

EXMO(A) SR(A) DR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE OLÍMPIA, ESTADO DE SÃO PAULO.

Autos n.º 1000387-30.2021.8.26.0400

PRISCILA CARINA VICTORASSO, na condição de Diretora da Divisão de Assuntos Jurídicos do Município da Estância Turística de Olímpia, portadora da carteira de identidade (R.G.) nº 24.245.245-0 SSP/SP, inscrita no CPF/MF sob o nº 249.253.858-36, com endereço profissional na Praça Rui Barbosa, nº 54, Centro, Olímpia/SP, por seu advogado que esta subscreve, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA em trâmite perante esse MM. Juízo e respectivo Cartório, impetrado por **RODOSERV ENGENHARIA LTDA.**, vem respeitosamente à presença de VOSSA EXCELÊNCIA, dentro do prazo legal, apresentar as suas **INFORMAÇÕES**, em separado, requerendo o seu processamento na forma da lei.

Nestes termos,
pede deferimento.
Olímpia/SP, 18 de fevereiro de 2021.

(assinado digitalmente)

Antonio Cataneo Neto
OAB/SP 309.610

Por fim, aduz que o Município de Olímpia agiu de forma abusiva ao reter de forma unilateral os valores referentes às medições por ela realizadas, não restando alternativa senão à propositura da presente ação para resguardar seu direito líquido e certo.

Às fls. 129/132 o MM. Juízo indeferiu o pedido liminar haja vista a ausência dos requisitos autorizadores da tutela de urgência buscada.

Conforme se demonstrará em suas razões, os argumentos lançados pela impetrante não procedem. Vejamos:

I - PRELIMINARMENTE

a) CARÊNCIA DA AÇÃO – DA ILEGITIMIDADE DE PARTE

Inicialmente, cumpre esclarecer que a ação foi proposta em face da DIRETORA DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE OLÍMPIA e não em face da autoridade que efetivamente editou a ordem tida por coatora.

Colhe-se da documentação encartada nos autos à **fl. 62** que o Contrato firmado entre as partes foi subscrito pelo Secretário Municipal de Obras do Município de Olímpia e que o indeferimento do pedido (retenção dos valores) não partiu da Sra. Diretora da Divisão de Assuntos Jurídicos, mas sim do Secretário Municipal de Obras, Engenharia e Infraestrutura, sendo este último legitimado e competente para tal ato.

Nestas condições, inevitável o reconhecimento da ilegitimidade passiva "**ad causam**" da autoridade apontada como coatora, porquanto **não foi a Diretora de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal de Olímpia** quem determinou a prática do ato impugnado, **não detendo consequentemente competência ordinária para reconhecer a retenção de valores originários de contrato de licitação para execução de obras relacionadas à ampliação do SAA de Olímpia.**

A vastidão da estrutura e das atividades da Administração Pública impõe complexa organização escalonada de seus órgãos e agentes estatais, de forma que cada qual possua um cargo e atribuições próprias, como forma de viabilizar o funcionamento da máquina administrativa.

Evidente que, em qualquer das esferas federativas, a Diretora de Assuntos Jurídicos não concentra em sua pessoa a totalidade dos poderes da Administração, não sendo lógico, conseqüentemente, figurar como autoridade coatora em toda ação de segurança.

Conforme se depreende das **fls. 100/101**, a Diretora de Assuntos Jurídicos encaminhou resposta à notificação indicando a existência de falhas e vícios construtivos nas obras contratadas. Não há qualquer ato abusivo e ilegal praticado no caso em comento.

Com efeito, o mandado de segurança deve ser impetrado em face da autoridade que, por ação ou omissão, tenha dado causa à lesão jurídica alegada e, além disso, detenha atribuições funcionais ordinárias para eliminar essa mesma ilegalidade.

Eis a jurisprudência sobre o tema:

“Mandado de segurança. Interdição administrativa de estabelecimento comercial. Falta de licença de funcionamento. Impetração voltada contra o Prefeito Municipal de São Paulo. Impossibilidade. Ilegitimidade passiva 'ad causam'. **A autoridade coatora é aquela pessoa com o poder decisório sobre o ato tachado por abusivo e que efetivamente o pratique (por ação ou omissão). Na hipótese, a autoridade é o Subprefeito da Mooca. Extinção do processo sem julgamento do mérito, de acordo com o art. [267](#), inc. VI, do [CPC](#).” (Mandado de Segurança nº 2033099-39.2014.8.26.0000, rel. Des. GUERRIERI REZENDE, j. em 23.04.2014, v.u.) (grifo nosso)**

“MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. Ocorrência. Ato de agente de fiscalização da Municipalidade que interditou as atividades da empresa impetrante, cerrando as portas, em razão de ausência de Licença de Funcionamento. **Ilegitimidade da impetração em face do Prefeito do Município, que não praticou o ato coator, sequer pode aplicar sanções em razão dele. Preliminar acolhida.** MANDADO DE SEGURANÇA. **Ato da Municipalidade, através da Subprefeitura, de interdição da empresa impetrada em razão da ausência de alvará de funcionamento.** Impetrada que admite exercer atividades em zona inadequada não tendo providenciado, a tempo certo, o requerimento de alvará de licença de funcionamento necessário à regularização. Ausência de ato coator, posto que revestido de legalidade. Inocorrência, de outra banda, de violação de direito líquido e certo da impetrante, cuja eventual apuração tornaria necessária produção de provas, inadmissível na estreita via do mandamus. Preliminar acolhida. **Extinção do processo sem julgamento do mérito. Inteligência do artigo 267, VI, do CPC. Ordem denegada.**” (Mandado de Segurança nº 2060007-36.2014.8.26.0000, rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. em 08.10.2014, v.u.). No mesmo sentido: Mandado de Segurança nº 0260131-40.2012.8.26.0000, rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. em 23.10.2013, v.u.)

Note-se que na expressão: **responsável pela ilegalidade ou abuso de poder**, faz pressupor que a autoridade coatora é aquela que detém na ordem hierárquica poder de decisão e é competente para praticar os atos administrativos decisórios.

Sobre o tema brilhantemente Hely Lopes Meirelles ensina que: "Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto

de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. (...) Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela (...) Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; tratando-se, porém, de simples ordem proibitiva (não fazer), é admissível o writ contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado. Um exemplo esclarecerá as duas situações: se a segurança objetiva a efetivação de um pagamento abusivamente retido, o mandado só poderá ser dirigido à autoridade competente para incluí-lo na folha respectiva; se visa à não efetivação desse mesmo pagamento, poderá ser endereçado diretamente ao pagador, porque está na sua alçada deixar de efetivá-lo diante da proibição judicial. Essa orientação funda-se na máxima 'ad impossibilia nemo tenetur': ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível. Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. A mesma carência ocorre quando o ato impugnado não foi praticado pelo apontado coator." (in Mandado de Segurança, 18ª edição, Malheiros editores, págs. 31 e 54/55).

Em suma, o pedido da impetrante é formulado nos seguintes termos:

“a) seja concedida medida liminar, inaudita altera parte, a fim de que sejam suspensos os efeitos da decisão impetrada, **determinando-se que a Prefeitura de Olímpia comprove o cumprimento da ordem cronológica de pagamentos dos seus fornecedores** e, em caso de preterição do pagamento, **seja concedido o prazo de 30 dias para quitação dos débitos** devidamente atualizados e acrescidos dos juros legais contraídos perante o Impetrante relativos às medições nºs 10, 11 e 12 do contrato nº 30/2019, sob pena de multa diária;

Ora Nobre Julgadora, no próprio pedido o impetrante demonstra estar confuso, solicitando que a determinação recaia sobre a Prefeitura e não sobre a autoridade coatora.

Ocorre que a impetrada NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA ORDENAR O CUMPRIMENTO DA ORDEM CRONOLÓGICA, uma vez que não é a ordenadora do referido pagamento.

A Diretora se quer participa do contrato originário!

Portanto, o presente feito há de ser morto em seu nascedouro, **extinto sem julgamento de mérito**, haja vista a patente ilegitimidade passiva de parte da **Sra. Diretora de Assuntos Jurídicos, o que desde logo se requer.**

b) DA NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA COMPLEXA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Importante informar ao Juízo que o pedido formulado pela impetrante não é possível por meio do Mandado de Segurança, uma vez que **A QUESTÃO É TÉCNICA E DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA COMPLEXA.**

Assim, conforme ensinamentos de Vicente Greco Filho, "***qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão por meio de mandado, devendo a parte pleitear seus direitos por meio de ação que comporte a dilação probatória.***" (O novo mandado de segurança. Editora Saraiva, 2010, p. 19).

Aliás, no âmbito restrito deste *writ*, reforça-se, a abalizada doutrina de **Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes**, a qual esclarece que "o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.". (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 34ª edição, 2012, Malheiros Editores, p. 37)

No mesmo sentido:

"ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO ATO ADMINISTRATIVO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ICMS NEGATIVA DE RENOVAÇÃO PORTARIA CAT Nº 58/2006 ADEQUAÇÃO ÀS NORMAS LEGAIS DE HIERARQUIA SUPERIOR ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTÊNCIA.

1. O mandado de segurança se destina à correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante (art. 5º, LXIX,CF).

2. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, incontestável, manifesto, pré-constituído, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

Situação que não se subsume à hipótese dos autos. Segurança denegada. Sentença mantida. Recurso desprovido. **(TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Décio Notarangeli, Apelação nº 0130638-83.2007.8.26.0000, j. 23/05/2012).(g.n.).**

Ainda:

“RECURSO – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI Imunidade - Transmissões de bens e direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de Capital - Ausência de Prova pré-constituída - **Benefício constitucional que está condicionado à comprovação de a empresa não exerce atividade preponderantemente imobiliária - Necessidade de dilação probatória - Incompatibilidade com o rito do mandado de segurança** - Doutrina Sentença, neste ponto, mantida. **(TJSP – Apel. 1017057-88.2019.8.26.0053 – 18ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Burza Neto – j. 06.02.2020). (grifo nosso)**

Quanto ao pedido de reconhecimento ao direito de receber os valores retidos pela municipalidade, trata-se de pedido de cobrança que não pode ser perseguida na via do mandado de segurança. Não há como aprecia-lo neste feito.

Isto porque, embora haja documentação acostada a exordial, o mandado de segurança não pode ser substituído por ação de cobrança.

Ao contrário do que restou argumentado pela impetrante em sua manifestação de **fls. 127/128**, embora o Superior Tribunal de Justiça na decisão proferida no REsp n.º 1.095.777/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, entendeu pela possibilidade de exigir obediência à ordem de pagamento das dívidas, nos termos do art. 5º da lei nº 8.666/93, é certo que, razão assiste o Nobre *Parquet* em sua manifestação às **fls. 118/126**, haja vista que para apurar a suposta “quebra” da ordem cronológica, a dilação probatória é imprescindível, considerando que foram constatadas inúmeras irregularidades na execução dos serviços, conforme documentos anexados.

A própria impetrante demonstra a necessidade de dilação probatória complexa quando apresenta um laudo (fls. 102/109) elaborado sem o conhecimento e acompanhamento da prefeitura.

Ressalta-se, Nobre Julgadora, que os documentos de **fls. 102/109** foram elaborados em resposta ao laudo emitido pela Prefeitura datado de **Julho de 2020**, o qual já apontava irregularidades na prestação do serviço.

Se isso não bastasse, a impetrada anexa o **Parecer Técnico PTEC 2020.270** emitido pela **PETRA CONSULTORIA (doc. anexo)**, que teve por objetivo avaliar e verificar a qualidade dos serviços de construção e manutenção executados nas estruturas de concreto armado da ETA 2 de Olímpia, razão em que a alegação de simples quebra da ordem cronológica não merece respaldo, uma vez que a causa é complexa sendo imprescritível a produção de prova pericial.

O saldo de valor não pago na 10ª medição, bem como os valores reclamados na 11ª e 12ª medição, estão em conformidade com a cláusula nona do referido contrato - Itens 9.1; 9.2; 9.3, onde é explícito que o pagamento será realizado mediante a aprovação dos recursos financeiros pelo CONVÊNIO. Logo não há que se falar em quebra de cronologia de pagamentos, pois o convênio (União) não realizou a liberação de parte dos valores reclamados diante das irregularidades constatadas na execução das obras.

Assim, a presente ação merece ser extinta sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil c/c o art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009, em razão da impossibilidade de utilização do mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança, nos termos da **Súmula 269 do STF**, a seguir:

“Súmula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.”

Como acertadamente manifestou-se o representante do Ministério Público Estadual, as alegações da impetrante somadas à documentação acostada aos autos se limitam à comprovação da existência dos referidos contratos e à prova da prestação dos serviços, não se voltando à demonstração da violação apontada no disposto art. 5º da Lei nº 8.666/93.

É relevante informar que a empresa impetrante tomou pleno conhecimento que a retenção dos valores se deu em razão das falhas e vícios na prestação do serviço relacionados à execução das obras sendo apurados através de laudo.

Portanto, além da prévia justificativa da municipalidade, com a devida notificação encaminhada a impetrante, há causas de extrema importância e de interesse público para a retenção dos valores.

Não bastasse à falha na prestação dos serviços (execução das obras) e a existência de inúmeros apontamentos irregularidades na execução, a pretensão, efetivamente, não se revela condizente com a modalidade procedimental eleita, seja por não se admitir a sua utilização como substitutivo da ação de cobrança, seja por não comportar a perquirição de débitos pretéritos à impetração, nos termos da jurisprudência cristalizada nos **verbetes 269 e 271, da Súmula do Supremo Tribunal**

Federal, isso é dizer que a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou por ação judicial própria.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - **PRETENSÃO DE OBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTOS DO MUNICÍPIO** - ARTIGO 5º. DA LEI 8.666/93 - INVIABILIDADE EM SEDE MANDAMENTAL - RECEBIMENTO DE VERBAS PECUNIÁRIAS - NÃO CABIMENTO - SÚMULAS 269 E 271 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DESPROVIDO. - **A via mandamental não é substitutiva de ação de cobrança e não admite a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos das súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.** - Considerada a natureza do mandado de segurança, **afigura-se inviável a prolação de ordem judicial para determinar à autoridade coatora que observe a ordem cronológica de pagamentos prevista no artigo 5º. da lei 8.666/93, suspendendo o pagamento de valores a terceiros, porque isso implica, de forma indireta, o recebimento de parcelas pela impetrante, referentes a contratos pretéritos firmados entre as partes.**” (TJMG - Apelação Cível 1.0687.15.005933-9/004, Relator (a): Des.(a) Moreira Diniz , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/01/2018, publicação da sumula em 30/01/2018)

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. **COBRANÇA DE PARCELA NÃO-PAGA** - **IMPROPRIEDADE DA PRETENSÃO.** **O pedido inicial foi para que o Município respeitasse a ordem cronológica, quando da efetiva execução do orçamento de 2003. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança e, por isto mesmo, o pleito atinente ao pagamento de parcela pretérita não pode ser solvido por intermédio de**

ação de nobreza constitucional destinada à proteção de direito líquido e certo. Agravo desprovido.” (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0123.03.003336-9/002, Relator (a): Des.(a) Schalcher Ventura , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/08/2007, publicação da sumula em 23/08/2007)

Embora a impetrante defenda que sua pretensão se limitaria a garantir o respeito à ordem cronológica de pagamentos, sua finalidade é, de forma indireta, a cobrança de valores que entende serem a ela devidos pelo Município.

Assim, **a via eleita não se coaduna com os pedidos formulados neste feito**, faltando a impetrante o interesse processual na modalidade da inadequação do meio processual escolhido.

Além disso, fica evidente a necessidade de contraditório e dilação probatória complexa, totalmente inadequado à presente via mandamental (STF - AgR no RMS 30.870/DF, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Processo eletrônico publicado no DJe-120 em 24.6.2013), merecendo lembrar, aliás, a necessidade de se demonstrar, de plano do direito líquido e certo.

Portanto, no presente caso a documentação apresentada pela impetrante **não é suficiente** para afirmar que faz jus ao recebimento dos valores indicados nas medições de n.ºs. 10, 11 e 12, sendo que a via eleita não se presta para o socorro da pretensão, na medida em que há necessidade da produção de provas, além da via judicial adequada para prosseguir com a suposta cobrança de valores.

A título de reforço, **nesta via estrita**, não é possível a dilação probatória, fazendo-se oportuno o escólio do eminente administrativista Hely Lopes Meirelles:

“Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração (...) Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para

fins de segurança (...). Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações” (in “Mandado de Segurança”, p. 26, 15.ª edição, Malheiros Editores).

No mesmo entendimento:

“O mandado de segurança exige a demonstração imediata e inequívoca do alegado direito líquido e certo, não comportando dilação probatória para esse fim. 2. Segurança denegada”. (STJ – MS 6562 – SP – 1ª S. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 24.06.2002).

Destarte, considerando que não mais é legalmente possível que a impetrante proceda ao aditamento da inicial, **requer-se a extinção da presente ação, sem julgamento de mérito, em razão da falta de interesse processual na modalidade da inadequação do meio processual escolhido e também por força das Súmulas 269 e 271 do STF, bem como da evidente ilegitimidade passiva da Diretora de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal da Estância Turística de Olímpia para responder os termos desta ação.**

II - DO MÉRITO

A) DAS MEDIÇÕES E DOS SERVIÇOS NÃO LIBERADOS PELO CONVÊNIO (CAIXA ECONOMICA FEDERAL – MANDATÁRIA)

Na hipótese de não acolhimento das preliminares arguidas, **no mérito**, os pedidos merecem ser julgados improcedentes. Vejamos:

Pelo princípio da eventualidade, fica expressamente contestado o pedido formulado pela impetrante.

No que tange ao suposto ato coator consistente na alegada subversão da ordem cronológica do pagamento das medições relacionadas ao Contrato Administrativo nº 30/2019, celebrado da concorrência nº 007/2018, não merece prosperar, já que não houve qualquer violação ao art. 5º da Lei 8.666/93 e nem violação de direito líquido e certo.

Insta esclarecer que há apurações de ocorrências do referido contrato entabulado entre as partes em curso perante a Secretaria Municipal de Obras, Engenharia e Infraestrutura para averiguação de falhas e vícios construtivos nas obras contratadas pelo Município através do procedimento licitatório na modalidade Concorrência nº 07/2018, além de outros vícios já constatados tanto pela Secretaria de Obras quanto pela Daemo Ambiental, conforme demonstram os documentos anexos.

Com a abertura das investigações, em respeito aos princípios da eficiência e qualidade que norteiam a Administração Pública, além do interesse público envolvido na execução e finalização da obra, os pagamentos foram **suspensos** em razão de diversos vícios detectados pela administração pública e pela mandatária Caixa Econômica Federal na obra em comento, inclusive com elaboração de laudo pericial.

A Administração Pública pautada na legalidade e transparência, contratou através da ordem de serviços 3441/2020 a empresa José Mario Andrelo (Petra Consultoria Técnica), com objeto de "Prestação de serviços de engenharia consultiva para elaboração de laudo de auditoria técnica de inspeção para avaliação do sistema de impermeabilização dos reservatórios em concreto armado da ETA" (parte do objeto do contrato).

Em vistoria "*in loco*" realizada na obra em **15.12.2020**, o profissional contratado constatou as falhas no sistema, que, conforme levantamento prévio do Setor de Obras, levariam a valores de ressarcimento diferentes do que aqueles pleiteados pela Contratada referente ao saldo do contrato apurado pelo Escritório de Captação de Recursos do Município da Estância Turística de Olímpia.

Desta feita, não há qualquer ilegalidade e irregularidade na gestão pública e/ou quebra na ordem cronológica de pagamento com relação às medições de n.ºs. 10, 11 e 12.

O ato administrativo, como cedição, goza de presunção de legitimidade, o que significa, na prática, a imposição do ônus de demonstração da invalidade àquele que a alega.

Não há qualquer ilegalidade e abuso praticados por parte da autoridade municipal, sendo a notificação encaminhada à impetrante instruída com documentos suficientes à identificação das irregularidades e vícios da obra executada e do contexto em que se deu a sua apuração, de forma a permitir a impetrante o amplo exercício da sua defesa. Por outro lado, é possível concluir que ela exerceu adequadamente o seu direito de defesa, posto que identificou com clareza a infração/vício da obra que lhe foi imputada e sua apuração.

Insta esclarecer que embora a impetrante tenha apresentado as suas medições referentes às execuções das obras, há de se observar que os pagamentos só serão autorizados mediante a aprovação da entidade mandatária Caixa Econômica Federal, nos termos do referido contrato.

No caso em apreço, conforme pontuado alhures, não se verifica qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório a parte impetrante.

Com efeito, é incontroverso que a inobservância de prazos para entrega de obras e da presença de vícios detectados na obra pelo Setor de Engenharia do Município constitui infração contratual, porque representa descumprimento das diretrizes, normas e obrigações estabelecidas na avença e no Convênio.

O Edital e o contrato entabulado entre as partes são claros ao preverem que a liberação do recurso financeiro do convênio depende de aprovação da execução das obras e que o pagamento das faturas seguirá a estrita ordem cronológica das datas

de suas exigibilidades, condicionadas a liberação do recurso financeiro do CONVÊNIO (vide item 14.6 do Edital – Das Condições de pagamento – fls. 46/47).

Importante informar que a referida obra é financiada por ações da UNIÃO (Governo Federal) através de convênio, tendo como mandatária do repasse de verbas a Caixa Econômica Federal, impondo-se obediência aos prazos estipulados para a liberação dos recursos, cuja não atendimento resulta em cancelamento dos repasses/glosas e perda de valores pelo Município.

Conforme explicado, a inexecução da obra ou defeitos/vícios na execução é abrangida pelo **item 8.4** do Contrato em questão (**Cláusula oitava**), porque representa descumprimento de obrigação estabelecida em contexto mais amplo.

De acordo com a **Cláusula 8ª, item 8.4**:

“Os atestes das medições efetuadas pela Contratada serão realizados pela equipe técnica da Prefeitura da Estância Turística de Olímpia, e, posteriormente enviadas para aprovação do órgão responsável pelo convênio, para somente após este procedimento seguirem para pagamento.”

De acordo com a referida cláusula, os atestes das medições efetuadas pela Contratada serão realizados pela equipe técnica da Prefeitura da Estância Turística de Olímpia (fiscais de obras e engenheiros), e, posteriormente enviadas para aprovação do órgão responsável pelo convênio (Caixa Econômica Federal), para somente após este procedimento seguirem para pagamento (**vide fl. 57 - Contrato**).

Ademais, conforme destaca a **Cláusula Nona** do Contrato – **DO PAGAMENTO** – o pagamento das faturas seguirá a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, **condicionadas a liberação do recurso financeiro do convênio (subitem 9.3).**

Vale destacar que as medições encaminhadas pela Prefeitura Municipal de Olímpia à Caixa Econômica Federal possuem nomenclaturas diferentes das protocoladas pela contratada, ora impetrante.

Importante informar que após o recebimento pelo Setor Competente do Município de Olímpia, a medição é enviada a mandatária do Contrato - Caixa Econômica Federal - para as devidas análises e decisões/conclusões. Após a fiscalização da obra por parte da mandatária (CEF) os valores são liberados ou glosados de forma parcial se for o caso.

Às **fls. 02** da inicial o impetrante reclama os seguintes valores:

- **10ª medição assinada por ambas as partes em 27/05/2020 no valor histórico de R\$ 211.812,74;**
- **11ª medição assinada por ambas as partes em 30/06/2020 no valor histórico de R\$ 427.444,21;**
- **12ª medição assinada por ambas as partes em 31/07/2020 e 03/08/2020 no valor histórico de R\$ 291.003,21.**

Ocorre, Nobre Julgadora, que conforme fls. 94, o impetrante reclama, perante o Tribunal de Contas do Estado, as mesmas medições com valores divergentes aos apresentados neste writ, alterando assim a verdade dos fatos e colocando em xeque a própria liquidez do suposto crédito ora reclamado.

Ainda, conforme já esclarecido, as medições apresentadas pela impetrante não são as mesmas "liberadas" pela Caixa, como exemplo temos a 10ª medição da impetrante a qual, para a Caixa Federal corresponde ao Boletim de Medição de nº 07 (doc. anexo).

Entretanto, Nobre Magistrada, referida medição foi GLOSADA pela Caixa, em razão das falhas na execução das obras.

Posteriormente a análise das medições pela Prefeitura e Mandatária (CEF), foram realizadas glosas pela mandatária CEF no valor de R\$ 669.813,39, as quais foram levantadas "in loco" pelo representante/fiscal da Caixa Econômica Federal, sendo apurado pela mesma o valor para pagamento de **R\$ 533.200,90** (doc. anexo).

Desta forma, o valor corretamente apurado pela mandatária do contrato (Caixa Econômica Federal), a título de pagamento com relação a 10ª medição, **foi de R\$ 533.200,90, o qual foi devidamente pago, conforme atesta documento anexo.**

Assim, **o valor lançado pela impetrante a título de 10ª medição não corresponde a verdade dos fatos, pois o valor apurado para pagamento foi de R\$ 533.200,90, restando tal etapa já quitada.**

Importante esclarecer que as 11ª e 12ª medições protocoladas pela impetrante (Contratada) com valor de R\$ 427.444,21 e R\$ 291.003,02, respectivamente, com total de R\$ 718.447,23, **não é condizente com o que de fato foi executado na obra.**

De acordo com a **12ª medição**, por exemplo, foi solicitado pela impetrante, 29% do item **A6.1-ADMINISTRAÇÃO**, equivalente a R\$ 136.803,55 medido no período, resultando em 100% de execução do mesmo. **No entanto, a obra se encontra com 68,28% de execução física acumulada.** Outrossim, na **11ª medição** já havia sido retificada em reuniões com a contratada, o item **A6.1 – ADMINISTRAÇÃO por conta de ter sido medido 100% e que o correto era medir em concordância com a evolução física do empreendimento.**

Do mesmo modo, **na 12ª medição foram medidos tubos (itens C.1.1 ao C.1.5) no montante de R\$ 141.890,24, que efetivamente não foram executados pela impetrante já que estavam em canteiro e que seriam pagos após a instalação na rede de distribuição.**

Nas reuniões realizadas com a impetrante e nos termos do referido Contrato, tanto o Município de Olímpia quanto a Mandatária Caixa Econômica Federal – CEF não aprovam pagamentos para insumos não executados em sua TOTALIDADE e/ou com ATESTE DE VÍCIOS E FALHAS NA EXECUÇÃO DAS OBRAS.

Após análise e correção dos itens medidos erroneamente pela impetrante, o resultado final está expresso com o valor de R\$ 293.754,28, que foi encaminhado à Caixa Econômica Federal – CEF que, após as glosas no total de R\$ 219.425,37, levantadas in loco pela CEF (relatório anexo), o valor aferido para pagamento foi de R\$ 74.328,93.

Com a finalidade de liberar alguns itens glosados, restou encaminhado à CEF o relatório de obra (execução de alambrado em volta da EEA, redução do FOFO, Conj. Moto Bomba, instalação, janela tipo veneziana e execução de piso intertravado).

Após o início da operação da **Meta 2 – Estações Elevatórias, Adutora de Água Bruta, Reservatórios e Adequação da ETA**, em especial, quanto ao preenchimento dos reservatórios com água, foram constatados visualmente vazamentos no reservatório ETA, reservatório apoiado e reservatório elevado. Considerando os defeitos detectados, a empresa foi notificada sobre os serviços que deveriam ser corrigidos, mas até a presente data nada foi feito a fim de sanar o problema ou mesmo minimizar os defeitos da obra.

Quanto à **Meta 3 – Redes de Distribuição** foi realizado Laudo Técnico de Controle Tecnológico para os serviços de Reconstrução do Pavimento. **No entanto, o Laudo Anexo revelou que os serviços não foram executados conforme especificações do projeto executivo.** A impetrante foi notificada sobre os serviços que deveriam ser corrigidos, mas até a presente data, a impetrante não sanou o vício e/ou minimizou os defeitos da obra.

Verifica-se que a **Meta 3** Redes de Distribuição para abastecimento da população prevista em contrato não foi concluída pela impetrante.

Vale destacar que os preços dos serviços que devem ser corrigidos e sanados pela impetrante superam os valores a serem pagos à ela e por isso não foi efetivado o pagamento do montante aferido de R\$ 74.328,93 (setenta e quatro mil, trezentos e vinte e oito reais e noventa e três centavos), nos moldes do contrato

Importante destacar que o Município de Olímpia em diversas oportunidades procedeu com as notificações à impetrante por descumprimento de obrigação contratual, conforme atestam as inclusas missivas datadas de **26.06.2020** e **18.11.2020**, e mesmo assim a empresa permaneceu inerte (vide docs. anexos).

Os recursos financeiros de origem federal originários do convênio foram liberados conforme a efetiva execução da obra, nos termos da certidão anexa.

Desta forma, os recursos em questão não foram liberados em sua totalidade por conta de a obra não ter sido FINALIZADA e pela NECESSIDADE DE CORREÇÕES DE SERVIÇOS EXECUTADOS PELA IMPETRANTE.

Quanto às execuções das obras no **LOCAL 2 (vide cláusula quinta do contrato – fl. 56)**, Estação Elevatória 2, ETA, Reservatórios, Final da Adutora e Distribuição: Rua Mário Riscalli, nº 13, Residencial Jardim Luiza, **o Laudo Técnico Elaborado pela empresa Petra Consultoria Técnica espanca qualquer dúvida a respeito da existência de vícios e falhas contidas nas obras mal executadas pela impetrante** (doc. anexo).

A secretaria de obras está realizando perícias e estudos, pois foram verificados graves falhas na operação dos reservatórios.

Segue abaixo algumas ocorrências de execução e de responsabilidade estrita da impetrante apontadas no Laudo da empresa "PETRA":

Nas figuras 19 à 25 das fls. 14 a 17 do laudo elaborado pela PETRA, vislumbra-se várias fissuras na superfície do concreto, do reservatório elevado, demonstrando vícios ocorridos durante a execução, que só poderiam ser verificados após o início da operação.

Seguem os Comentários da **Figura 19** - Reservatório Elevado:

“Registra-se fissura no substrato de concreto armado da parede do reservatório, com espessura de 0,1 mm. **Essas fissuras se encontram distribuídas por toda a superfície da parede do reservatório, de forma aleatória e têm características de retração hidráulica do concreto**, originadas durante a cura do concreto.” (grifei)

Seguem os Comentários da **Figura 25** - Reservatório Elevado:

“Registra-se vazamento de água pelas fissuras, **devido a falhas do concreto** e falhas do sistema de impermeabilização, interno.” (grifei).

As fissuras apresentadas no comentário da **Figura 25** são falhas de execução. Este reservatório é o elevado, sendo executado pela impetrante “Rodoserv”.

Os comentários da - Figura 19 - indicam que houve grave falha em um procedimento chamado na obra de cura do concreto, levando a superfície a fissuração.

Nas **Figuras 39 e 40** da página 22 e **Figura 42** da página 23, o laudo apresenta falhas na superfície externa do reservatório apoiado, concluindo: **“Verifica-se junta de concretagem com segregação, devida a falha executiva, sob o revestimento da parede do reservatório”**

Na **Figura 140** da página 58 o consultor apresenta falha na concretagem na laje de fundo da câmara inferior do reservatório elevado.

Nas **Figuras 161 a 163** da página 66 o consultor apresenta falha na concretagem e reparos executados na laje do reservatório existente.

No **item 4.1.2** na página 107 existe a seguinte conclusão:

(...)

"Salienta-se também que as estruturas de concreto armado da ETA 2 em geral, apresentam não conformidades construtivas, as quais precisarão receber intervenções para eventuais reforços e, ou reparação em fissuras, trincas e selamentos das juntas de concretagem e das interfaces do concreto com tubulações traspassantes, por onde ocorrem vazamentos de água."

Veja Exa. que a conclusão acima é clara e explícita em citar que existem falhas de execução que **"precisarão receber intervenções para eventuais reforços"**, ou seja, evidencia que a obra é nova e já necessita de reparo.

Outro comentário no mesmo **item e página**:

(...)

Verificou-se que há falha de lançamento e adensamento do concreto dos reservatórios, que geraram porosidades, segregação principalmente das juntas de concretagens, fissuração, o que configura falhas executivas.

B) DOS VALORES PAGOS A IMPETRANTE REFERENTE AO RESERVATORIO ELEVADO E APOIADO

Em decorrência dos itens apontados das FALHAS DE EXECUÇÃO NO RESERVATÓRIO, a municipalidade não detém ainda, em decorrência da prematura fase dos estudos, quais serão as medidas mitigadoras para o bom funcionamento dos equipamentos.

Logo, como a impetrante recebeu **R\$ 1.460.452,32** (item e, anexo II, do edital da concorrência 07/2018) pelo reservatório apoiado e **R\$ 905.508,45** (item f, anexo II, do edital) pelo reservatório elevado, caso os estudos apontem a demolição parcial ou total, é prudente o bloqueio de valores supostamente retidos, uma vez que esses serviços já foram pagos e não há ainda o levantamento dos valores necessários para sua recuperação, em que pese o fato do término da vigência do contrato, não podendo acionar o seguro garantia.

Conforme **Parecer Técnico PTEC 2020.270** emitido pela "**PETRA CONSULTORIA**" (doc. anexo), que tem por objetivo avaliar e verificar a qualidade dos serviços de construção e manutenção executados nas estruturas de concreto armado da ETA 2 de Olímpia, **as estruturas de concreto armado da ETA 2 apresentam falhas construtivas, sendo ainda que os sistemas de impermeabilização dos reservatórios não apresentam estanqueidade e não foram executados segundo as normas e legislações vigentes.**

Além das constatações pontuais de responsabilidade exclusiva da impetrante "Rodoserv" (indicadas anteriormente), o referido Laudo concluiu também que o executor deve fazer as reparações dos sistemas de impermeabilização dos reservatórios em garantia dos serviços contratados para conferir a impermeabilidade e estanqueidade aos reservatórios.

Portanto, o Laudo Técnico elaborado pelo Engenheiro José Mário Andrello comprovou de forma cabal os vícios e falhas nas execuções das obras realizadas pela impetrante, inexistindo qualquer ato ilegal e abuso por parte da autoridade coatora.

Destaca-se ainda que o Município de Olímpia, após a constatação das inúmeras irregularidades e **em obediência a ampla defesa e contraditório**, concedeu prazo à impetrante para que realizasse os devidos reparos/reformas necessários para entrega da obra nos exatos termos do contrato e Convênio, sendo que nada foi feito pela empresa até a presente data.

O ato administrativo expedido pela autoridade competente seguiu a risca os termos do Edital e do Contrato celebrado entre as partes, além de ter obedecido rigorosamente os ditames da Lei 8.666/93.

A presunção de legitimidade que reveste os atos administrativos prevalece no caso em apreço.

Sendo assim, não há que se falar em ilegalidade e/ou abusividade na retenção de parte dos valores referentes às medições de números 10, 11 e 12, uma vez que a empresa impetrante agiu em desacordo com o edital e com as regras previstas em contrato.

Conforme se depreende dos e-mails e medições encaminhados pela mandatária do Contrato (Caixa Econômica Federal), contendo os Boletins de Medição – BM, com a respectiva fiscalização, os motivos das glosas foram devidamente justificados (vide docs. anexos).

Cumprе ressaltar a V.Exa. que tanto no **Local 1** da obra (Estação Elevatória 1 e Início da Adutora localizada em área rural) quanto no **Local 2** (Estação Elevatória 2, ETA, Reservatórios, Final da Adutora e Distribuição – Rua Mário Riscalli, nº 13, Residencial Jd. Luiza, Olímpia/SP) as execuções das obras apresentaram falhas e vícios que deveriam ser corrigidos, mas até presente data a impetrante permaneceu inerte não sanando e/ou até mesmo minimizando os defeitos das obras.

Insta esclarecer que o indeferimento do pleito administrativo foi devidamente **MOTIVADO** nos termos da Lei de Licitação, Edital e Contrato, não se vislumbrando qualquer nulidade ou ilegalidade praticada pela Administração Pública Municipal, observando-se, ainda, que a resposta dada à impugnação administrativa está formalmente em ordem.

III - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se o acolhimento das preliminares arguidas, **extinguindo-se o processo sem julgar-lhe o mérito**, e, caso seja analisado o mérito, que o presente mandado de segurança seja **jugado totalmente improcedente com a denegação da ordem**, esperando-se, ainda, a condenação da impetrante nas cominações de estilo.

Nestes termos,
pede deferimento.
Olímpia/SP, 18 de fevereiro de 2021.

(assinado digitalmente)

Antonio Cataneo Neto
OAB/SP 309.610



PREFEITURA DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE OLÍMPIA
CAPITAL NACIONAL DO FOLCLORE E TERRA DE ÁGUAS QUENTES



ESTÂNCIA TURÍSTICA DO MUNICÍPIO DE OLÍMPIA
SECRETARIA DE OBRAS, ENGENHARIA E INFRAESTRUTURA

DECLARAÇÃO

Informamos que as medições encaminhadas pela Prefeitura Municipal de Olímpia à Caixa Econômica Federal – CEF, possuem nomenclaturas diferentes das protocoladas, no município de Olímpia, pela Contratada.

Relativo à 10ª medição:

A 10ª medição protocolada pela Contratada com valor de R\$ 1.202.052,68 é equivalente ao BM 07 (Anexo) com valor de R\$ 1.203.014,29 que foi encaminhado à Caixa Econômica Federal – CEF. Após as glosas no total de R\$ 669.813,39, levantadas in loco pela CEF (relatório Anexo), o valor aferido para pagamento foi de R\$ 533.200,90 (pagamento realizado na data de 17/07/2020).

Relativo à 11ª medição e 12ª medição:

A 11ª medição e 12ª medição protocoladas pela Contratada com valor de R\$ 427.444,21 e R\$ 291.003,02, respectivamente, com total de R\$ 718.447,23, não é condizente com o que de fato foi executado na obra.

Na 12ª medição, por exemplo, foi solicitado pela Contratada, 29% do item A6.1-ADMINISTRAÇÃO, equivalente a R\$ 136.803,55 medido no período, resultando em 100% de execução do mesmo. No entanto, a obra se encontra com 68,28% de execução física acumulada. Outrossim, na 11ª medição já havíamos



PREFEITURA DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE OLÍMPIA
CAPITAL NACIONAL DO FOLCLORE E TERRA DE ÁGUAS QUENTES

retificado, em reuniões com a Contratada, o item A6.1-ADMINISTRAÇÃO por conta de ter sido medido 100% e que o correto era medir em concordância com a evolução física do empreendimento.

No mesmo norte, na 12ª medição, outro exemplo, foram medidos tubos (itens C.1.1 ao C.1.5), no montante de R\$ 141.890,24, que efetivamente não foram executados. Os mesmos estavam em canteiro, porém, só seriam pagos após a instalação na rede de distribuição. Em reuniões com a Contratada esclarecemos que tanto a Prefeitura quanto a Mandatária (CEF) não aprovam pagamentos para insumos não executados em sua totalidade.

Diante o exposto, após análise e correção dos itens medidos erroneamente pela Contratada, o resultado final está expresso no BM 08 (Anexo) com valor de R\$ 293.754,28 que foi encaminhado à Caixa Econômica Federal – CEF. Após as glosas no total de R\$ 219.425,37, levantadas in loco pela CEF (relatório Anexo), o valor aferido para pagamento foi de **R\$ 74.328,93**.

No entanto, encaminhamos à CEF, relatório de obra com o intuito de liberar alguns dos itens glosados, são estes:

- item B7.10.2 – Execução alambrado em volta da EEA.1; Valor glosado: R\$ 586,99;
- itens B14.5, 14.6, 14.21 e 14.22 – Redução FOFO, Conj. Moto bomba, instalação; Valor glosado: respectivamente R\$ 1.206,21 + 885,98 + 48.631,09 + 2.261,44 = R\$ 52.984,72;
- item C.7.1 – Janela tipo veneziana 1,20m x 1,00 metro; Valor glosado: R\$ 1.258,40; e
- itens H2.1, H2.2, H2.3 e H2.4 – Execução de piso intertravado (pavimentação interna ETA). Valor glosado: respectivamente R\$ 328,34 + 4.797,94 + 15.201,48 + 2.916,27 = R\$ 23.244,03;

Total de glosas passíveis de liberação pela CEF: R\$ 586,99 + 52.984,72 + 1.258,40 + 23.244,03 = **R\$ 78.074,14**.

Valor aferido R\$ 74.328,93 + Glosas passíveis de liberação R\$ 78.074,14.
 Total de R\$ 152.403,07.

Após o início da operação da **Meta 2 - Estações Elevatórias, Adutora de Água Bruta, Reservatórios e Adequação da ETA**, em especial, quanto ao



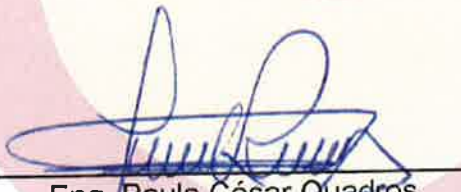
PREFEITURA DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE OLÍMPIA
CAPITAL NACIONAL DO FOLCLORE E TERRA DE ÁGUAS QUENTES

preenchimento dos reservatórios com água, foram constatados visualmente vazamentos no reservatório ETA, reservatório apoiado e reservatório elevado. Desta forma, a empresa foi notificada sobre os serviços que deveriam ser corrigidos, mas, até a presente data, nada tem feito a fim de sanar ou mesmo minimizar os defeitos da obra.

Quanto à **Meta 3 – Redes de Distribuição** foi realizado Laudo Técnico de Controle Tecnológico para os serviços de Reconstrução do Pavimento. No entanto, o laudo (anexo) revelou que os serviços não foram executados conforme especificações do projeto executivo. Desta forma, a empresa foi notificada (anexo) sobre os serviços que deveriam ser corrigidos, mas, até a presente data, nada tem feito a fim de sanar ou mesmo minimizar os defeitos da obra.

Por fim, os preços dos serviços que devem ser corrigidos superam os valores a serem pagos à Contratada, por isso não foi efetivado o pagamento do montante aferido de R\$ 74.328,93.

Olímpia, 08 de fevereiro de 2021


 Eng. Paulo César Quadros
 Fiscal da obra


 Leandro Pierin Gallina
 Secretário de Obras, Engenharia e Infraestrutura

AO
 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
 UNIDADE REGIONAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - UR 8