

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

Processo TC/020047/2019

ERA TÉCNICA ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA., já qualificada, por seu advogado, nos autos do processo em epígrafe, que analisa a execução contratual no âmbito de contrato firmado com a **SECRETARIA MUNICIPAL DAS SUBPREFEITURAS DA PREFEITURA DE SÃO PAULO**, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência apresentar ESCLARECIMENTOS, consoante os fundamentos de fato e de direito expostos em anexo.

I – BREVE HISTÓRICO

Tratam os presentes autos da análise do acompanhamento da execução dos contratos n.ºs. 02/SUB-IT/2019, SEI 6040.2019/0000035-5, 04/SUB-IT/2019, SEI n.º 6040.2019/0000397-4; 10/SUBIT/2018, SEI n.º 6040.2019/0000698-1 e 03/SUB-IQ/2019, todos firmados entre a Secretaria Municipal das Subprefeituras de São Paulo e a empresa Era Técnica Engenharia Construções e Serviços Ltda., cujo objeto se delimita à: *“prestação de Serviços de Limpeza de Galerias, Córregos e Canais à Prefeitura do Município de São Paulo”*.

Em relação às vistorias e exame documentais compreendendo o período entre 22/03/2019 a 31/12/2019, a fiscalização deste Egrégio Tribunal de Contas do Município

apontou hipotéticas irregularidades, no que se refere às áreas de abrangência das Subprefeituras Itaim Paulista e Itaquera, consoante segue:

“4.1 A forma de controle prevista no edital para uso da fiscalização das Subprefeituras (anotações manuais em Fichas Diárias de Frequência e Fichas Diárias de Produção) não é adequada para a finalidade, apresentando rasuras, anotações pouco legíveis e não sendo fidedignas, em alguns casos, aos reais serviços efetuados. Tal fato demonstra que as medições não estão condizentes, em sua totalidade, com os serviços de fato prestados (itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2);

4.2 Na SUB-IT, na equipe em trabalho no dia 03.10.2019 faltaram, em relação aos veículos e equipamentos, 01 caminhão basculante com caçamba de 04 m3, 01 conjunto de bomba submersível para drenagem e 01 roçadeira costal ou lateral a gasolina. Em relação à equipe, faltaram 01 Ajudante e 01 Motorista de van, tudo em infringência ao item 8.1 da ARP nº 16/SMSUB/COGEL/2019 (item 3.3.2.1);

4.3 As ausências do caminhão basculante, da roçadeira a motor, do conjunto de bomba submersível, do Ajudante e do Motorista da van no dia 03.10.2019 não foram detectadas pela SUB-IT, nem descontadas do valor da 7ª Medição, paga integralmente conforme o Processo nº 6040.2019/0002158-1. Também não foram localizados encaminhamentos para a aplicação, pelo órgão gerenciador da ARP (SMSUB/COGEL), da penalidade prevista no subitem 9.1.4 da ARP 016/SMSUB/COGEL/2019. (item 3.3.2.1).

4.4 Na SUB-IT, no dia 21.10.2019, na Equipe 3 – Contrato 04/SUB-IT/2019, não localizamos o caminhão basculante placas FAC-7114, que consta como presente na Ficha Diária de Produção e na Ficha de Presença. Destacamos que o Relatório de Rastreamento do caminhão mostrando sua real localização naquela data consta no Processo de Pagamento (documento SEI nº 023771394), porém essa incoerência não foi detectada pela fiscalização da Subprefeitura, que efetuou o pagamento normal desse dia, não sendo localizado também encaminhamento para a aplicação, pelo órgão gerenciador da Ata de Registro de Preços, da penalidade prevista no subitem 9.1.4 da ARP. (item 3.3.2.2.c).

4.5 No dia 21.10.2019, na Equipe 1 – Contrato 10/SUB-IT/2019, não localizamos o caminhão basculante placas GAF-2776, sendo informado que este se encontrava em viagem ao aterro para descarga de resíduos. No entanto, verifica-se através do Relatório de Monitoramento do veículo, que esteve estacionado, não passando em nenhum momento no local de trabalho da equipe. Concluímos que na data da amostragem faltou o caminhão basculante que compõe a equipe, o que não foi detectado pela fiscalização da SUB-IT, que efetuou o pagamento normal desse dia, não sendo localizado encaminhamento para a aplicação, pelo órgão gerenciador da ARP, da penalidade prevista na Ata. (item 3.3.2.2.d).

4.6 No dia 04.10.2019 os veículos utilizados na limpeza mecanizada na SUB-IQ, Contrato 03/SUB-IQ/2019, não estavam relacionados no monitoramento on line do site www.secretaria.sptransparente.com.br, impossibilitando saber no momento, quais os 21 estavam a serviço e qual sua localização, em infringência ao §1º do art. 2º da Portaria 24/2018, Anexo I-B das Especificações Técnicas . (item 3.4.2c).

4.7 Na SUB-IQ, em relação ao “conjunto bomba submersa” (não constatado nas vistorias da Equipe de Auditoria), foi-nos informado que esse equipamento não fora necessário nos serviços executados, não sendo exigida a sua apresentação. Não obstante, o equipamento é item obrigatório na composição das equipes (01 conjunto a cada 02 equipes) e a ausência do mesmo não foi descontada nas medições referentes ao exercício 2019 (item 3.4.3).

Por conseguinte, para a devida instrução do feito, diversos servidores públicos, assim como a empresa Contratada, foram instados a se manifestar sobre esse relatório.

Passa-se a evidenciar a regularidade da matéria, diante da regular prestação dos serviços pela Contratada, devendo, ao máximo, ser alçadas recomendações por eventuais falhas de natureza formal, em caso de hipotético juízo mais rigoroso que pode ser firmado sobre os termos em análise.

II – RAZÕES QUE ENSEJAM O JUÍZO PELA REGULARIDADE DA MATÉRIA

II.1 – RESPOSTAS AOS APONTAMENTOS:

Item 4.1:

Os artigos 58, inciso III e 67 da lei nº 8.666/93 atribuem à Administração, mediante os seus colaboradores, o poder-dever de fiscalizar a execução dos contratos, cabendo à empresa contratada se submeter a esse exame e atender eventuais orientações para fins de correção da sua atuação.

No caso concreto, o item 7 da minuta contratual celebrado entre as partes reproduz essas diretrizes ao delimitar, por exemplo, que a empresa contratada deverá obedecer às orientações fornecidas pela contratante (item 7.2), assim como atender exigências ou informações solicitadas pelos fiscais de obra (item 7.6).

Ainda que essa seja atribuição exclusiva do órgão Contratante fiscalizar a execução contratual, convém à Contratada esclarecer que tanto **as “Fichas Diárias de Frequência” como as “Fichas Diárias de Produção” representam, fidedignamente, os serviços realizados diariamente pela empresa.**

Referidos documentos foram preenchidos manualmente pelos servidores públicos incumbidos de fiscalizar o contrato, pois justamente **não há outro procedimento previsto no contrato para efetivação de tal diligência**, seguindo, inclusive, a mesma metodologia de outros contratos firmados pelo mesmo ente público.

Considerando que essas fichas são preenchidas no campo de trabalho muitas vezes de forma concomitante à execução, tais documentos, de fato, espelham a realidade da operação, até porque prevalece a presunção de fé pública e veracidade, em relação aos atos praticados por qualquer servidor público.

Exatamente por retratarem a realidade fática, existem diversas rasuras e anotações nesses documentos, uma vez que tais informações são revisadas e “passadas a limpo” pelos servidores públicos, cada um dentro da sua atribuição funcional.

De qualquer sorte, o que mais importa para o exame da matéria é o fato de **inexistir apontamentos sobre eventual ausência de informações imprescindíveis ou completa ilegibilidade nos documentos** que pudessem hipoteticamente evidenciar eventual e distante falha na execução contratual assumida pela Contratada..

Diante do exposto, esse apontamento não revela prejuízos à prestação dos serviços pela Contratada, tampouco a existência de máculas sobre a fiscalização pelo órgão contratante ou a legalidade da liquidação das despesas.

Portanto, o modo de preenchimento das informações nesses documentos, cuja atribuição não é da Contratada, não deve subsidiar a reprovação da matéria.

Subsidiariamente, ante a ausência de prejuízo à fiscalização ou à execução contratual, eventual determinação sobre a correção da forma de preencher o conteúdo

de tais fichas – repise-se, incumbência dos servidores do órgão Contratante - pode ser apenas alçada ao campo de recomendações, sem comprometer o juízo de regularidade a ser firmado por V. Exas.

Item 4.2:

Conforme dispõe o item 3.5.4. do anexo I-A “Especificações Técnicas – Serviços”, a empresa contratada deverá fornecer 1 (uma) bomba submersível e 1 (uma) roçadeira costal lateral, em relação à disponibilização de 02 (duas) equipes contratadas.

Ao longo da execução contratual, é certo que **tais equipamentos, estiveram à disposição de ambas as equipes** no canteiro da subprefeitura e foram utilizados sempre que necessário.

Ocorre que alguns veículos e equipamentos não são transportados diariamente ao campo de trabalho e nem seria possível exigir essa prática, até porque no instrumento convocatório e seus anexos inexistia tal obrigatoriedade.

O uso de alguns dos equipamentos disposto em contrato é restrito para determinados serviços, como o esgotamento de água de córregos e a utilização de roçadeiras em áreas de talude muito íngreme.

Ao contrário do apontado pela fiscalização, não foi deflagrada nenhuma ausência de funcionário ou caminhões na data de 03/10/2019, levando-se em conta que toda equipe se desloca do canteiro da subprefeitura, onde são feitas checagens e acompanhamento diário pelo fiscal do contrato, sendo que esse profissional não relatou tal fato.

Além disso, é necessário esclarecer que em razão do fato dos serviços serem externos, muitas vezes é indispensável o acompanhamento de um funcionário junto ao caminhão, para auxílio no serviço de carregamento ou até mesmo no descarte, realizado no CDR PEDREIRA, no Município de Guarulhos.

Assim, deve ter havido um desencontro pela equipe de fiscalização deste Egrégio Tribunal de Contas, que não permaneceu ou voltou ao local para, de fato, confirmar tais ausências. Os registros dos apontamentos pela fiscalização não demonstram que essa checagem foi providenciada, com o devido respeito.

Quanto à situação do motorista da Van, referido funcionário deve ter se ausentado do local dos serviços por um curto período lapso de tempo, em razão de algum motivo particular, tendo em vista que o transporte dos funcionários já teria sido realizado e considerando que a sua presença na van foi apontada.

Convém ressaltar que, nessa região do Itaim Paulista, o índice de criminalidade é extremamente elevado e, não raras vezes, os veículos são alvos de roubo em plena luz do dia. Assim, para dificultar a abordagem de criminosos e a exposição dos colaboradores mediante a posse de valiosos equipamentos à violência, os motoristas desses veículos são orientados a permanecer no local de execução dos serviços apenas pelo período estritamente necessário.

Nesse sentido, o preponderante é que o objetivo da contratação foi alcançado, tanto é que inexistem provas no sentido de que as galerias, córregos e canais não teriam sido objeto de regular limpeza pela Contratada.

Item 4.3:

Os caminhões basculantes de placas KPX 2541 e ERA 1003, a roçadeira costal lateral, a bomba submersível, assim como o ajudante e motorista da Van sempre estiveram à disposição das equipes, na mesma esteira da explicação firmada no item anterior sobre outros itens e profissionais e cujo teor ora se reitera.

Como não existe prova de descumprimento de qualquer ordem emanada da fiscalização ou de prejuízos à regular execução dos serviços, não há o que se falar em descontos, muito menos na aplicação de penalidades, que dependeriam de culpa ou dolo da Contratada pela existência de falhas, não demonstradas, durante a execução contratual.

Item 4.4:

Duas equipes do contrato em questão – 04/SUB-IT/2019 – iniciaram suas atividades exatamente na data de 21.10.2019, quando se deflagrou a fiscalização por parte deste E. Tribunal de Contas do Município.

O caminhão basculante de placa FAC-7114 seria utilizado por uma das equipes, contudo, em razão de uma falha mecânica de natureza imprevisível, esse maquinário que começaria a operar na data de 23.10.2019 foi prontamente substituído pelo caminhão basculante placas FYB-6509 nas datas de 21 e 22.10.2019.

Entretanto, por um lapso, tal substituição não foi prontamente corrigida nas “Fichas Diárias de Frequência” e nas “Fichas Diárias de Produção”, que apontaram erroneamente a presença do caminhão placas FAC-7114.

Porém, a utilização do caminhão placas FYB-6509 foi devidamente constatada pelo fiscal da subprefeitura. E, como tal substituição ocorreu em apenas 02 (dois) dias observância ao prazo constante no item 5.4.5 do anexo I memorial descritivo, não houve a apresentação do seu respectivo laudo de conformidade.

Considerado que tal falha **não representou prejuízos à execução contratual**, esse apontamento, a exemplo dos demais, não deve ensejar a desaprovação da matéria, podendo perfeitamente ser apenas objeto de alerta emitido por esta C. Corte de Contas.

Item 4.5:

Embora a equipe de limpeza manual de córregos estivesse trabalhando no Córrego Ipê Roxo, foi solicitado a retirada de 02 (dois) sofás e restos de 01 (hum) guarda roupa nas margens do Córrego Tijuco Preto, a fim que esses objetos não se deslocassem e prejudicassem o leito dos Córregos.

Assim, tal caminhão foi prontamente encaminhado para efetuar tal remoção, aguardando, em seguida, as orientações quanto ao descarte desse material.

Nesse sentido, subsume-se a esta hipótese, o item 7.2 do contrato entabulado entre as partes, segundo o qual cabe à empresa “*obedecer às orientações fornecidas pela contratante, através do servidor responsável pela execução dos serviços...*”

Conforme já relatado, esse episódio deflagra tão somente o pleno atendimento das ordens expedidas pelo órgão contratante, o que se relaciona com a efetividade dos serviços prestados.

Face ao exposto, conclui-se que essas evidências não devem contribuir para qualquer constatação de máculas na execução do ajuste pela empresa Contratada, ainda que se proceda um juízo mais rigoroso sobre a questão, o que se admite apenas eventualmente e por amor ao debate.

Item 4.6:

Na data de 04.10.2019, a Contratada utilizou os caminhões basculantes de placas ERA-0034 e ERA-5554 nos serviços de limpeza mecanizada de córregos, conforme se extrai do teor dos relatórios de rastreamento dos veículos (**doc. 01**).

É certo, todavia, que o monitoramento de veículos deve ser efetuado através do site oficial do sistema SGZ que pertence justamente à Prefeitura do Município de São Paulo. Não remanescem razões para observância do site “*www.secretaria.sptransparente.com.br*”, cujo sistema não é o oficial e nem conta com a mesma precisão.

Nesse sentido, o item 5.5. do anexo I-A “Especificações Técnicas – Serviços” estabelece que a empresa contratada deverá manter o sistema de rastreamento de GPS, conforme especificações anexadas ao referido documento.

E, a Portaria nº 24 de 18 de junho de 2018 da lavra da Secretaria Municipal das Subprefeitura, anexada ao edital, determina a utilização do sistema SGZ, para fins de rastreamento dos veículos da empresa contratada.

Ainda que a fiscalização optasse por utilizar o site “www.secretaria.sptransparente.com.br”, a localização atualizada a cada 1 minuto dos veículos deve ser feita, de forma concomitante por meio do “relatório de produção diária deste site”, além do monitoramento on-line.

De qualquer forma, por entender que os relatórios de rastreamento em anexo já esclarecem por completo a questão, pugna a Contratada, mais uma vez, pela aprovação da execução colocada sob exame.

Item 4.7:

Conforme o item 3.5.4. do anexo I-A “Especificações Técnicas – Serviços”, para 02 (duas) equipes contratadas, a empresa deverá fornecer 1(uma) bomba submersível e 1(uma) roçadeira costal lateral.

Assim como foi esclarecido nos tópicos supra, tais equipamentos estavam à disposição de ambas as equipes no canteiro da subprefeitura para utilização, quando necessário.

Além disso, tais equipamentos não são transportados diariamente para o campo, pois sua utilização é restrita para alguns determinados serviços, não se fazendo esgotamento de água de córregos, nem tampouco utilizando roçadeiras em áreas de talude muito íngreme.

As irregularidades expostas nesse item, desta feita, não merecem prevalecer, sendo de rigor a aprovação de toda a matéria, consoante cabalmente demonstrado nessa oportunidade.

II. 2 – A BOA FÉ DA CONTRATADA

A Contratada cumpriu rigorosamente todas as condições de habilitação e participação estabelecidas no edital, apresentou a proposta comercial de menor preço global em

comparação com as demais proponentes e, por todas essas razões, sagrou-se vencedora da licitação.

Durante a execução contratual, a Contratada obedeceu estritamente às ordens emanadas da Contratante, cujos atos gozam de presunção de veracidade e legitimidade. Os pagamentos provenientes desta relação jurídica respondem pela prestação adequada dos serviços, sendo impossível haver qualquer devolução nesse sentido, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Município.

Este é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos 'ex nunc', ou seja, depois de pronunciada.

*Com efeito, se os atos em questão foram obra do Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião a lisura jurídica dos atos por aquela praticados) **tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos**. Não há duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração - (...) – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente. (destaques nossos).*

E, ainda, prossegue o célebre autor:

*Em hipóteses desta ordem [o autor cita como exemplo o desenvolvimento de atividade dispendiosa pelo contratado em favor da Administração], 'se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato fulminado', evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, **um enriquecimento sem causa para a Administração**. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas como, 'a fortiori', **hão de ser respeitados efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida**¹ (destaques nossos).*

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça reconhece a legitimidade da atuação do particular que age de boa-fé, como é o caso da Contratada, assegurando a justa indenização pelo trabalho executado:

¹ Curso de direito administrativo, p. 439-440.

3. *Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).*

(...)

6. *Indenizabilidade decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, gerando a confiabilidade em contratar com a entidade estatal.*

7. *O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que eivada de vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37, da CF. (STJ – 1ª Turma, REsp nº 547.196/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 06/04/2006, DJ 04/05/2006).*

O ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa em face de contrato administrativo declarado nulo porque inconcebível que a Administração incorpore ao seu patrimônio prestação recebida do particular sem observar a contrapartida, qual seja, o pagamento correspondente ao benefício. (STJ – 1ª Turma, REsp nº 753.039/PR, rel. Min. Luiz Fux, DJ 03/09/2007).

1. *A eventual declaração de nulidade do contrato administrativo não tem o condão de exonerar a Administração Pública do dever de indenizar as obras já realizadas, desde que (1º) tenha ela, Administração, auferido vantagem do fato e (2º) que a irregularidade não seja imputável ao contratado.*

2. *Reconhecido nos autos que as obras foram não apenas orientadas, acompanhadas e incentivadas pelo município, como também resultaram no seu interesse exclusivo, não há como negar o direito à indenização pleiteada. (STJ – 2ª Turma, REsp nº 317.463/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16/03/2004, DJ 03/05/2004).*

Em situações como esta, o Colendo Tribunal de Contas da União defende não só a regularidade dos pagamentos feitos ao particular contratado como a própria estabilidade da relação contratual, em respeito ao princípio da segurança jurídica:

10. *Nessa linha de entendimento, o contrato concluído se constitui em ato jurídico perfeito, insuscetível de desfazimento (respeitadas as hipóteses autorizadas por lei, sempre mediante indenização prévia), eis que goza de garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.*

11. *Uma vez concluídas as obras e efetuados os pagamentos devidos, a despeito da inobservância da norma por parte do Dnit, não se pode exigir que a empresa promova a repetição de importâncias já recebidas, mormente se o Tribunal considerou não restar comprovada nos autos a existência de antieconomicidade. (TCU – Plenário, Acórdão nº 1.839/2010, rel. Min. Benjamin Zymler).*

Dessa forma, a Contratada, além de não ter interferido, induzido, participado ou concorrido para a prática dos atos considerados irregulares pela fiscalização em sede de cognição sumária **também deles não se beneficiou**, posto que o justo pagamento relativo à contraprestação do serviço foi absolutamente devido por força do disposto no parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/93, e também em respeito ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa.

Portanto, a Contratada não pode ser atingida pelos efeitos do julgamento dos ajustes que será proferido nestes autos, dada sua comprovada boa-fé durante a participação no certame licitatório e na execução fiel do contrato.

Portanto, não remanescem óbices para a aprovação da matéria, já que todas incumbências contratuais foram atendidas pela empresa Contratada, consoante cabalmente demonstrado.

III – DOS PEDIDOS

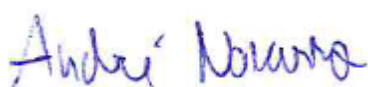
Diante do exposto, deve ser reconhecida a legalidade da matéria em exame, apresentando, se necessário, as recomendações que V. Exas. entenderem pertinentes, por ser esta medida de Justiça!

Requer-se, por fim, que quaisquer comunicações desse processo sejam comunicadas ao e-mail “*andre@santanavarro.com.br*”, inclusive antes da inclusão em pauta do referido processo para fins de apresentação de alegações finais, em forma de memoriais.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 18 de março de 2021.



ANDRÉ SANTANA NAVARRO

OAB/SP 300.043