JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.030.97-59

TERMOS DE ADITAMENTOS – RETOMADA DAS OBRAS – PRORROGAÇÃO DE PRAZO – CONCESSÃO DE RECURSOS – INSUFICIÊNCIA DAS CAUÇÕES EFETUADAS – PUBLICAÇÃO EXTEMPORÂNEA DO T.A. Nº 238/02 – LAVRATURA EXTEMPORÂNEA DO T.A. Nº 082/03 – NÃO ACOLHIDO OS INSTRUMENTOS – VENCIDO O CONS. MAURÍCIO FARIA – ACEITADO OS EFEITOS FINANCEIROS PRODUZIDOS PELOS REFERIDOS INSTRUMENTOS – VENCIDO O CONS. EDSON SIMÕES

RELATÓRIO

Na presente oportunidade, cuida-se da análise e julgamento dos **TERMOS ADITIVOS** números **238/2002 e 82/2003 ao CONTRATO** número **171/96**, firmados entre a **SECRETARIA DE INFRA-ESTRUTURA E OBRAS** e **CONTER CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA.**, objetivando a execução dos serviços de pavimentação e obras complementares da Rua Albert Cuyp e outras situadas na Administração Regional – LAPA (folha 515/517 e 550/551).

O presente processo integra conjunto de diversos contratos que tiveram sua execução suspensa pela Administração Municipal, por razões relacionadas com a falta de previsão de liberação de recursos orçamentários.

De acordo com o Acórdão exarado sob folha 428 dos autos, foi determinado aos Órgãos Técnicos que, na auditoria específica objeto do TC número **6.534.99-17**, fosse *'ampliado ao presente processado a análise do impacto causado pela suspensão das obras em relação aos resultados finais colimados pela Administração, sobretudo para a apuração e discriminação de eventuais prejuízos aos cofres públicos'*.

O **TERMO ADITIVO** número **238/2002** foi lavrado com o objetivo de estabelecer as retomadas das obras que se achavam suspensas, consignar o compromisso da Contratada em não reivindicar nenhum tipo de indenização judicial ou extrajudicial e, ainda, prorrogar o prazo contratual por mais cento e oitenta dias, contado da data fixada na Ordem de Início (folhas 515/517).

O **TERMO ADITIVO** número **82/2003** consignou nova prorrogação de cento e oitenta dias do prazo contratual, a partir de **28/06/03** (folhas 550/551).

A Divisão Técnica V manifestou-se no sentido da irregularidade dos citados Termos de Aditamento, por entender ter ocorrido desatendimento aos artigos 41 (vinculação ao

edital) e 60 da Lei Federal número 8.666/93 (fiel execução do contrato), uma vez que o valor das cauções efetuadas não acompanhou os aumentos dos valores contratuais.

Quanto ao **TERMO ADITIVO** número **238/02**, afirmou desrespeitar o mesmo artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02, uma vez que publicado após vinte dias de sua lavratura.

E, no tocante ao **TERMO ADITIVO** número **82/03**, **lavrado em 1º de julho de 2003**, afirmou que não havia embasamento legal para tanto, pois, de acordo com o **Termo Aditivo** número **238/02**, sua vigência encerrara-se em **27/06/03** (folha 586 e verso).

Em atendimento à solicitação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, foram enviados os autos à Engenharia para pronunciamento a respeito da compatibilidade dos valores consignados nos termos de aditamento em julgamento com os preços atuais de mercado (folha 589).

A conclusão da Engenharia foi de que os valores aplicados, atualmente, aos aditivos estão próximos aos preços praticados pelo mercado (folhas 591/602).

Opinaram a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle pela irregularidade dos Ajustes em face das infringências apontadas pela Divisão Técnica V (folhas 605/607 e 608).

Intimado, o Ordenador da Despesa e signatário dos Ajustes apresentou Defesa, na qual, em síntese, alegou:

I – não ter ocorrido reajuste em relação ao Termo Aditivo número **238/02**, motivo pelo qual não há que se falar em infringência aos artigos 41 e 60, da Lei Federal número 8.666/93, conforme documento de folha 622 dos autos;

II – afirmou ter sido publicado o citado ajuste no Diário Oficial de 1º/02/03 (folha 41);

III – no tocante ao Termo Aditivo número **82/03**, que o despacho autorizatório de sua lavratura foi assinado em 26/06/03, anteriormente à vigência do termo de aditamento (28/06/03).

A Coordenadoria VI, em face da argumentação do defendente, reviu sua anterior conclusão, manifestando-se pela regularidade de ambos os termos aditivos, com ressalva quanto à publicação extemporânea daquele de número 238/02 (folhas 633/642).

Em sentido divergente é o posicionamento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que endossou a manifestação da Divisão Técnica V, ponderando ter havido desobediência aos artigos 41 e 60 da Lei número 8.666/93, no tocante à não-complementação da caução, pois, ao ensejo da retomada das obras, houve a emissão de empenho correspondente ao desembolso relativo ao exercício, assim como de reajuste, conforme folhas 506/508 dos autos.

Reiterou entendimento quanto à extemporaneidade da lavratura do Termo de Aditamento número **82/03**, ressaltando que, embora assinado em **26/06/03** o despacho

autorizatório da autoridade competente, sua lavratura ocorreu apenas em **1º/07/03, após o decurso do prazo de vigência do Termo Aditivo** número **238/02** (folhas 643/644).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento perfilhado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle ante os fundamentos pela mesma aduzidos, acrescentando que a teor do artigo 56, parágrafo 2º, da Lei número 8.666/93, o valor da garantia deve ser atualizado nas mesmas condições da atualização contratual.

Complementou afirmando que, não obstante a autorização para a prorrogação da vigência do contrato tenha ocorrido em **26/06/03**, a lavratura do **Termo Aditivo 82/03 somente ocorreu** em **1º/07/03**, quando já se achava **expirado pelo decurso do tempo**.

Outrossim, confirmou a extemporaneidade da publicação do Termo Aditivo número **238/02** (folhas 646/649).

O Órgão Fazendário, apoiado na argumentação do Ordenador da Despesa, sustentando a inexistência de prejuízo ao Erário, má-fé e dolo por parte da Administração Municipal, opinou *'pelo acolhimento dos aditamentos em exame, ressalvadas as irregularidades meramente formais apontadas. Sucessivamente, na hipótese de rejeição dos aditamentos, propugna pela aceitação dos efeitos financeiros decorrentes, na esteira dos princípios de segurança jurídica e da razoabilidade'* (folhas 651/653).

A Secretaria Geral se manifestou pelo acolhimento dos termos aditivos em análise ou, na hipótese de sua rejeição, pela aceitação dos efeitos financeiros produzidos pelos mesmos, sustentando, no tocante ao de número **238/02**, que o saldo de serviços contratuais manteve seus valores após a suspensão do ajuste, dentro dos patamares de preços praticados pelo mercado, à época, sem acréscimos.

A ocorrência do satisfatório cumprimento da avença *'prejudica qualquer discussão acerca da apontada insuficiência de valor da caução contratual, que visa a assegurar à Administração o cumprimento da obrigação assumida'*.

Quanto à lavratura do **Termo Aditivo** número **82/03**, **depois de expirada a vigência contratual**, entendeu ser falha relevável, considerando ter sido assinado o despacho autorizatório quando ainda vigente a avença, considerando-se que a invalidação 'deve orientar-se pelo princípio do prejuízo, inexistente no caso examinado' (folhas 655/658).

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, o **TERMO DE ADITAMENTO** número **238/02** apresenta infringências ao artigo 26 da Lei Municipal número 13.278/02, por ter sido publicado extemporaneamente, e aos artigos 41 (vinculação ao edital), 60 (fiel execução do contrato) e ao artigo 56, parágrafo 2º, todos da Lei Federal número 8.666/93, este último que determina que o valor da garantia deverá ser atualizado nas mesmas condições da atualização contratual, situação que de fato não ocorreu.

O **TERMO ADITIVO** número **82/03**, não obstante autorizada sua lavratura quando ainda em vigor o **TERMO DE ADITAMENTO** número **238**, foi formalizado quando **já extinto, de pleno direito, o contrato original**, sendo certo, no dizer da Doutrina, **que contrato extinto não se prorroga, nem se renova**.

Em face de tais circunstâncias e coerente com voto por mim proferido ao rejeitar o Termo de Aditamento número **340/98** (folhas 413/415 e 428), que tratou da suspensão do Contrato número 171/96, por infringência ao artigo 70, inciso VI, da revogada Lei Municipal número 10.544/88 (ausência de cláusula essencial), **NÃO ACOLHO** os **TERMOS ADITIVOS** número **238/02 e 082/03**, por suceder ajuste por mim considerado irregular, não aceitando os seus efeitos financeiros.

Em razão das infringências legais, perpetradas pelo signatário dos ajustes, **APLICO-LHE** a **MULTA** de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal número 9.167/80.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de julho de 2007.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO DE DESEMPATE

Egrégio Plenário

No caso presente, os Aditivos sob julgamento, de nºs 238/2002 e 82/2003, não foram acolhidos pelos Nobres Conselheiros Edson Simões, Eurípedes Sales e Carlos Macruz Filho, sendo que os dois primeiros nomeados não aceitaram seus efeitos financeiros, ao contrário do último citado, que votou pela sua aceitação.

Por outro lado, o I. Conselheiro Maurício Faria acolheu-os diante da natureza formal das falhas apontadas.

No que tange à aplicação de multa, restou vencido o Nobre Conselheiro Edson Simões.

Ocorrendo empate quanto aos efeitos financeiros, avoquei os autos para proferir voto de desempate.

VOTO

Filio-me à corrente dos Nobres Conselheiros Maurício Faria e Carlos Macruz Filho de aceitação dos efeitos financeiros produzidos pelos instrumentos ora julgados.

São Paulo, 15 de agosto de 2007.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 2.335ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA, e o Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, bem assim pelos votos do Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor e do Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em não acolher os instrumentos em exame, por entenderem que:

1) o Termo de Aditamento 238/2002 apresenta infringências ao artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02 – em razão de ter sido publicado extemporaneamente – e aos artigos 41 (vinculação ao edital), 60 (fiel execução do contrato) e ao artigo 56, parágrafo 2º, todos da Lei Federal 8.666/93, este último que determina que o valor da garantia deverá ser atualizado nas mesmas condições da atualização contratual, situação que de fato não ocorreu;

2) o Termo de Aditamento 82/2003, não obstante autorizada sua lavratura quando ainda em vigor o Termo de Aditamento 238/2002, foi formalizado quando já extinto, de pleno direito, o contrato original, salientando que, no dizer da Doutrina, contrato extinto não se prorroga nem se renova.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, consoante voto apresentado em separado, acolheu os instrumentos examinados, diante da natureza formal das falhas apontadas, bem como considerou satisfatório o cumprimento do objeto contratual.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos do Conselheiro MAURÍCIO FARIA e do Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos referidos instrumentos. Vencidos, neste tópico, os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor, que não aceitaram os mencionados efeitos financeiros.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e do Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO, em não aplicar multa ao signatário dos ajustes. Vencido, neste particular, o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, que aplicou multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, sem direito a voto, tendo em vista que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO, na 2.335ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de agosto de 2007.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

EDSON SIMÕES
Relator