termo de Aditamento nº 015/SP-PE/2013 *(fls. 327 a 329), considerado irregular em decorrência dos seguintes apontamentos:*

- *Aditamento decorrente de licitação e contrato com apontamentos de irregularidades,*
- *A lavratura do termo aditivo foi extemporânea caracterizando contratação verbal, contrariando o § único do artigo 60 da Lei Federal nº 8.666/93 (item C.15).*

Intimada, a Subprefeitura Penha apresentou os esclarecimentos de fls. 347/376, os quais foram analisados às fls. 379/386 pela SFC, que reiterou sua conclusão de fls. 330/334.

Às fls. 389/395 a AJCE opinou pela irregularidade dos instrumentos ora analisados, na esteira do entendimento da SFC. Ressalvou, apenas, os apontamentos relativos à rubrica nas folhas do Edital e à publicação do Termo de Aditamento n.º 003/SP-PE/2013 no Diário Oficial.

Às fls. 397/404 a PFM requereu (i) a notificação dos agentes públicos responsáveis pelos atos ora analisados e da empresa

contratada para apresentação de defesa; e (ii) a intimação da Origem para conhecimento do quanto acrescido nos autos, bem como para manifestação quanto aos quesitos arrolados às fls. 403/404.

Às fls. 405 o Nobre Conselheiro Relator determinou a intimação da Subprefeitura Penha, do Sr. José Roberto Mesquita, do Sr. Osmar Cardoso Alves, do Sr. Pedro Guastaferro Junior, do Sr. Eduardo José Felix de Oliveira, da Sra. Maria de Fátima Soares de Macedo, do Sr. Miguel Perrella, do Sr. Alair Molina, do Sr. Fabio Alencar Iório e a da empresa F.M.Rodrigues & Cia Ltda. para manifestação quanto ao acrescido às fls. 379/386, 389/395 e 397/404 pela SFC, AJCE e PFM.

Intimados, a Subprefeitura Penha, o Sr. José Roberto Mesquita, o Sr. Pedro Guastaferro Junior, a Sra. Maria de Fátima Soares de Macedo, o Sr. Fabio Alencar Iório, o Sr. Eduardo José Felix de Oliveira, o Sr. Miguel Perrella, o Sr. Alair Molina e a empresa F.M.Rodrigues & Cia Ltda. apresentaram os esclarecimentos de fls. 430/554, 556/648, 650/768, 787/832 e 833/853, os quais foram analisados às fls. 856/878 pela SFC, que ratificou suas conclusões iniciais.

O Sr. Osmar Cardoso Alves deixou transcorrer “in albis” o prazo assegurado para oferecimento de defesa (fls. 854).

Às fls. 879 o foi determinada a intimação da Subprefeitura Penha para ciência e manifestação quanto ao acrescido às fls. 856/878 pela SFC.

Intimada, a Subprefeitura Penha deixou transcorrer “in albis” o prazo concedido para manifestação (fls. 888).

Às fls. 898/909 a AJCE opinou pelo não acolhimento dos instrumentos ora analisados, na esteira do entendimento da SFC. Entendeu, todavia, passíveis de relevação os apontamentos relativos à justificativa para a contratação, à adoção da modalidade pregão presencial (em vez de pregão eletrônico), à exigência de registro fotográfico dos serviços executados, à rubrica das folhas do Edital e à publicação extemporânea do Termo de Aditamento n.º 003/SP-PE/2013.

Às fls. 910 o foi determinada a intimação da Subprefeitura Penha e do Sr. Alair Molina para manifestação quanto ao acrescido às fls. 856/878 e 898/909 pela SFC e AJCE.

Intimados, a Subprefeitura Penha e o Sr. Alair Molina deixaram transcorrer “in albis” o prazo assegurado para manifestação (fls. 918).

Às fls. 920 a AJCE reiterou os termos de sua manifestação exarada às fls. 909/909vº no sentido do não acolhimento dos instrumentos ora analisados.

Às fls. 921/930 a PFM requereu o acolhimento da licitação, do contrato e dos aditivos, porque, a seu ver: a) a licitação e a contratação dos serviços em questão foi plenamente justificada pela Administração, posto que relevantes e necessários; b) os preços contratados foram os menores possíveis; c) não há qualquer notícia de desvio de recursos públicos em favor da Contratada ou de terceiros; d) não há prova de que os agentes públicos responsáveis tenham se beneficiado indevidamente em face dos atos praticados; e) as impropriedades havidas, s.m.j., foram todas de ordem formal, não comprometendo a eficácia e validade dos atos praticados; f) não há notícia nos autos da existência de prejuízo concreto à Administração; g) não se constatou dolo, má fé ou culpa por parte dos agentes públicos.

Subsidiariamente, a PFM propugnou pelo reconhecimento dos efeitos dos atos realizados, (i) em homenagem aos princípios da estabilização das relações entre as partes e da segurança jurídica no tempo. (ii) ante a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano concreto à Administração e (iii) tendo em vista a inexistência de dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos responsáveis.

A Secretaria Geral opinou pelo não acolhimento do Pregão Presencial n.º 015/SP-PE/2012, do Contrato n.º 041/SP-PE/2012, do Termo Aditivo Contratual n.º 003/SP-PE/2013 e do Termo Aditivo Contratual n.º 015/SP-PE/2013.

O Processo TC nº 72.002.028/13-70 trata do <u>Acompanhamento da Execução do Contrato</u> nº 041/SP-PE/2012.

A Auditoria elaborou o relatório de fls. 253/261, concluindo que a execução parcial do Contrato nº 041/SP-PE/2012 apresenta as seguintes infringências/impropriedades:

> ✓ *"As Ordens de Serviço são preenchidas no Sistema de Acompanhamento Físico e Financeiro do Orçamento (SAFFOR) de maneira incompleta e se referindo a contrato e ata de registro de preços já encerrados. Em alguns casos não consta a composição das equipes de trabalho e também ocorre a repetição da mesma equipe simultaneamente em duas Ordens de Serviço distintas (subitem 3.2.1);*
> ✓ *Em relatórios emitidos pelo Sistema SAFFOR as informações relacionadas ao Contrato, ao Processo Administrativo, à Ata de Registro de Preços e à Nota de Empenho não são os referentes ao Contrato n° 041/SP-PE/2012, assim como em relatórios referentes a diferentes equipes em operação naquela data a relação dos integrantes de cada equipe é a mesma (subitem 3.3.2),*
> ✓ *Em consulta à página da internet onde é possível ao cidadão acompanhar o monitoramento dos caminhões referentes aos serviços de tapa buracos, no dia 26.06.2013, diferentemente de diversas outras subprefeituras, não constavam os veículos que prestavam serviços para a SP-PE (subitem 3.3.3).*

Vistoria sem prévio agendamento – Rua Odete (não comunicada previamente à fiscalização da SP-PE):

✓ *Ausência de servidor da SP-PE no local de prestação dos serviços, cabendo aos funcionários da contratada selecionar os pontos de intervenção e a sua abrangência (subitem 3.5.1.a);*
✓ *Na maior parte das áreas onde foi aplicada a massa asfáltica não havia buracos propriamente ditos, mas sim outros tipos de defeitos no pavimento. Ao mesmo tempo, diversos locais em condições semelhantes, na mesma rua, não foram executados, não restando claro o critério de seleção utilizado (subitem 3.5.1.a);*
✓ *Ausência de adesivo ou pintura no veículo com um número de telefone para reclamações, em desacordo com o que determina o subitem 2.4.4 das Especificações Técnicas do Objeto (subitem 3.5.1.b);*
✓ *Ausência de realização do requadramento dos buracos antes da aplicação do concreto asfáltico, em infringência ao que determina o subitem 1.1.1.1 das Especificações Técnicas do Objeto, comprometendo a qualidade do serviço executado (subitem 3.5.1.c);*
✓ *Ausência de limpeza antes da aplicação do concreto asfáltico, em infringência ao que determina o subitem 1.1.1.2 das Especificações Técnicas do Objeto (subitem 3.5.1.d);*
✓ *Deficiência na aplicação da pintura de ligação, em infringência ao que determina o item 1.1.1.4 das Especificações Técnicas do Objeto (subitem 3.5.1.e),*
✓ *Aplicação da massa asfáltica com temperatura inferior ao mínimo necessário, em infringência aos subitens 4.2 e 4.2.3 das Especificações Técnicas do Objeto (subitem 3.5.1.f).*

Vistoria agendada e acompanhada pela fiscalização – Av. Rubens Fraga de Toledo Arruda:

✓ *Não há evidências de que a seleção dos locais de execução priorize os pontos críticos do sistema viário da SP-PE (subitem 3.5.2.a);*
✓ *Limpeza insuficiente antes da aplicação do concreto asfáltico, em infringência ao que determina o subitem 1.1.1.2 das Especificações Técnicas do Objeto (subitem 3.5.2.b);*
✓ *Aplicação da massa asfáltica com temperatura inferior ao mínimo necessário, em infringência aos subitens 4.2 e 4.2.3 das Especificações Técnicas do Objeto (subitem 3.5.2.c);*
✓ *Não houve o cumprimento do prazo regular de 05 dias úteis para que a fiscalização aprovasse as medições analisadas, em afronta ao disposto no item III da Portaria n° 43/SMSP/GAB, de 17 de junho de 2005, ao § 2º do art. 13 do Decreto Municipal nº 52.934/12 (1ª e 2ª medições) e ao § 2º do art. 12 do Decreto Municipal n° 53.694/13 (3ª, 4ª, 5ª e 6ª medições) (subitem 3.6.2.d);*
✓ *Não houve o cumprimento do item VII da Portaria nº 43/SMSP/GAB, que prevê a liquidação e o pagamento em até 5 dias úteis contados do seu recebimento pela Coordenadoria de Administração e Finanças (subitem 3.6.2.e).*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, face o caráter técnico da matéria, acompanhou as conclusões da Auditoria no sentido da irregularidade da execução contratual em exame (fls. 267/270).

Regularmente intimada, a Origem apresentou esclarecimentos às fls. 276/305, os quais foram analisados pela

Auditoria no relatório de fls. 310/312vº, onde restou concluído pela manutenção das conclusões anteriores, com exceção da irregularidade apontada pela impossibilidade de monitoramento dos caminhões referentes aos serviços contratados via internet, por considerá-la superada.

Novamente instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da Auditoria e opinou pela irregularidade da execução contratual ora examinada (fls. 315/318).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu pelo reconhecimento da regularidade da execução contratual em análise (fls. 320/323).

A Secretaria Geral opinou pela irregularidade da execução contratual em exame, sem prejuízo das determinações e/ou recomendações que entender necessárias.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento englobado o Pregão Presencial n.º 015/SP-PE/2012, promovido pela Subprefeitura Penha, o Contrato n.º 041/SP-PE/2012, celebrado entre a Subprefeitura Penha e a empresa F.M.Rodrigues e Cia Ltda, o Termo Aditivo Contratual n.º

003/SP-PE/2013, o Termo Aditivo Contratual n.º 015/SP-PE/2013 e a execução contratual.

A instrução processual revelou os seguintes apontamentos:

Pregão Presencial n.º 015/SP-PE-2012:

a) Não consta do Processo Administrativo a justificativa técnica para os quantitativos previstos.

Sobre esse apontamento, a Origem juntou históricos de utilização de concreto asfáltico por Subprefeitura no período de 2008 a 2011 e cálculo de consumo que resultou em 874,50 toneladas/mês, demonstrando a razoabilidade da quantidade estimada, conforme considerado pela Auditoria, dispensando qualquer comentário sobre o assunto.

b) Não foi demonstrado que o valor orçado reflete os preços de mercado, em infringência ao artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93 e aos artigos 2º, inciso VI, e 4º do Decreto Municipal nº 44.279/03:

Segundo consta dos autos, a Origem não detalhou todos os insumos e seus respectivos coeficientes de produtividade não elaborando, portanto, composição de custos unitários, mesmo tendo

acesso a outras licitações realizadas pela municipalidade, como por exemplo os Pregões nº 017/SP-SE/2011 e 11/SMSP/COGEL/2012.

Em consulta ao mercado, efetuou pesquisa de preços junto a 3 empresas (Era Técnica Engenharia, Construções e Serviços Ltda, Crisciuma Companhia Comercial Ltda e FM Rodrigues e Cia Ltda), tendo obtido o preço médio de R$ 241,73/tonelada, valor este 42% superior ao valor reajustado do contrato anterior, de R$ 166,48/tonelada, conforme Contrato n° 003/SP-PE/2011.

Dentre as 3 empresas consultadas, duas delas participaram do pregão (Era Técnica Engenharia, Construções e Serviços Ltda e FM Rodrigues e Cia Ltda), sagrando-se vencedora a empresa FM Rodrigues e Cia Ltda com o preço de R$ 229,00/tonelada.

Conforme determina o artigo 7°, § 2º, inciso II da Lei Federal nº 8.666/93, os preços de mercado devem ser obtidos pela Administração através de uma composição de custos unitários, onde são detalhados todos os insumos e seus respectivos coeficientes de produtividade. Considerando que não consta do PA n° 2012-0.222.057-2 a mencionada composição de custos e que não havia óbice para sua elaboração, acompanho o entendimento dos órgãos técnicos pela infringência ao citado dispositivo legal, entendendo como vício insanável o procedimento adotado pela Origem.

c) Não há justificativa para a não adoção do pregão eletrônico, em desacordo com o artigo 1º, § 2º, do Decreto Municipal nº 45.689/05:

De acordo com o art. 1º, § 2º, do Decreto Municipal n.º 45.689/05, os contratos celebrados pelo Município de São Paulo para aquisição de bens e serviços comuns deveriam ser precedidos, obrigatoriamente, por licitação pública, na modalidade de pregão, preferencialmente eletrônico.

Em que pese o lapso de tempo transcorrido, a defesa informa que o sistema do pregão eletrônico ainda não havia sido implementado quando do planejamento do procedimento licitatório.

Considerando, contudo, que o procedimento licitatório foi realizado, que a falha detectada é estrutural e depende de ações superiores para a devida implementação, relevo o fato de não sido utilizada a modalidade eletrônica por parte da Origem.

d) Ausência de cláusula editalícia exigindo a realização de registro fotográfico de todos os serviços de tapa-buraco, infringindo os princípios da eficiência e da economicidade:

Sobre a ausência da citada cláusula editalícia, a Origem informou que a obrigatoriedade de inclusão de registro fotográfico foi

introduzida pela Portaria 28/14-SMSP, que modificou as especificações do Anexo I da Portaria n.º 41/09 e que, atualmente, os pregões realizados já vêm com cláusula que exige os registros e inserção desses dados no Sistema de Monitoramento e Gestão.

Mesmo considerando a exigência de registro fotográfico dos serviços executados relevantes para a boa gestão contratual, entendo que a sua ausência não seria apta a comprometer a licitação e o contrato dela decorrente, de modo que relevo o presente apontamento, levando-se em contas, principalmente, a notícia trazida pela Origem.

e) O edital não se encontra rubricado em todas as suas folhas, infringindo o artigo 40, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93:

Sobre as falhas anotadas, acompanho o entendimento da AJCE no sentido de que tal apontamento não é capaz de macular, por si só, o Edital em análise.

f) As penalidades para os casos em que a licitante não mantiver a proposta, se recusar a assinar o contrato ou esteja impedida de assinar o contrato estão em conflito no edital e na minuta do contrato:

Em que pese o apontamento, observo que o contrato foi assinado dentro do prazo, não apresentando prejuízo decorrente do

conflito entre o disposto no Edital e na minuta do contrato. Sendo assim, entendo que o apontamento pode ser relevado.

g) Não há justificativa para adoção, no subitem 11.4 do edital e no subitem 5.5 da minuta do contrato, do índice setorial específico "mão-de-obra" para o reajuste dos preços contratados:

Conforme apurado nos autos, a Origem informou que o critério de reajuste contratual foi devidamente alterado de acordo com o Decreto Municipal n.º 53.841/13, que passou a reger os reajustes em contratos da Municipalidade.

As informações constantes dos autos permitem constatar que, de fato, a forma de reajuste do contrato adequou-se ao disposto no Decreto Municipal n.º 53.841/13 (Termo Aditivo n.º 031/SP-PE/2013 – publicado no Diário Oficial de 31.07.2013), sanando o apontamento.

h) O subitem 8.3.12 do edital exige que as licitantes apresentem uma Certidão de Registro no Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho (SESMET). Essa exigência não se encontra elencada na Lei Federal nº 8.666/93 como condição para habilitação, infringindo o artigo 3º,§ 1º, inciso I da referida lei:

De acordo com as informações trazidas, a Origem informa que não fará tal exigência nos editais futuros.

Ocorre, contudo, que referida exigência restringe potencialmente a participação de interessados, sendo correto afirmar que houve prejuízo ao princípio da competitividade, motivo pelo qual o apontamento não pode ser relevado.

i) A necessidade de que os serviços de tapa-buraco tenham sido executados em perímetro urbano fere o artigo 30, § 5° da Lei Federal n° 8.666/93, que veda expressamente a exigência de experiência anterior em locais específicos:

Segundo informa a Origem, a inclusão da referida exigência constitui falha administrativa, entretanto, esclareceu que não houve prejuízo à competitividade, ressaltando, ainda, que não houve impugnação, nem pedido de esclarecimentos por parte das interessadas em participar no certame.

Ocorre, contudo, que a exigência em comento afronta o artigo 3º, § 1°, inciso I da Lei Federal n° 8.666/93 ao restringir indevidamente o caráter competitivo do certame. Considerando que a Origem reconhece o erro o que se deduz pela sua não repetição, deixo de fazer qualquer recomendação a respeito.

j) Não há justificativa para os quantitativos exigidos para comprovação de experiência anterior, para a área de 7.143m2

e para o número de equipes a serem disponibilizadas pela Contratada:

Observa-se dos autos que a Origem exigiu como prova de experiência anterior a execução de 875 toneladas/mês, correspondendo à quantidade estimada total para a contratação.

Considerando que a imposição de quantitativos mínimos como prova de experiência anterior deve se limitar a cerca de 50% da execução pretendida, verifica-se infringência ao artigo 3°, § 1°, inciso I da Lei Federal n° 8.666/93.

Sobre a área de 7.143 m2, a Auditoria não evidenciou no PA n° 2012-0.222.057-2 a demonstração de como foi obtida a área, razão pela qual restou injustificado o procedimento adotado pela Origem.

Quanto às equipes, o edital não especifica de maneira clara o número de equipes que deveriam ser disponibilizadas pela contratada, uma vez que no subitem 2.1.1.1 das Especificações Técnicas do Objeto foi exigida a apresentação de apenas 1 equipe, ao passo que, como prova de qualificação técnica, as licitantes deveriam comprovar a prestação de serviços de tapa-buraco através de 3 equipes.

Em que pese a própria Origem ter reconhecido a falha administrativa, houve, de fato, contrariedade ao artigo 3º, § 1°, inciso I da

Lei Federal n° 8.666/93. Considerando que a Origem reconhece o erro, o que se deduz pela sua não repetição, deixo de fazer qualquer recomendação a respeito.

2. Apontamentos remanescentes ao Contrato n.º 041/SP-PE/2012:

d) Os Certificados de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) dos caminhões de placa EIO-8043 e EQL-3935 referem-se, respectivamente, aos exercícios de 2009 e 2010, não se comprovando, portanto, sua propriedade e o pagamento do seguro obrigatório e do IPVA, em infringência aos subitens 8.3.8 e 12.6 do edital:

e) Não consta do PA n° 2012-0.222.057-2 a comprovação do vínculo empregatício dos operadores dos veículos, em infringência ao subitem 12.7 do edital:

f) Os Laudos de Conformidade dos caminhões fazem referência à Ata de Registro de Preços n° 015/SMSP/COGEL/2009, ao PA n° 2011-0.041.482-3 e ao Contrato n° 003/SP-PE/2011, não se referindo, dessa forma, ao contrato ora analisado:

Sobre esses apontamentos, a Origem tomou ciência e não contestou nenhum deles, deixando de apresentar esclarecimentos ou justificativas que pudessem relativizar as falhas constatadas, de modo

que acompanho a Auditoria por remanescer as irregularidades apontadas.

3. Apontamentos relativos ao Termo Aditivo nº 003/SP-PE/2013:

a) A publicação do termo aditivo foi extemporânea, descumprindo o prazo estabelecido no artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02:

Sobre esse apontamento, acompanho a AJCE e a Secretaria Geral para relevar a falha anotada, pois o descumprimento do prazo constitui irregularidade de caráter formal, em nada afetando a execução e a validade do ajuste.

b) A justificativa para o aditamento encontra-se indevidamente fundamentada, contrariando o disposto no artigo 65, "caput", da Lei Federal nº 8.666/93:

Conforme demonstrado nos autos, para atender ao quantitativo contratado inicialmente (875 t/mês) seriam necessárias, via de regra, 2 equipes, cada uma sendo abastecida de asfalto 2 vezes por dia (875 t/(2 equipes)/(2 abastecimentos)/(9 toneladas por abastecimento, conforme capacidade dos caminhões) = 24,3 dias úteis/mês), de modo que a única medida a ser tomada para atender à

Portaria n° 55/2012-SMSP seria prorrogar o contrato por 1 mês (até 31.03.2013), com o consequente acréscimo de 875 toneladas.

A seu turno, a Origem optou por não prorrogar o contrato até 31.03.2013, mas apenas acrescendo 875 t dentro do período contratual (01.11.2012 a 28.02.2013), razão pela qual a justificativa apresentada pela Coordenadora de Infraestrutura e Obras Substituta encontra-se indevidamente fundamentada, contrariando, assim, o art. 65 caput da Lei Federal 8.666/93.

c) A lavratura do termo aditivo foi extemporânea caracterizando contratação verbal, contrariando o § único do artigo 60 da Lei Federal nº 8.666/93:

Verifica-se que o Termo Aditivo n.º 003/SP-PE/2013 foi celebrado em 28.01.2013 para formalizar acréscimo de quantidades a partir de 14.01.2013.

Segundo a Origem, os efeitos legais do aditamento iniciariam a partir da data da assinatura do despacho do Sr. Subprefeito, que ocorreu em 14.01.2013, data do início do acréscimo.

Sobre o apontamento, acompanho os órgãos técnicos por entender que a defesa apresentada não pode ser acatada para justificar a lavratura extemporânea do termo aditivo, visto não ser possível a prorrogação de contrato formalmente extinto.

d) A publicação no Diário Oficial da Cidade de São Paulo não contém o nº do termo e não resume com precisão seu objeto, contrariando o princípio da publicidade disposto no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93:

Verifica-se que a publicação no Diário Oficial da Cidade de São Paulo (DOC) referente ao presente Aditamento não contém o número do Termo (003/SPPE/2013) e não resume com precisão seu objeto, já que menciona 'Prazo do Aditamento: 46 dias' e 'Valor do Contrato: R$ 200.375,00', dando a entender que se trata de uma prorrogação contratual, ao invés de se referir ao acréscimo de 25% ao valor contratual no período de 14.01.2013 a 28.01.2013, o que contraria o Princípio da Publicidade, conforme disposto no art. 3º da Lei Federal 8.666/93.

Em que pese a Origem ter feito a publicação da transcrição fiel do despacho do Sr. Subprefeito, o extrato do aditamento com tais imprecisões não atendeu ao principal objetivo do princípio da publicidade, que é a divulgação de suas ações à sociedade e aos órgãos de controle a fim de possibilitar a fiscalização da legalidade, de modo que acompanho os órgãos técnicos pela irregularidade do procedimento.

e) O Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) do caminhão de placa EIO-8043 refere-se ao

exercício de 2009, não se comprovando, portanto, sua propriedade e o pagamento do seguro obrigatório e do IPVA, em infringência aos subitens 8.3.8 e 12.6 do edital:

f) Não consta do PA n° 2012-0.222.057-2 a comprovação do vínculo empregatício dos operadores dos veículos, em infringência ao subitem 12.7 do edital:

Sobre o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo e do vínculo empregatício dos operadores, a Origem não apresentou esclarecimentos ou justificativas que pudessem relativizar as falhas, razão pela qual acompanho os órgãos técnicos pela manutenção das irregularidades.

4. Apontamentos relativos ao Termo Aditivo n.º 015/SP-PE/2013:

a) A lavratura do termo aditivo foi extemporânea caracterizando contratação verbal, contrariando o § único do artigo 60 da Lei Federal nº 8.666/93:

Observa-se dos autos que o Termo Aditivo n.º 015/SP-PE/2013 foi celebrado em 15.04.2013 com o fim de prorrogar prazo contratual a partir de 01.03.2013.

Segundo a Origem, na ocasião, não foi suspenso o serviço, entendendo-se que havia despacho de autorização e que o mesmo assegurava legalidade para continuar até a formalização do Termo aditivo.

Sobre o apontamento, acompanho os órgãos técnicos por entender que a defesa apresentada não pode ser acatada para justificar a lavratura extemporânea do termo aditivo, visto não ser possível a prorrogação de contrato formalmente extinto.

Destaque-se, ademais, que a ofensa à legislação é causa ensejadora de responsabilização do agente público, independentemente de comprovação efetiva de dano material, podendo ser penalizado por eventual conduta comissiva ou omissiva praticada com dolo ou culpa no exercício de suas atividades.

A respeito do acompanhamento da execução contratual, a instrução processual revelou os seguintes apontamentos:

(i) Deficiência nos documentos emitidos pelo Sistema SAFFOR.

Conforme restou evidenciado, no relatório emitido pelo Sistema SAFFOR as informações relacionadas não são referentes ao Contrato em questão e a relação de integrantes de cada equipe de serviços é a mesma, contrariando o determinado pela Portaria nº

04/SMSP/2010, a qual determina que o SAFFOR deve ser alimentado diariamente com as informações sobre as ordens de serviços expedidas e os respectivos relatórios de produção com relação aos serviços de conservação de pavimentos viários com aplicação de material, portanto, irregular a execução neste sentido.

(ii) Impossibilidade de monitoramento via internet dos caminhões referentes aos serviços contratados no dia 26.06.2013.

Quanto a este apontamento, restou informado pela Origem que naquele dia os serviços programados não foram executados, motivo pelo qual considera-se sanada a irregularidade.

(iii) Deficiências constatadas na vistoria sem prévio agendamento – Rua Odete

A Auditoria constatou que não houve fiscalização no local de prestação de serviços e as ordens de serviço não especificavam a localização e o número de buracos que deveriam ser preenchidos, ficando a critério da Contratada selecionar os pontos onde seriam executados os serviços.

Além disso, os veículos utilizados para a realização dos serviços não estavam identificados na forma especificada; ausência de reenquadramento, limpeza prévia da superfície e pintura de ligação nos buracos antes da aplicação do concreto asfáltico, comprometendo a

qualidade e durabilidade do serviço executado; e aplicação da massa asfáltica em temperatura inferior ao mínimo necessário, comprometendo a qualidade e durabilidade do serviço executado.

(iii) Deficiências constatadas na vistoria agendada pela fiscalização – Av. Rubens Fraga de Toledo Arruda

A Auditoria constatou a ausência de limpeza prévia nos buracos antes da aplicação do concreto asfáltico e aplicação da massa asfáltica em temperatura inferior ao mínimo necessário, comprometendo a qualidade e durabilidade do serviço executado. Também não restou evidências de que a seleção dos locais de execução dos serviços contratados priorizasse os pontos mais críticos do sistema viário.

(iv) Não cumprimento dos prazos de aprovação das medições

Conforme apontado pela Auditoria, não houve cumprimento do prazo regular de 5 (cinco) dias úteis para que a fiscalização aprovasse as medições analisadas, infringindo o disposto no item III da Portaria nº 43/SMSP/GAB e ao § 2º do art. 12 do Decreto Municipal 52.934/12 (1ª e 2ª medições) e ao Decreto Municipal nº 53.694/13 (3ª, 4ª e 5ª medições).

(v) Não cumprimento dos prazos de liquidações e pagamentos (item 4.7 do relatório de fls. 253/261)

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Restou apurado pela Auditoria que não foi respeitado o prazo previsto no item VII da Portaria nº 43/SMSP/GAB, que é de 5 (cinco) dias úteis contados do seu recebimento pela Coordenadoria de Administração de Finanças.

O que se verifica dos apontamentos é que as cláusulas contratuais não estavam sendo cumpridas de acordo com o estabelecido e as justificativas apresentadas pela Origem não foram capazes de sanar as irregularidades apontadas, razão pela qual acompanho a manifestação dos órgãos técnicos deste Tribunal.

Diante de todo o exposto, **JULGO IREGULARES** o Pregão 41/2012, o Contrato n.º 041/SP-PE/2012, os Termos Aditivos n.º 003/SP-PE/2013 e n.º 015/SP-PE/2013, bem como a execução contratual.

DETERMINO à Subprefeitura Penha que calcule e cobre da empresa contratada, em valores atualizados, os prejuízos causados pela contratação em exame, levando-se em conta os preços praticados no Contrato n° 003/SP-PE/2011.

Ante o lapso entre o presente julgamento e a análise dos fatos deixo de aplicar as penas regimentais aos agentes públicos responsáveis.

Dê-se conhecimento do presente julgado à Controladoria Geral do Município.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 05 de maio de 2020.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 30/07/2020 13:57:43 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo