TC 72.000.548.96-66

ANALISE. ADITAMENTO CONTRATO. SMT. Concessão para exploração comercial de estacionamento subterrâneo. Alteração da constituição do Consórcio. Recolhimento parcial da garantia contratual. Possibilidade. Razoabilidade. REGULARES. Votação unânime

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.348ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro Maurício Faria – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regulares os Termos de Aditamento 1º/1999 e 02/2000, relativos ao Contrato 14/95-SMT-GAB, determinando o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Sessão no Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque em 30 de janeiro de 2008.

Presidente: Edson Simões –

Relator: Maurício Faria.

RELATÓRIO

Trata o presente, nesta oportunidade, da análise do 1º e 2º Termos de Aditamento ao Contrato nº 14/95-SMT-GAB, celebrado entre a Municipalidade e o Consórcio Dr. Enéas Carvalho de Aguiar, cujo procedimento licitatório e a contratação foram acolhidos por esta E. Corte.

A Auditoria, no exame dos TAs, concluiu pela irregularidade de ambos. No que concerne ao 1º TA, entendeu-o irregular porque a sua composição não guardava correspondência com as alterações processadas na constituição do Consórcio, em desatendimento ao subitem 7.1.3, 'e', do respectivo contrato, bem como em razão da ausência de documentos relativos ao CNPJ, CND e FGTS da empresa AMAFI Comercial e

Construtora Ltda., e, ainda, em razão da falta de recolhimento integral da garantia contratual.

O 2º TA foi considerado irregular em razão da extemporaneidade da autorização da SMT para as alterações na constituição do Consórcio, além da falta de recolhimento integral da garantia.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se inicialmente pela irregularidade dos termos.

Posteriormente às defesas apresentadas pelo Sr. Getúlio Hanashiro e Consórcio Dr. Enéas de Carvalho Aguiar, a Auditoria manifestou-se reiterando sua posição anterior.

A AJCE, por sua vez, alterou seu entendimento, ao concluir pela regularidade dos instrumentos, por entender que as falhas formais relativas às alterações procedidas na composição do Consórcio não comprometem a sua regularidade, considerando, ainda, questões fáticas relativas à conclusão das obras, o tempo decorrido e a ausência de prejuízo ao Erário.

No que toca à garantia contratual, entendeu adequado ao princípio da razoabilidade o recolhimento parcial da garantia, uma vez que dois terços da obra já haviam sido realizados, conforme atestado pelo respectivo termo de recebimento provisório.

Após manifestação da AJCE, o Consórcio apresentou documentos relativos à empresa AMAFI, objetivando demonstrar a manutenção das condições de regularidade jurídica e fiscal da referida empresa.

Diante dos documentos ofertados, a AJCE, na pessoa da Assessora Subchefe, como também do Assessor Jurídico Chefe, reiteraram as conclusões anteriormente lançadas, no sentido da regularidade dos instrumentos de aditamento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira dos argumentos apresentados pela AJCE, opinou pelo acolhimento dos termos de aditamento.

A Secretaria Geral acompanhou as manifestações precedentes no sentido do acolhimento dos TAs, pontuando a prescindibilidade de celebração de termo de aditamento para o processamento das alterações internas na constituição do Consórcio e a previsão expressa de possibilidade de alteração da constituição do Consórcio no edital e contrato, mediante anuência da Prefeitura, o que teria ocorrido quando da celebração do 2º TA, de forma a convalidar a situação. No atinente à insuficiência da garantia, entendeu que a emissão do Termo de Recebimento Provisório de dois terços da obra permite o recolhimento da garantia apenas sobre o remanescente.

Ainda, no que se refere à documentação da empresa AMAFI, considerou supridas as falhas apontadas, por meio da documentação acrescida às fls. 1.014/1.053.

É o relatório

VOTO

Conforme se depreende da instrução processual, ora relatada, as questões que se colocam como impeditivas do acolhimento dos termos aditivos dizem respeito à alteração da constituição do Consórcio, bem como do recolhimento parcial da garantia contratual.

No que concerne à alteração da constituição do consórcio, entendo que tal possibilidade, ainda que não expressamente disciplinada pela Lei 8.666/93, encontra amparo em seu art. 78, inciso XI, que faz referência à alteração social ou modificação da estrutura da empresa contratada, que venha a prejudicar a execução contratual, como hipótese de rescisão contratual, o que, a "contrario sensu", permite a conclusão no sentido de que a alteração é possível desde que não repercuta negativamente na execução do ajuste.

Esse dispositivo guarda correlação direta com o art. 55, inciso XIII, do mesmo diploma que estabelece, como cláusula essencial do contrato, a obrigação do contratado em manter, durante toda a execução contratual, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no edital.

Assim, ainda que no caso concreto o edital e o contrato tenham fixado regra que possibilite a alteração da constituição do consórcio mediante anuência do contratante, entendo que tal alteração só será legal se restar comprovado que as novas empresas integrantes do Consórcio possuem as mesmas condições de habilitação e de qualificação que foram exigidas das demais empresas consorciadas, quando da realização do torneio licitatório.

Com efeito, o contrato do qual se originam os TAs em análise foi celebrado com o Consórcio Dr. Enéas Carvalho de Aguiar, constituído pelas empresas AMAFI Comercial e Construtora Ltda., W Washington Empreendimentos, Participações e Transportes Ltda. e Estapar Estacionamentos S. C. Ltda., em 28 de novembro de 1995.

O 1º Termo de Aditamento, que cuidou da prorrogação do prazo contratual, foi lavrado em 07 de outubro de 1999 e teve como empresas constituintes do Consórcio Dr. Enéas Carvalho de Aguiar, além das empresas originariamente dele integrantes, as empresas Construbase Construtora de Obras Básicas de Engenharia Ltda. e ZPG Participações Ltda.

A despeito dessa primeira alteração do Consórcio apenas constar do preâmbulo do termo aditivo lavrado em outubro de 1999, a respectiva autorização da Administração foi exarada em 21/05/96. No referido

documento restou consignada expressamente a necessidade de os novos consorciados demonstrarem o preenchimento dos requisitos exigidos para participação no procedimento licitatório antecedente ao contrato (fls. 373/382). Ao teor do documento de fl. 383, os documentos de habilitação das novas empresas foram devidamente encaminhados à SMT.

O 2º TA, lavrado em 22 de março de 2000, teve por objeto a consolidação das novas alterações na constituição do Consórcio. Retirou-se do Consórcio a empresa AMAFI e ingressou a empresa Ponte Di Ferro Participações Ltda., passando a liderança do mesmo a ser exercida pela empresa Construbase. Os documentos de habilitação da empresa Ponte Di Ferro foram devidamente apresentados às fls. 433/473.

Os fatos, ora narrados, permitem o meu convencimento no sentido da adequação da atuação da Administração Pública às normas legais pertinentes, na condução das alterações procedidas na constituição do Consórcio.

Ainda que não tenha havido a perfeita sintonia temporal entre as alterações procedidas e o momento da sua autorização e formalização por meio de Termo Aditivo, é certo que a anuência da Administração ocorreu, na conformidade das exigências editalícias e contratuais, e baseou-se na confirmação de equivalência das condições de habilitação das novas empresas consorciadas.

No que toca à necessidade de formalização da alteração por meio de Termo de Aditamento, a questão não é pacífica, podendo, portanto, ser relevada, sobretudo à evidência de autorização do Secretário de Transportes, à época.

Quanto aos apontamentos relativos à documentação da empresa AMAFI, entendo-os superados com a documentação acrescida às fls. 1.014/1.053.

Já no que diz respeito à garantia contratual, endosso a argumentação lançada pela AJCE no sentido da observância do princípio da razoabilidade, segundo o qual não cabe à Administração impor ao administrado um ônus superior ao necessário, o que acabaria por comprometer outros princípios correlatos, a saber: da proporcionalidade e da boa-fé.

Desta feita, executados dois terços da obra, na conformidade do atestado de recebimento provisório, inadequada coloca-se, a meu ver, a exigência de recolhimento da garantia correspondente à integralidade da obra.

Aliás, oportuno consignar que a instrução processual dá notícia de que a obra foi entregue e que os serviços são adequadamente prestados, sem qualquer indício de prejuízo ao Erário ou má-fé dos agentes envolvidos.

Em face do exposto, julgo regulares os termos de aditamento "sub examine".

Após, arquivem-se os autos.