



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



PRIMEIRA CÂMARA – SESSÃO DE 26/11/13

87 TC-001205/009/08

Contratante: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba – SAAE/Sorocaba.

Contratada: Consbem Construções e Comércio Ltda.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Abertura do Certame Licitatório e pela Homologação: Pedro Dal Pian Flores (Diretor Geral).

Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Pedro Dal Pian Flores e Wilson Unterkircher Filho (Diretores Gerais).

Objeto: Execução das obras de implantação do sistema produtor de água tratada – Vitória Régia.

Em Julgamento: Licitação – Concorrência. Contrato celebrado em 17-04-08. Valor – R\$66.649.550,19. Rescisão Unilateral de 04-11-09. Termo de Anulação de Ato Administrativo de 26-08-13. Rescisão Unilateral de 04-09-13. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, pelo Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho e Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, publicada(s) no D.O.E. de 04-07-09, 07-03-13 e 24-07-13.

Advogado(s): Julia Antunes Galvão, José Mauro Moreira, Diogenis Bertolino Brotas, Rodrigo Flores Pimentel de Souza, Ana Carolina Lopes e outros.

Fiscalizada por: UR-9 - DSF-I.

Fiscalização atual: UR-9 - DSF-I.

1. RELATÓRIO

1.1. Em exame, a **Concorrência** nº 005/07 e o **Contrato** nº 24/SCL/08, firmado entre o **Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba – SAAE Sorocaba** e a empresa **CONSBEM Construções e Comércio Ltda.**, tendo como objeto a execução das obras de implantação do Sistema Produtor de Água Tratada do Vitória Régia.

1.2. A Unidade Regional de Sorocaba – UR.9, acompanhada por sua Chefia, concluiu pela **regularidade** da matéria (fls. 2333/2337 e 2338).

1.3. Por sua vez, a Secretaria-Diretoria Geral questionou às fls. 2352/2353: **(i)** a exigência de comprovação do capital social integralizado e registrado de, no mínimo, R\$ 6.723.573,45 (Cláusula 7ª, subitem 7.1.2.5) e garantia para licitar no montante de R\$ 672.357,34 (Cláusula 7ª, subitem 7.1.4.2), calculados sobre o valor estimado do Contrato pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, não se limitando ao exercício financeiro; **(ii)** a prestação de garantia para licitar em data



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



anterior à fixada para entrega dos envelopes (Cláusula 7ª, subitem 7.1.4.2); **(iii)** a requisição de certidão referente a débitos inscritos na dívida ativa da União (Cláusula 7ª, subitem 7.1.2.3.2); **(iv)** a prova de fornecimento completo de sistema de automação, inclusive projetos, para comprovação da qualificação técnico-profissional (Cláusula 7ª, subitem 7.1.3.3), e **(v)** a marcação de visita para ocorrer em apenas 2 (dois) dias e em horário determinado (Cláusula 7ª, subitem 7.1.3.4.2).

1.4. Notificada, nos termos do inciso XIII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93 (fls. 2354), a Origem apresentou justificativas, rechaçando os apontamentos consignados pela SDG e pugnando pelo reconhecimento da regularidade da Licitação e do Contrato subsequente (fls. 2358/2391).

1.5. As Assessorias Técnicas, quanto aos aspectos de engenharia e econômico-financeiros, opinaram pela **regularidade** dos atos praticados (fls. 2344/2346; 2347/2349; 2350 e 2395/2396).

1.6. A Chefia da ATJ, no entanto, manifestou-se no sentido oposto, com proposta de aplicação dos incisos XV e XXVII do art. 2º da Lei Complementar nº 709/93 (fls. 2396/2398).

1.7. Após analisar o acrescido, a Secretaria-Diretoria Geral - SDG posicionou-se pela **aprovação** da matéria, sem prejuízo de se emitir à Origem as recomendações propostas no parecer de fls. 2399/2402.

1.8. Diante do vulto da obra e do prazo pactuado, os autos retornaram à Fiscalização para **(i)** verificação da execução contratual, de acordo com o cronograma físico-financeiro da empresa Contratada; **(ii)** apuração, junto à Administração, da regularidade atinente à Seguridade Social da Consbem, e **(iii)** informar se houve a celebração de Termos Aditivos ou de Recebimentos Provisório e Definitivo da obra (despacho de fls. 2404).

1.9. Às fls. 2405/2594, o SAAE – Sorocaba apresentou esclarecimentos, acompanhados de documentação, informando ter rescindido o Contrato em exame, na data de 17/11/09, por razões de interesse público.

1.10. Em vistoria *in loco*, empreendida pela Fiscalização aos 12/04/11, constatou-se que as obras não haviam sido realizadas, tendo sido medidos e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



pagos os valores referentes à desmobilização e serviços iniciais, executados até a rescisão contratual. Verificou-se, ademais, regularidade relativa à Seguridade Social da Contratada (fls. 2682/2687).

1.11. A Assessoria Técnico-Jurídica - ATJ e respectiva Chefia entenderam inexistir óbices à aprovação da Rescisão Contratual Unilateral, respaldada pela legislação de regência (fls. 2696/2697 e 2698).

1.12. A Secretaria-Diretoria Geral – SDG, por sua vez, reiterou o posicionamento anteriormente expendido, acrescentando, apenas, ser favorável também à aprovação da Rescisão Contratual (fls. 2699/2700).

1.13. Assinado novo prazo ao Poder Público (fls. 2702/2703), foram juntados aos autos os documentos de fls. 2711/2739, 2745/2786.

1.14. O presente feito foi **retirado da pauta do dia 02/07/2013**, em virtude da juntada de **memoriais** pelo Sr. Pedro Dal Pian Flores, ex-Diretor do SAAE, em 1º/07/2013.

Nessa oportunidade, alegou o Responsável que: a) houve disputa efetiva entre cinco licitantes, denotando que a licitação atendeu ao princípio da competitividade; b) o objeto licitado não era apenas de valor vultoso, mas também de alta complexidade técnica; c) as empresas interessadas cumpriram as exigências do edital, e foram todas habilitadas; d) obteve-se a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, por valor inferior ao orçamento inicialmente e compatível com o praticado no mercado; e) a finalidade da licitação foi atingida, inexistindo prejuízo ao interesse público; f) não pode ser responsabilizado, por ter seguido o parecer técnico-jurídico obrigatório que aprovou a minuta do edital (ato administrativo vinculado), não tendo conhecimento técnico especializado para contradizer o aludido parecer; g) se não for este o entendimento adotado, deve responder exclusivamente por sua participação, por força do princípio da individualização da pena; h) a fixação de garantia para licitar, com base no valor da contratação e vigência de 24 (vinte e quatro) meses, é regular, na medida em que o serviço contratado não era de natureza contínua, mas por escopo, no qual a execução é pontual, ou seja, executado o contrato, o interesse público é considerado alcançado, exaurindo-se as obrigações da contratada; i) a visita técnica foi necessária, em decorrência do objeto licitado (de alta complexidade técnica e grande vulto), nos termos do artigo 30, inciso III, da Lei Federal nº



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



8.666/93, assegurando-se aos interessados acesso à informação, com agendamento em dias certos, respeitado o prazo mínimo legal entre a data da publicação do aviso de licitação e a realização do evento; j) quanto à exigência de qualificação técnico-operacional, solicitou que os atestados fossem acompanhados de certidão de acervo técnico, com a finalidade de ser averiguada sua veracidade, e não a qualificação técnica do profissional; l) foi disponibilizado projeto básico, com descrição detalhada do objeto licitado, possibilitando a formulação de propostas por cinco empresas. Requereu, inicialmente, o afastamento de qualquer responsabilização, por ter agido com respaldo em parecer técnico-jurídico e, subsidiariamente, que seja responsabilizado na exata medida de sua participação, em obediência ao princípio da individualização da pena. Quanto ao mérito, pugnou pela aprovação da matéria, se necessário, com recomendações (fls. 2789/2795).

1.15. Na mesma data, a **CONSBEM Construções e Comércio Ltda.** apresentou a documentação de fls. 2797/2826, noticiando que:

Apesar da celebração do contrato e do cumprimento, pela Requerente, das obrigações que lhe incumbiam, o SAAE, em 17 de setembro de 2008, determinou a suspensão de sua execução por 120 dias, em razão da ausência de verbas para dar continuidade aos serviços.

Após longo período de suspensão da avença, em 18 de novembro de 2009 a Requerente foi surpreendida com a publicação no Diário Oficial da **rescisão unilateral do contrato administrativo nº. 024/SCL/2008**, sendo certo que interpôs, tempestivamente, o competente recurso administrativo (doc. 01).

Aduziu, ainda, que não havia recebido, até então, qualquer informação oficial a respeito do provimento ou não do recurso interposto, tampouco fora devidamente formalizada a rescisão contratual.

Insurgiu-se contra o pagamento em atraso das medições nºs. 01 e 02, nos valores de R\$ 91.509,37 e R\$ 152.475,00, respectivamente, motivo pelo qual faria jus ao recebimento de juros e correção monetária. Além disso, restaria pendente de liquidação a importância total de R\$ 174.318,59, correspondente à soma das medições nºs. 03, 04 e 05.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



1.16. Diante disso, foi concedido **prazo de 15 (quinze) dias aos interessados**, consoante despacho de fls. 2828/2829, publicado no D.O.E. de 24/07/13, para que tomassem conhecimento do acrescido e apresentassem os esclarecimentos que entendessem pertinentes.

1.17. Deferida dilação de prazo (fls. 2843), o SAAE-Sorocaba encaminhou documentação a respeito da matéria em exame, incluindo comprovante de anulação da rescisão unilateral e nova rescisão levada a efeito aos 04/09/2013, requerendo a aprovação dos atos praticados (fls. 2844/2911).

É o relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



2. VOTO

2.1. Em exame, a **Concorrência** nº 005/07 e o **Contrato** nº 24/SCL/08, firmado entre o **Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sorocaba – SAAE Sorocaba** e a empresa **CONSBEM Construções e Comércio Ltda.**, tendo como objeto a execução das obras de implantação do Sistema Produtor de Água Tratada do Vitória Régia, sob o regime de empreitada por preço global, com fornecimento de mão de obra, materiais, equipamentos, maquinários, ferramentas e demais itens necessários ao pleno desenvolvimento dos serviços, incluindo a pré-operação do sistema, transporte, alimentação, uniforme, EPIs e EPCs de seus funcionários.

2.2. Em que pesem os argumentos de defesa, remanescem alguns óbices que não permitem a emissão de juízo favorável à matéria em análise.

2.3. Com efeito, a exigência de garantia de participação em data anterior à fixada para recebimento dos envelopes (Cláusula Sétima, subitem 7.1.4.2, do Edital) afronta ao disposto no art. 31, III, da Lei nº 8.666/93, do qual se extrai que a referida caução é documento pertinente à qualificação econômico-financeira e, portanto, deve ser entregue juntamente com os demais documentos de habilitação.

Além disso, a imposição acaba por limitar o prazo de elaboração e entrega da documentação, sendo mais onerosa aos interessados.

Sobre o tema, convém transcrever trecho de interesse da r. Decisão proferida pelo Pleno, nos autos do TC-40096/026/08, em sessão de 26/11/2008, sob a relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa:

Já consignei que, quando exigida pelo edital, a garantia para licitar é, nos termos do artigo 31, III, da Lei nº 8.666/93, documentação relativa à qualificação econômico-financeira, devendo figurar entre os demais documentos do envelope de habilitação. As razões apresentadas pela Administração não foram suficientes para justificar o oferecimento dessa garantia antes da data de entrega das propostas, fórmula nitidamente mais onerosa para os interessados e sem respaldo legal. Ademais, os aspectos alertados pelos órgãos de instrução corroboram a inadequação da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



cláusula editalícia impugnada, seja por revelar precocemente as participantes da competição, seja por restringir o prazo legal de elaboração e entrega da documentação exigida pelo ato convocatório. (grifei)

2.4. Ademais, o subitem 7.1.2.3.2 da Cláusula Sétima do Instrumento Convocatório, ao requerer prova de regularidade com relação aos tributos federais, mediante apresentação de Certidão de Débito Inscrito na Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – além da certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa de quitação de tributos e contribuições federais, expedida pela Secretaria da Receita Federal – extrapolou as disposições contidas no inciso III do artigo 29 da Lei Federal nº 8.666/93.

Ressalte-se que existem limites, derivados da Constituição Federal, impondo que as exigências relacionadas à prova de regularidade fiscal devem guardar relação de estrita pertinência e proporcionalidade com o objeto licitado e, via de consequência, com o ramo de atividade da licitante, isto é, a prova de regularidade fiscal só deve abranger a quitação para com os tributos inerentes à atividade da licitante, não se incluindo, por exemplo, o Imposto Territorial Rural – ITR, entre outros.

Ora, não se pode exigir de uma licitante prova de regularidade de um imposto do qual poderia nem mesmo ser contribuinte, ou cujo fato gerador não teria incidido sobre sua atividade. Nesse sentido, é o magistério de Marçal Justen Filho:

(...). A existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da 'Fazenda' (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontre-se em situação fiscal regular. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpra obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada. (...). Não há cabimento em exigir que o sujeito – em licitação de obras, serviços ou compras – comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliárias ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. Nem há fundamento jurídico-constitucional para



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



investigar se o sujeito pagou a taxa de polícia para a CVM e assim por diante. Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 418).

Consigne-se haver decisões desta Corte condenando exigências desta espécie, como aquelas proferidas nos autos dos TCs. 894/003/10 (Segunda Câmara, em Sessão de 06/07/10) e 32300/026/08 (Plenário, em Sessão de 24/09/08).

2.5. Foge à razoabilidade, ainda, a fixação de apenas 02 (dois) dias, com horário predeterminado, para a realização da visita técnica obrigatória, inserta na Cláusula Sétima, subitem 7.1.3.4.1, do Edital, principalmente se considerado que se trata, aqui, de **concorrência**, cujo prazo entre a publicação do Ato Convocatório e a entrega dos envelopes é de 30 (trinta) dias.

A esse respeito, cumpre citar trecho da r. Decisão proferida no TC-333/009/11, pelo Pleno, em sessão de 06/04/2011:

Concluindo, com base nestas variáveis e sem perder de vista o enriquecimento ao debate promovido pelas colocações dos eminentes Conselheiros Renato Martins Costa e Edgard Camargo Rodrigues em oportunidades recentes, e na linha do decidido nos autos do TC-018040/026/09, entendo pertinentes os seguintes requisitos para fins de visita técnica:

- a marcação de mais de uma data para vistoria, inclusive com a possibilidade de agendamento, preferencialmente intercaladas entre si, ou dentro de um lapso temporal moderado, a critério da discricionariedade administrativa, restringindo-se a estipulação de data única somente em casos excepcionalíssimos, nos quais haja justificativas de ordem técnica que amparem a medida;

- as datas ou o intervalo de tempo para o evento deverão ser marcados de acordo com o princípio da razoabilidade, de forma que proporcionem, de um lado, a plena ciência do edital a todos que efetivamente se interessarem e, de outro, tempo hábil para que as licitantes elaborem adequadamente as suas propostas; (grifei)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



2.6. A mesma cláusula editalícia, subitem 7.1.3.4.2, impõe que a visita técnica seja realizada, necessariamente, por profissional inscrito junto ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, com apresentação da inscrição do profissional no ato da visita, sem qualquer justificativa técnica para tanto, ultrapassando, assim, os limites do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

2.7. Corroborando para a irregularidade da matéria a evidência de inadequado planejamento por parte da Administração e a elaboração de projeto básico não condizente com suas reais necessidades, fatores que resultaram na rescisão antecipada do Ajuste (cf. fls. 2415/2485, 2696/2697, 2698 e 2699/2700) e em consequente prejuízo ao erário, ante o pagamento dos custos com mobilização e desmobilização relativos a uma obra que não chegou a termo.

De fato, como atestou a Unidade Regional, foram efetuados dois pagamentos à Contratada, nos valores de R\$ 91.509,37 (noventa e um mil quinhentos e nove reais e trinta e sete centavos) e R\$ 152.475,00 (cento e cinquenta e dois mil e quatrocentos e setenta e cinco reais), totalizando a quantia de R\$ 243.984,37 (duzentos e quarenta e três mil novecentos e oitenta e quatro reais e trinta e sete centavos), conforme documentos de fls. 2607/2630 e 2631/2664.

2.8. Por oportuno, no que tange à rescisão contratual, é pertinente esclarecer que o primeiro ato que pôs termo ao Ajuste unilateralmente foi **anulado** pelo SAAE, após acolhido o “*recurso protocolado [pela Consbem] no dia 26/11/2009 como defesa prévia*” (doc. 2854).

O **Termo de Anulação** encontra-se juntado às fls. 2852, e sua publicação, às fls. 2853.

Analisadas as impugnações da Contratada, foi emitido o parecer técnico-jurídico de fls. 2900/2906, no sentido de que a rescisão unilateral estaria devidamente justificada pela área competente (Diretoria Operacional de Água), que discorreu sobre “*as diferenças de projetos (licitado x solução menos onerosa), concluindo pela impossibilidade de adaptações no projeto licitado em virtude da afronta aos princípios legais da competitividade e vantajosidade*”.

Referido parecer consigna, também, que, segundo apurado pelo Setor de Custos e Planejamentos, o valor devido à Contratada, “*pelos serviços executados,*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



custos com desmobilização de canteiros e pagamento de juros moratórios e correção monetária sobre os pagamentos realizados com atraso”, equivaleria a R\$ 381.970,05 (trezentos e oitenta e um mil novecentos e setenta reais e cinco centavos).

Com base citado documento, elaborou-se **novo Termo de Rescisão Unilateral de Contrato** (fls. 2909), dispondo que tal ato decorreria de “*interesse público de alta relevância e amplo conhecimento*”, e reconhecendo o direito da Contratada ao recebimento de R\$ 381.970,05 (trezentos e oitenta e um mil novecentos e setenta reais e cinco centavos), “*a título de serviços executados e desmobilização do canteiro, devidamente atualizados*”.

Infere-se, dessa forma, que o Contrato em análise gerou uma despesa total ao SAAE de, pelo menos, R\$ 625.954,42 (seiscentos e vinte e cinco mil novecentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e dois centavos)¹, sem que obra houvesse sido concluída, aliás, mal fora iniciada.

Evidente, assim, a inobservância aos princípios da eficiência e economicidade, tutelados pelos arts. 37, *caput*, e 70 da Constituição Federal, bem como pelo art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, o que é agravado pela incidência de correção monetária sobre as medições pagas em atraso, no importe de R\$ 114.853,12, incluído no total que constou como devido à Consbem no ato da rescisão.

2.9. Ante o exposto, **VOTO** pela **IRREGULARIDADE** da **Concorrência**, do **Contrato** e do **Termo de Rescisão Unilateral de 04/09/2013** (fls. 2909), eis que produziu efeitos financeiros, com o conseqüente acionamento do artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, devendo o Responsável, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, informar a esta Corte as medidas adotadas, inclusive apuração de responsabilidades e imposição das sanções cabíveis.

2.10. VOTO, ainda, pela aplicação de **MULTA** correspondente a 500 (quinhentas) UFESPs ao **Sr. Pedro Dal Pian Flores, Diretor-Geral do SAAE – Sorocaba** à época dos fatos, nos termos do artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93, por violação aos artigos 37, *caput*, e 70 da Constituição

¹ Resultado da soma dos gastos com as medições nºs. 01 e 02 (R\$ 243.984,37) e do valor consignado no Termo de Rescisão Unilateral (R\$ 381.970,05).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Federal e aos artigos 29, inciso III; 30, e 31, inciso III, todos da Lei nº 8.666/93, fixando-lhe prazo máximo de 30 (trinta) dias para atendimento.

2.11. Por fim, tomo **CONHECIMENTO** da primeira rescisão unilateral levada a efeito pelo SAAE e do Termo de Anulação de fls. 2852.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO