TC nº 72-001.008.03-55

APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES. MPESP. CONTRATO. SPTRANS. Detalhamento de Projeto Executivo e Execução de Obras para Implantação de Infra-Estrutura – Transporte Coletivo – Linha Parque Dom Pedro II/Sacomã. CONHECIDA com DETERMINAÇÃO. Votação unânime. Encaminhamento de cópia do julgado aos Chefes do Executivo e Legislativo e Secretário Municipal dos Transportes. Votação por maioria.

Acompanha TC 72-003.189.98-33

2.383ª Sessão Ordinária

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com o TC 3.189.98-33, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Roberto Braguim, Vice-Presidente no exercício da Presidência, após determinação de Sua Excelência, na 2.380ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, ocasião em que votaram os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, com votos anteriormente proferidos pelos Conselheiros Edson Simões – Relator e Eurípedes Sales – Revisor, na 2.372ª S.O.

ACORDAM, os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Edson Simões – Relator, bem como pelo voto do Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor e pelos votos dos Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, apresentados em separado, em conhecer da solicitação feita pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, determinando, em atendimento ao pleiteado, o encaminhamento de cópia do V. Acórdão do processo TC 3.189.98-33, bem como de cópia dos pareceres apresentados pelos Órgãos Técnicos desta Corte, acompanhado de cópia integral destes autos.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Relator, Eurípedes Sales – Revisor e Antonio Carlos Caruso, em determinar o encaminhamento de cópia do presente Acórdão ao Excelentíssimo Senhor Prefeito, ao Presidente da Egrégia Câmara Municipal de São Paulo – CMSP e ao Secretário Municipal de Transportes.

Vencido, neste particular, o Conselheiro Maurício Faria, que não exarou a referida determinação.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" Fábio Costa Couto Filho. Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de julho de 2008.

Roberto Braguim
Vice-Presidente no exercício da Presidência

Edson Simões
Relator.

RELATÓRIO

Trata-se da análise de 11 (onze) aditamentos ao Contrato 98/04, cujo objeto é a implantação da infraestrutura necessária para a operação no subsistema de transporte coletivo de passageiros de média capacidade, no grupo de linhas 1, Linha Sacomã – Parque D. Pedro II, já acolhido por este Tribunal, conforme acórdão à folha 717.

Em uma apertada síntese, os Termos de Aditamento, ora em julgamento, têm os seguintes objetos:

TA 01 - aumento do prazo contratual em 18 (dezoito) meses;

TA 02 - atualização do valor contratual em R$ 7.058.508,82 (sete milhões, cinqüenta e oito mil quinhentos e oito reais e oitenta e dois centavos);

TA 03 - nova redação ao item 43.02-00 da Planilha de Orçamento – Anexo II do Contrato;

TA 04 - inclusão de cláusulas no capítulo VII – Das Medições e Condições de Pagamento, do contrato original (readequação do critério de medição);

TA 05 - aumento do prazo em 10 meses;

TA 06 - aumento do prazo em 2 meses;

TA 07 - aumento do prazo em 2 meses;

TA 08 - aumento do prazo em 1 mês;

TA 09 - aumento do prazo em 3 meses;

TA 10 - aumento do prazo em 18 meses e

TA 11 - redução unilateral dos preços unitários; readequação do projeto com redução, substituição, alteração e exclusão de itens; rescisão do TA 04; inclusão de novos termos no Capítulo II do Contrato Original; autorização à Contratada para subcontratação e alteração do valor do contrato.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu que:

a) o TA 01 é regular, ressalvando a sua publicação extemporânea (infringindo o artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal 10.544/88 e o artigo 61, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93) e o fato de a Certidão Negativa de Débito e o Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço estarem vencidos na data da sua assinatura (infringindo o artigo 55, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93) (folhas 737/739);

b) o TA 02 é regular, também ressalvando a Certidão Negativa de Débito vencida na data da assinatura (folha 764);

c) o TA 03 é regular, com ressalvas pela sua publicação extemporânea;

d) o TA 04 é irregular, pois antecipa pagamentos à contratada sem a correspondente entrega do material ou execução da obra, contrariando o artigo 65, inciso II, alínea "c", da Lei Federal 8.666/93;

e) o TA 05 é regular, ressalvando a sua publicação extemporânea e que no Cronograma físico-financeiro consta o valor inicial do contrato, já atualizado pelo Termo de Aditamento 02;

f) o TA 06 é regular, com ressalva por não ter sido constatado cronograma físico-financeiro na pasta da Origem;

g) os TAs 07, 08 e 09 são regulares.

Ademais, considerou a análise dos TAs 10 e 11 pendente da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, pois no TA 10 a prorrogação extrapola o prazo máximo de vigência previsto no artigo 57 da Lei Federal 8.666/93 e no TA 11 não consta evidência de renovação da caução contratual, além de não ter sido assinado pelo Secretário Municipal de Transportes, na qualidade de interveniente-anuente.

Explique-se que, conforme justificado pelo Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Transportes, a mencionada não-assinatura deu-se pela discordância da Pasta quanto ao referido aditamento, que considerou existir dois impedimentos capazes de inviabilizá-lo, quais sejam:

1º) um dos seus objetos é a rescisão do Termo Aditivo 4, previsão que considerou inexistente no ordenamento jurídico pátrio 'sobretudo quando foram produzidos efeitos...'; e

2º) a inclusão de cláusula de correção monetária por atrasos nos pagamentos que, segundo seu entendimento, deveria ter sido prevista em edital (folhas 1.277/1.285).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou justificada a prorrogação do ajuste para 63 (sessenta e três) meses, pois a aprovação do empréstimo solicitado ao BNDES – necessário para a conclusão das obras – configura norma excepcional de prorrogação contratual – disposta no artigo 57, inciso I, da Lei Federal 8.666/93 – a qual permite o aumento do prazo para os projetos contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual (folhas 1.103/1.109).

Contudo, apontou que o TA 04 fere o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e que o caráter de ilegalidade do TA 11 foi reconhecido pela Secretaria Municipal de Transportes 'ao negar a assinatura do termo como interveniente-anuente'.

Acrescentou que um dos objetivos do TA 11 é a rescisão do TA 04 para supostamente sanar suas irregularidades, mas, conforme constatado, o referido aditamento já produzira efeitos, fato que uma simples rescisão não poderia regularizar.

Ademais, evidenciou que, além da falta de previsão editalícia, a cláusula 27ª do ajuste inicial (folha 691) foi taxativa ao dispor que 'Não haverá atualização ou compensações financeiras nos termos da Portaria SF 54/95'.

Por fim, enfatiza que o acréscimo contratual de 40% desobedece às vedações legais.

Assim sendo, concluiu pela irregularidade dos TAs 04 e 11 e, por conseqüência, dos TAs 05 a 10 por sucederem ao primeiro (folhas 1.411/1.415).

Intimados, os responsáveis pela despesa defenderam-se alegando que o Termo de Aditamento 04 justifica-se nos atrasos na obra, ocorridos em função de problemas técnicos, restrição na liberação da área, pelos atrasos nas desapropriações, além da não disponibilização de recursos financeiros por parte do Erário.

Sustentam que tais atrasos acarretaram o desequilíbrio econômico do ajuste e a alteração ocorrida visava ao seu reequilíbrio (folhas 1.133/1.140, 1.141/1.147, 1.158/1.163 e 1.164/1.170).

A Assessoria Jurídica discordou das defesas apresentadas, reiterando seu posicionamento pela irregularidade do TA 04, acrescentando que *'a figura legalmente admitida para a readequação dos valores do contrato é a revisão de preços, na hipótese prevista no artigo 65, inciso II, letra "d", e não a antecipação de pagamento, que vem vedada no mesmo artigo'.*

Ademais, apontou não existir qualquer excepcionalidade para justificar a antecipação, pois, o fornecimento dos materiais e dos serviços contratados inicialmente, sem qualquer antecipação de pagamento, não se alterou ao longo do contrato e o atraso verificado, ainda que por culpa da Administração, não modificou a natureza das obrigações originalmente pactuadas, nos termos do edital (folhas 1.174/1.176).

Oficiada, a Origem apresentou os seguintes argumentos:

(a) o contrato não teve o andamento inicialmente previsto no cronograma físico-financeiro, sendo que a descontinuidade na liberação dos recursos financeiros, por motivos alheios à vontade da SPTRANS, veio a comprometer significativamente a execução contratual;

(b) a situação excepcional de execução exigiu a adoção, pelas partes, nos limites da lei, de providências tendentes a encontrar a melhor solução para viabilizar a continuidade da contratação, mantendo as condições econômicas iniciais;

(c) alterou-se a Cláusula 28ª do contrato nos termos do artigo 65, inciso II, alíneas "c" e "d", da Lei Federal 8.666/93;

(d) toda a alteração contratual significativa é resultado de estudo técnico apurado, em que a Administração deve analisar a continuidade do interesse público envolvido na contratação, a vantajosidade de continuar o contrato inicialmente licitado ou rescindir o contrato e providenciar novo procedimento licitatório;

(e) a não-liberação de verbas nos termos ajustados e os entraves judiciais nas desapropriações interferiram novamente no ritmo normal dos serviços e justificaram a realização de procedimentos extraordinários visando ao pagamento do Consórcio contratado pelos serviços efetivamente realizados e medidos, através da compensação de créditos, corroborado pelo parecer do Prof. Antonio Carlos Cintra do Amaral, que entendeu possível sua adoção nos contratos administrativos;

(f) após nova reavaliação sobre o interesse na continuidade do contrato, foi celebrado o Termo Aditivo 11 para consubstanciar acréscimos qualitativos e quantitativos, a partir de profundas alterações efetuadas no projeto, de ordem técnica, para adequá-lo à nova realidade fática;

(g) em contrapartida às alterações das cláusulas de serviços, foram igualmente modificadas as cláusulas econômicas objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sendo concebida a cláusula de atualização financeira para regular as situações de pagamento em atraso, tendo em vista o histórico da contratação (folhas 1.437/1.463).

Intimada, a empresa contratada apresentou defesa ressaltando que a contratação em tela foi celebrada em 26/01/1998, com prazo inicial de nove meses.

Argumentou que, de acordo com as regras da licitação, o projeto executivo seria desenvolvido concomitantemente à execução contratual, ou seja, os efetivos serviços e verdadeiros quantitativos para a execução das obras só seriam conhecidos com o início das obras.

Quanto ao TA 04, alega que fatos supervenientes prejudicaram o atendimento às condições inicialmente planejadas, deixando a SPTRANS sem alternativa diante da Contratada, uma vez que seu cronograma físico-financeiro teria 'desmoronado'.

Acrescentou que somente em julho de 2002 foi celebrado o Termo Aditivo 11 para consubstanciar acréscimos qualitativos e quantitativos, a partir de profundas alterações técnicas efetuadas no projeto.

Entendeu, nesse momento, necessária a inclusão de cláusula de atualização financeira para regular as situações de pagamento em atraso, bem como de cláusula de reajustamento de preços, considerando que o prazo contratual ultrapassou os doze meses (folhas 1.500/1.509).

Com base em todas as defesas apresentadas, a Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou seu parecer sobre a regularidade da prorrogação contratual ocorrida, uma vez enquadrada na regra de exceção (projetos contemplados pelo Plano Plurianual).

Quanto à atualização monetária, apontou que o contrato era, inicialmente, de 9 (nove) meses, portanto, por ser menor de 1 ano, não poderia haver previsão de reajuste ou correção monetária, dada a vedação da Lei 10.191/01.

Tendo em vista que os aditamentos tornaram o seu período superior a um ano, concluiu não haver conflito.

Ressaltou que 'essa atualização financeira envolve uma atualização meramente nominal de valores, destinada a compensar os efeitos inflacionários'.

Quanto ao acréscimo contratual, da ordem de 40%, concluiu que, mesmo estando acima do teto legal de 25% para os acréscimos e supressões, há de ser considerada 'a tipicidade do contrato em questão,

notadamente decorrentes de 3 fatores que interferiram em sua execução, quais sejam: as alterações e adaptações no projeto original; o atraso nas desapropriações de imóveis e os atrasos na disponibilização dos recursos financeiros'.

Neste sentido, indicou que o 'acréscimo de 40%, como os adiantamentos realizados pela Origem, não encontram respaldo na legislação hodierna, mas devem ser sopesados diante do que determina o artigo 58, I, da Lei Federal 8.666/93', o qual confere à Administração a prerrogativa de modificar os contratos, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público.

Nesse sentido, principalmente pela excepcionalidade da contratação, concluiu pela regularidade dos instrumentos, com recomendação para que a Origem evite a alteração da cláusula de pagamento durante a execução contratual (folhas 1.521/1.540).

Com base nos pareceres da Assessoria Jurídica, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou seus pareceres, passando, contudo, a opinar pela regularidade do TA 04 e do TA 10.

Por fim, concluiu pela irregularidade do TA 11, pela ausência de assinatura no Termo de Aditamento do interveniente-anuente, bem como pelo acréscimo de mais de 40% dos serviços contratados (infringência ao art. 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93) (folhas 1.657/1.660).

A Procuradoria da Fazenda Municipal concluiu pela regularidade dos 11 aditamentos (folhas 1.542/1.556).

No mesmo sentido, a Secretaria Geral concluiu pela regularidade dos instrumentos em julgamento, acompanhando as propostas de recomendações da Assessoria Jurídica (folhas 1.584/1.593).

Em julgamento também o TC 1.008.03-55, cujo objeto versa sobre solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo, no sentido da apuração, por este Tribunal, de irregularidades no Contrato 04/98 e aditamentos.

Tendo em vista que o solicitado, naquele instante, já fazia parte dos levantamentos, averiguações e análises da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a sua instrução processual prosseguiu no processo TC 3.189.98-33, ora relatado.

É o relatório. **(2.351ª S.O.)**

VOTO: Da análise dos autos, remanesce a discussão acerca de 4 (quatro) pontos, quais sejam:

a) a superação do limite legal para a duração do ajuste a partir do TA 10;

b) a antecipação de pagamento causada no TA 04;

c) o acréscimo de mais de 40% dos serviços contratados no TA 11; d) a falta de assinatura da Secretaria Municipal de Transportes no TA 11.

Quanto a duração do prazo contratual acima do limite legal, são corretas as conclusões da Assessoria Jurídica de Controle Externo considerando justificada a sua prorrogação para 63 (sessenta e três) meses, em função da aprovação do empréstimo solicitado ao BNDES – necessário para a conclusão das obras, uma vez que amparada como norma excepcional no artigo 57, inciso I, da Lei Federal 8666/93 – a qual permite a prorrogação dos projetos contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual.

No que tange a antecipação de pagamento, prevista no TA 04, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro da proposta não é possível endossar os entendimentos finais dos Órgãos Preopinantes, uma vez que, para a readequação dos valores contratuais, a lei prevê a figura jurídica da Revisão de Preços, na hipótese prevista no artigo 65, inciso II, letra "d", e não a antecipação de pagamento, que vem vedada no mesmo artigo.

Ademais, a excepcionalidade invocada para justificar a antecipação feita, não está caracterizada, pois, o fornecimento de materiais e prestação de serviços contratados, não se alterou ao longo do contrato e o atraso verificado, ainda que por culpa da Administração, não alterou a natureza das obrigações originalmente pactuadas e constantes do edital de licitação.

Sobre essa questão, a Assessoria Jurídica de Controle Externo foi precisa em uma das suas primeiras manifestações (folha 1105 e seguintes) ao afirmar:

'É pensamento corrente na doutrina nacional do direito administrativo que a Administração poderá adotar a forma de pagamento antecipado somente em casos muito específicos e excepcionais, desde que previamente previsto no instrumento convocatório e com a imposição de garantia.

Ora, a preservação do interesse público impõe à Administração o máximo de zelo e cautela. Nessa ordem de ideias são admissíveis apenas os pagamentos por bens e serviços efetivamente prestados ou fornecidos.

Essa é a regra dos artigos 62 e 63, da Lei Federal 4.320/64, que tem em mira a garantia dos dinheiros públicos.

O pagamento só deve ser liberado após a efetiva "liquidação da despesa", isto é, após devidamente verificado pela Administração o direito adquirido do credor.

O pagamento antecipado é, pois, exceção que só pode ser admitida quando recomendar o interesse público. (...)

A antecipação de pagamento, portanto, é uma exceção e somente poderá ocorrer com a prestação de garantia efetiva e desde que haja previsão expressa no instrumento convocatório (artigo 40, inciso XIV, "d").

No caso dos autos o TA 04 veio alterar as condições de pagamento estabelecidas no edital e no contrato, o que é vedado pelo artigos 65, inciso II, "c", 3º e 41, da Lei 8.666/93.

Nessas condições, a par de não configurar a excepcionalidade admitida nesses casos, posto que a execução de obras públicas não exige, segundo os parâmetros de mercado, a antecipação de pagamento, a condição não foi prevista no edital de licitação, o que impede, desde logo, qualquer alteração da forma de pagamento.'

Quanto ao acréscimo contratual de 40% (quarenta por cento), não se encontra respaldo na legislação em vigor, que como é cediço, adota o teto de 25% (vinte e cinco por cento) para os acréscimos e supressões.

Ressalte-se que o referido acréscimo foi rechaçado pela Secretaria Municipal de Transportes que, por essa razão deixou de assinar o referido aditamento, na qualidade de interveniente-anuente.

Ademais, ressalte-se, quanto a falta de assinatura pela SMT, como interveniente – anuente do TA 11, a justificativa do seu Chefe de Gabinete ao seu Secretário, no sentido de não assiná-lo, que diz: 'Trata o presente do 11º Termo Aditivo do Contrato nº 98/04 encaminhado para assinatura aonde SMT figura como interveniente – anuente.

Entretanto, parece-nos que o presente aditivo contém em seu texto dois impedimentos de ordem jurídica que poderiam inviabilizar aquele pacto, a saber:

O primeiro é a previsão constante da clausula 2.1.3, que estabelece a "rescisão do Termo Aditivo nº 4, de 29/02/2000".

A figura da rescisão de um termo aditivo não existe no direito administrativo brasileiro, sobretudo quando foram produzidos efeitos, no passado, devidos àquele termo, os quais evidentemente constituem fatos históricos que não podem ser apagados da história por força de uma rescisão.

Mesmo que este 11º Termo Aditivo preveja a "ratificação dos efeitos produzidos" pelo termo aditivo que pretende rescindir permanece a falta de lógica jurídica em rescindir o ato que ensejou os efeitos e que com isso se

incorporou em definitivo, no passado, à própria execução do contrato, tudo numa situação, repita-se, inteiramente esgotada no passado.

O segundo óbice consignado neste pretendido 11º Termo Aditivo é o que consta da cláusula 2.1.4, que visa incluir no "Capítulo III do Contrato Original" uma cláusula de correção monetária por atrasos nos pagamentos, "com atualização financeira de acordo com a variação do IGPM, aplicado 'pro rata temporis'".

Tal previsão, em nosso entendimento, precisaria obrigatoriamente ter constado como condição do edital, a ser depois repetida no termo inicial do contrato, conforme determina o art. 40, inc. X, cláusula D, da Lei nº 8.666/93.

Precisaria ter sido condição originária da própria licitação a previsão de correção e de atualização dos valores a serem pagos ao Contratado, eis que ocasionalmente diversos potenciais licitantes se desinteressaram de participar apenas pela inexistência daquela previsão.

Por essa razão fixou a lei nacional de licitações e contratos como previsão obrigatória do edital a previsão de correção e de atualização dos preços, caso desejada essa condição pela Administração que licita. Não tendo sido prevista no edital, descabe, neste atual momento em que o contrato já está – há vários anos aliás – em execução, modificar o contrato licitado para, por força de aditamento, incluir a previsão.

Pelo exposto, Sr. Secretário, recomendamos a não assinatura como interveniente – anuente do 11º Termo Aditivo, sugerindo seja ouvida a SPTrans.'

Desta feita, ACOLHO os Termos Aditivos 01, 02 e 03, com as ressalvas apontadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, motivo pelo qual aplico aos seus respectivos responsáveis a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Entretanto, tendo em vista a antecipação ilegal de pagamentos proporcionou, julgo IRREGULAR o TA 04.

Julgo também irregular o TA 11, por promover acréscimo contratual superior ao teto legal, bem como pela ausência de assinatura da Secretaria Municipal de Transportes, na qualidade de interveniente-anuente, que por sua vez é ato indispensável à sua formalização.

Em decorrência do princípio da acessoriedade, julgo IRREGULARES os TAs 05, 06, 07, 08, 09, 10, uma vez que sucedem o TA 04.

Neste sentido, aplico a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, também, aos responsáveis pelos TAs 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11.

CONHEÇO do pedido feito pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, no TC 1.008.03-55, e, tendo em vista o atendimento do pleiteado, determino o encaminhamento de cópias do acórdão a ser prolatado no TC 3.189.03-33, bem como dos pareceres apresentados pelos órgãos técnicos e cópia integral do TC 1.008.03-55.

Encaminhem-se cópias do ora decidido ao Prefeito, ao Secretário Municipal de Transportes e ao Presidente da Câmara Municipal. **(2.372ª S.O.)**

VOTO EM SEPARADO englobado proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso

O Nobre Conselheiro Relator Edson Simões não acolheu os Termos de Aditamento nºs 04 e 11 à vista dos apontamentos trazidos aos autos pelas áreas técnicas, auditores e engenheiros, que os examinaram, e, pelo princípio da acessoriedade, julgou irregulares os TAs nºs 05, 06, 07, 08, 09 e 10.

Acolheu tão-somente os Aditivos nºs 01, 02 e 03, embora aplicando multa aos responsáveis, em face de ressalvas apontadas por SFC.

Ouso discordar do Insigne Relator, tendo em conta as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e, em especial da Secretaria Geral.

A Secretaria Geral, como de hábito bem analisou a matéria e reflete, de maneira concisa meu pensamento a respeito da matéria e, por essa razão passa a fazer parte integrante do meu voto. Disse S. Senhoria, Dr. João Alberto Guedes, às fls. 1.590 a 1.593:

> *'A possibilidade legal da prorrogação do prazo contratual, operada pelos Termos de Aditamento nºs 01/99, 05/00, 06/01, 07/01, 08/01, 09/01 e 10/01, ficou devidamente assentada nas análises dos órgãos técnicos desta Corte, que opinaram pela regularidade dos ajustes (fls. 912, 920, 922, 1302, 1304, 1306, 1412 e 1524).*

De fato, a Lei nº 8.666/93, no inciso I do art. 57, excepciona a regra geral do "caput" do art. 57, no que se refere aos projetos cujos programas estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, operando-se a extinção do contrato somente após a conclusão do objeto.

Como ressaltou a Sra. Assessora da AJCE, a prorrogação até a execução final do objeto deve ser limitada em função do tempo necessário para a execução da obra, mediante justificativa e fundamentação concreta de sua necessidade, nos termos estabelecidos nos incisos I a VI do § 1º do mencionado art. 57, que prevêem situações excepcionais.

Na hipótese examinada, constatou-se que tanto as prorrogações como as demais medidas tendentes a viabilizar a continuidade da contratação foram adotadas em consequência da situação excepcional da execução, relatada nos esclarecimentos oferecidos pela SPTrans e pelo Consórcio Contratado.

No que diz respeito à apontada antecipação de pagamento, as justificativas apresentadas merecem acatamento, já que o TA nº 04, na verdade, constituiu uma forma de restaurar o equilíbrio financeiro do contrato, com a manutenção das condições econômicas presentes quando da apresentação da proposta.

De se assinalar que as alterações contratuais efetivadas pelo mencionado aditivo tiveram origem em interferências excepcionais, que, munidas do caráter de imprevisibilidade, não poderiam ser desconsideradas pelo administrador.

Ademais, as alterações efetivadas resultaram de estudo técnico apurado, em que foram sopesados o interesse público envolvido e a vantajosidade da continuidade da contratação.

Tais fatores devem ser levados em conta, igualmente, na apreciação do Termo Aditivo nº 11, para o qual foram apontados acréscimos de natureza qualitativa e quantitativa da ordem de 40%, por conta de exigências do projeto executivo e atualização financeira em decorrência da prorrogação contratual por períodos superiores ao prazo de 12 meses.

No que tange às questões relativas aos acréscimos formalizados, ao aumento do prazo contratual e às atualizações financeiras, assinalo a anotação da AJCE, no sentido de que esta C. Corte já se posicionou nos TCs nºs 3.809.95-73, 10.592.93-31, 8.130.94-44 e 456.88-30, deliberando acolher as justificativas trazidas pelos órgãos públicos, com o reconhecimento da necessidade de modificação do projeto inicial.

Este foi o entendimento manifestado por esta Secretaria Geral no mencionado TC 8.130.94-44, em que os esclarecimentos prestados pela Origem evidenciaram efetiva existência de justificativa técnica a alicerçar a alteração contratual, além da preservação do objeto do certame.

Quanto à questão da atualização financeira, impõe-se considerar que a cláusula 27ª do contrato original não permitia atualizações ou compensações financeiras em face do prazo inicial previsto contratualmente.

Com a extensão do prazo inicial, ultrapassando o período de 12 meses, impunha-se a correção monetária de acordo com as disposições da Lei nº 10.192/2001 (art. 3º) e da Lei nº 8.666/93 (art. 40, XIV "c").

Conclui-se, do relatado, que os questionamentos formulados devem ser analisados em função da situação excepcional que cercou a contratação, amparando-se, os procedimentos adotados, nas circunstâncias de manutenção do fim colimado na licitação e do respeito ao equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado entre as partes.

Ademais, tendo em conta que o panorama no qual o ajuste foi firmado alterou-se com a paralisação e posterior retomada dos serviços, tanto por razões de ordem financeira, como por motivos fáticos e técnicos, o princípio da supremacia do interesse público, que vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação, recomendava a continuidade da execução.

Com efeito, o encerramento do contrato poderia representar maior custo, importando, os aditamentos efetivados em solução menos onerosa à Administração.

Por fim, impõe-se considerar que os Termos de Aditamento 04 e 11 geraram efeitos fáticos impossíveis de serem desfeitos.' Em face do exposto e, tendo em vista os esclarecimentos trazidos aos autos pela SPTrans e pelo consórcio contratado, acolho os instrumentos ora julgados, afastando-se a aplicação de multa aos signatários dos mesmos.

No mais, acompanho o voto do Nobre Conselheiro Relator.

(2.380ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

A licitação e o respectivo Contrato nº 004/98, que teve por objeto a concepção original das obras para implantação de infraestrutura para operação da linha 'Parque D. Pedro II/Sacomã' do VLP, foram acolhidos à unanimidade por este Plenário em Acórdão publicado em 09/12/1998, considerando-se as manifestações dos órgãos técnicos pela regularidade formal dos instrumentos analisados, decisão esta que transitou em julgado em 01/03/1999.

O desarquivamento do processo ocorreu apenas no ano de 2001, para análise da documentação acrescida aos autos relativa aos Termos Aditivos de nºs 01 a 11, os quais foram individualmente analisados pelos órgãos técnicos, com instrução finalizada em julho de 2006, e incluídos em pauta para julgamento na Sessão de 14/11/2007, quando, então, após a leitura do Relatório por parte do I. Conselheiro Relator, solicitei vistas dos autos, nos termos regimentais, para aprofundar a análise da matéria posta, considerando-se as complexas discussões de ordem técnica de engenharia que somente neste momento foram

lançadas nos autos, além daquelas constantes do TC acompanhante de nº 1.008.03-55.

Considerando o minucioso Relatório elaborado, peço vênia ao Plenário para, de início, apenas manifestar meu voto pela regularidade dos Termos Aditivos de nºs 01 a 09, na esteira das manifestações unânimes dos órgãos técnicos, por entender que as infringências apontadas, de caráter meramente formal, não ensejam força suficiente para eivar de ilegalidade os ajustes firmados.

Especificamente em relação ao Termo Aditivo de nº 04, faço especial destaque no sentido de que eventual análise acerca da irregularidade da alteração da forma de pagamento da contratada mostra-se nesta oportunidade prejudicada, uma vez que a alteração objetivada pelo referido Aditivo não gerou efeitos jurídicos, diante da decisão administrativa, à época, de reverter o pagamento feito na forma inovada, decisão esta novamente validada por ocasião da repactuação do contrato no bojo do TA nº 11/2002, que expressamente reafirmou a vigência dos termos originalmente ajustados – como de fato deveria ser – selando assim, em meu entender, qualquer discussão maior sobre irregularidade insanável, apta a macular todos os atos subseqüentes.

Assim, passo a aprofundar nesta oportunidade a questão de fundo apontada inicialmente em relação ao Termo Aditivo nº 10, destacando, desde logo, a inconsistência da argumentação produzida quanto à inviabilidade de extrapolação do prazo inicial fixado para a execução das obras.

Essa matéria já foi inúmeras vezes enfrentadas por este Tribunal, além de contar com farta doutrina e jurisprudência, convergentes no sentido de que o prazo de execução do contrato na execução de obras está contido no de vigência, e abrange o tempo necessário para a execução de seu objeto, com o respectivo recebimento definitivo.

Assim é que, nos casos comuns a este, por se tratar de contrato por escopo, a vigência contratual tem em mira a própria execução do objeto, razão pela qual nos parece que tal discussão dispensa maiores digressões, até mesmo diante do fato de que este empreendimento estava contemplado no Plano Plurianual, do que se extrai que desde o início já se tinha a compreensão que projetos de tal envergadura normalmente requerem mais de um exercício financeiro para serem concluídos.

Se houve equívoco no dimensionamento inicial do prazo, essa discussão não mais se mostra pertinente nesta fase, diante da consolidação do julgamento do contrato.

Nesta senda, passemos à análise do TA nº 11. Como é do conhecimento de todos, as obras do VLP – caso concreto ora em análise – demandaram longos anos para a efetiva e completa implantação de seu primeiro trecho, considerando-se os diversos problemas encontrados no decorrer de sua execução, desde os de ordem financeira existentes ainda na primeira gestão, até os

de ordem técnica enfrentados pela gestão administrativa subseqüente, e que emergiram a partir da elaboração do projeto executivo no decorrer da execução do contrato.

Quanto a estes, a Origem, em seus argumentos de defesa, apresentados no decorrer da instrução, destacou as razões justificadoras do novo projeto, quais sejam: proporcionar flexibilização operacional do veículo híbrido e a independência em relação à energia gerada em hidrelétricas, considerados estes como dois problemas do projeto inicial.

De início, o Sistema do VLP foi criado pela Lei 12.328/97, prevendo, para o trecho Parque D. Pedro II/Sacomã, vias exclusivas preferencialmente segregadas, compreendendo seis grupos de linhas com as seguintes premissas: embarque e desembarque em nível; velocidade média de 30 km/hora; número de veículos/hora constante de acordo com a curva da demanda e com bilhetagem externa ao veículo.

O projeto arquitetônico original de Ruy Ohtake, nesta fase, não previa as soluções técnicas do veículo, as quais vieram a ser definidas somente por ocasião da elaboração do Edital de licitação, a partir de um projeto básico genérico, sendo concebido então para ser um veículo biarticulado, utilizando de um 'trem tipo teórico' com guiagem mecânica.

Quanto à limitação do projeto básico que subsidiou a contratação inicial, destaque-se a própria manifestação do Ministério Público do Estado de São Paulo, através de seu Centro de Apoio Operacional à Execução – Caex, quando discorre em parecer acostado à fl. 1.114 do TC acompanhante 1.008.03-55:

> *'Do exposto acima, o CAEX conclui que o projeto básico utilizado na fase da licitação era superficial, e que a falta do projeto executivo e/ou o seu desenvolvimento de forma lenta, foi prejudicial ao contrato e determinante na nova estimativa do valor das obras, que superou o valor inicial em 87%.'*

Nesses termos, o TA nº 11, após mais de quatro anos de vigência do contrato, promoveu, em julho de 2002, uma necessária reavaliação do interesse público presente na continuidade das obras paralisadas, bem como refletiu necessidade técnica de se promover redefinições de concepções implantadas, a partir das profundas alterações de ordem técnica contidas no projeto executivo desenvolvido concomitantemente, e, portanto, adequando a obra à nova realidade fática demonstrada por este.

Tais fatos, que não demandam maiores esclarecimentos diante das fartas manifestações constantes dos autos, deram ensejo ao último Aditivo ora em julgamento, que teve por objeto justamente a remodelagem de todo o objeto contratado com o intuito de retomar as obras até então paralisadas.

Assim, de nossa parte, acolhemos as justificativas da Origem no sentido de que *'as alterações do projeto e as exclusões de itens inicialmente contratados visaram à manutenção do custo da obra limitado ao orçamento disponível',* buscando-se soluções técnicas alternativas de forma a buscar a correção das distorções evidenciadas no curso da execução deste contrato, objetivando o atendimento do interesse público primário, que só seria contemplado com a efetiva conclusão das obras iniciadas, até então paralisadas.

O projeto atualizado promoveu a redução das áreas do Terminal Sacomã e Estações, substituiu parte de trecho elevado por viário no nível do solo, e trocou a concepção inicial de veículo (elétrico com cabeamento aéreo) para veículo híbrido, diesel-eletricidade com propulsão interna ao carro, visando proporcionar maior segurança aos usuários, considerando-se a altura em que circulariam esses veículos e também menor custo operacional.

Nesse sentido, não há que se concordar com os argumentos lançados nos autos no sentido de que as alterações objetivadas seriam de natureza meramente quantitativa ou de forma a buscar unicamente um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A retomada de obras de grande vulto, com redefinição geral dos termos iniciais pactuados, não é novidade entre nós, que ainda lidamos com legados históricos de limitação do planejamento em relação a novos projetos, a serem suportados pelo Erário.

Esse tipo de situação é tratada pela doutrina e jurisprudência com a excepcionalidade que o caso requer, procurando-se evitar a adoção de medidas que venham a engessar a Administração Pública, de forma a prestigiar soluções alternativas que possam viabilizar a correção das distorções provocadas por fatos imprevisíveis ou excepcionais, sem tornar mais onerosos, a longo prazo, os custos a serem suportados pela coletividade.

Nesta senda, o 11º TA propôs mudanças de traçado das vias, substituindo trechos elevados por viário em solo, substituiu o veículo básico, seu sistema de propulsão e de guiagem, eliminou materiais elétricos (cabos, transformadores, etc.), reduziu áreas de terminais, e outras tantas modificações necessários que redundaram nos acréscimos e reduções de serviços, preços e quantidades.

As defesas constantes dos autos evidenciam que, embora a substituição do sistema de tração elétrica por cabo por sistema híbrido eliminasse a implantação de todas as instalações da rede elétrica ao longo dos 8,5 km da via já colocadas, esse custo de desmobilização da rede aérea mostrou-se compatível com a nova solução técnica de tração dos veículos nos termos da alternativa encontrada na redefinição do contrato.

Ou seja, o que se constata é que a alteração levada a efeito por este Aditivo considerou os valores significativos de serviços já executados, nos termos do projeto inicial, bem como a eventual continuidade das obras com base na sua concepção original (de mais de 5 anos), e, de posse desses dados, chegou-se à conclusão de que seria prejudicial em termos de custo/benefício a continuidade dos serviços em seus termos originais, em comparação com a opção por sua readequação a um novo projeto.

É forçoso reconhecer que a nova solução técnica encontrada – em contraponto à originalmente concebida – não mereceu críticas efetivas por parte da engenharia desta Casa, ou pelo corpo técnico do MPESP que investigou, em paralelo, as obras do VLP.

É por estas razões que, ao que nos parece, as discussões se travaram nos autos com um vício inicial de análise, na medida em que se prestaram a avaliar as alterações do contrato unicamente sob a ótica de uma mera alteração quantitativa ou de reequilíbrio econômico-financeiro – que de fato também existiram, por óbvio, dado o tempo de paralisação da obra – mas sendo que também refletiram, essencialmente, uma verdadeira redefinição do projeto original, com alterações qualitativas, razão pela qual deve a análise ser feita sob esta ótica.

Passemos a ela.

Juridicamente, o permissivo legal que autoriza essas alterações qualitativas, fiel ao princípio da mutabilidade contratual essencial nos contratos administrativos, encontra-se delineado na alínea 'a' do inciso I do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Sobre esse dispositivo, que consagra a possibilidade de alteração acima dos limites legais *'quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos'*, Jessé Torres Pereira Junior comenta:

> *'No primeiro caso (inciso I, alínea 'a'), a autorização para alterar o contrato terá de atender a duas condições cumulativas:*
>
> *(a) refletir, tão-só refletir, enfatize-se, a necessidade, que se comprovou tecnicamente em processo administrativo, de modificar o projeto ou as especificações, ou seja, modificação que afeta a qualidade do objeto contratado (por exemplo, verifica a Administração, em execução a obra, que um traçado definido no projeto deve ser substituído por outro, com economia de tempo e custo);*
>
> *(b) a mudança de projeto ou especificações é necessária para melhor ajustar a prestação contratada aos objetivos que a Administração tem em mira com a execução do*

contrato (no mesmo exemplo anterior, a substituição do traçado não pode ser devida a umpreciosismo técnico, mas importa ao cumprimento da finalidade da obra, que resultaria comprometido sem a modificação)'.

No mesmo sentido é o pronunciamento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria que, em resposta a consulta formulada pelo Ministério do Meio Ambiente proferiu a Decisão 215/1999, de cuja ementa extrai-se:

'nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

1 – não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II – não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômica-financeira do contratado;

III – decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV – não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V – ser necessário à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI – demonstrar-se na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais, mencionados na alínea 'a' supra, que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contrato) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser

atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à urgência e emergência (...)'

Assim, ainda que a instrução probatória do processo pudesse ter sido aprofundada para evidenciar essas questões não enfrentadas pelos órgãos técnicos, fato é que não houve por parte dos mesmos discordância quanto à compatibilidade das mudanças efetivadas com a necessidade técnica para o cumprimento da finalidade da obra.

Por derradeiro, dentro de um critério de razoabilidade, há que se constatar inclusive que as alterações qualitativas concretizadas (R$ 36 milhões) não ultrapassaram o limite legal de 25% do valor contratado (R$ 146 milhões).

Ora, o valor proposto pela contratada para finalizar o projeto readaptado foi de R$ 274 milhões, em meados de 2000.

Assim, se o valor do contrato a partir do aditamento se traduziu em R$ 182 milhões, ao somarmos os R$ 21 milhões referentes aos itens excluídos e contratados posteriormente de forma individualizada – elevadores e escadas rolantes –, verificamos que o valor final desta renegociação objetivada pelo 11º TA, totalizava, à época, R$ 204 milhões, o que corresponde, então, a uma diferença de R$ 70 milhões em favor da Administração.

Tais dados constam da instrução do feito e não podem ser ignorados, enquanto critério que afere o custo-benefício das alterações promovidas, evidenciando o cumprimento do princípio da eficiência no trato do dinheiro público, razão pela qual, inclusive, as perdas econômicas destacadas no curso da instrução, como decorrentes do cancelamento de materiais já adquiridos e serviços já executados, não podem ser entendidas de forma isolada.

Sobre a economicidade na análise acerca de eventual continuidade de obra parada, Antonio Carlos Cintra do Amaral, anota que, estando em curso obra cuja continuidade e conclusão demande superar os limites legais, não se poderia ficar apenas com as alternativas de

'(a) desistir de realizar a obra; ou

(b) modificar o projeto, abrir outra licitação e efetuar nova contratação'.

Leciona:

'A primeira decisão pode contrariar 'o interesse coletivo primário' na medida da necessidade ou indispensabilidade da obra.

A segunda pode ferir o princípio constitucional da economicidade, quer por acarretar custos extraordinários decorrentes da paralisação da obra, quer por conduzir a uma contratação mais cara.

Provocaria atraso considerável nos prazos previstos e poderia, ainda, gerar dificuldades operacionais, na hipótese de o novo contratado não ser o mesmo (remanejamento dos canteiros de obras, por exemplo).

Além do mais, há que analisar o impacto econômico da rescisão do contrato, em termos de possíveis indenizações a serem pagas ao contratado'.

Quanto à alegada inadequação da utilização da Tabela de Preços de SSO para obras dessa natureza, fato é que nenhuma demonstração foi trazida aos autos no sentido de se comprovar, inequivocamente, eventual existência de sobrepreço na contratação.

Inclusive, de forma contrária, o que se depreende das planilhas constantes dos autos por ocasião da renegociação contratual é que constou da proposta vencedora original apenas R$ 14,5 milhões para serviços a serem pagos a partir da Planilha de Serviços de SSO, direcionados somente para as obras de construção dos Terminais, sendo que todos os demais serviços realizados na obra foram pagos em conformidade com a Planilha de Serviços Compostos, somando a cifra de R$ 88,8 milhões, situação esta que indica que houve equívoco de interpretação na análise técnica de engenharia realizada pela Auditoria.

Desta forma, diante de todo o exposto, ainda que a Administração não tenha adotado os procedimentos formalmente mais adequados para proceder às alterações necessárias no contrato em apreço, como apontado pelos órgãos técnicos desta Corte, fato é que de igual forma não restou evidenciado eventual "animus" de burla à licitação inicial, no sentido de que não se licitou uma coisa para obter outra, vez que o intuito presente foi sempre o de concluir as obras do VLP, que se encontravam até então paralisados por falta de solução técnica adequada e disponibilidade financeira.

Ou seja, para nós, a alteração, de natureza qualitativa, do objeto, levada a efeito pelo TA nº 11, não desnaturou o contrato original, tendo sido apenas modificada sua concepção técnica anterior, redimensionado-se sua planilha de itens contratuais.

Diante do exposto, voto pela regularidade dos termos aditivos em exame, e, em atenção à solicitação constante do processo acompanhante nº 1.008.03-55, determino o encaminhamento ao MPESP de cópia do presente voto. **(2.380ª S.O.)**

VOTO DE DESEMPATE englobado proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim, Vice-Presidente, no exercício da Presidência

A presente reinclusão na pauta concerne ao julgamento de 11 Termos Aditivos ao Contrato nº 98/04, que tratam da implantação da infra-estrutura necessária para a operação no subsistema de transporte coletivo de passageiros de média capacidade no grupo de linhas 1, Linha Sacomã – Parque D. Pedro II, apreciados e discutidos no TC nº 3.189.98-33, acompanhado do TC nº 1.008.03-55, originado de representação do Ministério Público.

O objeto de cada aditivo está especificado no relatório e voto do eminente Conselheiro Edson Simões, a quem coube a relatoria do expediente.

Colhidos os votos dos nobres Conselheiros participantes nas sessões pretéritas nºs 2.372 e 2.380, realizadas respectivamente em 23/04 e 18/06/08, verificou-se empate no julgamento dos Termos Aditivos em discussão, tendo o nobre Conselheiro Relator Edson Simões, acompanhado pelo Ilustre Revisor Eurípedes Sales, acolhido os Termos Aditivos nºs 01, 02 e 03, com as ressalvas assinaladas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em função das quais apenou os responsáveis com a imposição da multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais) com esteio no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9.167/80, e declarado irregulares os de nºs 04 a 11, também com aplicação de multa, enquanto, em corrente oposta, os nobres Conselheiros Maurício Faria e Antonio Carlos Caruso julgaram regulares todos os instrumentos, pelos fundamentos constantes dos votos proferidos em separado.

Portanto, a divergência dos nobres Conselheiros votantes são de duas ordens:

a) uma concernente à aplicação de multa aos responsáveis na celebração dos Termos Aditivos nºs 01, 02 e 03;

b) outra quanto à higidez e eficácia dos Termos Aditivos nºs 04 a 11, com aplicação de multa aos responsáveis pela sua lavratura.

Na avaliação e valoração dos argumentos, todos ponderáveis, convenci-me, todavia, do acerto da posição defendida pelos doutos Conselheiros Edson Simões e Eurípedes Sales, mais coerente com a realidade emergente da instrução procedimental, onde se constataram sérias e graves irregularidades na pactuação dos Termos Aditivos, sobretudo os de números 04 e 11, ante a afronta às normas legais e regulamentares e aos princípios básicos da atuação estatal.

Com efeito, a aplicação da multa prevista no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II, do Diploma Regimental, relativamente aos três primeiros Aditamentos, decorreu de infrações aos

artigos 55, inciso XIII, e 61, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 este combinado com o artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal nº 10.544/88, então vigente, consoante as ressalvas feitas nas análises da Auditoria.

O caráter formal dessas irregularidades não afasta, a critério do julgador, a incidência da norma punitiva aos agentes infratores, lembrando-se que este Egrégio Tribunal já dirigiu à São Paulo Transporte S/A – SPTrans várias recomendações, no julgamento de casos pretéritos, para observar e respeitar as normas legais e regulamentares, na lavratura dos contratos de seu interesse.

A seu turno, as alterações, introduzidas pelo Termo Aditivo nº 04 ao ajuste primitivo, não tinham embasamento legal, como também não estavam previstas ou autorizadas no Edital de Licitação, como registrou a Secretaria da Fiscalização e Controle no relatório de fls. 917/918, certo, ainda, que o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se processa pela figura da 'revisão de preço', prevista no artigo 65, inciso II, letra 'd', da Lei Federal nº 8.666/93, com as modificações da Lei nº 8.883/94, e não mediante a antecipação dos pagamentos, expressamente vedada no dispositivo (letra 'c').

E, como agudamente assinalou o ilustre Conselheiro Relator, na prolação de seu voto: *'a excepcionalidade invocada para justificar a antecipação feita não está caracterizada, pois o fornecimento de materiais e a prestação de serviços não se alterou ao longo do contrato e o atraso verificado, ainda que por culpa da Administração, não alterou a natureza das obrigações originariamente pactuadas e constantes do edital de licitação'.*

A invalidade desse Aditivo, expressamente declarada pela primeira corrente, contaminou os Aditamentos subseqüentes, por força do princípio da acessoriedade, justificando, destarte, a imposição da multa regimental de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais) aos responsáveis por sua lavratura.

São também procedentes, "permissa venia", as irregularidades assinaladas no Termo Aditivo nº 11, a ponto de que a Secretaria Municipal de Transportes, interveniente na pactuação, negou sua anuência, não assinando o instrumento por expressa recomendação de sua Chefia de Gabinete, cujas justificativas estão expostas no voto proferido pela douta Relatoria.

Realmente, consoante se verifica do relatório da Secretaria da Fiscalização e Controle, às fls. 1.309/1.320, o Termo Aditivo nº 11 introduziu inúmeras modificações ao contrato originário, que mutilaram o projeto executivo inicial, chegando-se ao extremo de expandir o preço ajustado em 40,98%, (quarenta inteiros e noventa e oito centésimos por cento) extrapolando o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento) permitido pelo artigo 65, § 1º e § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, sem que houvesse justificativa adequada para tanto.

A aceitação dessas alterações, pela sua ordem de grandeza, implicaria em burla ao princípio da licitação, considerando que os

proponentes devem adequar suas propostas às normas e exigências do Diploma Interno da Licitação, em função de projeto básico e executivo, com os elementos definidos na conceituação do artigo 6º, incisos IX e X, da Lei de Licitações e Contratos.

Frente a essas colocações, respeitando, contudo, os judiciosos pronunciamentos das teses divergentes, perfilho o entendimento esposado nos votos dos eminentes Conselheiros Relator e Revisor, proclamando:

a) a acolhida dos Termos Aditivos nºs 01, 02 e 03, mantida, porém, a multa imposta aos agentes responsáveis pelas infrações praticadas;

b) a irregularidade dos Termos Aditivos nºs 04 a 11, com igual aplicação da multa pecuniária aos seus responsáveis.

Determino, outrossim:

1. o encaminhamento de cópias do Acórdão lavrado, com o relatório e votos emitidos, e dos pareceres pertinentes dos órgãos técnicos, bem assim cópia integral do TC nº 1.008.03-55 à Promotoria de Justiça;

2. o encaminhamento de cópias do ora decidido ao Prefeito, ao Secretário Municipal de Transportes e à Presidência da Câmara Municipal de São Paulo.

Por conseguinte, declaro o seguinte resultado: ficam acolhidos, por unanimidade, os Termos Aditivos nºs 01, 02 e 03, e, por maioria, a multa aplicada aos responsáveis por sua lavratura.

Também, por maioria, são julgados irregulares os Termos Aditivos nºs 04 a 11, com a imposição de multa aos agentes responsáveis por sua lavratura.