TC 72.002.222.04-91

AUDITORIA. ACOMPANHAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRATUAL. EMPRESA MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO – EMURB. EXECUÇÃO DE OBRAS PARA IMPLANTAÇÃO DA PASSAGEM EM DESNÍVEL E DA ESTAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE PASSAGEIROS DO NOVO SISTEMA DE TRANSPORTE COLETIVO – INTEGRAÇÃO ÔNIBUS-ÔNIBUS. AVENIDA BRIGADEIRO FARIA LIMA COM AVENIDA CIDADE JARDIM. CONHECIDO POR UNANIMIDADE. COM DETERMINAÇÕES.

TCs julgados em conjunto: 72.002.870.03-20, 72.005.506.03-02

ACÓRDÃO

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, em conhecer do Acompanhamento da Execução do Contrato 0122301000.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Roberto Braguim e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" Francisco Collet e Silva.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de outubro de 2007.

Presidente Antonio Carlos Caruso,

Relator Edson Simões.

RELATÓRIO (englobado)

Trata-se da análise da **Concorrência 012230100**, do **Contrato 0122301000** e do Termo de Aditamento **01/04**, celebrados entre a **EMPRESA MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO – EMURB** e a empresa **CBPO ENGENHARIA LTDA**., no valor de R$ 82.831.198,78 (oitenta e dois milhões, oitocentos e trinta e um mil cento e noventa e oito reais e setenta e oito centavos), para a execução das obras relativas à implantação da passagem em desnível e da

estação de transferência de passageiros, no nível da **Avenida Cidade Jardim**, no cruzamento com a Avenida Brigadeiro Faria Lima, ao longo do seu eixo central.

Em análise, também, os Acompanhamentos do Edital e da Execução Contratual realizada por amostragem até o mês de maio de 2004.

Na **análise do Edital**, a equipe multidisciplinar desta Corte entendeu que: a fonte de recursos indicada para a execução dos serviços seria insuficiente, uma vez que os recursos disponíveis e a realizar não cobririam as despesas previstas para as quatro licitações em andamento; possa ter havido um equívoco no prazo de execução contratual, pois o Edital prevê 15 (quinze) meses e o contrato 18 (dezoito); a utilização dos Certificados de Potencial Adicional de Construção **(CEPACs)**, como forma de pagamento das obras relativas à Operação Urbana Faria Lima, não está prevista no Decreto Municipal que regulamenta o assunto (folhas 523/536).

Oficiada, a Origem apresentou suas justificativas, as quais foram consideradas, pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, **insuficientes** para o esclarecimento das falhas apontadas, motivo pelo qual foi determinado o sobrestamento da licitação até o esclarecimento das dúvidas levantadas (folhas 535/615, 628 e 632/633).

Naquele momento, a empresa **CBPO ENGENHARIA LTDA**. já havia sido declarada vencedora, com a proposta de R$ 83.154.450,75 (oitenta e três milhões, cento e cinqüenta e quatro mil quatrocentos e cinqüenta reais e setenta e cinco centavos), mas, em atenção ao determinado por este Tribunal, a homologação e a adjudicação do certame não haviam sido efetivadas (folha 635).

Evidenciando, dentre outras considerações, a importância das melhorias que as obras em apreço proporcionariam para a condição de tráfego da região e para a qualidade de vida da população, a Origem requereu ao Tribunal a retomada do certame, para que não ocorresse problema na sua continuidade. Assim, tendo em vista o exposto pela Origem, bem como considerando os termos do parecer jurídico favorável, foi autorizado o prosseguimento da licitação (folha 644 e 646/647).

Com base nos esclarecimentos prestados, a **Auditoria** solicitou, quanto à alegada insuficiência de recursos, o encaminhamento de ofício para que a Origem respondesse *"quais as fontes de recursos complementares passíveis de serem utilizadas conforme previstas no artigo 27, da Lei 11.732/95, posto que o potencial presumido de arrecadação da Operação Urbana Faria Lima poderá, ou não, concretizar-se?"*

Quanto à regulamentação da utilização dos CEPACs, entendeu que os esclarecimentos apresentados devessem ser analisados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo. Entendeu, ainda, não ser justificável, sob o ponto de vista econômico e social, a EMURB ter adotado, no cálculo da taxa de Encargos Sociais, as premissas: horas extras diárias para as jornadas de trabalho e

efetivo feminino. Quanto à remuneração por Apontamento e Custeio, considerou justificada pela EMURB, pois, ainda que prevista no edital, nenhum serviço foi medido dessa forma (folhas 863/871, 882/924 e 927/937).

Em complemento, a Origem apresentou detalhados esclarecimentos sobre a fonte de recursos e Cronograma Físico-Financeiro, especialmente sobre as arrecadações provenientes da Operação Urbana Faria Lima (em média gera Caixa de trinta e nove milhões de reais/ano), além de esclarecer que a Comissão de Valores Mobiliários reconheceu a classificação dos CEPACs como 'VALORES MOBILIÁRIOS', gerando credibilidade ao papel, incentivando as empresas envolvidas na obra a aceitarem os CEPACs como parte do pagamento (folhas 729/797 – TC 2.870.03-20).

No que tange à **análise do Contrato e do Termo de Aditamento 01/04** (TC 5.506.03-02), a Auditoria apresentou as seguintes conclusões:

Sobre o **Contrato**:

1) O projeto básico apresentado na Concorrência de Menor Preço não preenche os requisitos do artigo 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 e do Ato 361 do CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E ARQUITETURA – CONFEA.

2) O prazo contratual de 15 meses poderia ser comprometido pela ausência do equacionamento para o remanejamento das interferências previamente à execução das obras.

3) Da análise, por amostragem, das composições dos preços unitários constantes da planilha contratual, não restam justificados os custos unitários de alguns insumos, as taxas de Encargos Sociais e BDI (Bônus e Despesas Indiretas), bem como alguns coeficientes de produtividade adotados nessas composições. Ademais, não foram apresentados os demonstrativos dos valores contratados para os serviços remunerados por verba.

Sobre o Termo de Aditamento 01/04:

1) A modificação do método construtivo, ocasionando um acréscimo de R$ 38.981.809,01 (trinta e oito milhões, novecentos e oitenta e um mil oitocentos e nove reais e um centavo) (data-base julho/2002), não se fundamenta no artigo 65, inciso I, letra "a", combinado com o artigo 58, inciso I, da Lei 8.666/93, pois teria ocorrido para que o

prazo contratual não fosse dilatado para 21 (vinte e um) meses.

2) Da análise, por amostragem, das composições de preços unitários dos serviços extracontratuais incluídos no aditamento, não restaram justificados os custos unitários de alguns insumos, as Taxas de Encargos Sociais e BDI (Bônus e Despesas Indiretas), bem como alguns coeficientes de produtividade adotados nessas composições. Ademais, não foram apresentados os demonstrativos dos valores contratados para os serviços remunerados por verba (folhas 523/531 – TC 2.870.03-20).

Ressalte-se que a Prefeitura constituiu Equipe Corregedora com o propósito de se manifestar sobre as contratações para as obras dos 2 túneis construídos sob a Avenida Brigadeiro Faria Lima. O relatório apresentado – o qual foi ratificado integralmente pelo Secretário de Governo Municipal – propôs a anulação das licitações, desde a pré-qualificação, bem como dos atos subseqüentes, tendo em vista: a alteração do objeto contratual com a mudança do método construtivo, não embasado em fato superveniente ou desconhecido das partes contratantes; quase nenhum dos itens exigidos para qualificação técnica dos licitantes e os constantes das planilhas de preços unitários da Concorrência, originariamente contratados, foram utilizados na execução da obra; e introduziu-se, por aditamento, R$ 91.364.961,33 (noventa e um milhões, trezentos e sessenta e quatro mil novecentos e sessenta e um reais e trinta e três centavos) em preços novos, representando 75% do valor contratual aditado ou 110,3% do valor original do Contrato (folhas 1.561/1.564 – TC **2.870.03-20**).

A empresa contratada defendeu-se alegando que o maior detalhamento do objeto licitado é feito no Projeto Executivo e não no Projeto Básico, além disso, na execução da obra, detectou-se a necessidade de remoção de solo contaminado por vazamento e interferências de propriedade e utilização de diversas concessionárias de serviços públicos em uma extensão maior do que a prevista (folhas 1.030/1.147 – TC 2.870.03-20).

Diante dessas interferências e a pedido da EMURB, a Contratada, embasada em estudo realizado pela empresa DYNATEST – também contratada pela Origem –, concluiu pela substituição do método construtivo anterior ("Cut and Cover", que consiste na escavação a céu aberto) pelo ETST (Escavação de Túnel em Solo Tratado). Complementa que tal modificação não alterou o objeto contratual, mas, somente, a metodologia para melhor adequação técnica aos seus objetivos.

Informa, ainda, que a conseqüência do informado foi um acréscimo de R$ 38.981.809,01 (trinta e oito milhões, novecentos e oitenta e um mil oitocentos e nove reais e um centavo) e não de R$ 91.364.961,33 (noventa e um milhões, trezentos e sessenta e quatro mil novecentos e sessenta e um reais e trinta

e três centavos), pois os preços novos inerentes à adoção de nova metodologia não significam um acréscimo na mesma medida ao valor do Contrato (folhas 1.030/1.147 – TC 2.870.03-20).

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** desconsiderou o Relatório da Equipe Corregedora da Prefeitura, dada a atipicidade de sua constituição, realizada sem atender aos preceitos legais.

Sobre as principais questões suscitadas, entendeu que, se houve algum excesso na qualificação técnica, não se tem notícia de prejuízo aos participantes da licitação, além de que, segundo o parecer conclusivo da Auditoria, houve regularidade do certame em seu aspecto contábil-orçamentário, tornando superadas as irregularidades apontadas em relação à pré-qualificação, ao edital e ao seu processamento.

Quanto à inexistência de recursos suficientes, acompanhou o entendimento de que, na Concorrência, os **recursos** devem ser **indicados** e não **disponibilizados**. Logo, entendeu que a Origem agiu corretamente ao indicar, como fontes dos recursos para custeio, aqueles oriundos da Operação Urbana Faria Lima e dos CEPACs (folhas 1.524/1.559 – TC 2.870.03-20).

Entendeu que a inclusão das horas extras diárias nas jornadas de trabalho, no cálculo da Taxa de Encargos Sociais, se justificam em razão do interesse público, por evitarem maiores transtornos à população e o decorrente aumento dos encargos sociais e econômicos ao Erário, que ocorreriam caso a obra fosse executada em tempo mais extenso.

Sobre as conclusões da Auditoria na análise do ajuste, entendeu que: o projeto básico atendeu aos requisitos legais; o prazo de 15 (quinze) meses não foi comprometido, mesmo diante das interferências supervenientes e dos fatos imprevisíveis; sobre a composição de preços unitários, são os mesmos preços impugnados pelos Auditores em sede da análise do Edital (TC 2.870.03-20) (folhas 528/529 – **TC 5.506.03-02**).

Suscitou, ainda, que a alteração do método construtivo não deixou de preservar o objeto do Contrato, além de que as justificativas técnicas da Origem demonstram a sua motivação em fatos razoáveis.

Concluiu opinando pela regularidade do Contrato e do Termo Aditivo **01/04**, com a exclusão da verba reconhecidamente despendida em excesso, no montante de R$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais), referentes aos preços unitários superiores aos da Tabela de SIURB e à inclusão da premissa **"efetivo feminino da obra"** na Taxa de Encargos Sociais, a ser descontada pela Administração dos pagamentos a serem feitos à contratada (folhas 1.524/1.559 – TC 2.870.03-20).

A Procuradoria da Fazenda requereu o sobrestamento do feito até o término do procedimento anulatório movido pela Origem. Subsidiariamente

ao pleiteado, ratificou a posição da Administração Municipal, quanto à decretação de irregularidade dos instrumentos em análise (folhas 1.566/1.579 – TC 2.870.03-20).

A Secretaria Geral endossou o parecer da Assessoria Jurídica, opinando pela regularidade dos atos apreciados, com a exclusão da verba reconhecidamente despendida excessivamente, no valor de R$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais), a ser descontada dos créditos ainda pendentes de pagamento à Contratada pela EMURB (folhas 1.598/1.611).

Sobre a possibilidade de pagamento por CEPACs, antes mesmo da sua regulamentação, a Secretaria Geral aduziu que: *"nos termos do artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III, da Lei 8.666/93, as obras só podem ser licitadas se houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes do Contrato no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma. A Origem, em um primeiro momento, indicou a previsão dos recursos orçamentários a serem utilizados para a cobertura das despesas decorrentes da obra e esclareceu que os mesmos seriam auferidos da Operação Urbana Faria Lima (e que gera Caixa de trinta e nove milhões de reais/ano) e das CEPACs (que no momento necessário para o pagamento das obrigações estavam devidamente regulamentadas). Sobre a alteração do projeto básico modificando o método construtivo, entendo que encontra amparo legal no artigo 65, inciso I, letra "a", da Lei Geral de Licitações. Trata-se de alteração qualitativa contratual, conservando-se a natureza do objeto contratado. As demais celeumas, objetos dos TCs ora sopesados, já foram exaustivamente minuciadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte e alguns saneados pela Origem com suporte nas conclusões dos referidos Órgãos. Pelo que, neste momento, permito-me ratificar os termos do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo".*

Ademais, discordou do sugerido pela Procuradoria da Fazenda quanto ao sobrestamento dos processos sob exame até o desfecho das ações judiciais em curso, à vista da competência constitucional do Tribunal de julgar casos definidos na sua jurisdição, envolvendo-se aí as obras públicas.

É o relatório.

VOTO (englobado)

Da análise dos autos, pode-se observar que as dúvidas levantadas pela Auditoria deste Tribunal, na **análise e acompanhamento do Edital da Concorrência** em questão, foram devidamente esclarecidas, principalmente, pelas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral.

1) Quanto à suposta **insuficiência de recursos** para a cobertura do empreendimento, assiste razão a forma praticada pela origem, pois, de acordo com os artigos 7º, parágrafo 2º, inciso III, artigo 14 e artigo 38, todos da Lei Federal 8.666/93, a indicação da previsão orçamentária é suficiente no momento da

licitação, devendo a sua disponibilidade ocorrer no empenhamento da despesa. Ademais, a Origem indicou a **fonte dos recursos** para dar suporte ao empreendimento – oriundos da **Operação Urbana Faria Lima** e dos CEPACs (Certificado de Potencial Adicional de Construção), cuja regulamentação viabilizou a sua comercialização.

2) A adoção das **horas extras diárias** para as jornadas de trabalho e execução das obras torna-se justificável, em razão do interesse público, uma vez que seu objetivo é o de evitar a prorrogação do prazo da obra que, por sua vez, proporcionaria maiores transtornos à população e o decorrente aumento dos encargos sociais e econômicos ao Erário.

3) No que concerne aos preços unitários superiores aos da Tabela de SIURB e, ainda, ao fato de ter sido o efetivo feminino da obra incluído na Taxa de Encargos Sociais, deve-se salientar que a própria EMURB admitiu o equívoco, conforme se observa em sua manifestação:

***"Observamos que os equívocos relativos aos itens apontados pelo TCM realmente ocorreram**. Assim, resta-nos apenas verificar se as diferenças de valores decorrentes deles foram significativas dentro do valor total do orçamento. Segundo o TCM, à fl. 528 do processo, caso fossem adotados para os itens apontados os valores constantes das tabelas SIURB ou SSO, haveria uma redução no preço total do orçamento da ordem de R$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais), o que representa 1,32% do valor orçado*."

Quanto às conclusões alcançadas, em sede da análise do ajuste, do aditamento e da execução contratual, estão corretos os pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral que, quanto ao Projeto Básico, se apoiaram na própria Auditoria ao afirmar que : 'O Projeto Básico permitiu a caracterização do objeto que se pretendia executar, bem como o desenvolvimento do projeto executivo, a definição das etapas construtivas, a definição do prazo de execução de cada etapa e a avaliação do custo de execução da obra', denotando, também, não ter havido qualquer omissão em pontos essenciais para a caracterização da obra e formulação das propostas.

No que toca à afirmação da Auditoria de que a alteração do método construtivo, formalizada pelo Aditamento nº 01, não ocorreu para a melhor adequação técnica aos seus objetivos, conforme prescrito pelo artigo 65, inciso I, da Lei 8.666/93, mas, sim, para cumprir o prazo estabelecido no contrato, evitando a sua dilação para 21 meses, cumpre destacar que, a par de todas as justificativas apresentadas como motivação do referido aditamento, o prazo das obras, no caso concreto, é fator relevante, não podendo, pois, ser desconsiderado pela Origem.

De fato, é público e notório que a execução das obras em causa geraram grandes transtornos à população, que não se resumiram a dificuldades no trânsito, por si só já relevantes, mas, também, agravos de ordem econômica ao comércio e serviços na região, que em algumas situações tiveram o

acesso aos seus estabelecimentos dificultado ou até mesmo impedido. Além disso, a lentidão no trânsito de passagem afetou a circulação em amplas áreas da cidade.

Daí ser absolutamente pertinente e necessária a preocupação da Origem com o prazo de execução das obras, de forma a procurar reduzir ao máximo os prejuízos causados à população em razão da execução das mesmas.

Ressalte-se que o escopo da lavratura do **TERMO DE ADITAMENTO** em apreço não foi o de modificar o projeto básico, mas, sim, o método construtivo da obra para melhor adequação técnica de seus objetivos e o interesse público envolvido, justificando-se na constatação, após o início das obras, da existência de grande quantidade de interferências subterrâneas muito superiores às inicialmente previstas.

Quanto às alterações realizadas no ajuste, pode-se trazer à luz, além dos pareceres favoráveis, as lições da Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO em parecer apresentado em resposta à Consulta formulada pela EMURB, feita nos seguintes termos:

> *"1 – É juridicamente possível aditar os contratos das obras das passagens em desnível Faria Lima/Rebouças e Faria Lima/Cidade Jardim, mesmo que o acréscimo de valor ultrapasse o limite imposto pelo § 1º do artigo 65 da Lei nº. 8.666/93, tendo em vista que, em se tratando de alteração qualitativa, não se aplica esse limite. 2 – O fato de a EMURB ter realizado pré-qualificações fundamentadas nos projetos básicos não altera a conclusão do item anterior, tendo em vista que, na permissão legal de alteração contratual, já está implícita a idéia de que o contrato não vai ser executado em inteira conformidade com o que foi planejado na fase de licitação. Por isso, não teria fundamento legal qualquer questionamento que levasse em conta esse aspecto. 3 – A alteração quantitativa dentro do limite de 25% pode ser feita independentemente do acréscimo de 47% correspondente a alterações qualitativas."*

Em igual sentido, manifestou-se o Prof. ADILSON ABREU DALLARI, a saber:

> "*Fica perfeitamente claro, portanto, que cada modalidade de alteração tem um fundamento e um regime jurídico distinto, podendo-se, de imediato, afirmar que é irrelevante o percentual de aumento do valor do contrato decorrente de alteração qualitativa, posto que não há um limite percentual para isso. Melhor dizendo, o acréscimo de valor decorrente de alteração qualitativa não se*

comunica a eventuais alterações quantitativas, não havendo porque descontar do limite de alterações quantitativas os valores acrescidos em razão de alterações qualitativas. Da mesma forma, não há porque considerar "consumido" pelo acréscimo de valor decorrente de alteração qualitativa o limite legalmente previsto para alterações meramente quantitativas. À indagação especificamente formulada pode-se responder, com segurança, que os 25% previstos para aumentos quantitativos na lei de licitações não estão contidos no aditamento qualitativo de 47% já efetuado. Repita-se, pois, que somente as alterações quantitativas é que estão sujeitas a limites percentuais.

Porém, tendo o contrato já sofrido alterações qualitativas que aumentaram o seu valor, resta saber se o limite de 25% para outras alterações, agora quantitativas, deve ser aplicado sobre o valor original do contrato ou sobre o valor decorrente das alterações qualitativas já efetuadas. O § 1º do referido art. 65 menciona, expressamente, 'valor inicial atualizado do contrato'. Mas isso deve ser entendido como uma proibição a que se vá aplicando o percentual em várias e sucessivas alterações quantitativas, até o infinito. Ou seja, somente se pode aumentar a quantidade do que foi contratado originariamente, até o correspondente a 25% do valor inicialmente estipulado, devidamente corrigido ou atualizado. Portanto, havendo necessidade ou conveniência de se executar maior quantidade daquilo que havia sido contratado, tal quantidade somente pode atingir 25% do valor correspondente à quantidade inicial. Essa é a regra geral, expressamente prevista na Lei. Porém, pode ocorrer que haja necessidade de se contratar mais (maior quantidade) de algo que já tenha sido objeto de alteração qualitativa. Nesse caso, o limite de 25% deve ser calculado sobre o valor do objeto qualitativamente alterado, pois não faz sentido algum aplicar o limite percentual sobre algo que, em última análise, não foi contratado, pois o que havia sido originariamente contratado foi substituído pelo objeto alterado. Trata-se, aqui, de uma situação especial, sem expressa previsão legal, cuja solução somente pode ser formulada mediante a utilização do bom-senso que, no mundo jurídico, recebe a designação de princípio da razoabilidade."

Outro ponto que deve ser enfrentado é o Relatório produzido pela **Equipe Corregedora** formada pela Prefeitura, cuja conclusão recomenda, dentre outras providências, **a anulação** das licitações e demais atos em

análise, motivo pelo qual a EMURB contratou os **pareceres** dos juristas Antonio Carlos Cintra do Amaral e Márcio Cammarosano, visando a fundamentar as decisões que deveria adotar.

É imperioso evidenciar que as obras ora em referência já se encontram concluídas e entregues à utilização da população. Assim sendo, a conclusão pela anulação dos atos praticados, conforme sugerido pela Equipe Corregedora, não pode ser considerada consistente, ante a situação irreversível de obras concluídas e entregues.

Sobre o tema, pode–se observar o entendimento do Professor ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, no parecer elaborado para a EMURB, em que reza:

> *"Nos casos que me são submetidos a exame, os contratos que se pretende anular não mais existem. Foram extintos por um fato, qual seja, a execução das obras. Não existe ato (ou contrato) nulo de pleno direito. Mesmo que fosse juridicamente admissível anular um contrato já extinto, a anulação pretendida pela Equipe Corregedora acarretaria, para a EMURB, o dever de pagar o que foi construído a título de indenização, visando a evitar que se caracterizasse, no caso, o enriquecimento sem causa. Isso seria, a meu ver, desarrazoado. Enquanto a determinação dos valores dos preços contratuais seria efetuada – como efetivamente foi – pela multiplicação dos preços unitários pelas quantidades medidas, a determinação do valor da indenização resultaria de um processo longo, custoso e certamente polêmico. Ao final desse processo, chegar-se-ia, em tese a valores iguais, inferior ou superior aos dos preços contratados. Se iguais ou superiores (hipótese esta última talvez improvável, mas não impossível), ter-se-ia acrescido, aos valores contratuais, o custo do processo de cálculo da indenização. Se inferiores, o custo desse processo – incluídas demandas judiciais que dele certamente adviriam – dificilmente seria compensado pela economia que se obteria nos valores apurados. Assim, pagar o que foi efetivamente construído a título de indenização, e não de preço, conflitaria com os dois princípios jurídicos, interligados, o da razoabilidade e o da economicidade."*

No mesmo sentido, foi o entendimento do Professor MÁRCIO CAMMAROSANO, que diz:

> *"Para a decretação de nulidade ou anulação de um contrato deve-se observar o binômio necessidade – adequação. Deve-se indagar: a anulação, ainda que em*

princípio cabível, é necessária? Trará benefícios válidos para a Administração e para a coletividade? É a mais adequada em face das situações eventualmente já consolidadas, dos efeitos já produzidos e consumados, dos direitos do contratado e do interesse público a ser realizado? O desfazimento do contrato, que efeitos ou conseqüências acarretará? Estar-se-á prestigiando valores juridicizados, exigências de estabilidade das relações e segurança jurídica, a lealdade, a confiança, a boa-fé, que compõem a denominada moralidade administrativa?' Não se anula um contrato senão quando presentes todos os requisitos necessários e suficientes para essa providência extremada. Mas se essa providência se apresentar inafastável, aí, sim, cabe considerar eventual direito do contratado a indenização, que será devida 'pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. Todavia, se os contratos já foram cumpridos pelos contratados, com obras executadas, entregues e recebidas pela Administração Contratante, o exercício da competência de ***anulação dos contratos*** *pode, em face das circunstâncias,* ***revelar-se inviável juridicamente, como é o caso****."*

Impõe-se considerar, de toda a forma, que, até o presente momento, a EMURB não decidiu a respeito da anulação do contrato ora em julgamento, sendo certo, em conseqüência, que a decisão desta Corte dirá respeito a ato jurídico íntegro sob todos os aspectos.

Ademais, deve-se considerar, conforme já exposto pela Secretaria Geral e pelo Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, que as conclusões exaradas no Relatório da citada Equipe Corregedora não podem ser consideradas nesta apreciação, uma vez que nem todas as partes interessadas foram ouvidas, fato que, por si só, caracteriza o descumprimento ao devido processo legal e ao contraditório.

Assim, por todo o exposto, adoto as razões e fundamentos aduzidos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, que passam a fazer parte integrante do presente voto, e **julgo Regulares** os atos em análise, bem como conheço do acompanhamento do seu Edital e da sua execução contratual.

Contudo, conforme relatado, determino a exclusão da verba reconhecidamente despendida em excesso, no valor de R$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais), a ser descontada pela Administração dos valores ainda devidos à Contratada.

Determino, ainda, que em **EXECUÇÃO DO PRESENTE JULGADO**, promova a **EMURB**:

1. O levantamento pormenorizado dos serviços até o momento
executados, em face dos projetos das obras existentes e demais documentação técnica disponível, para que se proceda ao encerramento do referido Contrato, aferindo-se os valores contratuais já pagos e aqueles ainda pendentes de pagamento.

2. Estabeleça rotina a ser implementada, quadrimestralmente, de verificação do estado e das condições físicas das obras executadas, encaminhando relatórios circunstanciados do resultado das aludidas verificações a este Tribunal.

Determino, também, à **SUBSECRETARIA DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE**, que proceda ao acompanhamento da ação resultante da determinação acima enunciada, elaborando o exame e conclusão a respeito da documentação enviada, submetendo o resultado, e, pronto, à deliberação do Conselheiro Relator da matéria, para as providências cabíveis.

Outrossim, determino que a Origem exerça, a tempo e modo, o direito de exigir da Contratada o cumprimento da obrigação de manter o túnel em perfeitas condições técnicas e de segurança, considerando sua responsabilidade pela qualidade, integridade, segurança e solidez da obra, sob a ótica legal e jurisprudencial, que estabelece o prazo de garantia contratual do surgimento de cada problema, não se circunscrevendo apenas a 5 anos do recebimento definitivo da obra, especialmente porque algumas deformidades já foram constatadas, tais como notícia do Jornal O Estado de São Paulo, de 19/10/2004, com o seguinte teor: *'O paulistano que passou ontem pelo Túnel Max Feffer, na Avenida Cidade Jardim, na saída para a Avenida 9 de Julho, sentido bairro-centro, pôde constatar a presença de vazamentos, goteiras e poças d'água no local. Os problemas na passagem, que completa 1 mês no dia 25, começaram depois da chuva da semana passada. A outra passagem, no sentido centro-bairro, não apresentou problemas ontem. (...) O reparo das infiltrações já está sendo realizado pela construtora.'* Ressalte-se que o tema da referida matéria é similar ao tratado nos autos da Ação Declaratória – Processo nº 53.2006.112365-0, em trâmite na 10ª Vara da Fazenda Pública.

A responsabilidade da Contratada abrange não só a reparação dos danos surgidos na obra, mas, também, de todos os custos envolvidos, quer diretos ou indiretos, a exemplo da utilização da máquina administrativa com fiscalização dos serviços de reparos, gerenciamento do trânsito local, dentre outros, sem mencionar os prejuízos dos munícipes vítimas dos transtornos causados por eventuais obras de recuperação.

Assim, devido ao surgimento dos vícios citados, logo que o túnel foi entregue, é necessária uma garantia estendida, ou seja, maior que a estipulada no contrato.

Ademais, em atenção ao solicitado nos autos, encaminhem-se cópias do acórdão a ser prolatado ao Ministério Público Estadual.