

TC 497/2014

**3º Julgado – 23ª Sessão Ordinária Não Presencial
RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregulares os
ajustes pela ausência de complementação de caução.
Serviços de vigilância e segurança patrimonial. SMC.
1. Ausência de elementos novos que pudessem
alterar o julgado. CONHECIDO. NEGADO
PROVIMENTO. Votação unânime.**

**2º Julgado - 2.924ª Sessão Ordinária
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PFM. Decisão que
julgou irregulares os ajustes. Serviços de vigilância e
segurança patrimonial. SMC. CONHECIDOS. NEGADO
PROVIMENTO. Votação unânime.
TC citado 72-000.498.14-43.
Legislação citada: Art. 56, § 2º, Lei nº 8.666/93.**

**1º Julgado - 2.814ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SMC.
Serviços de vigilância e segurança patrimonial.
Ausência de complementação de caução. Contrato e
TAs 072 e 122/12 REGULARES. Demais termos
IRREGULARES. Votação unânime.
Legislação citada: Art. 56, § 2º, Lei 8.666/93.
TC citado 72-000.498.14-43.**

3º Julgado

A C Ó R D ã O

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

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 do recurso interposto, uma vez que preenchidos os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, em negar-lhe provimento, mantendo, na íntegra, o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 19 de maio 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDUARDO TUMA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se, na presente oportunidade, da análise e julgamento do **RECURSO ORDINÁRIO interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal**, em face do Acórdão de folhas 295/296, que, à unanimidade de votos, julgou **regulares o Contrato nº 336/SMCTC e os Termos Aditivos nºs 072 e 122, ambos de 2012, e irregulares os Termos Aditivos nºs 168, 181 de 2012 e 060/2013**. Ainda, à unanimidade, deliberou “*deixar de examinar os efeitos financeiros decorrentes dos instrumentos impugnados, postergando, neste caso, essa análise para o âmbito do Processo T.C nº 498/14-43, que deverá ser instruído com cópia do relatório e voto do Relator, bem como deste Acórdão*”.¹

A Procuradoria da Fazenda, Recorrente, anteriormente à interposição do presente recurso, opôs Embargos de Declaração ao Acórdão prolatado, por meio do qual pleiteou ficasse aclarada a ocasião em que seriam apreciados os efeitos financeiros dos ajustes.²

De conformidade com o Acórdão de folhas 321/324, os Embargos de Declaração foram conhecidos e, no tocante ao mérito, restaram improvidos, mantido em todos os seus termos o Acórdão de folhas 295/296.

As partes interessadas foram devidamente intimadas acerca do teor do V. Acórdão de folhas 321/324, tendo então a Procuradoria da Fazenda Municipal interposto o Recurso Ordinário ora em análise.³

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pelo **conhecimento do Recurso**, considerando sua tempestividade e o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade inscritos nos artigos 139 e seguintes do Regimento Interno⁴, haja vista a sua capacidade postulatória, seu

¹ Folhas 288/295.

² Folhas 297/302.

³ Folhas 288/295.

⁴ **Art. 139.** Os recursos serão interpostos por meio de petição escrita, contendo a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que os embasam e o pedido de nova decisão.

interesse em apelar e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Quanto ao mérito, opinou por seu não provimento, ressaltando que os argumentos apresentados não são hábeis para infirmar os termos do Acórdão prolatado, por serem inconsistentes e meramente justificadores da necessidade dos serviços contratados, da ausência de dolo, má-fé dos responsáveis e de ausência de prejuízo causado ao erário.⁵

A Secretaria Geral, por parecer do Assessor Antônio Carlos Mingrone, acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo no tocante **ao conhecimento do Recurso**. No respeitante ao **mérito**, afirmou que o fundamento para a rejeição dos Termos Aditivos nºs. 168/2012, 181/2012 e 060/2013 foi a inobservância ao disposto no parágrafo 2º do artigo 56 da Lei Federal nº 8.666/93⁶, assim como ao preceituado na Cláusula Nona, subitem 9.3, do Contrato nº 336/SMCTM/2011, segundo o qual sempre que o valor contratual for aumentado, será a Contratada convocada a reforçar a garantia contratual.

Ressaltou ter ficado plenamente registrado no Acórdão recorrido as infringências à legislação e aos termos do Contrato acima mencionados, revelando-se inconsistente a argumentação trazida no Recurso por tratar-se de mera repetição do que já fora alegado e debatido durante a instrução processual.

Igualmente, aduziu que, apesar de terem sido devidamente intimadas a Origem e a Contratada acerca do teor do Acórdão Recorrido, elas não apresentaram recursos, sendo de pressupor-se que concordaram com seus termos.

O Secretário Geral assim se pronunciou:

*“Amparado nas manifestações da AJCE e do Assessor desta SG., opino, da mesma forma, **pelo conhecimento, e no mérito pelo desprovimento do recurso em exame**”.*⁷

Art. 140. O Relator poderá indeferir, liminarmente, o seguimento do recurso, quando não atendido qualquer dos pressupostos de admissibilidade a seguir previstos:

- a) cabimento do recurso, com indicação expressa do seu fundamento legal ou regimental;
- b) legitimidade para recorrer;
- c) interesse de recorrer;
- d) tempestividade;
- e) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer;
- f) observância de formalidade considerada essencial por este Regimento.

⁵ Folhas 344/346.

⁶ Art. 56, § 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

⁷ Folhas 350/352.

Os autos foram retirados de pauta, tendo sido intimados por edital para conhecimento dos termos do Acórdão de folhas 295/296: Beatriz Franco do Amaral (fl. 359) e José Luiz Herência (fl.357).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, em face do Acórdão de folhas 295/296 que julgou **regulares o Contrato nº 336/SMCTC e os Termos Aditivos nºs. 072 e 122, ambos de 2012, e irregulares os Termos Aditivos nºs. 168, 181, de 2012, e 060, de 2013**, em virtude da ausência de reforço da garantia exigida para a execução, cuja conduta impugnada violou não só o parágrafo 2º do artigo 56 da Lei Federal nº 8.666/93, bem como o disposto na Cláusula Nona do Contrato, que estabelece: *“sempre que o valor contratual for aumentado em decorrência de termo aditivo, a contratada será convocada a reforçar a garantia, no prazo máximo de 05 (cinco) dias”*. Ainda deliberou *“deixar de examinar os efeitos financeiros decorrentes dos instrumentos impugnados, postergando, neste caso, essa análise para o âmbito do Processo T.C nº 498/14-43, que deverá ser instruído com cópia do relatório e voto do Relator, bem como deste Acórdão”*.

Os pronunciamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral são unânimes no **sentido da admissibilidade e improcedência** do recurso, visto que não foram trazidos elementos novos capazes de alterar o Acórdão recorrido.

O art. 56, *caput*, da Lei nº 8.666/93, autoriza a Administração a exigir, mediante juízo de conveniência e oportunidade em cada caso concreto, a prestação de garantia pelos particulares nas contratações de obras, serviços e compras. Essa exigência deve estar prevista no instrumento convocatório da licitação e no respectivo contrato.

O § 2º do mesmo art. 56 prescreve que a “garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e **terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele”**.

Ao prescrever que a garantia terá seu valor atualizado nas mesmas condições do valor do contrato, o § 2º do art. 56 da Lei nº 8.666/93 **pretende abarcar todas as situações em que houver modificação do valor inicialmente contratado, tal como ocorre nos casos de revisão contratual, alteração ou prorrogação contratual por meio de aditivos**.

A exigência é válida e possui amparo na jurisprudência do Judiciário e do Tribunal de Contas da União, a saber:

“O TJ/SP entendeu que a possibilidade de o contrato conter a exigência de garantia tem a finalidade de assegurar a plena execução contratual. (TJ/SP, Apelação Cível nº 301.417-5/6, Rel. Laerte Sampaio, j. em 03.07.2007.)”

“A imposição de apresentação de garantia como condição para assinatura do contrato é decisão discricionária do administrador, que estabelecerá a necessidade ou não de tal exigência considerando o caso concreto, nos termos do art. 56, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93. (TCU, Acórdão nº 801/2004, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU de 02.07.2004).”

A constatada infringência não foi afastada em sede recursal, uma vez que não foram trazidos **elementos novos** que pudessem alterar o julgado.

A propósito, a instância recursal não se traduz em **uma segunda oportunidade de se rediscutir os mesmos fatos e argumentos já rejeitados pelo Órgão julgador** em razão da ocorrência de preclusão consumativa.

Nesse sentido a Ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*“Trata-se de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, a e c, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região cuja ementa é a seguinte: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO POR PERDA DO OBJETO. **IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ ANTERIORMENTE DECIDIDA. ART. 557 DO CPC.** (...) NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) (STJ - AREsp: 236459 PB 2012/0204895-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 27/11/2012)*

Esclarecedor é o recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“PRETENSÃO RECURSAL QUE OBJETIVA O RECONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, BEM COM A INEXISTÊNCIA DAS ASTREINTES. MATÉRIA ANTERIORMENTE ARTICULADA E JÁ DECIDIDA. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.”

DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Agravante que articulou sua tese de impossibilidade de cumprimento em quatro oportunidades: na impugnação ao cumprimento de sentença, na exceção de pré-executividade, no anterior agravo interposto e, por fim, neste agravo de instrumento. 2. A matéria de fundo já foi apreciada pelo Eminentíssimo Desembargador Luiz Roberto Ayoub, quando do julgamento do agravo 0003609-25.2019.8.19.0000: (...). 3. Decisão recursal anterior que sepulta qualquer pretensão do agravante de reeditar a matéria (...). Ocorrência da preclusão consumativa. (...).
(TJ-RJ - AI: 00814518120198190000, Relator: Des(a). ALVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 15/07/2020, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/07/2020)

Mesmo entendimento alcança o Tribunal Regional Federal:

“Trata-se de agravo regimental em que a parte agravante insurge-se contra a decisão monocrática recursal que negou seguimento ao agravo, ao entender que a matéria do presente recurso já foi decidida por este Tribunal (art. 557 do CPC). 2. (...)(TRF-5 - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento -: 20090500056920801, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 11/02/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJE - Data::25/02/2010 - Página::264)

Em razão do exposto, endosso os pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que acolho e ficam fazendo parte integrante do presente como razões de decidir, **CONHEÇO DO RECURSO** interposto, uma vez que preenchidos os pressupostos de admissibilidade e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo, na íntegra, o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

2º Julgado

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

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 embargos de declaração, por presentes os pressupostos de admissibilidade estatuídos no artigo 144 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em negar-lhes provimento, mantendo, em sua íntegra, o teor do V. Acórdão, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar à Coordenadoria Processual – Unidade Técnica de Cartório –, a juntada de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão no processo TC 72-000.498.14-43, que cuida da execução dos ajustes.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de maio de 2017.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM contra v. Acórdão de fls. 295/296 que, à unanimidade, julgou regulares o Contrato nº 336/SMC-TM/2011 e os Termos de Aditamento nºs 072 e 122 ambos de 2012 e irregulares os de nºs 168 e 181/2012 e 060/2013, pela ausência de reforço da garantia exigida para sua Execução, violando o § 2º⁸ do artigo 56 da Lei nº 8.666/93 e o disposto na Cláusula Nona do Contrato, no seu item 9.3⁹ e, também à unanimidade, deixou de examinar, na oportunidade,

⁸ **Art.56.** “(...) § 2º. A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo”.

⁹ **Cláusula Nona** – “Da Garantia” - **Item 9.3.** “Sempre que o valor contratual for aumentado, em decorrência de termo aditivo, a contratada será convocada a reforçar a garantia, no prazo máximo

os efeitos financeiros decorrentes dos instrumentos impugnados, postergando tal análise para o âmbito do TC nº 72-000.498.14-43, que versa sobre a Execução dos Ajustes.

A Embargante alegou, em resumo, existir contradição e obscuridade no v. Acórdão, posto que, em seu entender, nele se emitiu comando jurisdicional condicionando a apreciação de efeito econômico para momento futuro, qual seja, o julgamento do acompanhamento da Execução Contratual, quando a Corte até poderia rever sua decisão quanto esse efeito, o mesmo não se permitindo ao sucumbente da ação, pois para ele operar-se-ia a coisa julgada, prejudicando, então, a interposição de eventual Recurso Ordinário. Assim, considerou que essa “suspensão” dos efeitos do julgado apresentaria contradição com o instituto da coisa julgada, que impede se volte a discutir ou decidir o que já foi decidido na sentença de mérito, que se torna irrecorrível. Defendeu que a melhor dicção lógico-jurídica seria que o julgamento dos atos ora examinados aguardasse o da Execução, sobrestando-se o presente, porém, como isso não ocorreu, requereu o conhecimento e o provimento dos Embargos para que sejam aclaradas as dúvidas e supridas as contradições e omissões por ela apontadas.

Na devida instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo não conhecimento dos Embargos por não estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade - a obscuridade, a contradição ou a omissão -, previstos no artigo 144 do Regimento Interno desta Corte, focalizando cada um deles. No mérito, destacou parecer inserto no Expediente AJCE nº 145/2015, em que se considera possível o reconhecimento de *efeitos jurídicos* a um instrumento de fiscalização, como o Contrato, por exemplo, sem que se discuta a boa fé ou a existência de prejuízo ao Erário, deixando-se os *efeitos financeiros* para serem examinados na Execução. Asseverou, ademais, que o caso se enquadraria na hipótese de julgamento pela irregularidade dos Instrumentos, sem o reconhecimento dos seus efeitos jurídicos, com a possibilidade ou não de reconhecimento dos efeitos financeiros em sede de acompanhamento de Execução Contratual. Opinou, assim, pelo não provimento dos Embargos de Declaração.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou o pedido de conhecimento e provimento dos Embargos.

A Secretaria Geral, de seu turno, orientou-se pelo conhecimento dos Embargos de Declaração porque são tempestivos e indicam os pontos considerados obscuros no v. Acórdão. No mérito, entendeu que visavam eles, na verdade, à reforma do julgado, sob a alegação de que a determinação de postergação da análise dos efeitos financeiros dos Ajustes examinados fere o instituto da coisa julgada e os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição. Esclareceu que embora se revista da natureza de Recurso, os Embargos de Declaração não objetivam a reforma ou a substituição do julgado e sim a correção dos vícios - obscuridade, contradição ou omissão - da decisão, o

que não se comprovou. Opinou pelo improvimento dos Aclaratórios.

De sua parte, o Secretário Geral concordou com a Assessora e acrescentou que os Termos de Aditamento foram julgados irregulares pela ausência de reforço de garantia, cujos efeitos financeiros repercutiriam na Execução, motivo pelo qual a decisão embargada remeteu, àquela sede, o julgamento desses efeitos, quando seria verificado se a irregularidade apontada trouxe prejuízo ao Erário. Argumentou, ainda, não haver prejuízo à coisa julgada, pois a decisão a ser proferida na Execução (TC nº 72-000.498.14-43) terá repercussão somente naqueles autos. Concluiu inexistir qualquer obscuridade, omissão ou contradição a ser aclarada.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos Embargos de Declaração, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade estatuídos no artigo 144¹⁰ do Regimento Interno desta Corte e, no mérito, nego-lhes provimento.

Pretende a Procuradoria da Fazenda Municipal retificar o julgado, sob a alegação de que a decisão Embargada teria postergado para o âmbito da Execução Contratual o enfrentamento da aceitação ou não dos efeitos financeiros correspondentes, obstruindo, assim, o reconhecimento da coisa julgada e a possibilidade de interposição de Recurso Ordinário pelo sucumbente.

Não assiste, no entanto, razão ao Órgão Fazendário. É que, como bem elucidou o Secretário Geral, o motivo ensejador de os Termos de Aditamento nºs 168 e 181/12 e 60/13 terem sido julgados irregulares foi a ausência de reforço da garantia exigida, cujos efeitos financeiros repercutem em sede da própria Execução, porque é naquele momento que se verificará, inclusive, se houve ou não prejuízo ao Erário.

Considero, ademais, que a Decisão impugnada se viu orientada pela cautela, uma vez que, ao invés de avaliar na oportunidade os efeitos financeiros decorrentes dos Ajustes dados por irregulares, postergou esse julgamento para o âmbito da Execução, permitindo nesse universo o alargamento do debate, em sentido inverso, portanto, ao alegado pela Embargante.

De outra parte, a ausência de possível falha a ser

¹⁰ **Art. 144.** “Cabem embargos de declaração, quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, por obscuridade, contradição ou omissão. § 1º. Os embargos de declaração serão opostos dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação, devendo ser dirigidos ao Juiz Singular ou Relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissão, da decisão ou do acórdão embargado. § 2. Os embargos de declaração serão decididos pelo Juiz Singular, ou pelo Relator da decisão ou acórdão embargado”.

aclarada, com conseqüente pleito de retificação do julgado, qualifica os Embargos como infringentes, o que não se pode considerar adequado na hipótese analisada.

Diante do exposto, e com suporte no parecer da Secretaria Geral, conhecendo dos Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM, nego-lhes provimento, mantendo, em sua íntegra, o teor do v. Acórdão, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Junte-se cópia do voto e do Acórdão no TC nº 72-000.498.14-43, que cuida da Execução dos Ajustes.

1º Julgado

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regulares o Contrato 336/SMC-TM/2011 e os Termos de Aditamento 072/2012 e 122/2012.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em julgar irregulares os Termos de Aditamento 168/2012, 181/2012 e 060/2013, pela ausência de reforço da garantia exigida para sua execução, cuja conduta impugnada violou não só § 2º do artigo 56 da Lei Federal 8.666/93, como o disposto na Cláusula Nona do contrato que, em seu item 9.3, estabelece: "Sempre que o valor contratual for aumentado, em decorrência de termo aditivo, a contratada será convocada a reforçar a garantia, no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, de forma que esta corresponda sempre ao mesmo percentual estabelecido na sub cláusula 9.1."

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em deixar de examinar, nesta oportunidade, os efeitos financeiros decorrentes dos instrumentos impugnados, postergando, neste caso, essa análise para o âmbito do processo TC 72.000.498.14-43, que deverá ser instruído com cópia do relatório e voto do Relator, bem como deste Acórdão.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAUPRÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de junho

de 2015.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Contrato nº 336/SMC-TM/2011, celebrado entre a Secretaria Municipal de Cultura - SMC, o Theatro Municipal de São Paulo e Atlântico Sul Segurança e Vigilância Ltda., objetivando a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial desarmada para o Theatro e suas unidades, no valor de R\$ 2.178.000,00 (dois milhões, cento e setenta e oito mil reais).

Analisa-se, também, os seguintes Aditivos:

a) Termo Aditivo nº 72/2012 - que alterou o prazo de vigência em face da transição para a implementação da Fundação Theatro Municipal de São Paulo;

b) Termos Aditivos nºs 122, 181, ambos de 2012 e 60/2013 – que prorrogaram a vigência do Contrato;

c) Termo Aditivo nº 168/2012 – que acresceu nove postos diurnos de vigilância para atender à abertura da Praça das Artes.

No desenvolvimento de suas atribuições, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu que não ocorreram irregularidades no Contrato e nos Termos nºs 72 e 122/2012. Apontou, porém que no Aditivo nº 168/2012 não foi realizado o reforço da garantia exigida para a execução do Ajuste, decorrente do acréscimo de nove postos, sendo que essa ausência se prorrogou nos dois Aditamentos seguintes, quais sejam, os de nºs 181/2012 e 60/2013.

Diante dessas conclusões, por minha determinação foi dada oportunidade à Secretaria para manifestação.

Nessa fase, a Fundação expressou-se apontando que a ausência de reforço da garantia, que por um lapso não foi exigida, não ocasionou prejuízo à prestação dos serviços, que foi realizada a contento. Ressaltou que o contrato em pauta foi rescindido unilateralmente, conforme publicação de 1º de abril de 2014, e que nas futuras contratações será mais cautelosa no que respeita às exigências de caução. Pontuou, ainda, que esta Casa já se pronunciou no sentido

de relevar a falta de complementação de caução.

Tendo em vista os esclarecimentos prestados, novamente manifestou-se a Auditoria, oportunidade em que registrou que a defesa acostada pelo Theatro Municipal de São Paulo não foi suficiente para afastar a irregularidade apontada.

Acresceu que a prestação do serviços em causa foi acompanhada no TC nº 72.000.498.14-43, em que foram propostas glosas e multas no total de R\$ 500.420,93 (quinhentos mil, quatrocentos e vinte reais e noventa e três centavos), sendo certo que a caução, ainda que atualizada e prorrogada, alcançaria o valor de R\$ 133.674,99 (cento e trinta e três mil, seiscentos e setenta e quatro reais e noventa e nove centavos). Assim e mesmo considerando a rescisão do Contrato em 31/03/2014 o apontamento da irregularidade não se mostra sanável, restando mantido.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da Auditoria pela regularidade do Contrato nº 336/SMC-TM/2011 e dos Aditamentos nºs 72 e 122/2012, e sem prejuízo de eventual reconhecimento dos efeitos financeiros, pela irregularidade dos TAs nºs 168 e 181/2012 e 60/2013, na consideração sobretudo de que os julgados mencionados como paradigma pela Fundação não portam essa qualidade.

De sua parte, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o reconhecimento da regularidade de todos os atos em exame, posto que a Contratada cumpriu suas obrigações, não se podendo falar em prejuízo ao Erário.

A Secretaria Geral, na esteira do posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, considerou regulares o Contrato nº 336/2011/SMC/TM e os Termos de Aditamento nºs 72 e 122/2012 e irregulares os Termos de Aditamento nºs 168, 181/2012 e 60/2013.

É o relatório.

VOTO

Do relatório deflui que as Áreas Técnicas desta Casa e a Procuradoria da Fazenda Municipal foram unânimes em concluir pela regularidade do Contrato nº 336/SMC-TM/2011 e dos Termos Aditivos nºs 72 e 122/2012.

A juízo de referidas unidades, porém, os TAs nºs 168 e 181/12 e 60/13 portariam irregularidade consistente na ausência de reforço da garantia exigida para sua execução.

No curso da instrução, a Contratante não logrou justificar seu procedimento, a uma porque a falha foi por ela reconhecida, a duas porque os julgados invocados não veiculam hipótese idêntica, que lhe pudesse trazer

benefício.

Acresce, ainda, que a conduta impugnada violou não só o parágrafo 2º do artigo 56 da Lei nº 8.666/93 como o disposto na Cláusula Nona do Contrato que em seu item 9.3 estabelece:

“Sempre que o valor contratual for aumentado, em decorrência de termo aditivo, a contratada será convocada a reforçar a garantia, no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, de forma que esta corresponda sempre ao mesmo percentual estabelecido na sub cláusula 9.1”

A par desses significativos aspectos outro de monta se oferece relacionado à própria execução do Contrato que, ainda que analisada em outros autos, os de nº 72.000.498.14-43, não pode ser ignorada, posto que, pela natureza guarda liames com a exigência de atualização da caução.

Nesse sentido, confira-se o sentir do Professor Marçal Justen Filho, assim expresso:

“Ao estabelecer requisitos de habilitação, a Administração Pública pretende cercar-se de todas as cautelas para evitar o insucesso da contratação. Presume-se que o sujeito que preenche os requisitos constantes da habilitação e cuja proposta é selecionada como vencedora disporá de total condição para executar satisfatoriamente o objeto do contrato. A garantia representa um outro instrumento de eliminar riscos de insucesso.”

Decorre daí que com a prestação da garantia a Administração acautela-se para evitar eventuais prejuízos, estando assim vinculada à própria execução contratual.

Na hipótese dos autos, a afirmativa de que da falha não significou prejuízo ao Erário não se sustenta, diante da possibilidade de remanescer verba a reclamar ressarcimento. Avulta, ainda, o significativo prazo que decorreu sem que a Contratante exigisse a devida adequação da garantia, permanecendo à deriva.

Diante do exposto, acompanho os pareceres constantes dos autos, notadamente os elaborados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, e julgo REGULARES o Contrato nº 336/2011/SMC/TM e os Termos de Aditamento nºs 72/2012, 122/2012 e IRREGULARES os Termos de Aditamentos nºs 168/2012, 181/2012 e 60/2013.

Deixo de examinar, nesta oportunidade, os efeitos financeiros decorrentes dos Instrumentos impugnados, postergando neste caso essa análise para o âmbito do TC nº 72.000.498.14-43, que deverá ser instruído com cópia do voto vencedor e do acórdão.