TC 262/1996

2º Julgado - 3.063ª Sessão Ordinária
ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SPTURIS. Obras de construção de arquibancada e serviços complementares no Polo Esportivo e Cultural Grande Otelo. 1. Vedada antecipação de pagamentos. Arts. 62 e 63, Lei 4.320/64. Art. 65, II, "c", Lei 8.666/93. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.

1º Julgado – 2.011ª Sessão Ordinária
ACÓRDÃO ANÁLISE. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SPTURIS. Obras de construção de arquibancada e serviços complementares no Polo Esportivo e Cultural Grande Otelo. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acompanhando as conclusões dos Órgãos Técnicos desta Corte, em julgar irregular a execução do Contrato DEJU 468/1995 e do respectivo Termo de Aditamento DEJU 02/1996, diante da irregularidade constatada pela Auditoria deste Tribunal, consistente na antecipação de pagamentos, expressamente vedada pelos artigos 62 e 63 da Lei Federal 4.320/1964 e, notadamente, pelo artigo 65, inciso II, letra "c", da Lei Federal 8.666/1993.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em acolher excepcionalmente seus efeitos financeiros, tendo em vista a ausência de comprovação de efetivo prejuízo ao erário, ante o tempo decorrido e em atenção ao princípio da segurança jurídica.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de ofício a São Paulo Turismo S.A., informando do teor deste Acórdão, devendo ser acompanhado de cópia do relatório da Auditoria atestando a ocorrência de pagamentos antecipados.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor e o Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR.

Declarou-se impedido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno desta Corte.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de outubro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente processo, nesta fase, da execução do Contrato DEJU/468/95, firmado em 11.9.1995 entre a Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A e a empresa Construtora OAS Ltda., que tem por objeto a execução das obras de construção da Arquibancada Monumental e serviços complementares no Polo Esportivo e Cultural Grande Otelo, situado no Parque Anhembi, com valor inicial de R$ 14.030.000,00 (catorze milhões e trinta mil reais), com previsão de conclusão das obras e serviços para 07.02.1996.

A análise da execução contratual foi determinada pelo v. Acórdão, prolatado nos presentes autos, que, após decidir por unanimidade em aprovar o Contrato DEJU/468/95 e o termo de aditamento analisados, com determinação à Origem para que não inclua nos casos futuros cláusula de reserva de verba em seus contratos, também decidiu:

"*ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, aprovar o contrato e o termo de aditamento sob exame, determinando à Origem que não inclua, de futuro, cláusula de reserva de verba em seus contratos*."

(...) "*ACORDAM, ainda, à unanimidade, determinar aos Órgãos Técnicos desta Corte que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, finalizem o exame da execução contratual, verificando, especialmente, a ocorrência de pagamento antecipado e de parte do desconto concedido pela contratada, com*

apontamento dos responsáveis pelas medições e pagamentos, bem como o efetivo prejuízo causado à Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo." (19.12.2001 – folhas 314 e 315)

A análise da referida execução envolve, ainda, o exame do Termo de Aditamento DEJU/02/96 que estipulou a prorrogação do prazo de execução das obras e serviços até 31.05.1996, e o acréscimo da importância de R$ 3.441.003,24 (três milhões, quatrocentos e quarenta e um mil, três reais e vinte e quatro centavos), elevando o valor original do contrato para R$ 17.471.003,24 (dezessete milhões, quatrocentos e setenta e um mil, três reais e vinte e quatro centavos). Tal decisão acordada por unanimidade pelo Pleno desta Corte de Contas amparou-se nos pareceres técnicos da Auditoria deste Tribunal. Assim, o relatório da Divisão Técnica V (fl. 154) deu a conhecer o quanto segue:

"*A Construtora OAS Ltda., em solicitação datada de 14/03/96 (fls. 133/134), reivindica estorno do desconto concedido de R$ 359.381,96, por ocasião da 5ª medição.*

O referido desconto foi concedido mediante 03 (três) condições especificadas nos itens 'A' e 'B' (B.1 e B.2) que, para uma melhor elucidação da questão, juntamos ao presente (fls. 42/43).

O Departamento Jurídico da Anhembi foi consultado para se manifestar acerca do assunto que, após resposta da Consultoria Técnica, concluiu ser procedente o atendimento parcial do estorno reclamado, visto que com relação ao item B.1, a Construtora se utilizou dos camarotes da Anhembi, que calculados pela Consultoria Técnica estimou em R$ 29.000,00 – valor este, que deverá ser excluído do estorno total solicitado (fls. 135 a 137).

Com relação ao item 'A', discordamos da posição favorável do seu estorno, visto que a Construtora aceitou em reduzir o valor correspondente aos 04 meses que extrapolava o novo período previsto de conclusão de obra, ou seja: eram previstos inicialmente 09 meses e após estudos concluíram que seriam necessários somente 05 meses.

Ocorre que, através das planilhas de Medição 07 e 08, entendemos que a conclusão da obra se deu em 26/04/96. Podemos observar que já na planilha de Medição 06 não constava cobrança dos valores referentes aos serviços de Operação, manutenção, Limpeza e Vigilância do Canteiro (sub item de serviços preliminares) a que se refere o item 'A'.

Diante desse quadro, consideramos que não cabe devolução do desconto concedido com relação ao item 'A', visto que são também 04 meses o período que não se constou em nenhuma medição tal espécie de serviço. Dessa forma, o estorno, se devido, é de R$ 199.053,96, resultado do cálculo abaixo:

Desconto Concedido	R$ 359.381,96
(-) item 'A' (pela sua totalidade)	R$ 131.328,00
(-) item 'B.1' (parcial)	R$ 29.000,00
ESTORNO DEVIDO	R$ 199.053,96

(...) Concluímos que os dados relativos à medição 07 são passíveis de um entendimento de faturamento antecipado. Por considerarmos ser relevante uma avaliação mais profunda, sugerimos que esses dispêndios sejam apreciados pela Assessoria Técnica de Engenharia a qual possui conhecimentos técnicos específicos, necessários para uma análise mais apurada." (02.10.1996 – folhas 148/154v.)

A Assessoria Técnica de Engenharia, por sua vez, assim se manifestou:

"*-QUADRO 1 – Itens com quantidades estornadas e medidas em itens substitutos (fls. 253) Para os itens relacionados nesse quadro, o engenheiro fiscal da obra informou que as quantidades estornadas haviam sido medidas em itens que não correspondiam ao serviço, sendo posteriormente estornadas e medidas em itens próprios. Esse procedimento de medir serviços que ainda não tem preços aprovados e formalmente incluídos no contrato, em itens que não lhes correspondem, ao nosso entendimento, é irregular.*

– QUADRO 2 – Itens com quantidades total ou parcialmente estornadas (fls. 254) Para os itens relacionados nesse quadro, o engenheiro fiscal da obra informou que as quantidades estornadas foram resultado de revisão em medições já efetuadas.

Portanto, conclui-se que nesses itens as quantidades estornadas haviam sido medidas a mais." (20.01.1997 – folhas 255/255v.) Em nova manifestação, a Divisão Técnica V concluiu em seu relatório:

"*Sugerimos o envio de ofício à origem, com cópias das fls. 149/154 e fls. 256/257, tendo em vista o seguinte: Relativamente ao Item I – Estorno de Pagamentos Antecipados:*

Considerando que a Anhembi efetuou diversos pagamentos à O.A.S., no montante de R$ 733,427,53, e que até a data do efetivo estorno decorreu um tempo considerável, entendemos que houve uma perda financeira da Anhembi. Tal perda deveria ser ressarcida pela O.A.S. Sugerimos especificamente neste tópico que a Auditoria proceda aos cálculos para reaver a quantia devida pela construtora.

Relativamente ao Item II – Desconto Concedido quando da lavratura do contrato.

Sugerimos que a Anhembi tome conhecimento do relatado para confirmação ou não dos nossos cálculos e adote as providências cabíveis." (25.02.1997 – folhas 256/257v.)

Posteriormente, a Divisão Técnica V informou ter reexaminado a matéria e procedeu às seguintes retificações:

"- Com relação ao item I (Estorno de pagamentos Antecipados – fls. 256 e 257) informamos que o valor correto seria R$ 1.688.131,45, valor este auferido pela Assessoria Técnica de Engenharia (fls. 253 e 254).

- O valor inicialmente apontado por esta auditoria (R$ 733.427,53 – fls. 256) refere-se apenas ao estorno da 7ª medição, fato que nos levou a proceder à correção. Salientamos que, excetuando-se a presente correção, os demais aspectos abordados permanecem inalterados." (11.3.1997 – folha 260)

Após a manifestação da Emurb, que se contrapôs ao relatório da Divisão Técnica V, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, Auditoria II, assim concluiu seu parecer:

"*Isto posto, opinamos pelo acolhimento do Contrato DEJU/468/95, no valor total estimado de R$ 14.030.000,00 (fls. 49/67), e do Termo Aditivo DEJU/002/96 (fls. 129/130), no valor de R$ 3.441.003,24, firmados entre a Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A e a Construtora OAS Ltda., visto que está formalmente regular. Quanto à execução contratual, opinamos pelo acolhimento parcial, no valor de R$ 17.310.675,25, com glosa quanto ao valor de R$ 160.328,00 que, conforme foi demonstrado pelos nossos técnicos às fls. 154/154v., foi estornado indevidamente*." (18.11.1997 – folhas 298 e 298v.)

A análise da execução do Contrato DEJU/468/95, em cumprimento ao v. Acórdão proferido nos autos do presente processo, envolve, ainda, o exame do Termo de Aditamento que estipulou a prorrogação do prazo de execução das obras e serviços até 31.05.1996, e o acréscimo da importância de R$ 3.441.003,24 (três milhões, quatrocentos e quarenta e um mil, três reais e vinte e quatro centavos), elevando o valor original do contrato para R$ 17.471.003,24 (dezessete milhões, quatrocentos e setenta e um mil, três reais e vinte e quatro centavos).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle anotou em seu relatório de folhas 356/359:

"(...) *examinamos o processo e especificamos as seguintes irregularidades, relatadas em pareceres anteriores, cujas conclusões serviram de base para a decisão exarada às fls. 314/315:*

1 – Previsão de reserva de verba de 15%, conforme cláusula 2.6.2 do Edital (fl. 23) e cláusula 3.1.2 do Contrato (fl. 53).

A douta Assessoria Técnica Jurídica manifestou-se pela irregularidade nos seguintes termos, às fls. 265/266:

Na espécie, ainda que existissem memorial descritivo, planilhas de orçamento e especificações de serviços, inseriu-se no edital cláusula flagrantemente contrária a essas regras legais, que tornou incerto o objeto licitatório na medida em que estabeleceu a reserva de verba, em 15% do montante da proposta vencedora, a ser incluída no valor contratual, "destinada à remuneração das despesas relativas a outros serviços pertinentes ao objeto do contrato e a serviços adicionais, desde que a sua necessidade seja reconhecida e previamente autorizada pela Anhembi e em conformidade com as Normas Técnicas (NT) pertinentes a cada serviço (fls. 23)".

Em razão disso, embora a proposta vencedora, com o desconto concedido, tivesse o valor total de R$ 12.200.000,00, deu-se ao contrato o valor de R$ 14.030.000,00, ficando estabelecido, ainda, no contrato, que seu objeto "abrange os serviços adicionais aos indicados e que, no decorrer das obras, venham a ser tecnicamente recomendados e/ou necessários, e que estarão sujeitos a entendimentos a serem estabelecidos pelas partes signatárias", e, mais, previu o contrato a inclusão no objeto de "outros serviços e a ela pertinentes e cuja execução tenha implicação com aqueles a cargo do construtor" (fls. 49/67, cláusulas 1.5, 1.6 e 3.1.2).

Assim, é incerto o objeto licitado e contratado, o que acarreta a ilegalidade, quer da Licitação, quer do Contrato.

2 – Estornos de medição que poderiam indicar ocorrência de faturamento antecipado. - Em 11.03.97, a Auditoria assim se manifestou, conforme cota à fl. 260: Com relação ao item I (Estorno de Pagamentos Antecipados – fls. 256 e 257), informamos que o valor correto seria R$ 1.688.131,45, valor este auferido pela Assessoria Técnica de Engenharia (fls. 253 e 254). –

A AT-Engenharia, em minuciosa compilação de dados, demonstrou, às fls. 253 e 254, os seguintes valores:

Fls.	Discriminação	Valores em R$
253	Total estornado	- 3.898.939,90
	Total medido	3.396.037,83
	Valor líquido estornado	502.902,07
254	Total estornado	- 1.185.229,38
	Total Estornado Global	1 1.688.131,45

(...) *Como complemento do exame da execução do ajuste, a Auditoria apurou, conforme cota de 30.4.02 às fls. 331/332, que a Anhembi não efetuou qualquer pagamento do valor referente ao estorno do desconto.*

A constatação foi corroborada pela manifestação do Gerente Financeiro da Empresa, juntada à fl. 328." (25.10.2002 – folhas 356/358)

A Assessoria Técnica Jurídica assim se manifestou: "*Com relação à execução contratual, reitero a minha manifestação de fl. 350, cujas conclusões são no sentido de que os órgãos técnicos não constataram a ocorrência de nenhum pagamento antecipado, e consequentemente consideraram prejudicada a apuração de eventual prejuízo.*

Nessas condições, entendo que o presente está em condições de ser submetido à r. consideração e deliberação de N. Conselheiro Relator." (18.02.2003 – folha 363)

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou sua manifestação pela aprovação da execução do Contrato 468/95 e do TA 02/96. (24.3.2003 – folha 366)

A Secretaria Geral, de igual forma, opinou pelo acolhimento da execução contratual, por considerar que as diligências efetivadas não constataram a ocorrência de pagamentos antecipados no período decorrido desde a auditoria anterior, nem pagamentos referentes ao estorno reclamado pela contratada, tão pouco a existência de prejuízos ao erário. (28.7.2003 – folhas 368/370)

A Divisão Técnica III desta Corte de Contas apresentou relatório contendo as seguintes conclusões:

"*2.3 – Resumo dos valores antecipados Diante do exposto nos subitens 2.1 e 2.2, temos os seguintes valores antecipados, decorrentes das diversas medidas e posteriormente estornadas:*

. entre a 1ª e a 2ª medições = - R$ 144.901,70
. entre a 1ª e a 4ª medições = - R$ 41.223,93
. entre a 2ª e a 3ª medições = R$ 65.723,61
. entre a 2ª e a 4ª medições = R$ 153.065,90
. entre a 2ª e a 5ª medições = R$ 2.630,19
. entre a 2ª e a 7ª medições = R$ 31.918,57
. entre a 3ª e a 4ª medições = R$ 283.189,35
. entre a 3ª e a 5ª medições = R$ 28.688,85
. entre a 3ª e a 6ª medições = R$ 14,16
- entre a 3ª e a 7ª medições = R$ 305.404,30
- entre a 4ª e a 5ª medições = R$ 40.179,04
- entre a 4ª e a 7ª medições = R$ 183.869,72
- entre a 5ª e a 6ª medições = R$ 264.675,97
- entre a 5ª e a 7ª medições = R$ 50.661,52

3 – CONCLUSÃO.

Diante de todo o exposto, entendemos que houve antecipação de valores medidos, conforme indicados no subitem 2.3 anterior.

"A Diretora da Divisão Técnica III sugeriu o retorno dos autos para apuração dos respectivos pagamentos. (09.12.2003 – folhas 382/395)

Os autos retornaram a Subsecretaria de Fiscalização e Controle para apuração dos pagamentos, conforme sugerido, que informou:"

Em consulta aos autos obtivemos as seguintes informações:

Valores Antecipados (fl. 394)	(A) Data de Pagamento da Antecipação (fl. 153)	(B) Data de Pagamento da Medição Corretiva (fl. 153)	Quantidade de dias Antecipados (B – A)
305.404,30	09.02.96	02.05.96	83
283.189,35	09.02.96	09.02.96	0
264.675,97	07.03.96	29.03.96	22
153.065,90	12.12.95	09.02.96	59
138.869,72	09.02.96	02.05.96	83
65.723,61	12.12.95	27.12.95	15
50.661,52	07.03.96	02.05.96	56
40.179,04	09.02.96	07.03.96	27
31.918,57	12.12.95	02.05.96	142
28.688,85	09.02.96	07.03.96	27
2.630,19	12.12.95	07.03.96	86
(14,16)	09.02.96	29.03.96	49
(41.223,93)	29.11.95	09.02.96	72
(144.901,70)	29.11.95	01.12.95	02

No demonstrativo dos pagamentos, elaborada pela Divisão Técnica V (fl. 153), consta que as 2ª e 3ª medições foram pagas em 2 e 3 parcelas respectivamente.

Não é possível identificar em quais parcelas estão incluídos os valores pagos antecipadamente. Nesses casos, adotamos o critério

favorável à contratada, de considerar nas antecipações a última data de pagamento e para os itens corretivos a primeira, diminuindo dessa forma a 'Quantidade de Dois Antecipados.'" (12.02.2004 – folha 417)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por seu turno, afirmou o que segue:

"*Conforme relatado, nesta oportunidade discute-se a ocorrência de pagamento antecipado. Ao longo da instrução processual restou comprovada a antecipação de pagamentos, independentemente, contudo, da demonstração de prejuízo ao erário.*

Quanto à possibilidade de pagamento antecipado, podemos extrair a sua vedação dos arts. 62 e 63 da Lei Federal 4.320/64 e do art. 65, II, c, da Lei Federal 8.666/93. *Neste sentido têm decidido o Tribunal de Contas da União (cf.: Acórdão 53/1999 – Plenário, Acórdão 34/2002 – 2ª Câmara)*.

Cumpre destacar a ausência nos autos de qualquer fato que justificasse a antecipação de pagamentos em caráter excepcional. Diante do exposto, opinamos pela irregularidade da presente execução contratual." (30.11.2004 – folhas 422/426)

A Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou as seguintes ponderações:

"*Cumpre observar que, a par das impropriedades detectadas, os Órgãos Técnicos dessa E. Corte deixaram claro que não foi demonstrada a existência de qualquer prejuízo ao erário, em face dos atos praticados (fls. 424, § primeiro)*."

E, visando o aperfeiçoamento da instrução, solicitou que a Emurb fosse oficiada.

A seguir, acrescentou:

"*Sem embargo dessa diligência, bem como, considerando que os Órgãos Técnicos estão opinando pela irregularidade da execução, em face das chamadas antecipações de pagamentos indevidamente feitas à Contratada, entende a Fazenda que os responsáveis legais por tais atos (antecipação de pagamentos) deveriam ser identificados nos autos, e, na sequência, devidamente intimados, para que, em o querendo, possam apresentar seus esclarecimentos e justificativas, na forma do devido processo legal tudo em consonância com os ditames insertos no artigo 5º, LV da Constituição Federal."* (15.8.2005 – folhas 449/451)

A EMURB remeteu os documentos constantes das folhas 463/496.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle informou que os responsáveis são os seguintes: "*pelas medições – Sr. Francisco J. Beraldo Jr., Consultor Técnico. pelos pagamentos – Sr. José Pedro Elmadjian Sobrinho, Diretor Financeiro*." E aduziu que a manifestação da EMURB às folhas 491/495 é cópia do que consta às folhas 281/285 e que foi analisada pela Assessoria Técnica-Engenharia às folhas 193/296 que ali concluiu pela irregularidade da execução contratual, acompanhando a Assessoria Jurídica de Controle Externo em sua manifestação de folhas 422/426, sobre a antecipação dos pagamentos efetuados. (20.01.2006 – folhas 500/501)

O responsável, à época, pelas medições apresentou defesa às folhas 529/536. Em nova manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle entendeu que a argumentação da defesa restou insuficiente para alterar as conclusões técnicas anteriormente apresentadas às folhas 417, 446/447 e 500/501, com o que concluiu pela permanência das irregularidades apontadas quanto à antecipação indevida dos pagamentos feitos à contratada. (17.3.2009 – folhas 540/541v.)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, afirmou em sua última manifestação que, "(...) *ante da ausência de novos elementos que tivessem o condão de elidir as questões postas em tela, perfilhamos das conclusões outrora esposadas, ratificando o posicionamento de fls., no sentido do não acolhimento da execução "sub examine", pelos fatos e fundamentos dantes externados*." (06.7.2010 – folhas 544/545)

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, requereu o acolhimento da execução do Contrato DEJU/468/95 "(...) *ou, ao menos, aguarda o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, tendo em vista o longo tempo transcorrido e, principalmente, por não haver prova da existência de prejuízo concreto ao erário, tudo em homenagem ao princípio da segurança jurídica*." (15.7.2010 – folhas 548/550)

A Secretaria Geral, em conclusão final, afirmou: "*Ciente dos esclarecimentos acrescidos nestes autos na defesa apresentada pelo Sr. Francisco Juliano Beraldi Junior, Consultor Técnico à época responsável pelas medições, observa-se que não se verifica nada consistente que fundamente uma eventual modificação da posição desta SG, lançada em seu parecer de fls. 512/515.* (...)

Face ao exposto, ratifico e reitero o entendimento desta SG que opinou pela irregularidade da execução do Contrato DEJU/468/95 e do seu decorrente aditamento, entendimento este, na mesma direção dos entendimentos dos Orgãos preopinantes desta Colenda Corte de Contas." (25.7.2011 – folhas 552/553)

É o Relatório.

VOTO

Nesta fase, o presente TC analisa a execução do Contrato DEJU/468/95, firmado entre a Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A e a empresa Construtora OAS Ltda., que tem por objeto a execução das obras de construção da Arquibancada Monumental e serviços complementares no Polo Esportivo e Cultural Grande Otelo, situado no Parque Anhembi, com valor inicial de R$ 14.030.000,00 (catorze milhões e trinta mil reais).

CABE ESCLARECER, POR OPORTUNO, que, embora iniciado em 1996, o presente processo encontra-se tramitando em cumprimento ao v. Acórdão de folhas 314/315, prolatado em 19.12.2001, (constando como Relator o Conselheiro Antônio Caruso e como Revisor o Conselheiro Substituto, Rui Corrêa) e que determinou fosse efetuada a análise da execução desse contrato, tendo sido remetido o processo à Unidade Técnica de Pauta em 19.02.2018.

O referido Acórdão decidiu, por unanimidade, em aprovar o Contrato DEJU/468/95 e o termo de aditamento analisados, com determinação à Origem para que não incluísse nos casos futuros cláusula de reserva de verba em seus contratos.

E também decidiu:

"*ACORDAM, ainda, à unanimidade, determinar aos Órgãos Técnicos desta Corte que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, finalizem o exame da execução contratual, verificando, especialmente, a ocorrência de pagamento antecipado e de parte do desconto concedido pela contratada, com apontamento dos responsáveis pelas medições e pagamentos, bem como o efetivo prejuízo causado à Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo*.

" A análise da referida execução, finalizada em 25.7.2011, envolve ainda, o exame do Termo de Aditamento DEJU/02/96 que estipulou a prorrogação do prazo de execução das obras e serviços com acréscimo da importância de R$ 3.441.003,24 (três milhões, quatrocentos e quarenta e um mil, três reais e vinte e quatro centavos), elevando o valor original do contrato para R$ 17.471.003,24 (dezessete milhões, quatrocentos e setenta e um mil, três reais e vinte e quatro centavos).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle apresentou parecer detalhado demonstrando a ocorrência de antecipação de valores referentes a diversas medições, posteriormente estornadas, e discriminadas à folha 394 dos autos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo afirmou:

"*Ao longo da instrução processual restou comprovada a antecipação de pagamentos, independentemente, contudo, da demonstração de prejuízo ao erário. Quanto à possibilidade de pagamento antecipado, podemos*

extrair a sua vedação dos artigos 62 e 63 da Lei Federal 4.320/64 e do artigo 65, inciso II, letra "c", da Lei Federal 8.666/93."

Mencionou, ainda, lição da doutrina que destaca a excepcionalidade do pagamento adiantado, efetuado pela Administração Pública contratante ao contratado antes que este tenha cumprido sua obrigação com a entrega da obra, bem ou serviço, mas tenha satisfeito as condições do contrato.

Assinalou que o pagamento adiantado sempre foi contestado pela doutrina e pelos Tribunais de Contas, que só o admitem em situações excepcionais, especialmente devido à falta de legislação que lhe dê fundamentação e validade, se previsto no edital e no contrato e formalmente garantido mediante a prestação de uma das garantias previstas no artigo 56 da Lei Federal 8.666/93.

Destacou, ademais, ser este o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme os Acórdãos de número 53/1999 – Plenário, e o de número 34/2002 – 2ª Câmara. Por fim, ressaltou não haver nos autos qualquer fato que justificasse a antecipação de pagamento em caráter excepcional e concluiu:

"*Diante do exposto, opinamos pela irregularidade da presente execução contratual*."

A Secretaria Geral, em conclusão final, afirmou:

"(...) *ratifico e reitero o entendimento desta SG* [Secretaria Geral] *que opinou pela irregularidade da execução do Contrato DEJU/468/95 e do seu decorrente aditamento, entendimento este, na mesma direção dos entendimentos dos Órgãos preopinantes desta Colenda Corte de Contas*."

Ante todo o exposto, acompanho as conclusões dos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral e JULGO IRREGULAR a execução do Contrato DEJU/468/95 e do respectivo Termo de Aditamento que estipulou a prorrogação do prazo de execução das obras e serviços até 31.05.1996, com acréscimo da importância de R$ 3.441.003,24 (três milhões, quatrocentos e quarenta e um mil, três reais e vinte e quatro centavos), que elevou o valor original do contrato para R$ 17.471.003,24 (dezessete milhões, quatrocentos e setenta e um mil, três reais e vinte e quatro centavos), diante da irregularidade apontada pela Auditoria desta Corte de Contas, consistente na antecipação de pagamentos, o que é expressamente vedado pelos artigos 62 e 63 da Lei Federal 4.320/64 e, notadamente, pelo artigo 65, inciso II, letra "c", da Lei Federal 8.666/93.

Em razão da ausência de comprovação nos autos de efetivo prejuízo ao erário, ante o tempo decorrido e em atenção ao princípio da segurança jurídica ACOLHO EXCEPCIONALMENTE os efeitos financeiros.

Expeça-se ofício dirigido à SPTuris – São Paulo Turismo S/A, informando do teor da presente decisão, devendo ser acompanhado do relatório da Auditoria atestando a ocorrência de pagamentos antecipados.

1º Julgado

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 262.96-53, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro Eurípedes Sales, após vista que lhe fora concedida, na 2.004ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Antonio Carlos Caruso - Relator e Rui Corrêa - Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, aprovar o contrato e o termo de aditamento sob exame, determinando à Origem que não inclua, de futuro, cláusula de reserva de verba em seus contratos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator para a Empresa Municipal de Urbanização - Emurb, na qualidade de gerenciadora, a fim de que conheça da decisão e aplique o disposto na determinação precedente.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, determinar aos Órgãos Técnicos desta Corte que, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, finalizem o exame da execução contratual, verificando, especialmente, a ocorrência de pagamento antecipado e de parte do desconto concedido pela contratada, com apontamento dos responsáveis pelas medições e pagamentos, bem como o efetivo prejuízo causado à Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S.A.

Participaram do julgamento os Conselheiros Rui Corrêa - Revisor, Eurípedes Sales e Mariana P. A. Q. Barbosa.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de dezembro de 2001.

EDSON SIMÕES
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

RELATÓRIO

Analisa-se, no presente processo, o Contrato nº DEJU/468/95, aditado pelo TA nº DEJU/002/96, pactuado entre a Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S.A. e a empresa Construtora OAS Ltda., decorrente de licitação sob a modalidade concorrência, tendo por objeto a construção da arquibancada monumental e serviços complementares do Pólo Esportivo e Cultural Grande Otelo.

O certame foi vencido pela licitante que apresentou o menor preço, a qual, após solicitação da Anhembi, concedeu desconto no valor de R$ 359.381,96 (trezentos e dezenove mil, trezentos e oitenta e um reais e noventa e seis centavos), operando-se a consequente adjudicação e homologação com o novo valor.

Antes da contratação, a licitante apresentou ofício impondo as seguintes condições para a concessão do desconto:

a) diminuição das parcelas relativas à Operação, Manutenção, Limpeza e Vigilância do canteiro, tendo em vista a redução da duração da obra de 9 meses para 5 meses;

b) utilização dos camarotes como parte do canteiro; c) compromisso da Anhembi quanto à pontualidade nos pagamentos. A seguir, realizou-se a celebração do contrato em que constou o valor com o desconto concedido, porém, sem qualquer condição para o referido desconto. AUD-II apresentou relatório às fls. 121/125vº, propondo acolhimento do contrato.

Posteriormente, chamada a manifestar-se, constatou, às fls.148/155, que as medições apresentaram quantidades estornadas, o que poderia indicar a ocorrência de faturamento antecipado.

A Auditoria informou, ainda, que a contratante estaria reivindicando o cancelamento do desconto que concedera, visto que a Anhembi não teria cumprido as condições impostas para sua concessão.

A AT-Engenharia analisou as planilhas de medições e os estornos realizados, concluindo que os procedimentos da Origem foram irregulares. AUD-II e SFC, às fls. 256/260, tendo em vista a manifestação da AT-Engenharia, entenderam irregular o procedimento da Origem quanto ao estorno de pagamentos antecipados e entendeu que apenas parte do desconto teria justificativa para ser cancelado.

Este Conselheiro solicitou manifestação da AT-Jurídica sobre as conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos, bem como a respeito de:

1) legalidade do “fundo de reserva” previsto no Edital;

2) legalidade de adjudicação do objeto licitatório sem clara delimitação das condições propostas;

3) validade da condição para o desconto oferecido no processo licitatório, estipulada com data posterior à homologação do procedimento. A AT, às fls. 262/267, em parecer de lavra do Dr. Luiz Carlos Galvão de Barros, acolhido pelo Assessor Chefe, Dr. Murilo Magalhães Castro, entendeu ser flagrantemente ilegal a cláusula editalícia, estabelecendo "fundo de reserva" de 15% do valor contratual, visto que tornou incerto o objeto licitatório.

Por outro lado, salientou ilegal o estorno da quantia correspondente ao desconto concedido, uma vez que sua concessão foi incondicional, não tendo qualquer relevância a manifestação unilateral e posterior da contratada.

Quanto às conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos sugeriu a oitiva da Origem.

A Anhembi apresentou defesa às fls. 279/287, alegando, em síntese, que a "reserva de verba" vem sendo utilizada pela EMURB, gerenciadora da obra, desde 1990, sem qualquer questionamento por esta Corte, tendo como finalidade cobrir a diferença entre o projeto básico e o projeto executivo, assegurando a previsão de recursos, sem que se possa falar em indefinição do objeto contratual.

Por outro lado, alegou serem inverídicas e fruto de metodologia errônea as conclusões de AUD e AT-Engenharia, quanto ao pagamento antecipado, que em verdade não teria se verificado.

A AT-Jurídica, às fls. 288/290, em nova manifestação, subscrita pela Assessora Subchefe, Dra. Roseli de Morais Chaves, divergiu da manifestação anterior da própria Assessoria Técnica Jurídica, entendendo não haver qualquer ilegalidade no Edital e na fixação da reserva de verba, acolhendo na íntegra as razões de defesa, por entender que tais razões "exaurem a matéria".

A AT-Engenharia, às fls. 293/296, manteve sua manifestação anterior pela irregularidade dos estornos realizados, prevalecendo, assim, a conclusão no sentido de que houve pagamento antecipado. AUD-II e SFC às fls. 298/299, opinaram pelo acolhimento do Contrato e de seu Termo Aditivo, entendendo que a Origem só poderia pagar uma parte do desconto concedido.

A PFM, às fls. 303, opinou pelo acolhimento do contrato e de seu termo aditivo, bem como da execução contratual, desde que pague apenas parte do desconto, conforme manifestação dos órgãos técnicos.

SDG, às fls. 304/305, opinou pelo acolhimento dos ajustes em face da sua regularidade formal, e para que, oportunamente, os Órgãos

Técnicos desta Corte verifiquem a execução contratual.

É o relatório.

VOTO

Concordo com o primeiro parecer da AT-Jurídica, que considerou irregular a previsão de uma reserva de verba, no montante de 15% do valor da proposta, visto que acrescenta ao objeto uma indeterminação quanto à quantificação e qualificação dos serviços a serem prestados, descumprindo o § 4º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

"Art. 7º - ...."

"§ 4º - É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo."

Não procede a alegação da Origem de que tal reserva teria como finalidade cobrir a diferença entre o projeto básico e o projeto executivo, visto que, nesta hipótese, a Administração pode alterar unilateralmente o contrato, conforme lhe permite o art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União já decidiu que:

"é obrigatória, quando do lançamento de processo licitatório, a adequada definição do objeto a ser licitado, inclusive quanto a quantitativos, não sendo permitida apenas a inclusão de um limite máximo, sem que haja previsão do que vai ser realizado, ante a vedação do § 4º do art. 7º da Lei 8.666/93"
(Decisão 069/96, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi, DOU de 18.03.96, pág. 4.532)

Como relata a Origem, desde 1990 a EMURB prevê em seus contratos esta reserva de verba sem que este Tribunal a tenha julgado irregular.

Ademais, a sua inserção não prejudicou a competitividade do certame, nem gerou qualquer prejuízo à Origem.

Portanto, entendo que, desta feita, se possa relevar tal óbice. De outro lado, a devolução do desconto concedido é irregular, uma vez que, conforme relatado, não foi o mesmo concedido formalmente sob condição.

Em nenhum momento a empresa vencedora do certame mostrou irresignação com o fato de, tanto na adjudicação como na homologação, não constar a possibilidade de devolução do desconto efetuado, não tendo ingressado com recurso administrativo para corrigir uma possível omissão.

O simples envio de ofício pela contratada, estabelecendo condições para o desconto concedido, por si só não implicou na sua aceitação por parte da Anhembi.

Pelo contrário, a Origem não se manifestou sobre o pedido apresentado, sendo certo, repise-se, que no contrato, assinado posteriormente, não se previu de maneira clara e expressa qualquer condição.

Quanto aos estornos realizados nas medições, entendo, na esteira de SDG, que os órgãos técnicos poderão apurá-los melhor em uma verificação ampla da execução contratual, em especial o prejuízo que a alegada antecipação de pagamento teria ocasionado.

Não obstante, do apontado nos autos, entendo que o procedimento licitatório transcorreu sem que houvesse violação aos princípios da isonomia e da competitividade, e sem que se vislumbrasse dolo ou má-fé.

Por outro lado, o exame formal dos ajustes, exceto no tocante ao fundo de reserva, não revela ilegalidades, embora os Órgãos Técnicos desta Corte já tenham constatado irregularidades na execução contratual, parcialmente realizada.

Diante do exposto, VOTO pela aprovação do contrato e do termo de aditamento em exame, determinando-se à Origem que não inclua, de futuro, cláusula de reserva de verba em seus contratos.

Determino, ainda, que se envie cópia integral deste relatório e voto para a EMURB, na qualidade de gerenciadora, para que conheça da decisão e aplique o disposto na determinação precedente.

Por fim, determino aos órgãos técnicos desta Corte que finalizem o exame da execução contratual, verificando, especialmente, a ocorrência de pagamento antecipado e de parte do desconto concedido pela Contratada, com apontamento dos responsáveis pelas medições e pagamentos, bem como do efetivo prejuízo causado à Anhembi, no prazo de 120 (cento e vinte) dias (**2.004ª S.O.**).