



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



06-05-14

SEB

=====

091 TC-000864/002/06

Recorrente: Wellington Cyro de Almeida Leite - Ex-Superintendente do Departamento Autônomo de Água e Esgoto de Araraquara – DAAE.

Assunto: Contrato entre o Departamento Autônomo de Água e Esgoto de Araraquara – DAAE e B.M. Araçatuba Construções Ltda., objetivando a execução de reparos de vazamentos em redes de distribuição e ramais domiciliares de água, conserto de pavimentos provenientes dos reparos, serviços complementares em todos os setores da cidade de Araraquara, Distrito de Bueno de Andrada e Assentamento Bela Vista.

Responsável: Wellington Cyro de Almeida Leite (Superintendente à época).

Em Julgamento: Recurso Ordinário interposto contra a sentença publicada no D.O.E de 13-02-10, que julgou irregulares a licitação, o contrato, e as despesas decorrentes, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93.

Advogados: Marcelo Palavéri, Flávia Maria Palavéri e outros.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 O e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, por meio de sentença publicada no DOE de 13-02-10 (fls. 488/494), julgou irregulares a licitação (Tomada de Preços nº 05/05) e o decorrente contrato (nº 1.210), celebrado em 29-08-05 entre o **DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE ARARAQUARA - DAAE** e a empresa **B. M. ARAÇATUBA CONSTRUÇÕES LTDA.**, objetivando a execução de reparos de vazamentos em redes de distribuição e ramais domiciliares de água, conserto de pavimentos provenientes dos reparos, serviços complementares, em todos os setores da cidade de Araraquara, Distrito de Bueno de Andrada e Assentamento Bela Vista, no valor de R\$ 1.005.756,00, com prazo de execução de 1 (um) ano.

Na oportunidade, foram ainda consideradas irregulares as respectivas despesas, sendo acionados os incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar estadual nº 709/93, com determinação para que a municipalidade dê ciência a este Tribunal das providências adotadas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



O juízo pela reprovação da matéria se deveu ao parcelamento da caução, *"modalidade de garantia não prevista na Lei e repudiada por jurisprudência desta Corte"*, haja vista que *"o artigo 56 da Lei n. 8.666/93 deixou ao alvedrio da Administração, 'em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório', formular a exigência de prestação de garantia da execução de seus contratos de obras, serviços e compras, ficando, todavia, ao contratado optar por uma entre as modalidades de garantia indicadas em seus três incisos"*, não sendo admissível que *"inove a Administração em tal matéria, criando modalidades outras de garantia, porquanto pré-excluídas foram pela lei de regência"*.

Foi ainda condenada a *"ausência de comprovação de recursos que assegurassem o pagamento das despesas"*, em *"descumprimento do artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei n. 8.666/93 e do artigo 60 da Lei n. 4.320/64"*.

1.2 Irresignado, o ex-Superintendente do DAAE Araraquara¹ interpôs **Recurso Ordinário** (fls. 498/609) contra a r. decisão de primeiro grau.

Asseverou que *"a caução a ser prestada pelos contratados é decisão de caráter discricionário da Administração Pública (Lei Federal n. 8666/93, art. 56, caput)"*, e que, assim, *"inexistindo impedimento legal para o procedimento, a Autarquia possibilitou ao contratado a retenção parcela [sic] da garantia"*.

Aduziu que *"o contrato já foi executado, podendo-se afirmar que o depósito de garantia na forma realizada pela Administração não comprometeu a execução contratual"*, porquanto *"a garantia foi devidamente recolhida, seja na forma parcelada, seja na substituição por carta fiança"* (fls. 517/519), podendo a falha *"ser conduzida [...] ao campo das recomendações"*.

Noticiou que *"a Autarquia Municipal, já na gestão do ora recorrente, adequou os regramentos editalícios à regra do 'codex licitatório' nos termos da interpretação desta E. Corte"*, colacionando cópia de editais que corroborariam tal alegação (fls. 520/566).

Sustentou que *"esta C. Casa, com o devido respeito, já julgou regulares certames com falhas mais graves do que a presente, que se relacionavam à inobservância de entendimento sumulado"*, requerendo

¹ Sr. Wellington Cyro de Almeida Leite, por intermédio de advogado regularmente constituído (fl. 513).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



que seja dado, *"por um princípio de equidade, o mesmo entendimento exteriorizado nas decisões supra colacionadas"* (fls. 503/507).

No tocante à ausência de comprovação de recursos que assegurassem o pagamento das despesas, arguiu preliminarmente que a questão *"não foi ventilada em sede de instrução inicial"*, somente sendo suscitada *"na prolatação da sentença, não sendo assinado à origem prazo para manifestação"*.

Sobre a aventada falha, afiançou que *"ao iniciar o procedimento licitatório indicou as dotações orçamentárias que seriam oneradas para a execução do contrato"*, assegurando que *"havia dotação orçamentária suficiente para a cobertura do valor referente à contratação em comento, fato este verificado nos relatórios contábeis em anexo"* (fls. 567/609), e destacando que *"o contrato já se exauriu, sendo realizados os devidos pagamentos dos serviços executados"*.

Pleiteou, ao final, *"seja o presente recurso conhecido [...] dando-se a ele provimento, para o fim de modificar a decisão combatida e, conseqüentemente, julgar regular a matéria sob análise"*.

1.3 Analisando as razões recursais, a **Assessoria Técnica** (fls. 615/620) apontou que *"a jurisprudência da Casa não tem admitido o parcelamento da caução, como podemos verificar nas decisões consubstanciadas nos processos TC-25509/025/05 e TC-36883/026/99"*.

Registrou, quanto à ausência de comprovação de recursos que assegurassem o pagamento das despesas, que *"deveria a entidade ter feito empenho para o exercício de 2005 no valor de R\$ 335.252,00"*, mas que *"não foi o que ocorreu, pois o referido órgão fez o empenho apenas da quantia de R\$ 160.292,47 para esse período e no exercício de 2006, fez apenas parte do empenho necessário"*, o que se comprova diante da constatação de que *"o pagamento de diversas notas fiscais foi feito somente em 2007"*, remanescendo, assim, a *"infringência às regras do expresso no inciso III, do parágrafo 2º, do artigo 7º, da Lei nº 8.666/93 e no artigo 60 da Lei nº 4.320/64"*.

Assim, posicionou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

1.4 A **Secretaria-Diretoria Geral** (fls. 621/623) reputou, em preliminar, *"não proceder a afirmação do recorrente com relação à existência de recursos, eis que a questão foi suscitada pela Assessoria*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Técnica a fls. 395, expressamente mencionada no despacho de fls. 403, que fixou prazo à Origem para apresentação de esclarecimentos".

Consignou que "o recolhimento fracionado da caução é prática reiteradamente condenada por esta Corte, eis que não encontra amparo legal e desfigura a própria natureza do instituto" e lembrou que, "no presente caso [...] a carta fiança, expedida em 24-11-06, era válida por 547 dias, a partir de 29-06-06, enquanto o ajuste havia sido celebrado quase um ano antes, em 29-08-05", considerando a falha "grave o suficiente para, por si só, comprometer a totalidade da matéria", concluindo, assim, pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

2. VOTO PRELIMINAR

2.1 A r. sentença foi publicada no DOE de 13-02-10 - sábado (fl. 494) e o recurso protocolado em 01-03-10 - segunda-feira (fl. 498). Considerando o disposto no Ato GP nº 01/2010 (DOE de 05-02-10)², entendo tempestivo o apelo. Satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, voto pelo conhecimento.

2.2 Ainda em sede preliminar, afasto a alegação do recorrente de que a questão relativa à ausência de comprovação de recursos que assegurassem o pagamento das despesas "não foi ventilada em sede de instrução inicial", somente sendo levantada "na prolatação da sentença, não sendo assinado à origem prazo para manifestação".

Isto porque, como bem destacado pela SDG, "a questão foi suscitada pela Assessoria Técnica a fls. 395, expressamente mencionada no despacho de fls. 403, que fixou prazo à Origem para apresentação de esclarecimentos", eliminando por completo qualquer dúvida acerca da devida observância ao direito da ampla defesa e contraditório.

² Ato GP nº 01/2010

O Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no uso da atribuição que lhe confere o inciso XI, do artigo 25 do Regimento Interno, resolve SUSPENDER o expediente do Tribunal nos dias 15 e 16 de fevereiro do corrente, com reinício das atividades no dia 17 de fevereiro (quarta-feira) às 13h00. Não correrão no dia 17 de fevereiro quaisquer prazos processuais. (grifei)



3. VOTO - MÉRITO

3.1 Quanto ao mérito, entendo que os argumentos expendidos pelo recorrente não possuem o condão de alterar o panorama processual que ensejou o juízo pela irregularidade da matéria ora em exame.

3.2 Isto porque, a despeito do apelante ter asseverado que "a Autarquia Municipal, já na gestão do ora recorrente, adequou os regramentos editalícios à regra do 'codex licitatório' nos termos da interpretação desta E. Corte", há que se relembrar que a questão relacionada à retenção de determinado percentual sobre o valor das faturas mensais pagas à contratada, como meio de garantia de execução do ajuste, é bastante conhecida e repudiada na jurisprudência desta Corte de Contas.

Neste sentido, peço vênia para transcrever a íntegra do voto proferido pelo e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, em sede de exame de recurso ordinário, na sessão de 27-02-08 do E. Tribunal Pleno (TC-029369/026/00), que bem ilustra o tratamento dispensado por esta Casa ao tema:

"3.1 Recordo que a prática do parcelamento da garantia de execução contratual recolhera, já, a crítica deste Plenário, em sessão de 06-05-98; na oportunidade, dela se disse, por maioria de votos, que desfigurava a própria natureza do instituto, relevando-se, porém, a falha, com recomendação à Origem (então, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP) e promessa de intransigência futura (cf. processo TC-025509/026/95).

A mesma orientação, aliás, reiterou-a depois este Plenário, quando da apreciação de recurso ordinário, agora da própria CDHU, que se insurgia contra idêntica crítica, deduzida nos autos do processo TC-036883/026/99 (contrato celebrado com COMAGI - CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO ATAYDE GIRARDI LTDA., para a edificação de unidades habitacionais no empreendimento Cerqueira César D.1).

3.2 *Creio acertada essa orientação, porque o artigo 56 da Lei n. 8.666/93 deixou ao alvedrio da Administração, "em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório", formular a exigência de prestação de garantia da execução de seus contratos de obras, serviços e compras, ficando, todavia,*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



ao contratado optar por uma entre as modalidades de garantia indicadas em seus três incisos.

Não considero admissível, assim, inove a Administração em tal matéria, criando modalidades outras de garantia, porquanto pré-excluídas foram pela lei de regência.

3.3 *Na espécie, estando em pauta licitação cuja abertura foi autorizada em 13-10-99 (fl. 3), posteriormente ao veto oposto pelo Tribunal à prática do parcelamento da garantia de execução contratual, manda a coerência que, sob tal aspecto, mantenha-se a conclusão firmada em primeiro grau.*

3.4 *Nego, pois, provimento aos recursos."*

No caso ora em apreço, os procedimentos de instauração do certame licitatório ocorreram em 2005, portanto, em momento posterior à decisão proferida no TC-025509/026/95.

Ademais, verifico que idêntico expediente, adotado por esta mesma Autarquia Municipal, já foi rechaçado no TC-002135/002/05³, o que me leva a concluir pelo acerto da r. sentença combatida.

3.3 Mesma sorte deve ser dada à ausência de comprovação de recursos que assegurassem o pagamento das despesas, já que, conforme bem ressaltado pela unidade de economia da ATJ, os empenhos efetuados em 2005 e 2006 foram insuficientes, redundando no "*pagamento de diversas notas fiscais [...] somente em 2007*".

3.4 Nesta conformidade, voto pelo **desprovimento** do recurso, mantendo-se na íntegra a r. decisão guerreada.

Sala das Sessões, 06 de maio de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO

³ Sessão de 04-11-08 da E. Primeira Câmara, sob a relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Pende de apreciação recurso ordinário protocolado em 04-12-08 e distribuído ao Conselheiro Antonio Roque Citadini.