TC nº 72-002.388.96-62

2º Julgado

RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregular o TA 14/98 e não aceitou seus efeitos financeiros. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 81, § 1º, Lei Mun. 10544/88.

2.919ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 09/11/2017

1º Julgado

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. SEHAB. Obras de construção de unidades habitacionais e execução de infraestrutura urbana. Valor acrescido não comprovado. TA 14/98 IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria. Demais termos REGULARES. Votação unânime.

2.784ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos do Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, com relatório e voto, do Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, e dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO, em conhecer do recurso, por se encontrarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos nos artigos 138 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal e 40 e seguintes da Lei Municipal 9.167/80, e, quanto ao mérito, em negar-lhe provimento, mantendo-se, na íntegra, os termos do V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO – Revisor e os Conselheiros DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de abril de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Trata-se, na presente oportunidade, da análise e julgamento do RECURSO ORDINÁRIO interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, em face do Acórdão de folhas 1277/1278, que por maioria, de conformidade com o voto do Conselheiro João Antônio – Relator e daquele do Conselheiro Roberto Braguim, votando Edson Simões, para efeito de desempate, julgou irregular o TERMO ADITIVO 14/98, por entender que o valor acrescido na Avença e consignado como pagamento a título de indenização, para efeito de recomposição do equilíbrio-econômico-financeiro da Avença não restou comprovado, restando, assim, por consequência, não aceitos os efeitos patrimoniais e financeiros do Ajuste.

Ainda, pelos votos em separado proferidos pelos Conselheiros Domingos Dissei e Maurício Faria, foram considerados pertinentes os valores pagos a título de indenização e a respectiva correspondência com o prejuízo sofrido pela Contratada, uma vez que não havia nos autos elementos suficientes para se concluir com segurança pelo caráter desproporcional dos valores pagos, considerando o tempo decorrido e a não intimação do terceiro interessado.

Por unanimidade de votos foram acolhidos os Termos Aditivos 15/98, 16/99 e 17/99, tendo os Conselheiros Maurício Faria e Domingos Dissei os acolhido em caráter excepcional, conforme motivação exposta. Também, por unanimidade de votos, em razão do tempo decorrido, ficou decidido a não apenação dos agentes responsáveis à época.

O Órgão Fazendário por meio do presente recurso busca a reforma parcial do Acórdão acima citado, a fim de que o Termo Aditivo 14/98 ao

Contrato 02/96 HABI tenha "seus efeitos financeiros e patrimoniais reconhecidos, em face do tempo decorrido, prestigiando-se, pois, o princípio da segurança jurídica".

Fundamentou a necessidade de revisão do Aresto argumentando que, por ocasião "da devida instrução em primeira instância, conforme fls. deverão ser novamente analisados e sopesados "... "os judiciosos esclarecimentos e justificativas e documentos colacionados pelos responsáveis"..." pois os mesmos demonstraram com clareza a necessidade dos serviços, bem como a regularidade dos procedimentos administrativos havidos".

Assim sustentou por entender que "o prejuízo não pode ser presumido, mormente se os atos praticados guarneceram forma apropriada" ... e, que " de todo o apurado não há qualquer prova concreta da existência de prejuízo ao erário e tampouco dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, opinando pelo conhecimento do Recurso, salientando terem sido cumpridos os pressupostos indicados nos artigos 138 e seguintes do Regimento Interno e artigos 40 a 46 da Lei Municipal 9.167/80.

Quanto ao mérito pronunciou-se pelo não provimento do Recurso, argumentando não haver a Recorrente trazido fatos ou argumentos novos hábeis a alterar o entendimento dos julgadores, não justificando-se, assim, "sejam analisadas novamente as justificativas apresentadas na fase de instrução".

Aduziu, que no Termo Aditivo 14/98 foram consignados acréscimos do valor contratual, tendo como fundamento "a justificativa da recomposição de equação econômico-financeira, porém, consta que as despesas decorreram de sucessivas prorrogações de prazo contratual em virtude da paralização do ajuste".

Arrematou afirmando que não ficou demonstrado o "vinculo causal entre o fato lesivo e a configuração do dano a ser reparado. Por isso, entendo pela impossibilidade da reforma da decisão recorrida. No tocante à alegação da suposta ausência de prejuízo ao erário alegada pela Recorrente e da não caracterização de dolo, culpa ou má-fé dos servidores, consistem, a meu ver, em escusa para deixar de observar o estrito cumprimento da legislação vigente".

A Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo no tocante ao conhecimento do Recurso. No respeitante ao mérito, praticamente endossou os termos da manifestação da Especializada acerca do assunto.

É o relatório.

VOTO

Endosso os pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, e CONHEÇO DO RECURSO em análise, por se encontrarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos nos artigos 138 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal e 40 e seguintes da Lei Municipal 9.167/80.

No tocante ao mérito, consoante ficou reconhecido pela corrente representada pela maioria dos votos do Acórdão recorrido, o valor das despesas consignadas no Termo Aditivo 14/98 apresenta a natureza de acréscimo contratual, como previsto no artigo 81, parágrafo 1º, da Lei Municipal 10544/88, não se tratando de pagamento de indenização à Contratada a título de recomposição da equação econômico-financeira do Contrato, como concluiu a Assessoria Jurídica de Controle Externo à folha 960/963 dos autos.

E assim se entende, pois, em razão dos ensinamentos dos doutrinadores do Direito Administrativo, para que assista em benefício dos contratados da Administração Pública o direito ao reequilíbrio da equação econômico-financeira, é necessário que tenha ocorrido no curso de uma contratação de longa duração o seguinte:

1- um fato imprevisível (não previsto inicialmente);

2- fato esse não decorrente de culpa do particular contratado e

3- que referido fato desestabilize a equação econômico-financeira da avença.

Portanto, não restou cabalmente demonstrado na espécie o preenchimento das condições que justificassem o reconhecimento da existência do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 02/96 HABI a garantir à Contratada o direito à indenização para a recomposição da equação econômico-financeira, mas sim de mero acréscimo do valor contratual, é irregular o Termo Aditivo 14/98, sendo certo que o pagamento realizado pela Origem à Contratada decorreu da paralização do Ajuste por sucessivas prorrogações de prazo, causadas pela falta de recursos financeiros à época. Absolutamente, também não se justifica nova análise dos Termos Aditivos 14 a 17/98, como pretende a Recorrente, com a reavaliação da documentação e esclarecimentos juntados aos autos, pois isto já ocorreu ao ensejo do julgamento das despesas, tendo ficado reconhecido que permaneceram sem justificativa a pertinência dos valores pagos a título de indenização em razão de prejuízo sofrido pela Contratada.

Além do mais, como concluíram a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral "não foram trazidos pela Recorrente fatos ou argumentos novos capazes de alterar o entendimento exercido pelos nobres julgadores" (fl.1294).

Por tais razões, quanto ao mérito, NEGO PROVIMENTO ao Recurso, ora em análise, mantendo-se, na íntegra, os termos do V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Substituto Alexandre Cordeiro

Acompanho o voto do Relator pelo não provimento do Recurso interposto, tendo em vista a manifestação da extinta Assessoria Técnica de Economia, com destaque especial para o conteúdo onde se afirma que "pela documentação da Origem não ficam evidenciados o montante e a discriminação das despesas indiretas impostergáveis, incorridas durante o período de paralização das obras", posicionamento esse que impossibilita a identificação de nexo causal, e consolida a posição ratificada pela Assessoria Jurídica de controle Externo, que posicionou-se pelo não acolhimento do ajuste.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.777ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator, assim como pelo voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Termo de Aditamento 14/98, entendendo que o valor acrescido a título de indenização para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não restou comprovado, bem como em não aceitar, por consequência, seus efeitos financeiros.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA, consoante voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, que julgaram, excepcionalmente, regular esse termo aditivo, considerando que, quanto à pertinência dos valores pagos e à respectiva correspondência com o prejuízo sofrido pela Contratada, não há elementos nos autos para se concluir, com segurança, pelo caráter desproporcional dos valores pagos, e tendo em conta o tempo decorrido e a não intimação do terceiro interessado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em acolher os Termos de Aditamento 15/98, 16/99 e 17/99, tendo os Conselheiros MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI o feito em caráter excepcional, consoante motivação anteriormente exposta.

ACORDAM, também, à unanimidade, em razão do tempo decorrido, em deixar de apenar os agentes responsáveis à época.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício às partes para conhecimento e, após, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de dezembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se da análise dos Termos de Aditamento de números 14, 15, 16 e17, ao Contrato nº 002/96-HABI.

O objeto da contratação consistiu na execução de obras de construção de 968 unidades habitacionais, compreendendo 44 edifícios e execução das obras de infraestrutura urbana na área denominada Garagem-Fase II, localizada na Avenida São Miguel com Rua Chafik Juvenal e Rua Cássia das Antilhas.

Destaque-se que o Contrato nº 2/96 no valor de R$ 16.036.333,63 (dezesseis milhões, trinta e seis mil, trezentos e trinta e três reais e sessenta e três centavos) foi julgado regular (folha 174), assim como os Termos Aditivos nºs 1 ao 9 e 12 (folha 585) e o Termo Aditivo nº 13 (folha 749).

Neste momento processual, analisam-se os Termos Aditivos nº 14, 15, 16 e 17, formalizados para os seguintes propósitos:

TA nº 14 - para adoção de cronograma físico-financeiro, ajuste do valor do contrato para pagamento de indenização, a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, no valor de R$ 1.189.119,53 (um milhão, cento e oitenta e nove mil, cento e dezenove reais e cinquenta e três centavos).

TA nº 15 – para adoção de cronograma físico-financeiro e prorrogação de prazo contratual.

TA nº 16 – para adoção de cronograma físico-financeiro e prorrogação de prazo contratual.

TA nº 17 – para adoção de cronograma físico-financeiro e retificação da numeração sequencial dos Termos de Aditamento de nºs 14 a 17.

Diante da dúvida levantada quanto ao **valor acrescido a título de indenização para recomposição de equilíbrio econômico-financeiro**, a Divisão Técnica III propôs a remessa dos autos à Assessoria Jurídica para o competente exame.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em seu parecer, concluiu o que segue:

1) não houve a caracterização do dano, elemento indispensável para se falar em indenização.

2) o TA em exame não espelha a realidade porque não se pode, como demonstrado, falar em indenização para recomposição de equação econômico-financeira do contrato.

Por esses motivos, manifestou-se pela irregularidade do Termo Aditivo nº 14.

Após essas considerações, a Divisão Técnica III considerou irregular o Termo Aditivo nº 14 e os demais, por sucessão, deixando consignada, ainda, a infringência ao artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal nº 10.544/88 e às Instruções nº 01/92 em face, respectivamente, da publicação e remessa extemporâneas.

Oficiada, a Origem apresenta seus esclarecimentos, juntados às folhas 977-1022.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, após exame dos documentos encaminhados pela Origem, reiterou seu pronunciamento anterior por entender que não havia justificativa de ordem técnica para fundamentar as despesas realizadas a título de indenização.

Por outro lado, a Assessora Jurídica Subchefe propôs o acolhimento do TA nº 14, com fundamento no art. 81, II, *"d"*, da Lei Municipal nº 10.544/88, em respeito ao Princípio da Imprevisão dos Contratos Administrativos.

Já o Assessor Chefe sugeriu a expedição de ofício à Origem a fim de serem esclarecidos os fatos geradores do Termo de Aditamento nº 14.

Segundo a Assessoria Jurídica, os documentos encaminhados e juntados às folhas 1054-1167 são meras cópias daqueles juntados às folhas 751-859, já apreciados, razão pela qual reiterou seu pronunciamento.

Por sua vez, o Assessor Chefe sugeriu a análise dos documentos pelos auditores, objetivando quantificar o valor e a extensão da indenização pelos danos que a contratada teria sofrido.

A Divisão Técnica II elaborou o quadro de folha 1178, descrevendo os custos envolvidos no respectivo aditamento e informando o valor pago a título de indenização no importe de R$ 1.189.119,53 (um milhão, cento e oitenta e nove mil, cento de dezenove reais e cinquenta e três centavos).

Dessa vez, foram intimados para apresentar defesa os senhores João Leopoldo Werneck de Camargo, Superintendente de Habitação Popular, à época, e Carlos Alberto Magalhães Lancellotti, representante da Construtora Beter S/A.

As defesas foram juntadas às folhas 1202-1221, apresentada pelo Senhor João Leopoldo Wernek de Camargo e folhas 1222-1243, ofertada pelo Senhor Arlindo Antonio Stocco, Diretor–Presidente da Construtora Beter S/A.

A Coordenadoria IV, após análise das defesas apresentadas, verificou que não foram oferecidos fatos novos além daqueles já conhecidos e apreciados e, por esse motivo, reiterou seu pronunciamento anterior.

Na mesma linha concluiu a Assessoria Jurídica de Controle Externo por entender que permanece sem justificativa a pertinência dos valores pagos a título de indenização e o prejuízo sofrido pela Contratada.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento dos Termos de Aditamento em exame, considerando que os atos jurídicos presumem-se regulares e praticados no sentido do interesse público.

A Secretaria Geral, acompanhando a Procuradoria da Fazenda Municipal, opinou pelo acolhimento dos Termos Aditivos em exame.

É o RELATÓRIO.

VOTO

Em julgamento os Termos de Aditamento de números 14, 15, 16 17, ao Contrato nº 002/96-HABI,tiveram por objeto a execução de obras de construção de 968 unidades habitacionais, compreendendo 44 edifícios e execução das obras de infraestrutura urbana na área denominada Garagem-Fase II, localizada na Avenidas São Miguel com Rua Chafik Juvenal e Rua Cássia das Antilhas.

Referido contrato e seus aditivos anteriores foram julgados regulares por este Tribunal.

Ao proceder a análise dos aditivos, constatou-se que o TA nº 14 aprovou o valor para pagamento de indenização, a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, no valor de R$ 1.189.119,53 (um milhão, cento e oitenta e nove mil, cento e dezenove reais e cinquenta e três centavos).

Os Órgãos Técnicos consideraram que não houve a caracterização do dano, elemento indispensável para se falar em indenização e que o respectivo Termo não espelhava a realidade porque não se pode falar em indenização para recomposição de equação econômico-financeira do contrato.

Os documentos e esclarecimentos juntados aos autos não foram aptos para atestar a celebração do ajuste, permanecendo sem justificativa a pertinência dos valores pagos a título de indenização e o prejuízo sofrido pela Contratada.

Quanto à infringência ao artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal nº 10.544/88 e às Instruções nº 01/92 em face, respectivamente, da publicação e remessa extemporâneas, relevo tais impropriedades, pois mesmo que fora do prazo os atos foram efetivados.

Por todo o exposto, **JULGO IRREGULAR** o Termo de Aditamento nº 14, por entender que o valor acrescido a título de indenização para recomposição de equilíbrio econômico-financeiro não restou comprovado, não aceitando, por consequência, seus efeitos financeiros.

Relativamente aos Termos de Aditamento nºs 15, 16 e 17, formalizados para adoção de cronograma físico-financeiro, prorrogação de prazo contratual e retificação da numeração sequencial dos Termos de Aditamento de nºs 14 a 17, **ACOLHO-OS**, por regulares.

Em razão do tempo decorrido, deixo de apenar os agentes responsáveis à época.

OFICIEM-SE as partes para conhecimento e, após, **ARQUIVEM-SE** os autos. (**2.777ª S.O.**)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Apenas para que fique registrado, destaco que o contrato nº 02/96, firmado pela então Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbano com a Construtora Beter S/A, tendo como objeto a execução das obras de construção de 968 unidades habitacionais (44 edifícios) e a execução das obras de infraestrutura urbana na área denominada Garagem –Fase II, bem como os Termos Aditivos nºs 01 a 05/96, 06 a 09/97, 12/98, 10 e 11/97 e 13/98, foram acolhidos por este Tribunal.

Neste momento processual, examinam-se os 14º ao 17º Termos Aditivos ao Contrato nº 002/96. Por intermédio do 14º Termo Aditivo, foi realizado o ajuste do valor contratado para pagamento de indenização, a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Os órgãos técnicos concluíram pela irregularidade dos ajustes, por entenderem que no 14º Termo Aditivo não se caracterizou o dano, inexistindo justificativa para a pertinência dos valores pagos e para o prejuízo sofrido pela Contratada.

Entretanto, manifestaram-se de forma diversa a Assessora Subchefe e a Secretaria Geral, para os quais seria possível o acolhimento do ajuste, em respeito ao princípio da imprevisão dos contratos administrativos, pois a situação que se apresentava à época era suficiente para ocasionar o prejuízo arguido e se as prorrogações foram por motivos em relação aos quais nem a Origem poderia ter culpa, o que se dizer e relação à contratada, que não ocasionou tais prorrogações.

Como demonstrado, as sucessivas prorrogações provocaram prejuízos à contratada, ocasionando o desequilíbrio financeiro do contrato, impondo-se a necessária repactuação.

No tocante à pertinência dos valores pagos e a respectiva correspondência com o prejuízo sofrido pela Contratada, não há elementos nos autos para se concluir, com segurança, pelo caráter desproporcional dos valores pagos, razão pela qual, na esteira da manifestação da Assessora Subchefe e da Secretaria Geral, e tendo em conta o tempo decorrido e a não intimação do terceiro interessado, que adoto como razões de decidir, voto pela regularidade dos Termos de Aditamento em exame. (**2.777ª S.O.**)

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões:

Cuidam os autos do **TC 2.388.96-62** da análise dos Termos Aditivos 14 e 15 de 1998 e dos Termos Aditivos 16 e 17 de 1999, relativos ao Contrato 2/96 firmado entre a Secretaria Municipal de Habitação e a Construtora

Beter S.A, tendo por objeto a execução das obras de construção de 968 (novecentos e sessenta e oito) unidades habitacionais e execução das obras de infraestrutura urbana na área denominada Garagem – fase II, localizada na Avenida São Miguel com a rua Chafik Juvenal e rua Cássia das Antilhas.

O Conselheiro Relator João Antonio julgou irregular o Termo Aditivo nº 14, sem a aceitação dos seus efeitos financeiros e regulares os Termos Aditivos 15, 16 e 17, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Vice-Presidente Roberto Braguim.

Divergiu o Conselheiro Maurício Faria que julgou excepcionalmente regulares todos os termos de aditamento sob exame, sendo acompanhado pelo Conselheiro Domingos Dissei.

Por votação unânime, foram julgados regulares os Termos Aditivos 15, 16 e 17, registrando-se empate quanto ao Termo Aditivo nº 14 e, consoante disposição legal, profiro o voto de desempate.

Com fundamento na manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros João Antonio e Roberto Braguim, restando assim, por maioria de votos, julgado irregular o termo aditivo nº 14, sem a aceitação dos seus efeitos financeiros, pelas razões expostas em seus votos.