JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.072.97-07

Concorrência – contrato – aditamentos – aceitação da fiança bancária de forma proporcional ao período remanescente do prazo contratual – princípio da razoabilidade – acolhido os termos de aditamento – vencido o Cons. Edson Simões – vencido em parte o Cons. Eurípedes Sales – art. 56, § 2º da Lei Federal 8666/93 e art. 28, I, Lei Municipal 13278/02

Relatório

No presente estágio processual, cuida-se da análise e julgamento dos Termos Aditivos números **55/02** e **107/02** ao Contrato número 213/96, celebrado entre a Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras e **JOFEGE** – Pavimentação e Construção Ltda., tendo por objeto a pavimentação e obras complementares da Rua André Bely e outras situadas na Subprefeitura da Capela do Socorro (folhas 339/341, 350/371).

O Contrato original e diversos Termos Aditivos foram julgados, consoante Acórdãos anexados nos autos (folhas 145, 183, 218, 253, 311/312).

O objeto do Termo Aditivo número **55/02** consiste na **prorrogação da vigência por mais 60 (sessenta) dias corridos**, a partir de 20/05/02, **do Contrato** número **213/96; estabelecimento do valor das obras remanescentes,** após a suspensão do Ajuste; a **fixação de recursos para fazer face às despesas ajustadas e estipulação do valor da garantia contratual**.

O Termo Aditivo número **107/02** consigna a prorrogação da vigência contratual por mais 120 (cento e vinte) dias, a contar de **19/07/02**.

A Diretoria da Divisão Técnica V concluiu pela irregularidade dos Ajustes, pela constatação das seguintes infringências: **ao artigo 41, "caput", combinado com o artigo 66 da Lei Federal** número **8.666/93**, uma vez que a garantia contratual foi efetivada em desacordo com o estabelecido no edital do certame (folhas 21 e 24) e **desobediência** aos **termos das Instruções** número **01/92** e **Resolução 04/96 deste Tribunal**, pois não foi remetida a documentação correspondente a esta Corte (folhas 364 e verso).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle acompanharam as conclusões da Auditoria (folhas 377, 378/379).

Em obediência ao princípio da ampla defesa e do contraditório foi intimado o Ordenador da Despesa e cientificado o Secretário de Infra-Estrutura Urbana e Obras para oferecimento dos esclarecimentos pertinentes à espécie.

A Diretoria da Divisão Técnica V, após análise da documentação enviada pela Origem, concluiu que, de acordo com o constante da Cláusula XI do Contrato (folha 73), a

Contratada efetivou depósito na forma de fiança bancária, no valor de **R$ 51.101,84** (cinqüenta e um mil cento e um reais e oitenta e quatro centavos), garantia essa, cuja vigência expirou em 04/12/97. E que, em conformidade com o documento anexado sob folha 415 dos autos, nova **garantia** foi efetuada pela Contratada, a qual perdurou nos períodos de vigência dos Termos Aditivos números 55 e 107/02, no montante de **R$ 21.133,98** (vinte e um mil cento e trinta e três reais e noventa e oito centavos), portanto, em valor inferior ao da caução contratualmente estabelecida (folha 472).

A Assessora Subchefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu ser a caução a garantia exigida pelo Poder Público para dar suporte à Administração, na hipótese de inexecução contratual e que a mesma deve ser renovada, integralmente, bem como complementada, se houver acréscimo quantitativo do objeto contratual.

Permitiu-se, na espécie dos autos, propor a relevação da irregularidade, perpetrada pela Origem, da efetivação da caução em montante inferior àquele estabelecido no edital e no Contrato, por já se achar cumprida a Avença, aduzindo, entretanto, que a matéria "renovação integral da caução" não tem posicionamento firmado na Assessoria Jurídica (folhas 476/477).

O Órgão Fazendário acompanhou o entendimento da especializada, de acolhimento dos Termos Aditivos em julgamento, sob a argumentação de tratar de contrato findo após suspensão contratual por um período de tempo e que se constituiria ônus injustificável impor-se à Contratada o dever de efetuar a caução em montante correspondente a 5% (cinco por cento) do valor contratual, conforme exigido no edital do certame (folha 22 e 479).

A Secretaria Geral ponderou que, de acordo com o artigo 56, parágrafo 2º, da Lei Federal número 8.666/93, em termos de valor, a garantia contratual deve ser atualizada nas condições da atualização do valor contratual. E, que, segundo o disposto na Lei número 10.544/88, vigente à época da lavratura do Contrato, era admitida a possibilidade de liberação parcial da garantia, a exemplo do que decorre do artigo 28, inciso I, da Lei Municipal número 13.278/02, atualmente em vigor.

Propugnou pelo acolhimento dos Termos Aditivos em análise, por entender que o oferecimento da caução em valor proporcional ao remanescente das obras a serem implementadas atendeu ao princípio da razoabilidade "mantendo a constância da garantia sem onerar injustificadamente a Contratada" (folhas 481/483).

É o relatório.

Voto

Consta do Termo Aditivo número 55/02, que consignou as condições de prosseguimento do Contrato número **213/96**, após sua temporária suspensão, que o valor atualizado das obras remanescentes era de **R$ 422.679,73** (quatrocentos e vinte e dois mil seiscentos e setenta e nove reais e setenta e três centavos). Outrossim, registrou que "para garantia do cumprimento das obrigações assumidas neste instrumento, a Contratada efetivou depósito na forma de Seguro Garantia no valor de **R$ 21.133,98** (vinte e um mil cento e trinta e três reais e noventa e oito centavos)" – folhas 417 e 418.

De acordo com o **item 12 do edital da Concorrência** número **122/95** (folha 21) e **cláusula XI** do Contrato número **213/96** (folha 73), a título de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, a Contratada se obrigou a efetivar Seguro Garantia ou Fiança-Bancária, **em valor correspondente a 5% (cinco por cento) do valor contratual.**

Conforme concluiu a Divisão Técnica V (folha 472), no início da vigência do Ajuste, foi efetuada Fiança-Bancária no valor de **R$ 51.101,84** (cinqüenta e um mil cento e um reais e oitenta e quatro centavos), cuja vigência expirou em 4/12/97 – folha 410, – no entanto, durante o prazo de duração dos **TERMOS ADITIVOS** números **55 e 107/02**, a saber: de **15/04/02** a **12/02/03**, a Contratada efetuou Seguro – Garantia no valor de **R$ 21.133,98** (vinte e um mil cento e trinta e três reais e noventa e oito centavos), que corresponde a aproximadamente 5% (cinco) por cento **do valor das obras contratuais remanescentes e não sobre o valor integral do Ajuste que era de R$ 1.022.036,79** (um milhão, vinte e dois mil trinta e seis reais e setenta e nove centavos).

A garantia contratual visa assegurar a execução dos contratos e nos termos da Lei Federal número 8.666/93 – artigo 56 parágrafo 2º – deve estar prevista no edital, e em regra, está limitada a 5% (cinco) por cento do valor contratual.

O artigo 41 da precitada lei dispõe que:

"A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

Vale dizer, a Administração Pública no exercício de seu discricionário poder, ao elaborar o edital, em face da complexidade do objeto da licitação, uma vez estabelecidas às condições da contratação do objeto no instrumento convocatório, **não poderá modificá-las**, ao seu nuto.

Eis a razão pela qual se diz que o **edital constitui a lei da licitação** entre a **Administração** e os **Interessados**. É o que se infere da leitura do "caput" do artigo 3º da Lei número 8.666/93, a qual prescreve ser a licitação destinada a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada **em estrita conformidade com os princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório.**

Não obstante as conclusões dos Órgãos Técnicos, que em seus posicionamentos se inclinaram pelo acolhimento dos Aditivos, por entenderem, o Órgão Fazendário, que o cumprimento da legislação e do avençado imporia 'ônus injustificável' à Contratada, e a Secretaria Geral, que o valor da caução proporcional ao remanescente das obras "atendeu ao princípio da razoabilidade", não há como relegar, na espécie o cumprimento do **princípio da legalidade**.

Pelas razões expostas e pelo descumprimento da legislação vigente pela Administração Pública, cujos atos gozam da presunção de legalidade, **VOTO** no sentido da **IRREGULARIDADE** dos **TERMOS ADITIVOS** números **55** e **107/02** ao **CONTRATO** número **213/96**.

Registra-se que, não obstante o objeto do Termo Aditivo número 107/02 consista na mera prorrogação de duração contratual, sua legalidade está comprometida pelo vício de que padece o **TERMO ADITIVO** número **55/02**, ou seja, estipulação da caução em

percentual inferior ao legalmente fixado, cujo período de vigência de **15/04/02** a **12/02/03** abrangeu, igualmente, o do citado Ajuste.

Em razão das ilegalidades de que padecem os Ajustes, deixo de **ACOLHER** os efeitos financeiros pelos mesmos produzidos e **APLICO** ao Ordenador da Despesa, identificado às folhas 351 e 416 a 418, a **MULTA** no valor de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), com amparo no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de abril de 2005.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Preliminarmente, ressalto que o V. Acórdão de fls. 311/312, quando do julgamento do contrato principal e de seus aditivos, já apontava para a formalização dos Termos de Aditamento sob exame, dos quais deveria constar cláusula que eximisse o Município de quaisquer prejuízos decorrentes da suspensão do contrato e da conseqüente e óbvia paralisação das obras.

Examinando os Termos, verifica-se que o V. Acórdão, sob o aspecto mencionado, foi cumprido. A Origem cometeu falta, contudo, ao não enviar os TAs incontinenti a esta Casa de Controle, tão logo formalizados os instrumentos.

Esse lapso, entretanto, não impediu o exame detido dos instrumentos, caracterizando-se, desta feita, como falha meramente formal. Acresça-se que os Termos são de 2002 e o exame deles por este Tribunal iniciou-se no mesmo ano de 2002.

Dos autos, por outro lado, emergiu discussão sobre a efetivação de caução parcial, ao invés da integral, exigida, em tese, pela legislação vigente.

Tal matéria recebeu o tratamento devido por todos os órgãos técnicos desta Corte, mas, a meu juízo, quem a efetivamente deslindou, à luz dos elementos que instruem o presente, foi a Secretaria Geral, cujo entendimento faz às vezes de fundamento deste voto.

Deste modo, e com as vênias devidas, acolho os Termos de Aditamento em análise, realçando, consoante pronunciamento da Secretaria Geral, que a Origem agiu norteada pelo princípio da razoabilidade ao aceitar caução contratual proporcional ao restante das obras, pois estaria, se assim não procedesse, onerando injustificadamente a contratada.

TCM, 06 de abril de 2005.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM, apresentado em separado, e MAURÍCIO FARIA, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em acolher os termos de aditamento em análise, realçando, consoante pronunciamento da Secretaria Geral desta Corte, que a Origem agiu norteada pelo princípio da razoabilidade ao aceitar caução contratual proporcional ao restante das obras, pois estaria, se assim não procedesse, onerando injustificadamente a contratada.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator que, nos termos do relatório apresentado, votou pela irregularidade dos termos de aditamento, deixando de acolher seus efeitos financeiros produzidos e aplicou ao ordenador da despesa, identificado às folhas 351 e 416 a 418 dos autos, a multa, no valor de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), com amparo no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Vencido, em parte, o Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, que acompanhou o voto do Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, com exceção da multa.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de abril de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte