Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-681/2023

Processo	-	TC/005338/2004
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal, Soebe Construção e Pavimentação Ltda., Tomás Móteo de Paula, Rafael Peino Pollan e Carlos Fortuna Jarra
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 13/03/2019 – Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras e Soebe Construção e Pavimentação Ltda. – Concorrência 04/2003/Siurb – Contrato 17/2004/Siurb (TA 134/2004, 22/2005 e 69/2005 – T. Retirratificação 160/2004 e 145/2005) – Execução das obras de canalização do córrego Itaquera e construção de duas passarelas para pedestres, inclusive Projeto Executivo, no trecho compreendido entre a Rua Valentim Lemos e a Rua Benedito Leite de Ávila, em torno do CEU Jambeiro

3.298ª Sessão Ordinária

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SIURB. Obras de canalização do córrego Itaquera e construção de passarelas para pedestres. Decisão que julgou irregulares os ajustes por ausência de dados no edital e de justificativas e outras diversas irregularidades. 1. Deve-se reconhecer a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. Art. 9º, Res. TCMSP 10/2023. 2. 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, para fins de apuração de atos de improbidade. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Art. 12, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro RICARDO TORRES.

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 dos recursos ordinários, uma vez que foram atendidos os requisitos constantes dos artigos 137, inciso II, 142 e 147 do Regimento Interno desta Corte e artigos 40, 42 e 46 da Lei Orgânica 9.167/80.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a consumação prescricional no feito e, quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, no sentido de manter incólume o Acórdão guerreado, julgando extinto o presente feito, com base no artigo 12 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem, na pessoa do Senhor Secretário Municipal de Infraestrutura e Obras, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência, nos termos do artigo 13 da Resolução 10/2023, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, à Controladoria Geral do Município e aos demais interessados no feito, para ciência.

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

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de novembro de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
RICARDO TORRES – Relator

/mfl

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RICARDO TORRES – RELATOR

Processo: **TC/005338/2004**
Origem: Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras
Objeto: Execução das obras de canalização do Córrego Itaquera e construção de duas passarelas para pedestres, no trecho compreendido entre a Rua Valentim Lemos e a Rua Benedito Leite de Àvila (estrada de ferro) – em torno do céu jambeiro – inclusive projeto executivo

Egrégio Plenário,

Trata-se da análise dos Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, pela empresa Soebe Construção e Pavimentação Ltda., por Tomás Móteo de Paula, por Rafael Peino Pollan e por Carlos Fortuna Jarra, em face do v. Acórdão, prolatado em 13/03/2019, que julgou irregular a licitação 004/03/SIURB, o contrato 017/2004/SIURB, o Termo de Aditamento 134/2004, o Termo de Retirratificação 160/2004, os Termos de Aditamento 22/2005 e 69/2005 e o Termo de Retirratificação 145/2005, celebrados entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras - SIURB e a empresa SOEBE Construção e Pavimentação Ltda., e deixou de acolher os efeitos financeiros produzidos, diante da presença de indícios de prejuízo ao erário.

O v. Acórdão, objeto da insurgência recursal em exame, restou proferido nos termos a seguir:

> ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, nos termos de seu relatório e voto, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI, em julgar irregulares a Concorrência 004/03/Siurb, o Contrato 017/2004/Siurb, o Termo de Aditamento 134/2004, o Termo de Retirratificação 160/2004, os Termos de Aditamento 22/2005 e 69/2005 e o Termo de Retirratificação 145/2005, pelas seguintes razões:
> a) Irregularidade da Concorrência: 1. inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades dos serviços, contrariando o § 4º do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93; 2. ausência de justificativa das distâncias de jazida e bota-fora adotadas na planilha orçamentária; 3. falta de justificativa para o preço de remoção de terra que considera a utilização de caminhões de 4m³ (quatro metros cúbicos) de capacidade, quando os utilizados pelas empreiteiras possuem, em média, o triplo dessa capacidade; 4. ausência de dados no edital, infringindo o artigo 40 da Lei Federal 8.666/93; 5. ausência de publicação em jornal de grande circulação, infringindo o artigo 21 da Lei Federal 8.666/93 e artigo 17 da Lei Municipal 13.278/2002.

b) Irregularidade do Contrato: 1. Empenho insuficiente, infringindo o artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e o Decreto Municipal 23.639/87; 2. Cronograma físico-financeiro não sustentável em bases técnicas. 3. Existência de itens de serviço com preços não justificados quanto à sua exequibilidade, infringindo o inciso II do artigo 48 da Lei Federal 8.666/93; 4. Por ser decorrente de concorrência irregular.

c) Irregularidade do Termo de Aditamento 134/2004: 1. ausência de notas de empenho, infringindo o artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e o Decreto Municipal 23.639/87; 2. ausência de cronograma físico-financeiro, infringindo o inciso III do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93; 3. falta de estudo hidrológico e de licenças ambientais para as modificações constantes do projeto executivo; 4. alteração do objeto da obra, causando prejuízo à competitividade do certame; 5. ausência de justificativa técnica para a alteração da estrutura do canal e ausência de aprovação do projeto executivo; 6. configuração de 'jogo de planilha'; 7. preço extracontratual não justificado.
d) Irregularidade do Termo de Retirratificação 160/2004, por acessoriedade.
e) Irregularidade do Termo de Aditamento 022/2005: "inexistência de justificativa para a prorrogação de prazo ajustada, bem como pelo princípio da acessoriedade".

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em deixar de acolher os efeitos financeiros produzidos, diante da presença de indícios de prejuízo ao erário, bem como em razão da natureza das irregularidades dentre as quais se incluem: 01 - inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades dos serviços; 02 - ausência de justificativa das distâncias de jazida e bota-fora adotadas na planilha orçamentária; 03 - falta de justificativa para o preço de remoção de terra que considera a utilização de caminhões de 4m³ (quatro metros cúbicos) de capacidade, quando os utilizados pelas empreiteiras possuem, em média, o triplo dessa capacidade; 04 - existência de itens de serviço com preços não justificados quanto à sua exequibilidade; 05 - ausência de cronograma físico-financeiro; 06 - falta de estudo hidrológico e de licenças ambientais para as modificações do projeto executivo; 07 - alteração do objeto da obra, causando prejuízo à competitividade do certame; 08 - ausência de justificativa técnica para a alteração da estrutura do canal e ausência de aprovação do projeto executivo; 09 - configuração de 'jogo de planilha'; e 10 - preço extracontratual não justificado.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em não aceitar, também, os efeitos financeiros produzidos em função das seguintes constatações da Auditoria desta Corte, às folhas 522/528 dos autos: 1) no Quadro 2, fls. 359/362, anexo ao relatório das fls. 363/378, bem como no subitem 2.3.'d' daquele relatório, fls. 374/375, foi demonstrado que, após as mudanças do projeto executivo que configuraram o 'jogo de planilha', a proposta da contratada ficou R$ 659.644,22 (seiscentos e cinquenta e nove

> mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e vinte e dois centavos) mais cara que a proposta equivalente da licitante classificada em 2º lugar e R$ 693.866,92 (e seis reais e noventa e dois centavos) mais cara que a proposta equivalente da licitante classificada em 3º lugar; 2) os Termos de Recebimento Provisório e Definitivo foram lavrados extemporaneamente, em desacordo com o contrato, e não deixam claro quais obras foram recebidas, tampouco suas localizações.
>
> ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão: à Procuradoria Geral do Município e à Controladoria Geral do Município a fim de que adotem as providências cabíveis para eventual ação de ressarcimento ao erário; à Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – Siurb, para que promova as medidas necessárias para eventual responsabilização dos agentes públicos. (...)
>
> ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à empresa Soebe Construção e Pavimentação Ltda., para ciência, e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, cópia deste Acórdão acompanhado do relatório e voto do Relator, em resposta às solicitações contidas nos autos, arquivando-se, após, estes autos."

Regularmente cientificados da decisão, a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras (fls. 753 e 805 da peça 59) e o Sr. Roberto Luiz Bortolotto, Secretário Municipal à época (peças 63 e 67), deixaram transcorrer in albis o prazo assegurado para eventual interposição de recurso (cf. informado nas peças 61 e 97).

Instada a se manifestar (peça 98), a Auditoria à peça 100 que "os Recursos Ordinários apresentados não apresentaram fatos novos e/ou relevantes que modifiquem o decidido no V. Acórdão objeto dos recursos ora analisados, motivo pelo qual pugna-se pela sua integral manutenção".(g.n.)

A AJCE, à Peça 102, opinou pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, entendeu que os recorrentes não trouxeram argumentos tecnicamente mais convincentes e nenhuma nova informação, além daquelas já destacadas pela Auditoria e, considerando a natureza eminentemente técnica envolvida, endossou as conclusões da Especializada pelo não provimento.

A Secretaria Geral, às Peças 108 e 109, opinou pelo conhecimento dos recursos, todavia, em relação ao mérito, concluiu pelo não provimento, mantendo-se o v. Acórdão prolatado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Instada a se manifestar sobre a configuração do disposto no art. 9º da Resolução n° 10/2023, opinou a AJCE pela configuração de prescrição intercorrente no caso em tela, tendo em vista o transcurso do prazo de 3 (três) anos sem movimentação processual.

Em seu turno, a PFM registrou que não tem nada a opor quanto ao reconhecimento de prescrição no presente feito, em concordância com o opinado pelas áreas técnicas desta E. Corte.

Assim, verifica-se que as Áreas Técnicas desta E. Corte, bem como a PFM reconhecem o advento da prescrição no presente processo.

É o relatório.

1. Inicialmente, **CONHEÇO** dos Recursos Ordinários, eis que atendidos os requisitos constantes dos arts. 137, inc. II, 142 e 147 do Regimento desta Corte e arts. 40, 42 e 46 da Lei Orgânica nº 9.167/80.

2. É o caso de reconhecer a consumação de prescrição no presente processo, conforme será detalhamente depurado a seguir.

3. Uma vez afixada, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, a tese da incidência prescricional face às pretensões punitiva e ressarcitória, especificamente quando performados os julgamentos que resultaram nos Temas de Repercussão Geral nº 897 e 899, corroborada com o precedente instaurado pelo julgamento da ADI nº 5.509, reconheceu-se no âmbito das Cortes de Contas a aplicação temporal-preclusiva da prescrição quinquenal, com base na métrica estabelecida pela Lei Federal nº 9.873/1999.

4. Adaptando-se a esta nova incidência prescricional nos feitos de controle externo, o Tribunal de Contas da União – TCU aprovou a Resolução nº 344/2022, ao passo em que a ATRICON, em 24/04/2023, por meio da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTCABRACOM n° 02/2023, estabeleceu diretrizes aplicáveis no âmbito da atuação finalística dos Tribunais de Contas para conformar a aplicação dos institutos da prescrição e da decadência à atual posição do STF quanto ao tema.

5. Em seu turno, conformando-se à retromencionada disrupção prescricional, 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 da prescrição intercorrente – transcurso trienal.

6. No âmbito do acervo normativo que vige nesta E. Corte, no que atina à incidência da prescrição intercorrente, cabe observar o disposto no artigo 9° da Resolução n° 10/2023:

> Art. 9º Incide a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.
> § 1° A prescrição intercorrente interrompe-se por qualquer ato que evidencie o andamento regular do processo.
> § 2° As causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição principal também impedem, suspendem ou interrompem a prescrição intercorrente.

7. Encampado pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal[1], predomina o entendimento de que a atuação dos Tribunais de Contas deve observar, no tocante à consumação prescricional nos feitos de controle externo, o disposto na Lei Federal nº 9.873/1999:

> Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
> §1° **Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos**, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.
> (Grifos Nossos)

8. Estritamente em relação à prescrição intercorrente e sua aplicabilidade a processos administrativos, há entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido:

> **Tema repetitivo nº 328:** É de três anos o prazo para a conclusão de processo administrativo instaurado para se apurar a infração administrativa (´prescrição intercorrente´)
> (STJ. REsp 1115078/RS, Relator: Ministro Castro Meira, Julgado em: 10/03/2010)

---

[1] STF. MS 32201, Relator Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, julgado em 21/3/2017, Processo Eletrônico Dje-173. Divulgado em 04/08/2017. Publicado em 07/08/2017.

9. Por fim, não se pode olvidar a noção de "*não ser qualquer despacho que obsta a decretação da prescrição intercorrente no processo administrativo, mas somente aqueles que inequivocamente importem na apuração do fato ou aquele que resolva o mérito do processo*[2]".

10. Decorridos 3 (três) anos sem movimentação processual, houve consumação de prescrição intercorrente, prejudicada a pretensão punitiva e ressarcitória nos autos em tela, em conformidade com o quanto opinado pela AJCE com base no art. 9º da Resolução nº 10/2023 desta E. Corte.

11. Entretanto, em que pese a consumação prescricional, em análise de mérito para fins estritamente declaratórios, nos termos do art. 13 da Resolução nº 10/2023 desta E. Corte, não vislumbro elementos recursais capazes modificar o quanto decidido no r. Acórdão, que na ocasião julgou irregular o ajuste.

12. 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, para fins de apuração de atos de improbidade – cujas ações de reparação são imprescritíveis, nos termos do Tema 897 de repercussão geral - ou criminais.

13. Ante o exposto, **RECONHEÇO a consumação prescricional** no feito em tela e, quanto ao mérito, **NEGO PROVIMENTO** aos **recursos interpostos**, no sentido de manter incólume o Acórdão guerreado. Por fim, **julgo extinto o presente feito**, com base no art. 12 da Resolução 10/2023.

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, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

INTIME-SE a Origem, na pessoa do Sr. Secretário Municipal de Infraestrutura e Obras, o Ministério Público do Estado de São Paulo, a CGM e os demais interessados no feito para ciência do presente voto e do acórdão resultante.

---

[2] GAMA, Carlos Alberto. A prescrição intercorrente no processo administrativo federal – Lei nº 9.873/99. Fórum Administrativo: Belo Horizonte-MG. Páginas 99/102. 09/2017.

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

Plenário Conselheiro **PAULO PLANET BUARQUE**, 1º de novembro de 2023.

Ricardo Torres
Conselheiro

Processo - TC/005338/2004
Contratante - Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras
Contratada - Soebe Construção e Pavimentação Ltda.
Concorrência - 04/2003/Siurb
Contrato - 17/2004/Siurb R$ 3.237.155,68
TA - 134/2004 R$ 432.825,44 (exclusão do trecho entre as estacas 500 e 510, inclusão das obras relativas ao piscinão "Pedreira São Mateus", processo executivo da canalização, aprovação de preço extracontratual e reforço do valor contratual
Termo de Retirratificação 160/2004 R$ 3.000,00 (retificação do termo de aditamento do reforço do valor contratual, passando de R$ 432.825,44 para R$ 435.825,44)
TA - 22/2005 (suspensão contratual pelo prazo de 120 dias compreendendo o período de 03/4/2005 a 31/7/2005)
TA - 69/2005 (retomada das obras, prorrogação de prazo (240 dias) e concessão de recursos)
Termo de Retirratificação 145/2005 (retificação do item 1 da cláusula VI do Contrato)
Objeto - Execução das obras de canalização do córrego Itaquera e construção de duas passarelas para pedestres, no trecho compreendido entre a Rua Valentim Lemos e a Rua Benedito Leite de Ávila (estrada de ferro) – em torno do CEU Jambeiro – inclusive Projeto Executivo

3.025ª Sessão Ordinária

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS E RETIRRATIFICAÇÕES. SIURB. Obras de canalização de córrego e construção de passarelas para pedestres. Irregularidades com destaque: ausências de dados no edital, de justificativas, de cronograma físico-financeiro, de nota de empenho, de publicação em jornal de grande circulação; alteração do objeto; existência de itens de serviço com preços não justificados; inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades; preço extracontratual não justificado; falta de estudo hidrológico e licenças ambientais; empenho insuficiente; lavraturas de termos extemporâneas; configuração de jogo de planilhas. Acessoriedade. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. DETERMINAÇÃO para apuração das responsabilidades dos agentes públicos e eventual ação de ressarcimento ao Erário. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.765ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, nos termos de seu relatório e voto, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI, em julgar irregulares a Concorrência 004/03/Siurb, o Contrato 017/2004/Siurb, o Termo de Aditamento 134/2004, o Termo de Retirratificação 160/2004, os Termos de Aditamento 22/2005 e 69/2005 e o Termo de Retirratificação 145/2005, pelas seguintes razões:

a) Irregularidade da Concorrência:

1. inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades dos serviços, contrariando o § 4º do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93;
2. ausência de justificativa das distâncias de jazida e bota-fora adotadas na planilha orçamentária;
3. falta de justificativa para o preço de remoção de terra que considera a utilização de caminhões de 4m³ (quatro metros cúbicos) de capacidade, quando os utilizados pelas empreiteiras possuem, em média, o triplo dessa capacidade;
4 ausência de dados no edital, infringindo o artigo 40 da Lei Federal 8.666/93;
5 ausência de publicação em jornal de grande circulação, infringindo o artigo 21 da Lei Federal 8.666/93 e artigo 17 da Lei Municipal 13.278/2002.

b) Irregularidade do Contrato:

1. Empenho insuficiente, infringindo o artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e o Decreto Municipal 23.639/87;
2. Cronograma físico-financeiro não sustentável em bases técnicas.
3. Existência de itens de serviço com preços não justificados quanto à sua exequibilidade, infringindo o inciso II do artigo 48 da Lei Federal 8.666/93;
4. Por ser decorrente de concorrência irregular.

c) Irregularidade do Termo de Aditamento 134/2004:

1. ausência de notas de empenho, infringindo o artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e o Decreto Municipal 23.639/87;
2. ausência de cronograma físico-financeiro, infringindo o inciso III do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93;
3. falta de estudo hidrológico e de licenças ambientais para as modificações constantes do projeto executivo;
4. alteração do objeto da obra, causando prejuízo à competitividade do certame;
5. ausência de justificativa técnica para a alteração da estrutura do canal e ausência de aprovação do projeto executivo;
6. configuração de 'jogo de planilha';
7. preço extracontratual não justificado.

Segue (m), juntada (s) nesta data, ___ folha (s) para informação / documento (s) rubricado (s) sob fl (s).
Nº(s) _____ em ____/____/____ Ass._____

d) Irregularidade do Termo de Retirratificação 160/2004, por acessoriedade.

e) Irregularidade do Termo de Aditamento 022/2005: "inexistência de justificativa para a prorrogação de prazo ajustada, bem como pelo princípio da acessoriedade".

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em deixar de acolher os efeitos financeiros produzidos, diante da presença de indícios de prejuízo ao erário, bem como em razão da natureza das irregularidades dentre as quais se incluem:

01 - inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades dos serviços;
02 - ausência de justificativa das distâncias de jazida e bota-fora adotadas na planilha orçamentária;
03 - falta de justificativa para o preço de remoção de terra que considera a utilização de caminhões de 4m³ (quatro metros cúbicos) de capacidade, quando os utilizados pelas empreiteiras possuem, em média, o triplo dessa capacidade;
04 - existência de itens de serviço com preços não justificados quanto à sua exequibilidade;
05 - ausência de cronograma físico-financeiro;
06 - falta de estudo hidrológico e de licenças ambientais para as modificações do projeto executivo;
07 - alteração do objeto da obra, causando prejuízo à competitividade do certame;
08 - ausência de justificativa técnica para a alteração da estrutura do canal e ausência de aprovação do projeto executivo;
09 - configuração de 'jogo de planilha'; e
10 - preço extracontratual não justificado.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em não aceitar, também, os efeitos financeiros produzidos em função das seguintes constatações da Auditoria desta Corte, às folhas 522/528 dos autos:

1) no Quadro 2, fls. 359/362, anexo ao relatório das fls. 363/378, bem como no subitem 2.3.'d' daquele relatório, fls. 374/375, foi demonstrado que, após as mudanças do projeto executivo que configuraram o 'jogo de planilha', a proposta da contratada ficou R$ 659.644,22 (seiscentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e vinte e dois centavos) mais cara que a proposta equivalente da licitante classificada em 2º lugar e R$ 693.866,92 (seiscentos e noventa e três mil, oitocentos e sessenta e seis reais e noventa e dois centavos) mais cara que a proposta equivalente da licitante classificada em 3º lugar;
2) os Termos de Recebimento Provisório e Definitivo foram lavrados extemporaneamente, em desacordo com o contrato, e não deixam claro quais obras foram recebidas, tampouco suas localizações.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão: à Procuradoria Geral do Município e à Controladoria Geral do Município a fim de que adotem as providências cabíveis para eventual ação de ressarcimento ao erário; à Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – Siurb, para que promova as medidas necessárias para eventual responsabilização dos agentes públicos.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, que julgou regulares a concorrência, o contrato, os Termos Aditivos e os Termos de Retirratificação.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à empresa Soebe Construção e Pavimentação Ltda., para ciência, e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, cópia deste Acórdão acompanhado do relatório e voto do Relator, em resposta às solicitações contidas nos autos, arquivando-se, após, estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de março de 2019.

MAURÍCIO FARIA
No exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

/affo

Segue (m), juntada (s) nesta data, ___ folha (s) para informação / documento (s) rubricado (s) sob fl (s).
Nº(s) _____ em ____/____/____ Ass._____

Processo TC	**: 72.005.338/04-82**
Interessadas	: Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – Siurb e Soebe Construção e Pavimentação Ltda.
Objeto de Julgamento	: **– Concorrência 004/03/Siurb – Contrato 017/2004/Siurb R$ 3.237.155,68, TA 134/2004 R$ 432.825,44** (exclusão do trecho entre as estacas 500 e 510, inclusão das obras relativas ao piscinão "Pedreira São Mateus" e processo executivo da canalização, aprovação de preço extracontratual e reforço do valor contratual), **Termo de Retirratificação 160/2004 R$ 3.000,00** (retificação do termo de aditamento do reforço do valor contratual, passando de R$ 432.825,44 para R$ 435.825,44), **TAs 22/2005** (suspensão contratual pelo prazo de 120 dias compreendendo o período de 03/4/2005 a 31/7/2005) e **69/2005** (retomada das obras, prorrogação de prazo (240 dias) e concessão de recursos) e **Termo de Retirratificação 145/2005** (retificação do item 1 da cláusula VI do Contrato)
Assunto	: Execução das obras de canalização do córrego Itaquera e construção de duas passarelas para pedestres, no trecho compreendido entre a Rua Valentim Lemos e a Rua Benedito Leite de Ávila (estrada de ferro) – em torno do CEU Jambeiro – inclusive Projeto Executivo
Relator	: Conselheiro **EDSON SIMÕES**
Revisor	: Conselheiro **JOÃO ANTONIO**

Relatório

Primeiro, registre-se que o Ministério Público do Estado de São Paulo enviou Ofícios a este Tribunal solicitando informações acerca do julgamento alcançado nos TCs ora sob julgamento.

Cuidam os autos da análise da Concorrência nº 4/2003, do Contrato nº 17/2004, do Termo Aditivo nº 134/2004, do Termo de Retirratificação nº 160/2004, do Termo Aditivo nº 22/2005, do Termo de Aditamento nº 69/2005 e do Termo de Retirratificação nº 145/2005, celebrados entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e a empresa Soebe Construção e Pavimentação Ltda., objetivando a execução das obras de canalização do Córrego Itaquera e a construção de duas passarelas para pedestres, no trecho compreendido entre a Rua Valentim Lemos e a Rua Benedito Leite De Ávila (estrada de ferro) – entorno do Céu Jambeiro, inclusive projeto executivo, no valor de R$ 3.237.155,68 (três milhões, duzentos e trinta e sete mil cento e cinquenta e cinco reais e sessenta e oito centavos), no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias corridos.

O relatório inicial da Coordenadoria VI concluiu pela irregularidade de todos os instrumentos pelas seguintes razões:

A.) Concorrência nº 4/2003:

1.) ausência de data, assinatura, número de ordem e rubricas na minuta de Edital entregue pela Origem para análise deste Tribunal, infringindo o disposto no artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93;

2.) inexistência de publicação em jornal de grande circulação, contrariando o disposto no artigo 21 da Lei Federal n° 8.666/93 e no artigo 17 da Lei Municipal n° 13.278/2002;
3.) adoção/inclusão de serviços sem quantitativos estimados na planilha orçamentária (duas verbas incluídas a título de "serviços eventuais", uma no valor de 5% – cinco por cento – do valor dos serviços essenciais referentes à obra e a outra de 10% – dez por cento – dos serviços essenciais relativos ao projeto), infringindo o disposto no artigo 7°, § 4°, da Lei Federal 8.666/93;
4.) ausência de justificativa para as distâncias consideradas na planilha orçamentária referentes ao item "remoção de terra", para a jazida de terra e o bota-fora nos valores de 16 (dezesseis) e 17 (dezessete) km, respectivamente;
5.) falta de justificativa para o preço de remoção de terra (item que representa cerca de 22% – vinte e dois por cento – do valor total da obra).

B.) Contrato n° 17/2004:

1.) decorrer de licitação considerada irregular;

2.) incorreção na previsão de reajuste econômico com utilização do índice "Pontes" (indicado na cláusula VI do Contrato – considerado menos vantajoso – quando o subitem 10.2 do edital indica para efeito de reajustamento o índice para serviços de "estrutura geral" – Item 1.2 da Portaria n° 1.285/91/SF considerado como o mais indicado);

3.) ausência de demonstração de exequibilidade dos preços de alguns itens de serviço.

C.) Termo Aditivo n° 134/2004 (que teve por objeto a exclusão do trecho entre as estacas 500 e 510; inclusão das obras relativas ao piscinão "Pedreira São Mateus" e ao processo executivo da canalização; aprovação de preço extracontratual e reforço do valor contratual):

1.) falta de estudo hidrológico e de licenças ambientais para as modificações constantes do projeto executivo;

2.) alteração no objeto da obra, causando prejuízos à competitividade do certame;

3.) ausência de justificativa técnica para a alteração da estrutura do canal e ausência de aprovação do projeto executivo;

4.) configuração de "jogo de planilha"; e

5.) preço extracontratual não justificado.

D.) Termo de Retirratificação n° 160/2004 (que retificou de R$ 432.825,44 – quatrocentos e trinta e dois mil oitocentos e vinte e cinco reais e quarenta e quatro centavos – para R$ 435.825,44 – quatrocentos e trinta e cinco mil oitocentos e vinte e cinco reais e quarenta e quatro centavos – o valor do Termo de Aditivo n° 134/2004):
– suceder licitação e contratos considerados irregulares.

E.) Termo Aditivo nº 22/2005 (que suspendeu a execução do contrato pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias – 3 de abril de 2005 a 31 de julho de 2005):

– decorrer de certame e contrato inquinados de irregularidades.

F.) Termo de Aditamento nº 69/2005 (que objetivou a retomada das obras, a prorrogação do prazo por 240 (duzentos e quarenta) dias e a concessão de recursos):

1.) carência de justificativa para a prorrogação de prazo; e
2.) decorrer de instrumentos considerados irregulares.

G.) Termo de Retirratificação nº 145/2005 (que cuidou da retificação do item 1 da Cláusula VI do Contrato):
– pelo princípio da acessoriedade (folhas 225/ 230 e 232/323)

Intimados, os Ordenadores de Despesa e Signatários dos Ajustes apresentaram defesa.

A defesa do Ordenador e Signatário dos TAs 22/2005, 69/2005 e TR 145/2005 versou sobre as constatações acerca do Termo de Aditamento nº 022/05, que suspendeu a obra por 120 (cento e vinte) dias, e o subsequente TA nº 069/05, que retomou as obras e prorrogou o prazo por mais 240 (duzentos e quarenta) dias.

Ressaltou que a concorrência, o contrato e o termo de aditamento nº 134/2004 foram realizados e celebrados na gestão anterior, não tendo qualquer responsabilidade sobre a prática destes atos.

Informou que, quando assumiu a SIURB, encontrou dezenas de contratos em curso, mas com a execução das obras paralisadas em razão da falta de recursos financeiros da Prefeitura, inclusive com pagamentos em atraso.

Alegou que o Termo Aditivo nº 22/2005 apenas regularizou a suspensão da execução do contrato que já se encontrava com as obras e serviços paralisados desde a gestão passada, justamente em razão da absoluta falta de recursos financeiros.

Arguiu, ainda, que não havia sido apontada nenhuma irregularidade formal sobre o Termo Aditivo 22/05, incidindo sobre este tão somente a acessoriedade, motivo pelo qual ele não poderia se responsabilizar por nenhuma irregularidade decorrente da contratação original.

Nessa defesa, foram anexados os Termos de Recebimento Provisório e Definitivo da obra (folhas 393/397), indicando que no contrato foram realizadas as seguintes obras:

> "*Canal trapezoidal em gabião Reno H=0,30 m extensão 482,88 m; Revestimento de canal em concreto com espessura de 10 cm e extensão de 665,00 m;*
> *Execução de uma passarela de pedestres em concreto extensão 26,00 m;*
> *Mobilização e recolocação de uma passarela metálica;*
> *Galeria em concreto armado de dimensões de 2,50 x 2,50 m extensão 30,00*"(folhas 388/393).

O Ordenador e Signatário do TA 123/2004 e TR 160/2004, Secretário de Infraestrutura Urbana à época, arguiu, com relação à licitação, que não há irregularidade na inclusão de verbas na planilha orçamentária sem as respectivas quantidades de serviços, uma vez que "*é de notório conhecimento, na seara da engenharia civil, haver atividades inerentes a serviços essenciais às obras e aos serviços essenciais do projeto, ambos com classificações expressas em tabelas oficiais, como se pode observar do documento juntado à folha 405*".

Com relação ao questionamento das distâncias de jazida e bota-fora, alegou que "*não é correto tomar como base contrato de obras anteriores, uma vez que a elaboração do projeto e a distância prevista para jazida e bota-fora têm como fundamento as situações do relevo de cada região, o que implicaria diferentes distâncias para a referida obra*".

Quanto à capacidade da caçamba dos caminhões (AUD anotou que se tivesse sido adotado no orçamento caminhões com maior capacidade de carga, haveria um menor custo unitário para os itens de serviço de movimento de terra), alegou que "(...) *na época da licitação era a realidade o uso de caminhões de 4 m³, e com o decorrer do tempo passou-se a usar caminhões de 10 m³*" (folha 406), completando ainda que o problema já se encontrava sanado, "*eis que constam das tabelas de custo da SIURB a utilização de caminhões de 10 m³*".

No que diz respeito ao exame do Contrato, alegou, no que tange à constatação de inexequibilidade de alguns preços unitários contratados, que "*os agentes de fiscalização dessa Colenda Corte de Contas não levaram em conta que os agentes econômicos são livres para formular propostas, sendo que promover a redução de preços é prática essencial do capitalismo*", que na Constituição Federal, no capítulo "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica", está prevista a "*possibilidade de os sujeitos regularem suas relações de modo que lhes seja mais conveniente*" e que, "*uma vez que a empresa vencedora do certame apresentou a proposta que melhor atendia ao interesse público, não prejudicou a ordem econômica com a apresentação de um item do edital abaixo do preço de mercado; atendeu, sim, sua função social e regulou suas relações de modo que lhe seja mais conveniente, o que se conclui que não há irregularidades no contrato subsequente da concorrência*" *(fl. 407).*

Embasando essa alegação, cita trecho do jurista Marçal Justen Filho, que preleciona:

> "*Insista-se em que a prática de preços inferiores aos custos não configura ato ilícito em si mesmo. Se um particular dispuser-se a atuar com prejuízo, isso não configura automaticamente infração à atividade econômica. A tutela jurídica à concorrência apenas será aplicável quando a redução de preço for instrumento de abuso de poder econômico, consistente na tentativa de destruir a competição para, em seguida, dominar o mercado. Se, no entanto, a estrutura do mercado for suficientemente resistente para evitar comprometimento em virtude da prática de preços reduzidos em uma licitação específica, não haverá qualquer obstáculo à formulação de propostas inferiores ao custo*" (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª edição, página 456).

No tangente aos apontamentos relativos ao Termo Aditivo nº 134/2004, especialmente sobre ausência de licenciamento ambiental e de estudos hidrológicos para o "Piscinão Pedreira São Matheus", asseverou que "(...) *resta comprovado tratar-se de um*

vício sanável. Tal vício se extingue com a mera apresentação da licença ambiental; e, no que diz respeito ao estudo detalhado, pode-se constatar que o projeto básico era deveras bem elaborado e o novo projeto apresentado com o Termo de Aditamento supre a falta do estudo hidrológico" (fl. 408).

Com relação ao apontado "jogo-de-planilha" decorrente das alterações de projeto, alegou o defendente que "(...) *essa mudança ocorreu para melhor atender o interesse público. Os custos posteriores e as mudanças não afetaram o resultado final e a obra cumpriu sua finalidade, sem causar lesão ao erário*".

No que toca à ausência de justificativa para a prorrogação de prazo da obra por mais 240 (duzentos e quarenta) dias corridos, devido à falta de planejamento, referente ao Termo Aditivo nº 69/2005, arguiu que "*já havia saído da função de Secretário de Infraestrutura na execução do Termo de Aditamento supracitado. Porém, resta comprovado na petição de fls. 388/391, de Antônio Arnaldo de Queiroz e Silva, atual Secretário, que as obras foram canceladas devido à falta de recursos e que seriam retomadas assim que os obtivesse*" (folhas 404/410 e 411/434).

Em novo pronunciamento, a Especializada rebateu todos os argumentos trazidos pelos Interessados, a ponto de reiterar sua conclusão inicial, constatando, ainda, que os Termos de Recebimento Provisório e Definitivo foram lavrados extemporaneamente, em desacordo com o contrato, e não deixam claro quais as obras foram recebidas, tampouco suas localizações.

Isso porque a discriminação das obras feitas nos Termos estava incompleta, pois tanto para o trecho de canal com revestimento em gabião quanto para o trecho revestido em concreto, além de suas extensões, não estavam indicadas, por completo, as dimensões das seções desses canais.

Ademais, advertiu que, da forma constante nos termos, não era possível saber em que locais foram executadas as obras, uma vez que o Córrego Itaquera é extenso e os serviços de canalização foram licitados e executados em apenas alguns trechos dele.

Outra constatação acerca desses termos é com relação às datas de suas expedições. De acordo com as Cláusulas 8.1 e 8.2 do Anexo 1 do contrato (folha 121), o Termo de Recebimento Provisório deveria ter sido lavrado improrrogavelmente no prazo de 15 (quinze) dias, contados do término final de todas as obras; e o Termo de Recebimento Definitivo dar-se-ia a 90 (noventa) dias, contados do Termo de Recebimento Provisório.

Uma vez que a data de término das obras foi 24 de outubro de 2006, conforme consta no Termo de Recebimento Provisório, e o respectivo termo foi lavrado em 19 de dezembro de 2006, constata-se que este foi lavrado em desconformidade com as cláusulas contratuais, pois, em vez de 15 (quinze) dias do término das obras, o termo foi expedido quase dois meses depois.

Por fim, quanto ao Termo de Recebimento Definitivo, verificou que foi lavrado em 2 de abril de 2006, ou seja, também depois de expirado o prazo de 90 (noventa) dias contados do Termo de Recebimento Provisório (folhas 438/452).

Tendo em vista a indicação de várias irregularidades nos termos de recebimento provisório e definitivo das obras, foram intimados também os signatários dos referidos Termos. Todos apresentaram defesa, juntadas às folhas 460/482.

Alegaram que o atraso na lavratura do Termo de Recebimento provisório foi ocasionado pela demora na autuação dos Processos administrativos, motivo pelo qual alegaram não terem responsabilidade em tal fato.

Com relação ao Termo de Recebimento Definitivo, afirmaram que o atraso foi de apenas 1 dia.

Em nova manifestação, a Coordenadoria VI ratificou seu entendimento precedente (folhas 486/494).

Instada a se pronunciar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou na íntegra os apontamentos da Auditoria, concluindo, assim, pela irregularidade da Concorrência, do Contrato, dos Termos de Aditamento e dos Termos de Retirratificação (folhas 497/504).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a oitiva da Origem, sendo-lhe deferido o pedido e oficiada a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras para prestar esclarecimentos (folhas 506/512).

Novamente Oficiada, a Origem alegou, no que diz respeito à licitação, que não participou diretamente do processo licitatório da obra – concorrência nº. 004/03, entendendo que a Comissão de Licitações teria melhores condições para prestar os esclarecimentos necessários.

Sobre o Contrato asseverou que "*A concorrência n.º 004/03 foi homologada pelo Sr. Secretário da SIURB, dando origem ao contrato n.º 017/SIURB/04*" e que "*As obras foram executadas, conforme projetos aprovados pela SIURB, pela empresa SOEBE Construção e Pavimentação Ltda., vencedora da licitação, no período de 08 de abril de 2004 a 24 de outubro de 2006*".

Com relação à insuficiência do empenho, a Assessoria Técnica da SIURB informou que "(...) *os empenhos emitidos sempre obedecem a distribuição dos recursos em forma de cronograma de desembolso proposto pela fiscalização do contrato para os diversos contratos em andamento no período*".

Sobre os Termos de Aditamento alegou que "*todas as alterações contratuais foram justificadas e autorizadas pela autoridade competente e formalizadas através de Termos Aditivos Contratuais*".

Finalmente, sobre os Termos de Recebimento, a Origem ponderou que "as obras foram recebidas provisoriamente no prazo de 17 (dezessete) dias após o término do prazo do contrato, e nesse período foram executadas as correções necessárias ao recebimento da obra" e que "para o recebimento definitivo da obra transcorreram 91 (noventa e um) dias do recebimento provisório, ou seja, apenas 1 (um) dia de atraso em relação ao prazo previsto, sendo que a demora na lavratura do termo de recebimento é consequência da tramitação processual, que não depende, nem é atribuição da fiscalização das obras" (folhas 513/518).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle não só reiterou sua conclusão anterior, como destacou que ficou "*demonstrado que, após as mudanças do projeto executivo que configuraram o 'jogo de planilha', a proposta da contratada ficou R$ 659.644,22* (seiscentos e cinquenta e nove mil seiscentos e quarenta e quatro reais e vinte e dois centavos) *mais cara que a proposta equivalente da licitante classificada em 2º lugar e R$ 693.866,92* (seiscentos e noventa e três mil oitocentos e sessenta e seis reais e noventa e dois centavos) *mais cara que a proposta equivalente da licitante classificada em 3º lugar*" (folhas 522/528).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou seu parecer pela irregularidade de todos os instrumentos analisados, nos seguintes termos:

> "*Quanto à Concorrência n.° 004/03/SIURB, no signatário da documentação acrescida restringiu-se a aduzir que não participou do certame em tela, de modo que ratificamos a irregularidade do procedimento licitatório.*
>
> *Em relação ao Contrato n.° 017/04/SIURB, não houve manifestação sobre a falta de justificativa para certos itens do contrato. Quanto ao apontamento da insuficiência do empenhamento realizado para fazer frente às despesas do ajuste, a Origem aduziu que os empenhos obedecem a distribuição dos recursos em forma de cronograma de desembolso proposto pela fiscalização do contrato para os diversos contratos em andamentos no período.*
>
> *No entanto, há que se considerar que todo e qualquer empenhamento deve compreender a totalidade da despesa prevista para o contrato no correspondente exercício, nos termos da Lei Federal n.º 4.320/64, artigo 60, em decorrência do princípio da anualidade, a par do regime de caixa que rege as despesas estatais.*
>
> *Relativamente às irregularidades presentes nos termos de recebimento, a área auditora, ao analisar à fl. 527 os argumentos colacionados pela Origem à fl. 515, entendeu que houve atraso de 56 dias, ou seja, muito além dos 15 dias previstos na Cláusula 8.1 do contrato (fl. 121), assim como entendeu que o lapso temporal havido entre a emissão do termo de recebimento provisório e definitivo superou em 14 dias o previsto na Cláusula 8.2 do Contrato (fl. 121), pelo que acompanho tais conclusões, na íntegra.*
>
> *Ante o exposto, na esteira do que restou apontado inicialmente por AUD, e naquilo que esta AJCE concluiu às fls. 497/503, ratifico que a Concorrência n° 004/03/SIURB (fls. 225/227), o Contrato n.° 017/04/SIURB (fls. 228/231), o Termo de Aditamento n.º 134/2004 (fls. 326/329), o Termo de Retirratificação n.º 160/2004 (fls. 330/331), os Termos de Aditamento n.º 022/2005 (fls. 332/333) e n.º 069/2005 e o Termo de Retirratificação n.º 145/2005 (fls. 336/337) encontram-se formalmente irregulares, destacando a observação de AUD à fl. 526*" (folhas 531/534).

A Procuradoria da Fazenda Municipal limitou-se a repisar as razões da Origem, propugnando pela regularidade dos instrumentos ou, subsidiariamente, o acolhimento dos efeitos financeiros (folhas 536/538).

A Secretaria Geral, por seu turno, com relação à Concorrência, opinou ser possível relevar a infringência ao artigo 40 da Lei Federal 8.666/93, por entender que a

ausência de dados no edital corresponde a falha formal; e a infringência ao disposto no artigo 21 da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 17 da Lei Municipal 13.278/2002, por entender que a não publicação do edital em jornal de grande circulação, não causou prejuízo à competitividade em virtude do alto número de participantes.

Contudo, no tocante à inclusão de verbas na planilha de orçamento sem a respectiva indicação das quantidades dos serviços, em contrariedade ao disposto no §4° do artigo 7° da Lei de Licitações e no que concerne à ausência de justificativa para as distâncias de jazida e bota-fora adotados na planilha orçamentária e para o preço da remoção de terra, acompanhou o entendimento da Auditoria e da Jurídica no sentido de que maculam o certame de ilegalidade.

No respeitante ao Contrato, aos Termos Aditivos e aos Termos de Retirretificação, acompanhou, também, o entendimento dos Órgãos Técnicos no sentido de sua irregularidade nos seguintes dizeres:

> "*Diante do teor dos presentes autos, mostra-se evidente que os argumentos de defesa trazidos pelos responsáveis (folhas 388/397, 404/434 e 460/482), pela Origem (fls. 513/518) e ratificados pelo Órgão Fazendário não foram capazes de elidir as impropriedades apontadas por AUD.*
>
> *Nessa senda, esta Secretaria Geral acompanha os órgãos técnicos desta C. Corte, ao passo que propugna pela irregularidade da Concorrência nº 004/03/SIURB, do Contrato nº 017/04/SIURB, do Termo de Aditamento nº 134/2004, do Termo de Retirratificação nº 160/2004, dos Termos de Aditamento nº 022/2005 e nº 069/2005 e do Termo de Retirratificação nº 145/2005.*
>
> *Assim, no que diz respeito às impropriedades constatadas no relatório de AUD, passo a analisá-las.*
>
> *1. CONCORRÊNCIA Nº 004/03/SIURB*
>
> *1.1 Infringência ao artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/1993, pela ausência de dados no Edital.*
>
> *Por se tratar de falha de caráter formal, entendo que é insuficiente para invalidação do instrumento, por esse motivo e, diante do resguardo do interesse público, opino por sua relevação.*
>
> *1.2 Infrigência ao artigo 21 da Lei Federal nº 8.666/1993 e artigo 17 da Lei Municipal nº 13.278/2002, pela ausência de publicação em jornal de grande circulação.*
>
> *Entendo que tal infringência, diante de seu caráter formal, é passível de ser relevada, se assim entender o Nobre Conselheiro Relator, em virtude do número de participantes do certame, o que demonstra ausência de prejuízo a competitividade.*
>
> *1.3 Infringência ao artigo 7°, § 4°, da Lei Federal nº 8.666/1993, pela inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades dos serviços.*

Neste aspecto acompanho os termos expostos por AUD. e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de sua irregularidade.

1.4 Ausência de justificativa de jazida e bota-fora adotadas na planilha orçamentário e preço da remoção de terra.

Por se tratar de uma questão de caráter eminentemente técnico, acompanho o entendimento de AUD. e da AJCE [Assessoria Jurídica de Controle Externo].

2. CONTRATO Nº 017/04/SIURB

2.1 Desproporcionalidade do cronograma físico-financeiro e insuficiência do empenho.

Quanto à desproporcionalidade do cronograma físico-financeiro e a insuficiência de empenho, entendo que tais impropriedades, potencializam a possibilidade de desperdício de recursos públicos, motivo pelo qual acompanho as conclusões de AUD. e da AJCE [Assessoria Jurídica de Controle Externo].

2.2 Infringência ao artigo 48, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993, pela existência de itens com preços não justificados quanto à exequibilidade.
Por se tratar de uma questão de caráter eminentemente técnico, acompanho o entendimento de AUD. e da AJCE [Assessoria Jurídica de Controle Externo].

3. TERMO DE ADITAMENTO Nº 134/2004

3.1 Infringência ao artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/1964 e artigo 3º do Decreto Municipal nº 23.639/1987, pela ausência de notas de empenho.

A respeito desta impropriedade, acompanho o que restou concluído por AUD. e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de sua irregularidade, vez que a ausência de empenhamento macula substancialmente o instrumento.

3.2 Infringência ao artigo 7º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/1993, pela ausência de cronograma físico-financeiro.

Igualmente ao meu posicionamento quanto à impropriedade anterior, entendo que à ausência de cronograma físico-financeiro, por constituir exigência obrigatória derivada de mandamento legal, sua falta, por si só, é causa para acarretar sua invalidação.

Com relação aos demais apontamentos, por se tratar de questões de caráter eminentemente técnico, acompanho o entendimento de AUD. e da AJCE.

4. TERMO DE ADITAMENTO Nº 022/2005

4.1 Falta de Justificativa para prorrogação da contratação.

A respeito deste apontamento, acompanho o que restou concluído por AUD. e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de sua irregularidade.

Quanto aos demais instrumentos, quais sejam, Termo de Retirratificação nº 160/2004, Termo de Retirratificação nº 145/2005, bem como o Termo de Aditamento nº 069/2005, acompanho o entendimento de AUD. e da AJCE, no sentido da irregularidade dos ajustes, por sucederem licitação e contratação irregulares.

Vale ressaltar, outrossim, que, no presente caso, aplicasse o princípio da acessoriedade.

Com efeito, assim já decidiu esta C. Corte acerca da matéria:
'(...) não acolher o Termo de Aditamento 33/99, pelo princípio da acessoriedade, tendo em vista que, por decisão desta Corte, transitada em julgado, o contrato principal foi considerado irregular (...)'TC nº 72-004.546.99-25" (folhas 540/549).

É o relatório.

Voto

Primeiro, registre-se que o Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital enviou ofícios a este Tribunal de Contas, solicitando informações acerca da decisão alcançada nestes autos.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade de todos os instrumentos, nos seguintes termos:

"*A) Irregularidade da Concorrência nº 04/03/SIURB em razão de:*

1.- inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades dos serviços, contrariando o § 4º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93;
2.- ausência de justificativa das distâncias de jazida e bota-fora adotadas na planilha orçamentária;
3.- falta de justificativa para o preço de remoção de terra que considera a utilização de caminhões de 4 m³ (quatro metros cúbicos) de capacidade, quando os utilizados pelas empreiteiras possuem, em média, o triplo dessa capacidade;
4.- ausência de dados no Edital, infringindo o artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93; e
5.- ausência de publicação em jornal de grande circulação, infringindo o artigo 21 da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 17 da Lei Municipal nº 13.278/2002.

B) Irregularidade do Contrato nº 017/04/SIURB em função de:

1.- Empenho insuficiente, infringindo o artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e o Decreto Municipal nº 23.639/87;
2.- Cronograma físico-financeiro não é sustentável em bases técnicas. A desproporcionalidade do cronograma concentrou o desembolso de 70% (setenta por cento) do valor do contrato para o último mês de execução do ajuste, fato que ocasionou a paralisação da obra conforme noticia de folha 268;
3.- Existência de itens de serviço com preços não justificados quanto à sua exequibilidade, infringindo o inciso II do artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93;e
4.- Por ser decorrente de concorrência que consideramos irregular.

C) Irregularidade do Termo de Aditamento nº 134/2004 devido:

1.- ausência de notas de empenho, infringindo o artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e o Decreto Municipal nº 23.639/87;
2.- ausência de cronograma físico-financeiro, infringindo o inciso III do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93;
3.- falta de estudo hidrológico e de licenças ambientais para as modificações constantes do projeto executivo;
4.- alteração do objeto da obra, causando prejuízo à competitividade do certame;
5.- ausência de justificativa técnica para a alteração da estrutura do canal e ausência de aprovação do projeto executivo;
6.- configuração de 'jogo de planilha'; e
7.- preço extracontratual não justificado.

D) Irregularidade do Termo de Retirratificação nº 160/2004, por acessoriedade.

E) Irregularidade do Termo de Aditamento nº 022/2005, por "inexistência de justificativa para a prorrogação de prazo ajustada, bem como pelo princípio da acessoriedade".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, na esteira da Auditoria, concluiu: "*Ante o exposto, parece-nos que a Concorrência, o Contrato, os Termos de Aditamento e os Termos de Retirratificação encontram-se irregulares*".

A Secretaria Geral, por seu turno, opinou: "*esta Secretaria Geral acompanha os órgãos técnicos desta Corte, ao passo que propugna pela irregularidade da Concorrência, do Contrato dos Termos de Aditamento e dos Termos de Retirratificação*".

Diante do exposto, com resguardo nos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, passando a integrar o presente, JULGO IRREGULARES a Concorrência nº 004/03/SIURB, o Contrato nº 017/04/SIURB, o Termo de Aditamento n.º 134/2004, o Termo de Retirratificação n.º 160/2004, os Termos de Aditamento n.º 022/2005 e n.º 069/2005 e o Termo de Retirratificação n.º 145/2005.

Deixo de acolher os efeitos financeiros produzidos, diante da presença de indícios de prejuízo ao erário, bem como em razão da natureza das irregularidades dentre as quais se incluem "1-*inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades dos serviços; 2-ausência de justificativa das distâncias de jazida e bota-fora adotadas na planilha orçamentária; 3-falta de justificativa para o preço de remoção de terra que considera a utilização de caminhões de 4 m³ (quatro metros cúbicos) de capacidade, quando os utilizados pelas empreiteiras possuem, em média, o triplo dessa capacidade; 4-existência de itens de serviço com preços não justificados quanto à sua exequibilidade; 5-ausência de cronograma físico-financeiro; 6-falta de estudo hidrológico e de licenças ambientais para as modificações do projeto executivo; 7-alteração do objeto da obra, causando prejuízo à competitividade do certame; 8-ausência de justificativa técnica para a alteração da estrutura do canal e ausência de aprovação do projeto*

executivo; 9-configuração de 'jogo de planilha'; e 10-preço extracontratual não justificado."

A não aceitação dos efeitos financeiros dá-se, também, em função das seguintes constatações da Auditoria às folhas 522/528:

> *1)"Ademais, vale lembrar que no Quadro 2 (fls. 359/362), anexo ao relatório das fls. 363/378, bem como no subitem 2.3.'d' daquele relatório (folhas 374/375), foi demonstrado que, após as mudanças do projeto executivo que configuraram o 'jogo de planilha', a proposta da contratada ficou R$ 659.644,22 (*seiscentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e vinte e dois centos) *mais cara que a proposta equivalente da licitante classificada em 2º lugar e R$ 693.866,92* [seiscentos e noventa e três mil, oitocentos e sessenta e seis reais e noventa e dois centavos] *mais cara que a proposta equivalente da licitante classificada em 3º lugar".*
>
> *2) "os Termos de Recebimento Provisório e Definitivo foram lavrados extemporaneamente, em desacordo com o contrato, e não deixam claro quais obras foram recebidas, tampouco suas localizações. Isso porque a discriminação das obras feitas nos Termos estava incompleta, pois, tanto para o trecho de canal com revestimento em gabião, quanto para o trecho revestido em concreto, além de suas extensões, não estavam indicadas, por completo, as dimensões das seções desses canais. A forma constante nos termos não era possível saber em que locais foram executadas as obras, uma vez que o Córrego Itaquera é extenso e os serviços de canalização foram licitados e executados em apenas alguns trechos dele".*

Com efeito, determino o envio de cópia do relatório e voto, além da decisão a ser alcançada por este Tribunal, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta às solicitações contidas nos autos.

Determino também, o envio das mesmas cópias à Procuradoria Geral do Município e à Controladoria a fim de que adotem as providências cabíveis para eventual ação de ressarcimento ao erário.

Determino, ainda, a expedição de Ofício à Origem para que promova as medidas necessárias à eventual responsabilização dos agentes públicos bem como a expedição de intimação à empresa Contratada (Soebe Construção e Pavimentação Ltda.) para conhecimento da decisão a ser alcançada, nos termos regimentais.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de setembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Conselheiro Relator

Folha Nº 711710
Proc. Nº 5.338/2004
ALEC/F. F. DE OLIVEIRA
AGPP

eTCM nº 005338/2004

Declaração de Voto

Cuidam os autos do TC 5.338/04-82 da Análise da Concorrência 4/2003, do Contrato 17/2004, do Termo Aditivo 134/2004, do Termo de Retirratificação 160/2004, do Termo Aditivo 22/2005, do Termo Aditivo 69/2005 e do Termo de Retirratificação 145/2005, celebrados entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e a empresa Soebe Construção e Pavimentação Ltda.

Os ajustes objetivaram a execução das obras de canalização do Córrego Itaquera e a construção de duas passarelas para pedestres, no trecho compreendido entre a Rua Valentim Lemos e a Rua Benedito Leite de Ávila (estrada de ferro) – entorno do CEU Jambeiro, inclusive projeto executivo, no valor de R$ 3.237.155,68 (três milhões, duzentos e trinta e sete mil, cento e cinquenta e cinco reais e sessenta e oito centavos) no prazo de 360 dias corridos.

Em relação à **Concorrência**, ratifico os posicionamentos dos demais órgãos técnicos da Casa, pela relevação dos apontamentos trazidos por AUD face à ausência de dados no Edital (com posterior saneamento da Origem) e ausência de publicação em jornal de grande circulação (foi realizada a solicitação de publicação, mas não foi localizada a mesma nos autos, porém o Edital foi publicado no DOM em 02/08/2003).

Aborda AUD, ainda, a inclusão de verbas na planilha de orçamento sem as respectivas quantidades dos serviços (serviços eventuais em 5% e serviços eventuais em 10% para o projeto executivo); a ausência de justificativa das distâncias tanto da jazida quanto do bota-fora

na planilha orçamentária e preço da remoção de terra; e a falta de justificativa sobre a utilização de caminhões de capacidade $4m^3$ (quatro milímetros cúbicos) como causas impeditivas de acolhimento do certame.

Em que pese a interpretação restritiva de AUD face a inclusão de serviços eventuais em planilha, entendo que o regime de empreitada por preços unitários adotado no certame permite a flexibilidade apontada dentro do limite proporcional apresentado de forma razoável.

O Tribunal de Contas da União em estudo sobre os diversos regimes de empreitada, elaborado pelo Relator Valmir Campelo (Acórdão 1977/2013), estabelece que a empreitada por preço unitário *"é utilizada sempre que os quantitativos a serem executados não puderem ser definidos com grande precisão".*

É nesse sentido que o valor final do contrato sob regime de empreitada por preço unitário pode oscilar para mais ou para menos, em relação ao originalmente contratado, em função da precisão das estimativas de quantitativos.

O Tribunal de Contas da União entendeu *"que na empreitada por preço unitário, pequenas variações de quantitativos de alguns serviços, para mais ou para menos, não demandam a formalização de um aditivo, desde que o valor executado fique inferior ao valor contratado originalmente".*

> *"Considera-se que o pagamento dos serviços com pequenas discrepâncias em relação aos quantitativos originalmente estimados não infringe o art. 60 da Lei 8.666/93".*

Segue (m), juntada (s) nesta data, ___ folha (s) para informação / documento (s) rubricado (s) sob fl (s).
Nº(s) _____ em ____/____/____ Ass._____

Folha Nº 712 711
Proc. Nº 5.338/2004
ALECIR F. DE OLIVEIRA
AGPP

Nesse sentido, entendo correto o Anexo 3 do Edital (fls. 136) com a tabela de custos unitários com data-base de janeiro/2003 que estabelece a possibilidade de aplicação, a critério do órgão contratante e de acordo com o grau de dificuldade dos serviços, de adicional de até 10% sobre os itens utilizados.

Sobre as distâncias de jazida e bota-fora não é correto a análise da Auditoria em considerar irregular as distâncias de 16 e 17 km, respectivamente, apenas por comparativo a outras obras que utilizaram as distâncias da ordem de 25 a 30 km.

De fato, as distâncias previstas têm como fundamento as situações do relevo de cada região e de localização geográfica da obra, como temos no caso em tela.

O apontamento referente a utilização de caminhões com capacidade de 4m^3 foi respondido pela Origem ao afirmar que a realidade à época da licitação era essa e que com o decorrer do tempo passou-se a usar caminhões de 10m^3, o que se percebe nas tabelas de custos de SIURB que passaram a utilizar caminhões de 10 m^3, a partir de julho/2005.

No **Contrato**, AUD traz anotação de existência de itens de serviço com preços não justificados quanto à exequibilidade, mas que não permite, a meu ver, ser fato incontroverso a tornar nulo o instrumento.

Os itens que chamaram a atenção a uma análise mais detalhada se referem aos relacionados a fornecimento e colocação de gabião, de tipo caixa, saco e colchão.

Alega AUD que a contratada apresentou preço muito abaixo do orçado pela PMSP para fornecimento de gabião tipo caixa e de gabião tipo saco e manteve o mesmo valor dos lançados pela Origem para o

gabião tipo colchão, visto que considerou que todos os tipos de gabiões são compostos pelos mesmos insumos.

Ocorre que, ao analisar a discriminação dos custos unitários apresentados pela Administração (fls. 133 e seguintes) verifico a existência de diferenças entre os gabiões, sendo que o tipo saco, que possibilitou a redução de maior monta, não contém na sua somatória de valores referentes à sua composição, a utilização de escavadeira hidráulica sem esteiras, não contém a utilização de serviços de carpintaria e nem a utilização de pinho 1x4, possibilitando maior desconto que os demais licitantes.

Acolho o posicionamento apresentado pela agente de fiscalização (fls. 325) que entendeu que o empenhamento da despesa (fls.108) foi suficiente e em exato valor, de acordo com o que ficou demonstrado no cronograma físico-financeiro (fls.104), não configurando, infringência à norma legal.

O **Termo Aditivo 134/2004** e o **Termo de Retirratificação 160/2004** referem-se à necessidade de modificação do projeto executivo e o aproveitamento da antiga Pedreira São Mateus como piscinão, como alternativa à impossibilidade de se executar o trecho compreendido entre as estacas 500 e 510, diante da não desapropriação total desta área; e, à correção da escrita dos novos valores adotados, respectivamente.

A necessidade constatada se deu quando da elaboração do projeto executivo, tendo sido comunicada à Origem, que deu início às tramitações internas nos seus órgãos técnicos opinativos, juntamente com

Segue (m), juntada (s) nesta data, ___ folha (s) para informação / documento (s) rubricado (s) sob fl (s).
Nº(s) _____ em ____/____/____ Ass._____
Cód . 013V (Versão 02)

Folha Nº 713 712
Proc. Nº 5.338/2006
ALECI F. F. DE OLIVEIRA

os projetos já desenvolvidos e os novos quantitativos levantados, valores acrescidos dentro do limite legal (reforço de R$ 435.825,44 que corresponderam a 13,46% do orçado originalmente), com preço extracontratual plenamente justificado.

Estes são os documentos visualizados nos autos às fls. 215 a 223 e às fls. 233 a 266, que permitiram a assinatura dos instrumentos, possibilitando seus acolhimentos.

O apontamento de AUD alegando que com a alteração do projeto executivo, a proposta da contratada deixou de ser a mais vantajosa para a Administração, não se configura diante da impossibilidade de se comparar formatos distintos.

O **Termo de Aditamento 22/2005** trata da suspensão do contrato por 120 dias corridos a contar de 03/04/2005 em virtude da dotação orçamentária naquele exercício de 2005 ainda ser insuficiente ao atendimento do montante restante do objeto.

Nenhum impedimento à regularidade do instrumento se perfaz, notadamente pela Administração consignar a expressa concordância da contratada em não reivindicar, judicial ou extrajudicialmente, sob qualquer pretexto, nenhum tipo de indenização pelo período em que as obras estiverem paralisadas.

O **Termo 69/2005** foi firmado para efetivar a retomada das obras, ajustar a prorrogação do prazo contratual por mais 240 dias corridos; e conceder empenhamento no valor de R$ 979.000,00 (Notas de Empenhos nºs 55600 e 55606 de 2005).

O **Termo de Retirratificação 145/2005** corrige, acertadamente, a redação do Item 1, da Cláusula VI do Contrato, para

consignar que o índice de reajuste correto é o do tipo "estrutura geral" e não "pontes", como constou inicialmente.

Não havendo, ao final, óbices aos acolhimentos dos respectivos termos, por nenhuma infringência às normas legais.

As obras tiveram seu Termo de Recebimento Provisório nº 06/2006, emitido em 19/12/2006 e seu Termo de Recebimento Definitivo nº 016/2007 emitido em 02/04/2007.

Em relação ao último apontamento anotado por AUD, fazendo referência ao atraso na emissão dos termos de encerramento provisório e definitivo das obras, entendo serem possíveis de relevação, não possibilitando macular os ajustes pelo rigor formalista apresentado.

Diante de todo o exposto, **JULGO REGULARES** a Concorrência 4/2003, o Contrato 17/2004, o Termo Aditivo 134/2004, o Termo de Retirratificação 160/2004, o Termo Aditivo 22/2005, o Termo Aditivo 69/2005 e o Termo de Retirratificação 145/2005, celebrados entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e a empresa Soebe Construção e Pavimentação Ltda.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de março de 2019.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro

Segue (m), juntada (s) nesta data, ___ folha (s) para informação / documento (s) rubricado (s) sob fl (s).

Nº(s) _____ em ____/____/____ Ass._____

Assinado Digitalmente pelo sistema e-TCM **JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO - 29/03/2019 12:59:00**
Para validar essa(s) assinatura(s) acesse https://portalassinatura.tcm.sp.gov.br e insira o codigo - 39907376AD95C724B6E63EB2F3942D95