EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-002.841.96-21

ANÁLISE. TERMO ADITIVO E DE RECEBIMENTO DEFITIVO. SMSO. Pavimentação e obras complementares. Rescisão unilateral. Perda do objeto. TA PREJUDICADO. Termo de Recebimento ACOLHIDO. Votação unânime.

2.982ª Sessão Ordinária

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, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar prejudicado o Termo Aditivo 207/2000, devido ao perecimento de seu objeto e em acolher o Termo de Recebimento Definitivo 002/SP-IQ/CIUO/2005.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

Ausentou-se interinamente o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de maio de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos, nesta fase, da análise do Termo Aditivo 207/00, no valor de R$ 464.125,45 (quatrocentos e sessenta e quatro mil cento e vinte cinco reais e quarenta e cinco centavos), oriundo do Contrato 056/97, celebrado entre a SIURB (antiga SVP) e a empresa Macaúba Construções Civis, visando Pavimentação e obras complementares da Rua Augusto Seker e outras, situadas na AR-Itaquera.

O Contrato 56/97 e todos os aditivos que se seguiram já foram apreciados e julgados regulares por esta Corte de Contas.

O Termo aditivo 207/00, ora sob julgamento, teve por escopo a retomada das obras, prorrogação de prazo, exclusão e inclusão de ruas.

A Auditoria apresentou o Relatório de fls. 541/544, concluindo pela irregularidade do termo analisado, em razão das seguintes infringências:

"Artigo 41, 'caput' da Lei Federal 8.666/93 – caução efetuada, em desacordo com o Edital (fls. 25 e 29), e reajuste aplicado em desacordo com o Edital (fls. 12 e 24) que implicou em percentual indevido de 20,44%.

Artigo 29, inciso IV c/c artigo 55, inciso XIII da Lei Federal 8.666/93 e artigo 195, parágrafo 3º da Constituição Federal/88 – documentos fiscais fora do prazo de vigência".

Devidamente notificada, a Origem apresentou as justificativas de fls. 557/575 que, sob o entendimento da Auditoria, não sanaram e nem justificaram as infringências apontadas (fls. 579):

"À fl. 543 aponta infringência ao artigo 41 'caput' da Lei Federal 8666/93 – caução efetuada em desacordo com o Edital (fls. 25 e 29) e reajuste aplicado em desacordo com o Edital (fls. 12 e 24) que implicou em percentual indevido de 20,44%";

À fl. 573 consta caução válida até 12.04.97, anterior, portanto, à assinatura do TA 207/00 (18.09.00).

À fl. 574 consta caução no valor de R$ 3.032,82 (referenciada à fl. 529), que representa 5% do valor residual do contrato, sem o reajuste. Entendemos que, pelo teor do edital e do contrato, a caução deveria ser de 5% do valor total do contrato, com os eventuais reajustes, como garantia pela fiel execução da totalidade da obra. A documentação apresentada não sana, desse modo, a caução efetuada em desacordo com o Edital.

Sobre o reajuste aplicado em desacordo com o Edital que implicou em percentual indevido de 20,44% não há qualquer manifestação na documentação enviada, com o que também resta desatendida essa infringência.

À fl. 543 aponta também infringência ao artigo 29, inciso IV c/c artigo 55, inciso XIII da Lei Federal 8666/93 e artigo 195, parágrafo 3º da Constituição Federal/88 – os documentos fiscais não estavam em vigência.

Às fls. 562-572 constam cópias de certidões CND/INSS (cuja validade mais recente é 30.12.99, fl. (564) e CRF/FGTS (validade mais recente: 25.01.00, fl. 572), porém todas com validade anterior à assinatura do TA mencionado (18.09.00), com o que, mais uma vez, concluímos pelo desatendimento do quanto solicitado.

Pelo exposto somos pela conclusão de que os documentos envidados pela Origem não sanam nem justificam as infringências apontadas, razão pela qual ratificamos a manifestação de fl. 543. Assim, encaminhamos o presente para superior conhecimento e deliberação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo emitiu o parecer de fls. 581/586 e concluiu no mesmo sentido da Auditoria, sob os seguintes fundamentos:

"... evidente que é obrigação da contratada manter, no curso da execução do ajuste, as condições exigidas quando de sua habilitação, por força do disposto no inciso XIII do artigo 55 da Lei 8.666/93. Porém, a exigência que ora se discute tem origem no Texto Constitucional, que proíbe o Poder Público de contratar pessoa jurídica em débito com a Previdência através do § 3° do seu artigo 195 ".

Aliás, premissa focalizada também pela Lei 9.012/95, ao vedar expressamente aos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, a celebração de contratos com pessoas jurídicas em débito com o F.G.T.S. Nesse mister, impõe-se, também durante a vigência do ajuste, a manutenção e demonstração da situação da empresa contratada perante a Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Outro aspecto a ser abordado e sem adentrarmos no mérito do reajuste aplicado, conquanto já devidamente examinado por AUD, diz respeito à caução recolhida. Para tanto, necessário verificar os termos consignados na peça editalícia, que assim estabeleceu:

'12. GARANTIA DO CONTRATO – A adjudicatária, antes da assinatura do Contrato, deverá prestar garantia, que poderá se constituir de Caução em Dinheiro ou em Letras Financeiras do Tesouro do Município de São Paulo, Seguro Garantia ou Fiança Bancária, em valor correspondente a 5% do valor contratual e que se constituirá na Garantia do fiel cumprimento do ajuste.'

A lei não impõe a exigência de garantia, ficando a critério da Administração exigir ou não a prestação desta reserva, sendo esta uma maneira de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela contratada, e na hipótese vertente, resta claro a opção da Origem, expressada no item transcrito.

Pelo que pudemos inferir da análise de AUD, embora a caução tenha sido recolhida inicialmente, como atestado no contrato original, ela não foi atualizada de acordo com o índice de reajuste aplicado...

Por derradeiro, vale enfatizar 2 (duas) observações feitas por AUD e apostas na planilha de fls. 542, de que a 1ª parte do v. Acórdão de fls. 467 foi atendida (aspecto de não indenização), e que as obras não foram reiniciadas até 18.6.2002 – lembrando que o T.A. foi formalizado em 19.9.2000, o que nos causou espécie.

De qualquer forma, o T.A. 207/00, ainda que não tenha produzido nenhum efeito (a Ordem de Reinício não foi emitida), a sua formalização já estava comprometida, pelas razões expostas...".

Por solicitação da Procuradoria da Fazenda Municipal, a Origem foi novamente noticiada para conhecimento das conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos e manifestação sobre as irregularidades apontadas (fls. 589/591).

Foram, então, acostadas aos autos as razões de fls. 607/614, tendo a Procuradoria da Fazenda Municipal assim se pronunciado:

"Diante dos fatos noticiados pela Contratada, evidenciando que a mesma atravessa dificuldades financeiras, e levando-se em conta que o TA 207/00 não gerou efeitos financeiros, pois não foi emitida ordem de início, indaga esta Procuradoria quais as providências foram adotadas pela Origem, eis que persistem as impropriedades apontadas no aludido T.A As mesmas, deveriam resultar em rescisão do contrato, com fundamento no artigo 78, I da Lei 8666/93, sem prejuízo das sanções cabíveis."

Oficiada, a Origem trouxe as informações de fls. 622/623. Informou que o objeto compreendido no Termo de Aditamento em exame não foi executado e que o contrato seria rescindido.

Instada, a Procuradoria registrou a não ocorrência de prejuízo ao erário e sugeriu que a formalização da rescisão contratual fosse informada a este Tribunal (fl. 625).

No mesmo sentido foi o pronunciamento da Secretaria Geral (fls. 627/628).

Na tentativa de cumprir o requerido, a Secretaria de Infraestrutura Urbana informou às fls. 644/649 que a empresa contratada não atendeu ao chamamento no Diário Oficial para assinatura da Rescisão Contratual.

Intimada, a Procuradoria destacou que a Lei 8.666/93 autoriza a rescisão unilateral nas hipóteses previstas nos artigos 78, I a XII e XVII e 79 da Lei 8.666/93(fl. 652).

Posteriormente, a SIURB trouxe aos autos comunicado enviado pela empresa Macaúba Construções Civis àquela Secretaria, informando sobre a existência de supostos débitos pendentes, referentes a medições de serviços executados que não teriam sido pagos devido ao cancelamento dos empenhos (fls. 654/656).

Com o acrescido, a Procuradoria Geral do Município assentou à fl. 659 que eventuais pendências financeiras não constituem fato impeditivo da rescisão contratual. A Origem informou que tentou pela segunda vez, sem êxito, a rescisão amigável (fls. 665/675).

Após análise das medições relativas ao contrato, foi constatado pela SIURB que não havia saldo a ser quitado a favor da empresa contratada (fl. 721) e a Comissão instituída para Recebimento Definitivo da Obra declarou às fls. 740/741 que o serviço havia sido concluído há 6 (seis) anos e seus resultados dados como satisfatórios à época.

O processo foi submetido à Auditoria, que entendeu como necessário verificar as possíveis medições ocorridas a partir de 31.06.97 (fls. 766/768):

"4 – CONCLUSÃO:

4.1 – As obras do Contrato 056/SVP/96 e seus Termos Aditivos 564/96, 31/97, 172/97, 306/97, 342/97, 592/97, 792/97, 154/98, 379/98 e 207/00 foram recebidas através do Termo de Recebimento Definitivo 002/SP-IQ/CIUO/2005, lavrado extemporaneamente em 21/12/2005 (item 3).

4.2 – Tendo em vista que a Ordem de Reinício das obras não foi emitida e que o Termo de Recebimento Definitivo foi lavrado com o apostilamento da exclusão da Rua Norival Aparecido Costa, entendemos que o Termo Aditivo 207/00 ficou sem objeto, portanto, nulo.

Todavia, para melhor apreciarmos a questão, entendemos necessário o exame das possíveis medições ocorridas a partir de 31.06.97 (12a. medição), data da última medição conhecida (item 1 e 2) ".

De outro turno, a Assessoria Jurídica de Controle Externo esposou entendimento diverso quanto à nulidade do termo (fls. 771/776), sob o seguinte fundamento:

"Entendo que o T.A. 207/00, quando de sua celebração possuía todas as condições de validade: objeto determinado, necessário e possível; interesse manifesto das partes; forma escrita; prestação da caução; contrato principal e aditamentos anteriores acolhidos; publicação no DOM, em 3/10/00, que deu eficácia ao ato e empenhamento dos recursos.

Assim, sob o aspecto formal, entendemos que o ato estava completo. A falta de expedição da ordem não comprometeu o ajuste na sua forma, mas sim a execução contratual, eis que somente por situação ocorrida posteriormente deu-se conta do perecimento do objeto, e isto porque as duas ruas incluídas no Contrato para pavimentação, com a demora foram incluídos através do T.A. em outro procedimento administrativo, não se podendo precisar quando (fl. 752).

Não se pode afirmar, com isso, que o termo é nulo em razão do perecimento do objeto, vez que a nulidade pressupõe que os atos tenham conteúdo ilícito, sejam praticados com desvio de poder; falta de motivo vinculado; ou mesmo a falta de causa.

Tampouco se pode afirmar que o ato é anulável, porque, nesse caso, deveria estar caracterizada a incompetência, o vício de vontade, ou mesmo, o defeito de formalidade.

Desta forma, não há que se falar em invalidade do ato, até porque, em hipóteses dessa ordem, os efeitos patrimoniais deveriam ser respeitados como se a contratada não tivesse contribuído para o vício.

Assim, restariam a revogação ou a rescisão unilateral. Parece-nos que a melhor proposta estava com a PFM, a de rescisão unilateral do ajuste, com fundamento no artigo 77 e 78, inciso IV da Lei Federal 8.666/93, considerando que o contrato de há muito se encontrava extinto, pois embora a contratada tenha concordado com o desfazimento do contrato, não compareceu para a assinatura do termo que pretendia a rescisão amigável.

Todavia, levando-se em consideração o tempo decorrido desde a execução dos serviços; o fato dos serviços até a lavratura do T.A. 207/00 terem sido executados integralmente; o pagamento ter sido efetuado na exata proporção dos serviços prestados; a declaração de que foram prestados a contento; a concordata da empresa e a sua negativa para assinatura da rescisão, sob alegação de que teria crédito junto ao erário, parece-nos que a solução encontrada pela Origem de expedição de Termo de Recebimento Definitivo foi a melhor opção encontrada, ainda que o termo tenha sido expedido extemporaneamente.

Nesse caso, caberia-nos propor, em caráter excepcional, a prejudicialidade do TA 207/00 pelo perecimento do objeto, e o acolhimento do Termo de Recebimento Definitivo 002/SP-IQ/CIVO/2005."

A Procuradoria do Município requereu o acolhimento da proposta da AJCE e informou a judicialização da questão e propôs a expedição de

ofício ao Departamento Judicial da Procuradoria Geral para que esta Corte acompanhasse o andamento da ação (fl. 778).

O Departamento Judicial da Procuradoria Geral do Município informou que a ação interposta pela empresa Macaúba foi julgada improcedente e que a empresa havia recorrido ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 781/801).

A Auditoria pronunciou-se no seguinte sentido:

"O acrescido pela Origem trata de atendimento de propositura efetuada pela Procuradoria da Fazenda Municipal, no sentido de que fosse informada esta E. Corte de Contas sobre o andamento da ação judicial noticiada às fls. 731 – 732.

O teor da referida decisão em nada altera o já informado por nós às fls. 765 – 768, motivo pelo qual reiteramos as conclusões alcançadas àquelas folhas."

Instada, a Procuradoria Municipal assim opinou às fls. 807:

"... O resultado obtido na ação judicial aludida em nada afeta as conclusões já exaradas no presente, razão pela qual esta Procuradoria reitera os termos de sua manifestação de fls. 778, propondo, na esteira do entendimento esposado pela douta AJCE (fls. 771/775), a declaração de prejudicialidade do TA 207/00, em razão do perecimento do objeto e o acolhimento do Termo de Recebimento Definitivo 002/SP-IQ/CIVO/2005."

Novamente intimada, a Assessoria Jurídica pronunciou-se às fls. 810/812, nos seguintes termos:

"Nos autos da ação judicial foi declarado, em síntese, que: o levantamento de caução era incabível, já que esta não mais existia; o objeto do contrato estava cumprido; inexistia o débito para o período de suspensão do contrato a ser suportado pela Prefeitura, pois o contrato se encontrava inativo por critério de conveniência e oportunidade; a autora não teria demonstrado a não proporcionalidade dos pagamentos aos serviços prestados.

Uma vez que as questões suscitadas na execução do contrato se encontram decididas em primeira instância na esfera judicial, reiteramos nossas conclusões já expressadas no sentido da prejudicialidade do TA 207/00 e do acolhimento do Termo de Recebimento Definitivo 002/SP-IQ/CIVO/2005, haja vista que a conclusão apresentada em nossa manifestação precedente em nenhum momento contraria o quanto decidido na r. sentença.

Sendo do interesse desta egrégia Corte o conhecimento do deslinde da Apelação interposta contra a r. sentença proferida na ação judicial de Cobrança e de Levantamento de Garantias Contratuais, Autos do Processo

2115/053.04.055721-2 (Origem), poderão os autos ser enviados ao Setor de Estágio para acompanhamento."

O processo permaneceu em custódia junto à Assessoria Jurídica até o trânsito em julgado da sentença, que foi mantida integralmente em julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 816/840).

Com a nova informação, os autos foram enviados à Procuradoria do Município, que opinou nos seguintes termos:

"Pelas razões expostas, esta Procuradoria, na esteira das manifestações já externadas pela douta AJCE (fls. 810/811) requer seja declarado prejudicado o TA 207/00, acolhendo-se, todavia, o Termo de Recebimento Definitivo 002/SP-IQ/CIVO/2005, constatando-se que não há quaisquer pendências relativas ao Contrato em apreço, o que, aliás foi reconhecido em decisão judicial já transitada em julgado."

A Secretaria Geral acompanhou a Assessoria Jurídica (fls. 844/848), e destacou que:

"À vista de todo o exposto, corroboro o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de que não há que se falar em nulidade do Termo de Aditamento 207/00, uma vez que não houve ato ilícito, mas, sim, o perecimento do objeto, motivo pelo qual poderá ser declarado prejudicado.

Quanto ao Termo de Recebimento Definitivo, também corroboro o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo de que, embora tenha sido lavrado extemporaneamente, foi a melhor opção que a Origem poderia adotar, levando-se em consideração o princípio da segurança jurídica."

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos, nesta fase, da análise do Termo Aditivo 207/00, no valor de R$ 464.125,45 (quatrocentos e sessenta e quatro mil cento e vinte cinco reais e quarenta e cinco centavos), oriundo do Contrato 056/97, celebrado entre a SIURB (antiga Secretaria de Vias Públicas) e a empresa Macaúba Construções Civis, visando pavimentação e obras complementares da Rua Augusto Seker e outras, situadas na ARENA-Itaquera.

O Contrato 56/97 e todos os aditivos que se seguiram já foram apreciados e julgados regulares por esta Corte de Contas.

O Termo aditivo 207/00, ora sob julgamento, teve por escopo a retomada das obras, prorrogação de prazo, exclusão e, especialmente, a inclusão de ruas a serem pavimentadas.

Conforme se infere da exaustiva instrução, houve o perecimento do objeto de que trata o Termo de Aditivo 207/00, sem quaisquer outras pendências, situação esta reconhecida, inclusive, por decisão judicial transitada em julgado, uma vez que houve a rescisão unilateral do Aditivo, pois as Ruas que haviam sido nele incluídas já eram objeto de outro contrato.

Do exposto, com amparo nos posicionamentos unânimes da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos endosso e adoto como razões de decidir, JULGO PREJUDICADO o Termo Aditivo 207/00, devido ao perecimento do seu objeto, e ACOLHO o Termo de Recebimento Definitivo 002/2005/Itaquera Guaianases.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.