

TC/015657/2019

Objeto: análise do Contrato nº 18/2010-SEHAB, do TA s/n de 28.02.2011, do TA nº 02 de 20.05.2011, do TA nº 03 de 27.10.2011, do TA nº 04 de 27.04.2012, do TA nº 05 de 31.05.2012, do TA nº 06 de 31.10.2012, do TA nº 07 de 28.12.2012, do TA nº 08 de 28.02.2013, do TA nº 09 de 30.04.2013 e do TA nº 10 de 27.06.2013., firmados pela SEHAB e pelo Consórcio Flasa-CEI, constituído pela Flasa Engenharia e Construções Ltda. e pela Construções e Incorporações – CEI Ltda., para a *execução de obras do Programa de Urbanização de Favelas – Lote 07, no âmbito da Coordenadoria de Habitação da SEHAB, integrada pela Superintendência de Habitação Popular – HABI, pelo Programa Mananciais e pelo Departamento de Regularização do Parcelamento do Solo – RESOLO*. Prazo contratual inicialmente previsto: 18 meses, a partir de 01.12.2010. Objeto dos aditamentos: alterações na planilha orçamentária, no cronograma financeiro e no valor contratual, bem como prorrogações contratuais.

Valor inicial do contrato: R\$ 35.115.297,67.

Interessados: SEHAB e Consórcio Flasa-CEI, constituído pela Flasa Engenharia e Construções Ltda. e pela Construções e Incorporações – CEI Ltda.

Relator: Ricardo Torres.

Competência: Pleno.

PARECER

EXCELENTÍSSIMO CONSELHEIRO

Trata o presente da análise¹ do Contrato nº 18/2010-SEHAB², do TA s/n de 28.02.2011, do TA nº 02 de 20.05.2011, do TA nº 03 de 27.10.2011, do TA nº 04 de 27.04.2012, do TA nº 05 de 31.05.2012, do TA nº 06 de 31.10.2012, do TA

¹ Em atendimento à determinação de fls. 10 da Peça 03 - TC/013353/2017, que versou sobre “notícia de fato apresentada pelo Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Município de São Bernardo do Campo, por meio do Ofício nº 1402/2017. TID nº 17049101”.

² A análise da execução contábil-financeira do Contrato nº 18/2010-SEHAB foi feita no e-TCM nº 019051/2019; a análise da Pré-Qualificação Edital nº CH-07/15/2009, no e-TCM nº 015629/2019; a análise da Concorrência nº 07/2010-SEHAB, no e-TCM nº 015641/2019.

nº 07 de 28.12.2012, do TA nº 08 de 28.02.2013, do TA nº 09 de 30.04.2013 e do TA nº 10 de 27.06.2013³.

A Auditoria concluiu pela irregularidade dos instrumentos supracitados, considerando os seguintes apontamentos (Peças 27/38):

Contrato nº 18/2010-SEHAB

³ O Contrato nº 18/2010-SEHAB foi celebrado em 24.11.2010 entre o Município de São Paulo, por intermédio da SEHAB, e o Consórcio Flasa-CEI, constituído pela Flasa Engenharia e Construções Ltda. e pela Construções e Incorporações – CEI Ltda., para a execução de obras do Programa de Urbanização de Favelas – Lote 07, no âmbito da Coordenadoria de Habitação da SEHAB, integrada pela Superintendência de Habitação Popular – HABI, pelo Programa Mananciais e pelo Departamento de Regularização do Parcelamento do Solo – RESOLO”. Valor contratual: R\$ 35.115.297,67 (Peça 05).

O TA s/n de 28.02.2011 adotou a planilha orçamentária de fls. 2.473 a 2.536 do PA, sem alteração do valor contratual (fls. 01/07 da Peça 17).

O TA nº 02 de 20.05.2011 adotou a planilha orçamentária de fls. 2.652/2.726 do PA e alterou o valor contratual para R\$ 36.533.583,01 (fls. 01/02 da Peça 18).

O TA nº 03 de 27.10.2011 adotou a planilha orçamentária de fls. 2.919/2.952 do PA e o cronograma financeiro de fls. 2.961 do PA, bem como alterou o valor contratual para R\$ 39.595.694,55 (fls. 01/02 da Peça 19).

O TA nº 04 de 27.04.2012 adotou a planilha orçamentária de fls. 3.326/3.379 do PA e o cronograma financeiro de fls. 3.380 do PA, bem como alterou o valor contratual para R\$ 43.882.061,30 (fls. 01/02 da Peça 20).

O TA nº 05 de 31.05.2012 adotou o cronograma financeiro de fls. 3.405 do PA prorrogou o prazo contratual por mais 6 meses, a partir de 01.06.2012 (fls. 01/02 da Peça 21).

O TA nº 06 de 31.10.2012 adotou a planilha orçamentária de fls. 3.794/3.824 do PA, sem alteração do valor contratual, e o cronograma financeiro de fls. 3.848 do PA, bem como prorrogou o prazo contratual por mais 1 mês, a partir de 01.12.2012 (fls. 01/02 da Peça 22).

O TA nº 07 de 28.12.2012 adotou a planilha orçamentária de fls. 3.902/3.929 do PA, sem alteração do valor contratual, e o cronograma financeiro de fls. 3.942, bem como prorrogou o prazo contratual por mais 2 meses, a partir de 01.01.2013 (fls. 01/02 da Peça 23).

O TA nº 08 de 28.02.2013 adotou cronograma financeiro de fls. 3.994 do PA e prorrogou o prazo contratual por mais 2 meses, a partir de 01.03.2013 (fls. 01/02 da Peça 24).

O TA nº 09 de 30.04.2013 adotou cronograma financeiro de fls. 4.032 do PA e prorrogou o prazo contratual por mais 2 meses, a partir de 01.05.2013 (fls. 01/02 da Peça 25).

O TA nº 10 de 27.06.2013 adotou cronograma financeiro de fls. 4.099 e a planilha orçamentária de fls. 4.070/4.091 do PA, sem alteração do valor contratual, bem como prorrogou o prazo contratual por mais 1 mês, a partir de 01.07.2013 (fls. 01/02 da Peça 26).

3.1. O despacho de autorização e a formalização do Contrato tiveram como signatário o Chefe de Gabinete, infringindo o disposto na Portaria SEHAB nº 202/2008 em seu inc. I, alínea “c” (subitem 2.1).

3.2. Parte dos documentos fiscais das empresas integrantes do Consórcio Flasa-CEI não estavam vigentes na data da assinatura do Contrato, infringindo o art. 29 da LF nº 8.666/93 (subitem 2.2).

3.3. Não houve empenho suficiente para cobrir as despesas previstas para o primeiro mês de execução do contrato (dez/10), infringindo o art. 61 da LF nº 4.320/64 e DM nº 23.639/87 (subitem 2.3).

TA s/nº, TA nº 02 a TA nº 07

16.1. Conforme Portaria SEHAB 202/2008 (Peça 10, p. 01), não compete ao Chefe de Gabinete aditar contratos de valor superior a R\$ 100.000,00.

TA nº 02 a TA nº 10

16.1. e 16.2. Publicação do extrato do TA feito intempestivamente, infringindo o art. 26 da LM 13.278/02.

Todos os TAs

16.3. e 16.4. Não foram localizados no PA em análise os documentos fiscais vigentes à época da lavratura do TA, infringindo o art. 29 da LF 8.666/93.

TA nº 03

16.3. As Notas de Empenho (Peça 19, p. 06 e 08) emitidas para dar suporte ao acréscimo contratual foram insuficientes para sua integral cobertura, infringindo o art. 61 da LF 4.320/64.

TA nº 04

16.3. As Notas de Empenho (Peça 20, p. 06/09) emitidas para dar suporte ao acréscimo contratual foram intempestivas, infringindo o art. 61 da LF 4.320/64.

TA nº 06 e TA nº 07

16.3. Caução insuficiente (Peça 26, p. 6/11), infringindo a cláusula Quinta do Contrato (Peça 05, p. 05) e o art. 56 da LF 8.666/93.

TA nº 08 a TA nº 10

16.2. Não foi localizada no PA a caução, infringindo a cláusula Quinta do Contrato e o art. 56. da LF 8.666/93.

TA s/nº

16.4. As informações relativas ao TA em análise não foram localizadas no Sistema Átomo-Radar do TCMSP.

Intimados para manifestação, a empresa Flasa Engenharia e Construções Ltda., o Sr. Luiz Ricardo Pereira Leite (Secretário da SEHAB à época), o Sr. José Floriano de Azevedo Marques Neto (Secretário da SEHAB à época), o Sr. José Frederico Meier Neto (Chefe de Gabinete da SEHAB à época) e a SEHAB apresentaram os

esclarecimentos consubstanciados nas Peças 59/62, 77/78, 85/86, 95/96 e 97⁴ (Peça 98), os quais foram analisados pela Auditoria e pela AJCE, que mantiveram as irregularidades apontadas (Peças 112 e 118/119).

Também intimada, a Construções e Incorporações - CEI Ltda. deixou transcorrer “in albis” o prazo assinalado para manifestação (Peça 106).

Por fim, a PFM requereu o acolhimento do contrato e respectivos aditivos em análise, tendo em vista as *explicações e justificativas* trazidas pela Origem, bem como a inexistência de impropriedade de natureza grave, de dolo ou má fé dos agentes públicos, de comprovação ou mesmo apuração de eventual prejuízo ao erário. Subsidiariamente, requereu a aceitação *dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados*, em homenagem aos *princípios da estabilização das relações entre as partes e da segurança jurídica no tempo* (Peça 122).

É o relatório.

Passo a opinar.

A empresa Flasa Engenharia e Construções Ltda. alega, em síntese, que: (i) não praticou nenhuma das infringências apontadas; (ii) executou as obras contratadas; (iii) cumpriu integralmente o pactuado; (iv) teve o objeto do Contrato recebido pelo Município por meio de despacho publicado no DOC de 25.02.2015 (Peças 59/62).

Entendo que não assiste razão à Flasa Engenharia e Construções Ltda., pois ela é responsável pelas irregularidades apontadas no item 3.2 da análise do Contrato e no item 16.3 das análises do TA nº 06 e do TA nº 07:

Contrato nº 18/2010-SEHAB

3.2. *Parte dos documentos fiscais das empresas integrantes do Consórcio Flasa-CEI não estavam vigentes na data da assinatura do Contrato, infringindo o art. 29 da LF nº 8.666/93 (subitem 2.2*).*

***O Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) da empresa Flasa (Peça 13, p. 03) e a Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros da empresa Construções e Incorporações – CEI (Peça 13, p. 04) não estavam vigentes na data da assinatura do Contrato, infringindo, assim, o art. 29 da LF nº 8.666/93. TA nº 06 e TA nº 07**

16.3. *Caução insuficiente (Peça 26, p. 6/11), infringindo a cláusula Quinta do Contrato (Peça 05, p. 05) e o art. 56 da LF 8.666/93.*

⁴ As defesas apresentadas pelo Sr. Luiz Ricardo Pereira Leite e pelo Sr. José Floriano de Azevedo Marques possuem igual teor

Já o Sr. Luiz Ricardo Pereira Leite e o Sr. José Frederico Meier Neto alegam que não deveriam figurar como partes, considerando a edição da Lei Federal nº 13.655/18, que, em seu art. 28, estabeleceu a possibilidade de responsabilização pessoal do agente público apenas pelos atos praticados, com DOLO ou ERRO GROSSEIRO (Peças 77 e 95).

Ora, o Sr. Luiz Ricardo Pereira Leite é parte legítima para figurar no presente processo, pois exercia à época das contratações (Contrato nº 18/2010-SEHAB, TA s/n de 28.02.2011, TA nº 02 de 20.05.2011, TA nº 03 de 27.10.2011, TA nº 04 de 27.04.2012, TA nº 05 de 31.05.2012, TA nº 06 de 31.10.2012 e TA nº 07 de 28.12.2012) o cargo de Secretário Municipal de Habitação (fls. 02 da Peça 77 e Peças 27/34) e, como tal, é importante que se manifeste nos autos e exerça o direito ao contraditório e à ampla defesa. O Sr. José Frederico Meier Neto, por sua vez, foi apontado como responsável por autorizar e formalizar o nº 18/2010-SEHAB sem deter competência para tanto (apontamento 3.1⁵) e, nesse contexto, também deve exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa no presente processo.

A questão da autorização e da formalização do Contrato, do TA s/n, do TA nº 02, do TA nº 03, do TA nº 04, do TA nº 05, do TA nº 06 e do TA nº 07 pelo Chefe de Gabinete⁶ restou superada com os esclarecimentos prestados pelo Sr. Luiz Ricardo Pereira Leite (fls. 17 da Peça 77):

Equivoca-se a equipe de Auditoria ao invocar a Portaria SEHAB nº 202/2008. Isso porque, naquele mesmo ano, mais especificamente no dia 16 de dezembro foi publicada a Portaria SEHAB nº 459/2008, a qual conforme se observa no item I, transferiu ao Chefe de Gabinete competência para praticar todos os atos relativos a licitações e contratos; independentes do valor; incluindo dentre essas competências, autorizar licitações e contratações diretas; assinar, aditar e rescindir contratos.

⁵ **3.1.** O despacho de autorização e a formalização do Contrato tiveram como signatário o Chefe de Gabinete, infringindo o disposto na Portaria SEHAB nº 202/2008 em seu inc. I, alínea “c” (subitem 2.1*).

*A autorização para empenho está acostada à p. 01 da Peça 08. Seu signatário, bem como do instrumento contratual (Peça 05, p. 16), no entanto, é o Chefe de Gabinete, o que contraria o disposto na Portaria SEHAB nº 202/2008, que lhe delega competências para “[...] praticar todos os atos relativos a **licitações e contratos com valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**, [...]” (Peça 10, p. 01, grifos nossos).

⁶ A Auditoria apontou as seguintes infringências:

Contrato nº 18/2010-SEHAB

3.1. O despacho de autorização e a formalização do Contrato tiveram como signatário o Chefe de Gabinete, infringindo o disposto na Portaria SEHAB nº 202/2008 em seu inc. I, alínea “c” (subitem 2.1).

TA s/nº, TA nº 02 a TA nº 07

16.1. Conforme Portaria SEHAB 202/2008 (Peça 10, p. 01), não compete ao Chefe de Gabinete aditar contratos de valor superior a R\$ 100.000,00.

Já a extemporaneidade das publicações dos Termos de Aditamento no DOC não constitui, de acordo com Marçal Justen Filho, causa de invalidade dos ajustes⁷. Por esse motivo, entendo que a referida falha não é capaz de, por si só, macular a contratação, podendo, portanto, ser relevada a critério superior⁸.

No que se refere à falta de comprovação da regularidade fiscal do Contratado quando da celebração do Contrato e dos aditamentos⁹, o Sr. José Floriano Marques Neto e a SEHAB alegaram que, por um lapso, os documentos fiscais não haviam sido juntados ao processo administrativo e que as comprovações de recolhimentos de tributos rotineiramente exigidas quando dos pagamentos das medições efetuadas atestariam a regularidade fiscal do Contratado.

Com efeito, o Consórcio não comprovou a regularidade fiscal quando da celebração do Contrato e de seus aditamentos.

Conforme jurisprudência do STJ, a exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no §3º do art. 195 que ‘a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios’, e deve ser mantida durante toda

⁷ A ausência de publicação do extrato do contrato não é causa de sua invalidade. O defeito não afeta a contratação. A publicação é condição para o contrato produzir efeitos. Na ausência ou no defeito da publicação, a situação se regulariza com nova publicação. (...). o descumprimento a esse prazo não vicia a contratação, nem desfaz o vínculo [Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1.154 e 1.155].

⁸ Entendimento adotado por esta Egrégia Corte de Contas em diversos julgados. Exemplo: TC/001268/2011.

⁹ O Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) da empresa Flasa (Peça 13, p. 03) e a Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros da empresa Construções e Incorporações – CEI (Peça 13, p. 04) não estavam vigentes na data da assinatura do Contrato, infringindo, assim, o art. 29 da LF nº 8.666/93*.

Não foram localizados no PA em análise os documentos fiscais vigentes à época da lavratura do TA, infringindo o art. 29 da LF 8.666/93*.

*Art. 29 da Lei 8.666/93:

A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93 (REsp 633.432/MG, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 22.02.2005, DJ de 20.06.2005 – destaques acrescidos)¹⁰.

O TCU acrescenta, ainda, que *a contratação, pelo Poder Público, de empresa em situação de irregularidade fiscal representa violação ao princípio da moralidade administrativa, pois haverá a concessão de benefício àquele que descumpre preceitos legais e, em última instância, haverá também o estímulo do descumprimento das obrigações fiscais* (Acórdão 2.097/2010, 2ª Câ., rel. Min. Benjamin Zymler – destaques acrescidos)¹¹.

Marçal Justen Filho observa, todavia, que *as exigências de regularidade fiscal somente podem ser impostas como evidência da idoneidade e confiabilidade do sujeito e não como instrumento indireto de cobrança de tributos e créditos fiscais*¹².

Nesse sentido, vale transcrever o entendimento do STJ esposado no REsp 974.854/MA¹³:

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

O dispositivo legal correspondente na Lei nº 14.133/2021 é o art. 68, a seguir transcrito:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

¹⁰ Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 664.

¹¹ Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 664.

¹² Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 664 (destaques acrescidos).

¹³ Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 670.

(...) 3. A exigência de regularidade fiscal para habilitação nas licitações (arts. 27, IV, e 29, III, da Lei 8.666/1993) está respaldada pelo art. 195, §3º, da CF/1988, todavia não se deve perder de vista o princípio constitucional inserido no art. 37, XXI, da CF/1988, que veda exigências que sejam dispensáveis, já que o objetivo é a garantia do interesse público. A habilitação é o meio do qual a Administração Pública dispõe para aferir a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprir o objeto da licitação (REsp 974.854/MA, 2º T., rel. Min. Castro Meira, j. em 06.05.2008, DJ de 16.05.2008) [destaques acrescidos].

No caso em tela, temos a informação de que a emissão do termo de recebimento definitivo foi autorizada (conforme publicação feita no DOC de 25.02.2015), o que nos faz concluir que o Consórcio Flasa-CEI cumpriu o objeto da licitação, ou seja, a finalidade do art. 29 da Lei nº 8.666/93 foi atingida.

Sendo assim, entendo que a falta de comprovação da regularidade fiscal pode ser excepcionalmente relevada, a critério superior, sem prejuízo das determinações pertinentes em razão da importância da matéria (consoante discorrido acima).

No que tange à insuficiência/intempestividade dos empenhos¹⁴, o Sr. Luiz Ricardo Leite e a SEHAB apresentaram, em síntese, os seguintes esclarecimentos: (i) *na época da elaboração do Orçamento Programa, foram previstos recursos para empenho no referido contrato para o exercício todo*; (ii) *no entanto, quando houve a revisão Orçamentária pela Secretaria da Fazenda, uma parte deste recurso foi cortado, consequentemente repercutindo no gerenciamento de todos os contratos da secretaria*; (iii) *o contingenciamento dos recursos por parte da SEMPLA obrigou as unidades orçamentárias de todos o Município a solicitar suplementação de recursos mensalmente durante todo o exercício financeiro*; (iv) *não podemos olvidar outra questão que virou praxe abrangendo orçamento Municipal, que envolve a liberação de cotas financeiras para empenho no início de cada exercício financeiro, sendo que estas normalmente são insuficientes para a cobertura anual do contrato*; (v) *apesar de todos os percalços, as*

¹⁴ **Contrato nº 18/2010-SEHAB**

3.3. Não houve empenho suficiente para cobrir as despesas previstas para o primeiro mês de execução do contrato (dez/10), infringindo o art. 61 da LF nº 4.320/64 e DM nº 23.639/87 (subitem 2.3).

TA nº 03

16.3. As Notas de Empenho (Peça 19, p. 06 e 08) emitidas para dar suporte ao acréscimo contratual foram insuficientes para sua integral cobertura, infringindo o art. 61 da LF 4.320/64.

TA nº 04

16.3. As Notas de Empenho (Peça 20, p. 06/09) emitidas para dar suporte ao acréscimo contratual foram intempestivas, infringindo o art. 61 da LF 4.320/64.

despesas públicas representadas por esses empenhos foram objeto de liquidação de que trata o art. 63 da Lei nº 4.320/64.

De fato, os empenhos relativos ao Contrato nº 18/2010-SEHAB e ao TA nº 03 foram insuficientes e o empenho relativo ao TA nº 04 foi intempestivo.

Vejamos:

O Contrato 18/2010-SEHAB¹⁵ foi firmado em 24.11.2010 e o TA nº 03¹⁶, em 27.10.2011. Portanto, não procede o argumento de que os valores empenhados foram insuficientes em razão do sistema de cotas financeiras, que é aplicado no início de cada exercício financeiro por previsão em decretos municipais¹⁷.

Já o TA nº 04 foi celebrado em 27.04.2012 (fls. 02 da Peça 20) e as notas de empenho foram emitidas apenas em 31.05.2012 (fls. 06/09 da Peça 20).

A meu ver, a insuficiência e a intempestividade dos empenhos perdem parte de sua relevância quando não repercutem negativamente na execução contratual, valendo registrar que esta Corte de Contas já relevou esses apontamentos nos julgamentos do TC/00529/2012, do TC/005664/2000, do TC/003693/2007 e do TC/002494/2005.

No caso em tela, é importante destacar que, embora a Auditoria tenha constatado atrasos nos pagamentos ao Contratado no TC/019051/2019¹⁸

¹⁵ Conforme cronograma financeiro de p. 01, Peça 06, está previsto, para o primeiro mês da execução das obras/serviços, o desembolso de R\$ 30.000,00, R\$ 297.000,00 em nome da empresa Flasa e R\$ 3.000,00, em nome da CEI. Foi empenhado, no entanto, somente o montante relativo à Flasa (Peça 09, p. 02). Tal procedimento infringe o disposto no art. 61 da LF nº 4.320/64 e DM nº 23.639/87 (fls. 06 da Peça 27).

¹⁶ Fls. 04 da Peça 19.

¹⁷ Anoto que a Auditoria apontou a insuficiência do empenho para o início do exercício financeiro no TC/019051/2019*, que cuidou da análise da execução contábil-financeira do Contrato e tramita em conjunto com o presente processo:

4.3. Valores insuficientes das Notas de Empenho emitidas no início de cada exercício para o pagamento das despesas contratuais, infringindo os arts. 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e o art. 5º do DM nº 23.639/87 (subitem 3.4.1.) [Peça 11 do TC/019051/2019].

*O período de abrangência da fiscalização foi de 01.12.2010 a 01.08.2013 (Peça 11 do TC/019051/2019).

¹⁸ O período de abrangência da fiscalização foi de 01.12.2010 a 01.08.2013 (Peça 11 do TC/019051/2019). O apontamento feito pela Auditoria encontra-se detalhado no item 3.4.2 da Peça 11 do TC/019051/2019: *4.4. Pagamentos realizados fora do estipulado contratualmente, infringindo a Cláusula 3.7 do Contrato (subitem 3.4.2.).*

e algumas das justificativas apresentadas pela Origem tenham sido a existência de *várias fontes de recursos orçamentários e a dificuldade na liberação das cotas financeiras por parte de SEMPLA*, não houve, de acordo com a Origem, aplicação de multas ou prejuízos ao erário. Além disso, consta a informação, naquele TC, de que a autorização para a emissão do termo de recebimento definitivo do objeto foi publicada no DOC de 25.02.2015.

Sendo assim, diante da ausência de apontamentos de prejuízos ao Erário decorrentes da insuficiência e da intempestividade dos empenhos (no TC/019051/2019) e da autorização da emissão do termo de recebimento definitivo do objeto, entendo que essas irregularidades não tem o condão de macular a contratação, podendo ser relevadas a critério superior, cumprindo, todavia, registrar que *esse tipo de ocorrência deve ser exceção ou evento pontual no âmbito da rotina administrativa, sob pena de poder configurar indício de irregularidade mais grave, porventura com repercussão sobre a própria condição do planejamento público orçamentário-financeiro do órgão ordenador de despesas*¹⁹.

Quanto à não localização do Termo de Aditamento sem número no Sistema Átomo-Radar do TCMSP, tenho as seguintes considerações:

Em consulta realizada no *site* da Imprensa Oficial, não localizei a publicação do extrato do TA s/n no DOC, o que confirma a constatação da Auditoria quanto ao Sistema Átomo-Radar.

Encontrei, tão-somente, a publicação da autorização do referido aditamento (DOC de 06.04.2011 – p. 20)²⁰:

¹⁹ Artigo “A DESPESA PÚBLICA NAS LICITAÇÕES: FASES, HIPÓTESES DE INCORREÇÃO E POSSIBILIDADES DE RETIFICAÇÃO E CONVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA”, publicado por Alexandre Massarana da Costa em 07/2017 no site www.jus.com.br:
<https://jus.com.br/artigos/59180/a-despesa-publica-nas-licitacoes-fases-hipoteses-de-incorrecao-e-possibilidades-de-retificacao-e-convalidacao-administrativa>

²⁰ https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2011%2fdiario%2520oficial%2520cidade%2520de%2520sao%2520paulo%2fabril%2f06%2fpag_0020_53MGLRJ6SIKI0e4QQ12C2MQLQ7I.pdf&pagina=20&data=06/04/2011&caderno=Di%C3%A1rio%20Oficial%20Cidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&paginaordenacao=100020

Superintendência de Habitação Popular

PUBLICAÇÃO POR OMISSÃO

2010-0.046.903-0 / INT: HABI-3 / Contrato: 018/2010-SEHAB / CONTRATADA: **CONSORCIO FLASA / CEI** / Desp: À vista do que consta neste processo administrativo e das manifestações técnica e jurídica que acolho: 1) **APROVO** os preços unitários sugeridos à(s) FL(s) 2.435 para serem incluídos na planilha orçamentária, bem como determino a **INCLUSÃO** dos preços integrantes de tabelas oficiais da PMSP nessa mesma planilha, conforme estampado às FL(s) 2.435, nos termos propostos as FL(s) 2.541 a 2.542, pelo Sr. Diretor de Habi-3, com fundamento no artigo 48 do Decreto Municipal nº 44.279/03; 2) **AUTORIZO** com fundamento no artigo 65, inciso I, alínea "a", da Lei Federal nº 8.666/93 e alterações posteriores, o aditamento ao Contrato n.º 18/2010-SEHAB, firmado com o Consórcio FLASA - CEI, para a "Execução de Obras do Programa de Urbanização de Favelas - LOTE 07, no âmbito da Coordenadoria de Habitação da SEHAB, Integrada pela Superintendência de Habitação Popular - HABI, pelo Programa Mananciais e pelo Departamento de Regularização do Parcelamento do Solo - RESOLO", para fazer constar: I. Adoção da planilha orçamentária de FL(s) 2.473 a 2.536 (sem alteração do valor contratual).

A publicação do extrato do ajuste no DOC tem como objetivos conferir eficácia e possibilitar o controle pela população ou por outros órgãos públicos²¹. Nesse passo, a falta de publicação não constitui impropriedade meramente formal.

Vale registrar, todavia, que esta Egrégia Corte de Contas já relevou essa infringência por considerar a especificidade do caso concreto: existência de *publicação prévia do despacho de autorização* do termo aditivo, inexistência de *prejuízo ao sistema de controle* (por se tratar de *contrato já executado*), não constatação de *dolo, fraude ou má fé dos agentes responsáveis*, bem como de *prejuízo ao erário* (TC/003025/2002²²).

²¹ Sobre a finalidade da publicação dos ajustes, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Senhor Conselheiro Edson Simões exarado no TC/002337/2002 (fls. 05/06 da Peça 09):

[A falta de publicação no Diário oficial] (...) *constitui ofensa à princípio constitucional basilar que norteia as relações administrativas, não se tratando, portanto, de mera impropriedade formal.*

A administração pública tem o dever de transparência, isto é, seus atos devem ser levados ao conhecimento da população. A publicidade dos atos da administração pública tem as seguintes finalidades:

1) conferir eficácia (também chamada de exequibilidade) para os atos da administração, tornando-se o ato obrigatório para seus destinatários quando for publicado;

2) possibilitar o controle do ato pela população (que pode ajuizar uma ação popular ou interpor um requerimento administrativo) ou por outros órgãos públicos (como o Ministério Público, que atua por meio da ação civil pública ou por meio de recomendações aos órgãos públicos).

A publicidade, por ser interna (dirigida aos integrantes do órgão ou da entidade) ou externa (dirigida aos cidadãos em geral), deve obedecer à forma prescrita em lei, que, normalmente, exige a publicação do ato no Diário Oficial.

²² Peça 03 do TC/003025/2002, que cuidou da análise do Contrato 151/02-SMT.GAB e aditamentos.

No que toca às demais falhas formais apontadas em relação ao 2º Termo de Aditamento, de ausência de comprovação da publicação do extrato no Diário Oficial e de falta de envio do Termo a este Tribunal, também as entendo passíveis de relevação no presente caso, considerando a publicação prévia do despacho de

No caso em tela, entendo que a irregularidade não tem o condão de, por si só, macular o Aditamento supracitado, podendo ser excepcionalmente relevada, a critério superior, sem prejuízo das determinações necessárias, considerando que: (i) o despacho de autorização foi publicado, embora aproximadamente 1 mês depois da celebração do aditamento ²³; (ii) há entendimento doutrinário no sentido de que *na ausência ou no defeito da publicação, a situação se regulariza com nova publicação*²⁴; (iii) o Contrato já não se encontra mais vigente (o que esvaziaria de utilidade eventual publicação extemporânea do extrato com o fim de convalidar a irregularidade²⁵); (iv) a Auditoria não apontou nenhum prejuízo ao erário quanto a esse aditamento²⁶ na análise da execução contábil-financeira (TC/019051/2019).

Com relação à falta/insuficiência da caução²⁷ (TA's 06 a 10), o Sr. José Floriano Marques Neto e a SEHAB alegaram, em síntese, que: (i) *a caução foi correta e adequadamente prestada ao início da contratação dos serviços*. ; (ii) *a caução não foi reformulada quando da formalização do aditivo contratual porque o aditivo firmado referia-se unicamente à prorrogação do prazo para a execução das obras previstas, e não*

autorização e o fato de que as referidas falhas não trouxeram prejuízo ao sistema de controle, tratando-se de contrato já executado. Ademais, não há nos autos indícios de dolo, fraude ou má-fé dos agentes responsáveis, tampouco notícias de prejuízo ao erário (Rel. Maurício Faria).

²³ O aditamento foi celebrado em 28.02.2011 (fls. 02 da Peça 07) e o despacho de autorização, publicado somente em 06.04.2011.

²⁴ Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1.154 e 1.155.

²⁵ Vide comentários sobre a publicação extemporânea do extrato do ajuste – págs. 10 e 11 deste Parecer.

²⁶ O TA s/n de 28.02.2011 adotou a planilha orçamentária de fls. 2.473 a 2.536 do PA, sem alteração do valor contratual (fls. 01/07 da Peça 17).

²⁷ **TA nº 06 e TA nº 07:** *Caução insuficiente (Peça 26, p. 6/11), infringindo a cláusula Quinta do Contrato (Peça 05, p. 05) e o art. 56 da LF 8.666/93*.*

TA nº 08 a TA nº 10: *Não foi localizada no PA a caução, infringindo a cláusula Quinta do Contrato e o art. 56 da LF 8.666/93*.*

*Art. 56 da Lei nº 8.666/93: *A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.*

O dispositivo legal correspondente na Lei nº 14.133/2021 é o art. 96, a seguir transcrito:

A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

a aditivo financeiro; (iii) o Contrato foi integralmente cumprido, não havendo prejuízo para o Município.

No caso em tela, a Auditoria não constatou a necessidade de utilização da garantia quando efetuou a análise da execução contábil-financeira no TC/019051/2019, valendo observar que, naquela ocasião, a Administração ainda não havia recebido definitivamente o objeto, mas já havia autorizado a emissão do termo de recebimento definitivo (embora intempestivamente, conforme apontado no item 4.8 do TC/0190512/2019).

Sendo assim, entendo que os apontamentos relativos à caução contratual não têm o condão de macular a execução contratual, podendo ser relevados, a critério superior, considerando que não ocasionaram prejuízo ao cumprimento da finalidade da caução, que é *assegurar a satisfação da Administração Pública em caso de inadimplemento do particular*²⁸.

Nesse sentido, vale citar o v. Acórdão prolatado por esta Corte de Contas em 22.08.2018 no TC/000572/2013, o qual relevou a falta de caução com o fundamento de que *não havia notícias de pendências que justificassem a utilização da garantia, no todo ou em parte* (Peças 18 e 20 do referido TC).

CONCLUSÃO

Do exposto, opino pelo acolhimento do Contrato nº 18/2010-SEHAB, do TA s/nº de 28.02.2011, do TA nº 02 de 20.05.2011, do TA nº 03 de 27.10.2011, do TA nº 04 de 27.04.2012, do TA nº 05 de 31.05.2012, do TA nº 06 de 31.10.2012, do TA nº 07 de 28.12.2012, do TA nº 08 de 28.02.2013, do TA nº 09 de 30.04.2013 e do TA nº 10 de 27.06.2013, por entender que as irregularidades remanescentes são passíveis de relevação neste caso concreto.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 4 de agosto de 2023.

MILENA GIOVANNETTI MAGALHÃES CASTRO
Secretária-Geral

²⁸ Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.102.

Tramitam em conjunto o TC/013353/2017, o TC/015629/2019, o TC/015641/2019, o TC/015657/2019 e o TC/019051/2019.