TC nº 72-003.231.03-37

ANÁLISE. CONTRATO. SUBPREFEITURA. Serviços de conservação de pavimentos viários, com fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura de ligação. Afastada a preliminar de prescrição e acolhida a de ilegitimidade. ACOLHIDO excepcionalmente. Votação unânime.

2.952ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 25/04/2018

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em rejeitar a preliminar de prescrição suscitada pela contratada, tendo em vista que o lapso temporal transcorrido entre a instauração do processo e a intimação dos interessados, não enseja o reconhecimento de prescrição que determine a extinção do processo sem julgamento de mérito.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em acolher a preliminar de ilegitimidade de parte alegada pelo Senhor Paulo de Moraes Borroul, para excluí-lo do rol de responsáveis pelos atos examinados praticados no âmbito deste processo.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em acolher excepcionalmente o Contrato 01/SP-IP/SOP/2003.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à Origem, à contratada, ao Ordenador da Despesa e ao Senhor Paulo de Moraes Borroul.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de outubro de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago a julgamento o TC n.º 72-003.231.03-37, consistente em análise formal do Contrato n.º 001/SP-IP/SOP/200, firmado pela Subprefeitura do Ipiranga com a empresa S.A. Paulista de Construções e Comércio, cujo objeto era a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários, mediante fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura de ligação. Referido contrato derivou da Ata de Registro de Preços n.º 72/SM-SP/COGEL/2002, extraída da Concorrência n.º 03/SIS/COGEL/2002, julgada regular no âmbito do TC n.º 72-001.964/03-37.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle emitiu o primeiro relatório apontando as seguintes infringências:

a) Ausência de justificativa para a elevação do limite de garantia para 10%;

b) Remessa e publicação extemporâneas do termo contratual;

c) Não apresentação completa da documentação prevista no item 5.1.3 da Ata de Registro de Preços quando da assinatura do contrato.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo apontou que a impropriedade relativa à extemporaneidade do envio do extrato do contrato para o Sistema SERI e, também, para publicação, poderia ser relevada, nos termos da jurisprudência desta Corte. Quanto aos demais pontos suscitados pela Auditoria, pugnou pela oitiva da Origem.

Em observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além da Origem, foram instados a se manifestar o ordenador de despesa à época e o representante legal da Contratada.

Preliminarmente, a Origem consignou enfrentar dificuldades no esclarecimento dos pontos suscitados neste processo, em razão de

já haverem se passado doze anos entre a extinção do contrato e a intimação para manifestação.

No mérito, aduziu que:

a) a garantia foi exigida no patamar de 10% do valor do contrato em razão da previsão constante do edital da Concorrência n.º 03/SIS/COGEL/2002, sendo, portanto, legítima.

b) a extemporaneidade da publicação deu-se por equívoco de entendimento, pressupondo a Administração, erroneamente, que a publicação do despacho autorizatório de utilização da Ata de Registro de Preços tornava desnecessária a publicação do extrato contratual;

c) a extemporaneidade da remessa ao Sistema SERI, embora tenha efetivamente ocorrido, não é impropriedade apta a macular a contratação, conforme entendimento desta própria Corte de Contas;

d) a documentação exigida pelo item 5.1.3 da Ata de Registro de Preços foi devidamente apresentada, sendo acostadas cópias aos autos.

A Contratada atendeu à intimação e arguiu, exclusivamente, a ocorrência da prescrição, pois entre a instauração do processo e a intimação dos interessados transcorreu um lapso temporal maior do que 10 anos, sendo que, ao caso em tela, seria aplicável o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, nos termos das Leis Federais n.º 9.784/88 e 4.717/65, o que caracterizaria a ocorrência da prescrição intercorrente.

Carlos Massato Kiyomoto, apesar de intimado na qualidade de Ordenador de Despesa no caso em tela, deixou o prazo transcorrer *in albis*, não apresentando manifestação nestes autos.

Por sua vez, Paulo de Moraes Borroul, alegou ilegitimidade de parte no presente feito, porque sua atuação limitou-se ao certame licitatório que deu origem à ata que fundou a presente contratação, na qual exerceu a função de Presidente da Comissão de Licitação.

Tornados os autos à Subsecretaria de Fiscalização, esta considerou que a documentação trazida foi suficiente a demonstrar que as exigências do item 5.1.3 da Ata de Registro de Preços foram devidamente observadas, retificando o apontamento inicial a esse respeito. Todavia, ratificou seu entendimento quanto às demais infringências constatadas.

Em seguida, sobreveio manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que, quanto à preliminar de prescrição, opinou pela sua rejeição, aduzindo que as penalidades estão sujeitas à extinção pelo decurso do tempo e que, em se tratando de eventual dano ao Erário, não há que se falar em incidência do instituto da prescrição.

No mérito, considerou que os apontamentos considerados subsistentes pela Auditoria não eram suficientes a conduzir a um juízo de irregularidade do contrato analisado. Isso porque o entendimento desta Corte de Contas seria pacífico no sentido de relevar a extemporaneidade de publicação e o atraso na remessa de informações ao SERI. Outrossim, considerou que o patamar de garantia contratual de 10% decorreu do estabelecido no edital da Concorrência n.º 03/SIS/COGEL/2002, que já foi julgada regular no TC n.º 72-001.964.03-37. Conclui, assim, que o termo contratual merecia acolhimento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pela regularidade do termo contratual, limitando-se a acompanhar a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de acolher a contratação, eis que as irregularidades constatadas seriam passíveis de relevação, a critério da Relatoria.

É o relatório.

V O T O

Duas preliminares devem ser enfrentadas, a de ocorrência de prescrição, suscitada pela Contratada, e a de ilegitimidade de parte, arguida pelo Presidente da Comissão de Licitação da Concorrência n.º 03/SIS/COGEL/2002, que gerou a Ata de Registro de Preços n.º 72/SM-SP/COGEL/2002, por meio da qual foi firmado o Contrato n.º 001/SP-IP/SOP/2003, ora analisado.

Quanto à prescrição, não há que se negar que, de fato, transcorreu longo lapso temporal desde a instauração do processo ora analisado, o fim da vigência contratual, e a efetiva integração dos interessados no feito para conclusão da instrução processual.

Todavia, isso não determina que este feito seja extinto sem julgamento de mérito. Pois senão, vejamos.

O entendimento que se extrai do art. 37, §5.º, da Constituição Federal, é que o dano ao Erário é imprescritível. O Plenário do STF, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário, exatamente em um caso em que indivíduo se insurgia contra condenação judicial que sofrera em virtude de apontamento do Tribunal de Contas da União, de que haveria de ressarcir valores que havia recebido a título de bolsa do CNPQ, por descumprimento de obrigações assumidas perante aquele órgão financiador, apesar de decorridos mais de 5 (cinco) anos desde o término da bolsa referida.

Em assim sendo, o lapso temporal transcorrido entre a instauração do processo e a intimação dos interessados, não enseja o reconhecimento de prescrição que determine a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Superada a primeira preliminar, passa-se à alegação de ilegitimidade de parte formulada pelo Presidente da Comissão de Licitação da Concorrência da Concorrência n.º 03/SIS/COGEL/2002.

Nesse caso, a preliminar confunde-se com o mérito, já que a Auditoria apontou que a infringência relativa à ausência de justificativa para elevação do limite da garantia contratual para 10% seria de responsabilidade do Sr. Paulo de Moraes Borroul.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou que o parâmetro poderia ser majorado mediante fundamentação, nos termos do art. 56, §3.º, da Lei Federal n.º 8.666/93, e como o percentual fora estabelecido no edital da concorrência, a responsabilidade seria do Presidente da Comissão de Licitação, chamado a se manifestar nos autos.

Tal entendimento não deve prevalecer, pois ainda que houvesse alguma irregularidade do estabelecimento do percentual de garantia, a decorrente responsabilidade do Presidente da Comissão de Licitação deveria ser limitada aos atos praticados no âmbito daquele certame, que, por sinal, foram objeto do TC n.º 72-001.964.03-37.

Ainda em sede de argumentação, considerando que o percentual irregular também foi verificado na contratação, a responsabilidade, no momento da contratação, é da autoridade que firmou o termo e concordou com as condições pré-estabelecidas. A autoridade responsável pelo contrato poderia, se assim julgasse correto, anular o certame e deixar de firmar a contratação em razão do percentual de garantia. Se assim não o fez, é porque considerou que a garantia estava corretamente estabelecida e, por consequência, assumiu a responsabilidade por sua estipulação no contrato.

Ou seja, essa mesma hipótese de irregularidade, se confirmada, teria dois âmbitos de responsabilização – o primeiro, na licitação, que cabe ao Presidente da Comissão, e o segundo, na contratação, da autoridade que firma o termo contratual.

Assim, não cabe indagar, em sede de análise contratual, da responsabilidade do Presidente a Comissão de Licitação da Concorrência, razão pela qual fica reconhecida sua ilegitimidade de parte neste feito.

Exauridas as preliminares, passemos ao exame do mérito.

Quanto à extemporaneidade da publicação e atraso na remessa do extrato do termo contratual ao Sistema SERI, como bem apontado pela

Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, está-se diante de duas infringências que não são aptas a conduzir a um juízo de irregularidade da contratação.

A jurisprudência deste Tribunal de Contas é uníssona no sentido de considerar que a extemporaneidade na publicação dos extratos de contratos e termos aditivos não é, por si só, suficiente para afastar a regularidade dos ajustes encetados.[1] Ainda que tenha havido descumprimento do prazo legalmente previsto, deu-se publicidade à avença, possibilitando o exercício do controle da administração, objetivo este colimado pelas normas que zelam sobre as publicações na Administração Pública, em especial pelos princípios da publicidade e da transparência que a regem, nos termos do caput do art. 37 da Constituição Federal.

A remessa intempestiva da documentação relativa ao contrato, ao sistema de informações desta Corte, pode ser, do mesmo modo, relevada, nos termos da jurisprudência referida, já que se trata de infringência formal, sem qualquer outra repercussão.[2]

Por derradeiro, cabe analisar a questão da garantia contratual, já citada em sede de preliminar. Nesse ponto, há que se considerar que o art. 56, §3.º, da Lei Federal n.º 8.666/93, realmente exige a aprovação, pela autoridade competente, de parecer técnico, que justifique a majoração do percentual a ser recolhido a título de garantia contratual.

O parecer técnico deveria ter sido emitido e aprovado no momento em que se realizava a fase interna da licitação, assim, ideal seria que o ponto tivesse sido examinado no processo que tratou da concorrência, o citado TC n.º 72-001.964.03-37. Todavia, isso não ocorreu. A questão não foi aventada naqueles autos e a concorrência foi julgada regular.

Assim, muito embora também se possa suscitar a questão da pertinência da exigência de garantia em 10% do valor contratado quando se analisa uma contratação, fato é, que, no caso concreto, já foi proferido julgamento, por esta Corte de Contas, no sentido de acolher a licitação cujo edital previa tal cláusula. Portanto, tal item tem sua análise prejudicada pelo julgamento já realizado no referido TC n.º 72-001.964.03-37.

Registro, que, ainda que a questão não tivesse sido objeto de deliberação deste Tribunal em outro processo, não se vislumbraria prejuízo algum ao Erário pelo fato de a contratação ter contemplado percentual de garantia majorado. Isso porque há amparo legal para tanto e não foi gerada condição excessivamente onerosa aos licitantes, que pudesse ser capaz de afetar a competitividade do certame. Do mesmo modo, infere-se que a exigência não foi

---

[1] TC nº 72-002.292.12-87, TC nº 72-002.748.12-18, TC nº 72-003.034.09-21, entre outros

[2] TC n.º 72-002.489.08-85, d.j. 28/02/2012; TC nº 72-001.487.08-14, d.j. 03/10/2013; TC nº 72-001.551.07-30, d.j. 25/02/2015; TC nº 72-000.691.97-10, d.j. 11/03/2015.

demasiada a frustrar o objetivo precípuo de uma licitação, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de prescrição, **ACOLHO** a preliminar de ilegitimidade de parte alegada pelo Sr. Paulo de Moraes Borroul, para **EXCLUI-LO** do rol de responsáveis pelos atos examinados praticados no âmbito deste processo e, no mérito, **ACOLHO EXCEPCIONALMENTE** o Contrato n.º º 001/SP-IP/SOP/2003.

INTIMEM-SE a Origem, a Contratada, o Ordenador da Despesa e o Sr. Paulo de Moraes Borroul, do teor da decisão proferida. Após, arquive-se.