



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO DOMINGOS DISSEI DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, RELATOR DO
PROCESSO TC 015189/2020

Processo TC/015189/2020.

Ref.: Intimação nº 1604/2021. Processo Administrativo SEI nº 6014.2020/0000421-0. Assunto: Análise do Contrato - Contrato Nº 014/2020 – SEHAB. Objeto: Execução de obras de urbanização de favela, incluindo a canalização do Córrego Antonico, remoção de construções em áreas de risco e frentes de obra e implantação de parque linear, no assentamento precário denominado Paraisópolis, no município de São Paulo

TRANSVIAS CONSTRUÇÕES E TERRAPLENAGEM LTDA.,
devidamente qualificada nos autos do processo TC em referência, por seu advogado abaixo assinado, conforme procuração já anexada aos respectivos autos, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, em virtude do teor da Intimação nº 1604/2021, oferecer os seguintes esclarecimentos:

Trata-se de intimação proveniente deste E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo, para conhecer do quanto deliberado pelos Exmos. Srs.

Conselheiros, no que tange ao Contrato nº 014/2020 - SEHAB, oriundo da Concorrência no 001/SEHAB/2020, que tem por objeto a *“contratação de empresa para a execução das obras de urbanização de favela, incluindo a canalização do Córrego Antonico, remoção de construções em áreas de risco e frentes de obra e implantação de parque linear, no assentamento precário denominado Paraisópolis, no Município de São Paulo”*.

O contrato, cujo valor foi de R\$ 79.497.573,57 - data-base junho de 2020, foi firmado com a essa empresa - Transvias Construções e Terraplanagem Ltda, em 17 de novembro de 2020, com vigência contratual de 30 (trinta) meses contados da data constante na Ordem de Início nº 008/2020/SEHAB - 18.11.20.

De acordo com os relatórios, os órgãos técnicos desse Egrégio Tribunal, ao analisar a contratação, alegaram algumas irregularidades, que ora pede-se vênha para analisar uma a uma:

I. DA COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL DO CONTRATADO (SUBITEM 3.4).

Ao analisar a validade da justificativa para a contratação, o órgão técnico deste Egrégio Tribunal ressaltou que a assinatura do Contrato se deu sem a devida comprovação de regularidade fiscal do contratado, em inobservância ao art. 29 da LF nº 8.666/93 e arts. 40 e 41 do DM nº 44.279/03, posto que *“não foi localizado no processo SEI nº 6014.2020/0000421-0 a prova de regularidade para com a Fazenda Estadual, vigente à época da contratação”*.

Como se percebe da documentação ora anexada (Docs. 1 e 2), havia regularidade fiscal quanto à Fazenda Estadual da peticionária, na época da efetiva



contratação (17/11/2020 – fls. 09/39 destes autos), o que equivale a dizer que tal regularidade permaneceu até a emissão da respectiva OIS (18/11/2020 – fls. 57/58 destes autos).

Nada de irregular, portanto, quanto à matéria específica apontado no relatório ora respondido.

II. DA PREVISÃO DO OBJETO DA PRESENTE CONTRATAÇÃO NO PLANO PLURIANUAL – PPA (SUBITEM 3.9).

O órgão técnico deste Egrégio Tribunal também ressaltou que “cabe esclarecimento da SEHAB no sentido de indicar a específica previsão desta obra no Plano Plurianual – PPA, tendo em vista a exigência do art. 57, II da LF no 8.666/93, acerca da validade dos créditos orçamentários nas hipóteses em que a vigência do contrato ultrapassa o exercício financeiro.”

Primeiramente, sobe o presente tópico, é importante esclarece que a matéria foge completamente da alçada da contratada, posto se tratar de questão interna da Administração Pública, sobre a qual o particular não tem qualquer ingerência.

Se é assim, tal questão deve ser cobrada exclusivamente do órgão contratante e seus efeitos devem ser restritos àquele órgão, até porque, na ótica do particular contratante deve prevalecer o princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos.



Assim, para o particular contratado basta a previsão contida no item 3.2. do respectivo instrumento contratual:

3.2. Para o presente exercício, as despesas correspondentes onerarão a dotação orçamentária nº 98.37.15.451.3022.3.350.4.4.90.51.00.08, suportadas pela Nota de Empenho nº 94873, no valor de R\$ 2.647.484,11 (dois milhões, seiscentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e onze centavos.

Isso porque os atos administrativos (os instrumentos legais da licitação, edital e demais decisões, são atos administrativos) presumidamente legais e verdadeiros, conforme ensina com peculiar clareza Maria Sylvia DI PIETRO:

“A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.
A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública”.¹

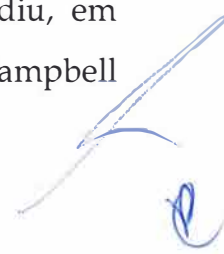
Não se cogita aqui de mais do que uma previsão orçamentária, mesmo que genérica, para suportar juridicamente a licitação e respectiva contratação. A eventual (o contratado não pode aferir a veracidade desta assertiva) ausência de previsão no PPA não contamina de irregularidade a presente contratação, até porque, conforme demonstrado, havia previsão orçamentária para tal. A lei exige, tão somente, a previsão orçamentária, conforme jurisprudência específica:

DECISÃO: Acordam os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em **NEGAR** PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E À APELAÇÃO, e, por maioria de

¹ Direito Administrativo, Atlas, 10ª edição, p. 164

votos, NÃO CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO, mantendo hígida a conclusão da sentença. Tudo consoante os termos do voto do relator. EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA INSTALAÇÃO DE REDE "-- --WIRELESS" NAS ESCOLAS MUNICIPAIS DE LONDRINA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO OBJETO LICITADO NO PLANO PLURIANUAL E NAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS. ABERTURA DO CERTAME SEM DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA ASSEGURAR A DESPESA. CONTRATAÇÃO DESNECESSÁRIA, POIS O MESMO SERVIÇO SERIA PRESTADO DE FORMA GRATUITA PELA SERCOMTEL (EMPRESA DE TELEFONIA CONTROLADA PELO MUNICÍPIO). CONFIGURAÇÃO DOS ATOS ÍMPROBOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1 - AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO. PROVA DESNECESSÁRIA. RECURSO DESPROVIDO. 2 - AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA PELA DECLARAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DA JUNTADA DO ROL DE TESTEMUNHAS. ALEGAÇÃO DE APLICAÇÃO DO PRAZO EM DOBRO, DE MODO QUE A JUNTADA INAPLICABILIDADE DO PRAZO EM DOBRO (ART. 191, CPC/1973) QUANDO SE CUIDA DE PRAZO FIXADO PELO JUIZ. JUNTADA DO ROL APÓS O PRAZO ESTIPULADO. PRECLUSÃO OPERADA. RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO. 3 - APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE CARACTERIZAÇÃO DE ATOS ÍMPROBOS. NÃO ACOLHIMENTO. PROCESSO LICITATÓRIO SEM DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA SUFICIENTE E CUJO OBJETO NÃO ESTAVA PREVISTO NO PLANO PLURIANUAL E NAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS. TODAVIA, EXISTÊNCIA DE PREVISÃO GENÉRICA DO OBJETO NOS INSTRUMENTOS ORÇAMENTÁRIOS. AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ, IMPEDINDO A CARACTERIZAÇÃO DOS ATOS COMO ÍMPROBOS. ALEGAÇÃO QUE O SERVIÇO LICITADO SERIA PRESTADO DE FORMA GRATUITA PELA SERCOMTEL. NÃO ACOLHIMENTO, POIS ERAM SERVIÇOS DISTINTOS, DE MODO QUE A GRATUIDADE SOMENTE INCIDIRIA EM PARTE DO OBJETO DA LICITAÇÃO, E SÓ VEIO À LUME DURANTE A EXECUÇÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCILIAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO COM O DISPONIBILIZADO GRATUITAMENTE. OPÇÃO DO ADMINISTRADOR EM MANTER A EXECUÇÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO, PORQUE A CONTRATAÇÃO FOI NECESSÁRIA E OS SERVIÇOS QUEDARAM PRESTADOS. RECURSO DESPROVIDO. CONCLUSÃO: (I) AGRAVOS RETIDOS DESPROVIDOS. (II) DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO MINISTERIAL. (III) NÃO CONHECIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 5ª C. Cível - AC - 1506217-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Rogério Ribas - Por maioria - - J. 04.10.2016). (TJ-PR - APL: 15062170 PR 1506217-0 (Acórdão), Relator: Rogério Ribas, Data de Julgamento: 04/10/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1914 01/11/2016).

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, por sua vez, decidiu, em 21/08/2012, no âmbito do REsp 1141021 / SP, da relatoria do Min. Mauro Campbell



Marques, que a exigência legal específica aponta no sentido da mera previsão de recursos disponíveis à Administração na lei orçamentária anual:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. OBRA PÚBLICA. ART. 7º, §2º, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS.

1. Trata-se de discussão acerca da interpretação do disposto no art. 7º, §2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93: se há a exigência efetiva da disponibilidade dos recursos nos cofres públicos ou apenas a necessidade da previsão dos recursos orçamentários.

2. Nas razões recursais o recorrente sustenta que o art. 7º, §2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93 exige para a legalidade da licitação apenas a previsão de recursos orçamentários, exigência esta que foi plenamente cumprida.

3. O acórdão recorrido, ao se manifestar acerca do ponto ora discutido, decidiu que “inexistindo no erário os recursos para a contratação, violada se acha a regra prevista no art. 7º, §2º, III, da Lei 8.666/93”.

4. A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”, ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária.

5. Recurso especial provido”.

III. DA COBERTURA DA GARANTIA CONTRATUAL OBRIGATÓRIA (SUBITEM 3.7).

No mais, a conclusão de que foram “*verificadas infringências ao artigo 56 da Lei Federal no 8.666/93, ao subitem 14.2.1 do Edital e à Cláusula 6ª do Contrato, posto que a obra transcorreu por sete meses sem a cobertura da Garantia Contratual obrigatória (subitem 3.7).*”, já que, “*apesar de prevista no instrumento convocatório (subitem 14.2.1) e no Contrato (cláusula 6a), a evidência de sua efetiva prestação foi anexada ao processo SEI no 6014.2020/0000421-0 somente em 18.05.21 (peça 19).*” também se mostra equivocada, data vênua.

Sobre o tema, a peticionária apressa-se em juntar (**Docs. 3 e 4**) cópias da Apólice de Seguro Garantia nº 0306920209907750451230000 da Pottencial Seguradora e do seu respectivo protocolo o que, por sua vez, demonstra que tal garantia tinha vigência de 17/11/2020 a 17/11/2023.

Portanto, em nenhum momento houve execução contratual sem a devida garantia.

Se tal garantia foi anexada ou não no respectivo processo administrativo, e mesmo se o foi a destempo, o fato é que tal circunstância não pode ser atribuída à contratada que, nos termos legais e contratuais, providenciou a tempo e hora a contratação da garantia reclamada.

Tudo isso posto, é fácil perceber que não se tem aqui nenhum dano efetivo à Administração Pública.

Mais, não havendo qualquer intercorrência grave na execução contratual pelo que nada nasceu que justificasse a execução da garantia. Se o contrato foi cumprido até aqui, a garantia era potencial e não efetiva, a necessidade de sua consumação, tal qual imaginado pela fiscalização, somente surgiria na inexecução que não ocorreu.

O dano que justifica a decretação de irregularidade aventada (admitindo-se, apenas para argumentar, a sua inexistência, o que já foi negado e provado) da garantia deve ser efetivo e não potencial. A tipificação, neste caso, é concreta e não abstrata.

Haveria dano, neste caso, se no decorrer da execução contratual houvesse necessidade de buscar a garantia para indenização da contratante. Tal assertiva pode ser testada na medida em que a garantia não pertence à contratante porque não é de sua titularidade, é um instrumento aleatório que gera direitos apenas no inadimplemento contratual. Nada disto ocorrido no caso em exame.

A definição jurídica da garantia e seus efeitos no contrato administrativo podem ser percebidos no seguinte trecho de jurisprudência, muito embora o julgado tenha tratado de caso análogo:

"CONTRATO ADMINISTRATIVO

- Devolução de caução. Correção Monetária. Admissibilidade. Alegação de inexistência de previsão contratual de devolução corrigida. Irrelevância. Constitui rompimento da equação econômico-financeira se não houver a devolução corrigida porque o contratante estará recebendo menos do que caucionou perante o Administrador. Posição da doutrina. Sentença reformada. Recurso provido para esse fim. (TJSP - 2ª Câmara de Direito Público; Ap. Cível nº... São Paulo; Rel. Des. Aloísio de Toledo; j. 19.05.1998; maioria de votos.). BAASP, 2094/882-j, de 15.02.1999.- ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

- ATRASO NO PAGAMENTO - INFLAÇÃO - REAJUSTAMENTO

[...]

ALOÍSIO DE TOLEDO

Presidente e Relator Designado.

VOTO

Cumpre inicialmente verificar o que vem ser caução e qual a sua natureza jurídica quando a expressão envolve Direito Administrativo, como no caso em exame.

Conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, as leis administrativas facultam à Administração Pública a exigência de uma garantia denominada caução, que deve ser exigida já no edital ou convite e que deve ser liberada para o contratante após o cumprimento integral do contrato. Se este contratante faltar com o cumprimento de alguma das obrigações contratadas, a Administração Pública poderá reter essa garantia. A definição clássica de caução, feita pelo renomado administrativista citado, é: "Caução é toda garantia em dinheiro, em título da dívida pública (caução real) ou em responsabilidade de terceiro (caução fidejussória ou fiança). É uma reserva de numerário, de valores ou de responsabilidade de terceiro que a Administração pode utilizar sempre que o contratante faltar a seus compromissos, o que o torna contratualmente em débito". (Direito Administrativo Brasileiro, RT, capítulo de Contratos) [...]" (gn).

Sob o prisma da utilidade², o pretendido pela fiscalização também é infrutífero eis que não houve caso pretérito para execução da garantia.

Também caminha nesse sentido o entendimento do saudoso Professor HELY LOPES MEIRELLES³, senão vejamos:

“A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial ou lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do utile per inutile non vitiatur, que o Direito francês resumiu no pas de nullité sans grief. Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstante com o caráter competitivo da licitação.

Assim, com espeque no princípio do “pas de nullité sans grief”, consagrado inicialmente pelo Conselho de Estado da França, hoje reconhecido em nosso ordenamento, não como haver decreto de desclassificação de proposta se constatados meros equívocos (se existentes, repita-se) não têm qualquer potencialidade de causar cabal dano ao interesse público ou a direitos individuais.”⁴

Alerta, a respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello, na sua obra Elementos de Direito Administrativo – Malheiros – 3ª edição – p. 57, que a irrazoabilidade do ato administrativo pode ser apreendida quando a conduta do agente é desproporcional em relação aos direitos e interesses públicos envolvidos na questão:

“Sobretudo, quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua

² Aplica-se, aqui, a regra universal do utile per inutile non vitiatur, que a doutrina francesa, com suporte nas decisões do Conselho de Estado, resumiu no pas de nullité sans grief, ou seja, sem dano ou risco à Administração não se pode exigir qualquer ressarcimento porque não há irregularidade sem dano.

³ “Licitação e Contrato Administrativo”, Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Célia Marisa Prendes e Maria Lúcia Mazzei de Alencar, 12ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, Pág. 137.

⁴ “O prejuízo a um interesse concreto, particular e disponível é pressuposto para a decretação do vício” (Marçal Justen Filho - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Dialética – 7ª Edição – pág.485).

liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Logo, o 'plus', o excesso, (...), representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual.

Ora, já se viu que a inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, em sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado."

Ademais disto, é sempre bom lembrar que o princípio da razoabilidade foi expressamente adotado, v.g., pela Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 111, que se funde com o princípio da proporcionalidade entre meios e fins, lembrando, ainda, que as discriminações permitidas ao agente público *"têm que ser plausíveis, aceitáveis, razoáveis, racionais, em relação aos fins que o ordenamento jurídico impõe, e , a medida administrativa é irrazoável quando haja 'desproporção' entre os meios e os fins que se pretende alcançar..."*⁵, de onde se conclui que *"se a opção administrativa recair sobre hipótese 'irrazoável', ela se tornará inválida e, portanto, suscetível de ser anulada judicialmente"*.

Assim, a irrazoabilidade da opção pretendida (irregularidade por falsa ausência de garantia) neste feito gera desproporcionalidade porque não havendo justificativa para exercício da garantia não há como cobrá-la. Se risco houvesse (pois não aconteceu, conforme adrede demonstrado) ele seria apenas potencial e não efetivo.

IV. DOS APONTAMENTOS DE IRREGULARIDADES VERIFICADAS NA ANÁLISE DA LICITAÇÃO, E-TCM NO 010724/2020 (SUBITEM 3.5).

O ilustre corpo técnico deste E. Tribunal concluiu que *"os itens componentes da tabela de preços foram objeto de análise por parte desta Coordenadoria no e-*

⁵ Maria Silvia Zanella Di Pietro, Temas Polêmicos ..., p.24

TCM nº 010724/2020, tendo como resultado o apontamento de diversas irregularidades, as quais são reiteradas, pois permanecem na Contratação”.

O coordenador acompanhou o relatório e ainda esclareceu que dentre as irregularidades *“foi calculado um sobrepreço estimado em R\$ 9.452.275,35, devido aos critérios adotados nas memórias de cálculo, cuja comprovação documental não foi constatada no processo.”*

Isso é um tema ser o qual o peticionário não pode se manifestar por total ignorância, já que não acompanhou o referido processo e-TCM nº 010724/2020, dele não foi intimado e sobe seus termos não teve acesso.

Não há, ademais disso, qualquer menção concreta e específica neste feito quanto aos apontamentos feitos naquele outro procedimento.

Dessa forma, requer expressamente o peticionário que, para que exerça efetivamente seu direito de defesa e do contraditório, sejam-lhe disponibilizados tais apontamentos, concedendo-lhe prazo razoável para manifestação futura.

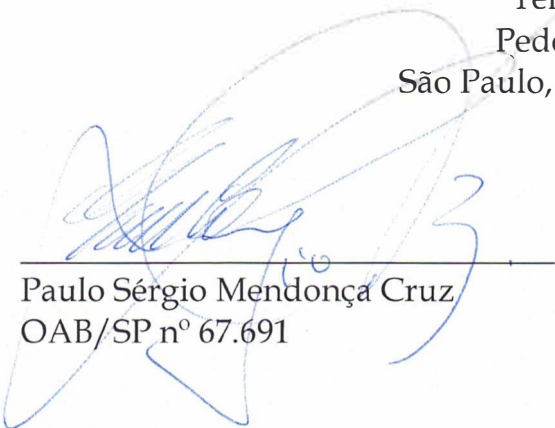
V - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, tendo em vista as razões ora apresentadas, resta evidente que as objeções apontadas por esse E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo deverão ser revistas, *venia concessa*, pois deixaram de analisar, com a cautela necessária, as peculiares fáticas dessa contratação.

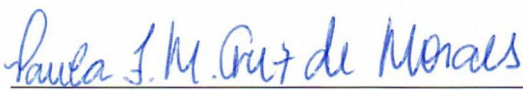


Se ainda insistirem, tais órgãos técnicos desse E. Tribunal, os esclarecimentos deverão ser buscados das pessoas responsáveis pelas atividades técnicas da Secretaria de Municipal de Habitação SEHAB.

Termos em que,
Pede deferimento.
São Paulo, 29 de junho de 2021.



Paulo Sérgio Mendonça Cruz
OAB/SP nº 67.691



Paula F. Mendonça Cruz de Moraes
OAB/SP nº 347.371