TC nº 72-002.463.95-03

4º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares os TAs. Serviços de limpeza de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos domiciliares, de varrição, de feiras livres e de todos aqueles resultantes dos serviços de limpeza nas áreas e vias das administrações regionais. SES. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.772ª Sessão Ordinária

3º Julgado

ANALISE. TERMOS ADITIVOS. SES. Serviços de limpeza de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos domiciliares, de varrição, de feiras livres e de todos aqueles resultantes dos serviços de limpeza nas áreas e vias das administrações regionais. Despacho autorizatório e NEs extemporâneas. Insuficiência das notas de empenho. Extrapolação do acréscimo contratual. Irregularidade fiscal. CND. INSS. FGTS. IRREGULARES. MULTA. Votação unânime.

2.363ª Sessão Ordinária

2º Julgado

EXECUÇÃO DO JULGADO. SES. Serviços de limpeza de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos domiciliares, de varrição, de feiras livres e de todos aqueles resultantes dos serviços de limpeza nas áreas e vias das administrações regionais. Identificados os Ordenadores da Despesa. CUMPRIDA. Votação unânime.

2.119ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SES. Serviços de limpeza de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos domiciliares, de varrição, de feiras livres e de todos aqueles resultantes dos serviços de limpeza nas áreas e vias das administrações regionais. ACOLHIDOS. Votação unânime.

2.011ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 24/07/2015

4º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.748ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos para proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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 dos recursos interpostos, visto que atenderam aos pressupostos de admissibilidade estabelecidos no artigo 140, alíneas "a" a "f", do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e JOÃO ANTONIO – Revisor, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso II, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, considerando não haver elementos novos capazes de conduzir à alteração do V. Acórdão de 05/3/2008, em negar-lhes provimento, mantendo-o, na íntegra, pelos seus próprios fundamentos.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, nos termos de seus votos proferidos em separado, que deram parcial provimento aos apelos, exclusivamente para aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos termos aditivos.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor e MAURÍCIO FARIA, em manter a sanção pecuniária imposta aos agentes públicos.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que afastou as multas aplicadas aos ordenadores das despesas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em manter inalterado o V. Acórdão recorrido no que se refere à irregularidade dos instrumentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de outubro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Analisam-se, nesta fase processual, Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, pelos Senhores Alfredo Mario Savelli e Marcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo, contra V. Acórdão de fls. 1.839/1.841, que, por votação unânime, considerou irregulares os Termos de 07/97 a 12/99, aditados ao Contrato 14/LIMPURB/95, ajustado entre a Secretaria Municipal de Serviços – SES e a Companhia Auxiliar de Viação e Obras – CAVO, para a prestação de serviços de limpeza de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos domiciliares, de varrição, de feiras livres e de todos os resultantes dos serviços de limpeza nas áreas e vias pertencentes às Administrações Regionais de Vila Mariana, Ipiranga e Vila Prudente – Agrupamento V. O R. "Decisum" impugnado, a par de considerar irregulares os aditivos, não aceitou os efeitos financeiros decorrentes e aplicou multa aos Ordenadores das Despesas. Inconformada com a decisão, a Procuradoria da Fazenda Municipal pugnou pela sua reforma, ou, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros dos aditamentos, aplicando-se, à espécie, o princípio da segurança jurídica, que recomenda a convalidação dos atos

administrativos originalmente defeituosos, alegando, ainda, que, no caso, não estão eles eivados de dolo ou má-fé e nem causaram prejuízo ao Erário.

O Ordenador da Despesa relativa ao Termo 10/98 – Senhor Alfredo Mario Savelli, Secretário da Pasta à época da lavratura do ajuste – argumentou que este Tribunal, em consulta formulada pelo então Prefeito, já entendera que a Administração poderia proceder a aditamentos contratuais que ultrapassassem o limite de 25% (vinte e cinco por cento) de acréscimo permitido, com fundamento no artigo 81, § 2º, da Lei 10.544/88[1] (TC 463.97-96), entendendo que a orientação se aplica ao caso em exame, uma vez que se trata de serviços essenciais, que não poderiam sofrer solução de continuidade. Quanto à sanção pecuniária, apesar de considerá-la injusta, juntou comprovante do recolhimento da multa. De sua parte, a Senhora Marcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo, responsável pelos Termos 11 e 12, ambos de 1999, insurgiu-se contra a decisão, afirmando, no mesmo passo, também que esta Corte já reconheceu ser aplicável à contratação de serviços essenciais – como os ora analisados – o disposto no artigo 81, § 2º, da lei já mencionada, ao responder consulta formulada pelo então Chefe do Executivo. Mencionou, ainda, que a não apresentação das certidões do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, em relação ao Termo 12/99, foi matéria já debatida no âmbito deste Tribunal, que, em casos semelhantes, acolheu os ajustes examinados, em razão da inexistência de dolo ou má-fé dos agentes envolvidos, o que também ocorreu "in casu".

Ponderou, ademais, que os serviços contratados foram efetivamente prestados, sem que se constatasse qualquer prejuízo ao Erário, prevalecendo, sempre, o interesse público. Requereu, por fim, o acolhimento dos Termos de Aditamento 11 e 12/99, alterando-se a decisão recorrida.

Na devida instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento de todos os apelos e, no mérito, pelo seu improvimento, uma vez que os recorrentes não trouxeram aos autos fatos novos, capazes de alterar o V. Acórdão.

Na sequência, a Procuradoria da Fazenda Municipal pugnou pela revisão do R. "Decisum", enquanto a Secretaria Geral partilhou do entendimento da Assessoria Jurídica, opinando pela manutenção da decisão, em sua íntegra. Consigno, a este passo, que o Senhor Reynaldo Emydio de Barros, apontado como responsável pelos Termos 07 e 08/97 e 09/98, devidamente intimado da decisão, não apresentou recurso.

---

[1] **Art. 81.** Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados: (...) **§ 2º** - O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos de quantidades e os serviços extraordinários, ditados por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do contrato, em percentuais superiores aos previstos no parágrafo 1º, devidamente justificados, mantido o objeto do contrato.

É o relatório. **(2.476ª S.O.)**

Adendo ao Relatório:

Em sessão ordinária realizada em 24/03/10, procedi à leitura do Relatório que precederia meu voto acerca dos Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, Alfredo Mario Savelli e Marcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo.

Completada a leitura, ainda em fase de discussão, o ilustre Conselheiro Eurípedes Sales solicitou vista dos autos, devolvendo-os em sessão de 08/05/13, quando propôs a conversão do julgamento em diligência, vez que, estando em tramitação diversas ações judiciais, recebera em seu Gabinete petição noticiando o resultado de várias demandas relacionadas à matéria versada neste TC, que poderiam influenciar a apreciação dos recursos interpostos, sendo a proposta aceita pelo E. Plenário.

A recorrente Marcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo trouxe então à colação julgado proferido nos autos dos Agravos Regimentais no Recurso Especial 1065588-SP, em que figura como Agravante, entre outros, a empresa Cavo Serviços e Meio Ambiente S.A., no qual foi reconhecida a inexistência de dolo ou culpa dos agentes públicos que intervieram na execução do Contrato 14/LIMPURB/95, em especial no que concerne à formalização dos Termos Aditivos objeto do presente. Informou a apelante que os Agravos Regimentais tiveram como origem a Ação de Improbidade Administrativa promovida pelo Ministério Público contra a empresa antes referida e outros, por ilegalidades apontadas no Contrato mencionado.

O Agravo Regimental, relatado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, é assim ementado: 'Agravos Regimentais em Recurso Especial, Direito Administrativo. Improbidade. Elemento subjetivo não devidamente demonstrado. Inexistência de dolo apto a caracterizar a improbidade administrativa'.

A Recorrente, em razão do julgado trazido aos autos, requereu o provimento de seu apelo, antes formulado.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, ao examinar a petição referida, explanou que os julgados trazidos ao bojo do TC apresentam elementos que versam sobre improbidade de agentes públicos, comprovando que, nos casos apresentados, não foram eles condenados nesse figurino, pois não restou configurada a conduta dolosa, vez que, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, o ato, para ser caracterizado como de improbidade administrativa, deve ser, além de ilegal, imoral, decorrente de conduta dolosa ou de má-fé.

Nessa senda, asseverou que este Tribunal não apontou conduta dolosa dos agentes no caso em questão, atendo-se às infringências apontadas

no voto vencedor, que caracterizaram desídia e ilegalidade na atuação desses agentes. Concluiu, afirmando que as decisões do STJ colacionadas aos autos não possuem vigor para alterar o mérito do v. acórdão.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o conhecimento e provimento dos Recursos.

A Secretaria Geral corroborou as afirmações da Assessoria Jurídica, no sentido de que a documentação encartada não é hábil para alterar o r. "decisum", que sequer fez menção à conduta dolosa dos agentes públicos.

É o relatório.

VOTO

Os Recursos merecem ser conhecidos, posto que atenderam aos pressupostos de admissibilidade estabelecidos no artigo 140, alíneas "a" a "f", do Regimento Interno deste Tribunal[2].

No que tange ao mérito, entretanto, necessário se faz sejam os Apelos analisados detidamente, em razão da complexidade da matéria e da natureza dos serviços, que, no Município de São Paulo, apresentam problemas não só quanto à sua execução, devido, em parte, à grandiosidade da metrópole, mas também sob o aspecto da formalização das contratações.

Na hipótese em exame, os problemas ocorreram realmente na fase de execução do Contrato, a partir da lavratura do Termo 07/97 e até o Termo 12/99, todos eivados de vícios insanáveis, que impediram o seu acolhimento em primeira análise. Sucederam-se, a partir do Termo Aditivo 07, inúmeras ilegalidades, consistentes em:

a) extemporaneidade do despacho autorizatório, com atribuição de efeitos retroativos aos ajustes, em afronta ao artigo 76, § 2º, da então vigente Lei Municipal 10.544/88[3];

---

[2] **Art. 140.** O Relator poderá indeferir, liminarmente, o seguimento do recurso, quando não atendido qualquer dos pressupostos de admissibilidade a seguir previstos:
a) cabimento do recurso, com indicação expressa do seu fundamento legal ou regimental;
b) legitimidade para recorrer;
c) interesse de recorrer;
d) tempestividade;
e) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer;
f) observância de formalidade considerada essencial por este Regimento.

[3] **Art. 76**. (...) **§ 2º** - É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por esta lei, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.

b) extrapolação do limite de acréscimos legalmente permitidos, sem a correspondente justificativa técnica, violando o disposto no artigo 81[4] do diploma municipal mencionado;

c) emissão extemporânea de Notas de Empenho, em flagrante desrespeito aos artigos 60 e 61 da Lei Federal 4.320/64[5];

d) publicação extemporânea dos ajustes, em desacordo com o previsto no artigo 79, parágrafo único, da Lei 10.544/88[6]; e

e) ausência de comprovação da regularidade fiscal da contratada perante o INSS, o FGTS e o Fisco Municipal, ferindo o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal[7], a Lei Federal 9.012/95[8] e a Lei Municipal 11.184/92[9], respectivamente.

Os Recursos interpostos, entretanto, não lograram afastar as ilegalidades, limitando-se a pleitear a convalidação dos atos viciados ou a tentar enquadrá-los em consulta formulada, em tese, a este Tribunal, à qual a espécie não se subsume, eis que não consta dos autos justificativa técnica suficiente para a aceitação dos acréscimos avençados, de molde a sujeitá-los ao disposto no artigo 81, § 2º, do Estatuto Licitatório Municipal vigente à época (Lei 10.544/88).

Sob o aspecto da convalidação, valho-me da seguinte lição colhida do magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: 'Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado' (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 17ª edição, 2004 pág. 235).

Prossegue a autora, entretanto: 'O objeto ou conteúdo ilegal não pode ser objeto de convalidação' (obra citada, pág. 237).

---

[4] **Art. 81.** Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados:

[5] **Art. 60.** É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

[6] **Art. 79.** A qualquer licitante será permitido o conhecimento das cláusulas do contrato celebrado e, a qualquer interessado, a obtenção de certidão mediante o pagamento devido.

Parágrafo Único – O termo de contrato, bem como de seus aditamentos, deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no órgão de divulgação oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias, contados da data da assinatura.

[7] **Art.195.** (...) **§ 3º** - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

[8] Proíbe as instituições oficiais de crédito de conceder empréstimos, financiamentos e outros benefícios a pessoas jurídicas em débito com o FGTS.

[9] Dispõe sobre a proibição de pessoa jurídica em debito com o sistema de seguridade social em contratar com o poder publico municipal ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e da outras providencias.

Este é o caso dos autos, em que as ilegalidades não podem ser convalidadas.

Acresce notar, ainda, que não há, entre as razões aduzidas pelos recorrentes, qualquer argumento que não tenha sido analisado na fase instrutória do presente, quando todas as alegações foram repelidas pelo E. Plenário, por ocasião da apreciação dos aditamentos.

No que concerne particularmente à documentação inserta nos autos por provocação da Recorrente Marcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo, posiciono-me, com a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, pela impossibilidade de alteração do v. acórdão pelas razões por ela aduzidas.

É o que r. "decisum" guerreado cingiu-se a considerar irregulares os Termos de Aditamento 07/97, 08/97, 09/98, 10/98, 11/99 e 12/99 em razão das ilegalidades apontadas nos seus itens 1 a 6, sem imputar conduta dolosa aos agentes públicos.

Destarte, as decisões do STJ trazidas a lume – que versam sobre a caracterização de improbidade administrativa – não aproveitam à Recorrente.

Vale, a respeito, transcrever trecho extraído do Recurso Especial 827445-SP (2006/0058922-3), de Relatoria do Ministro Luiz Fux, assim expresso: 'Não se pode confundir ilegalidade com improbidade.

A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10.'

Dessa forma, não mencionando o v. acórdão ter ocorrido, por parte do agente, conduta que possa ser tipificada como improbidade administrativa, não se aplicam ao caso concreto as assertivas constantes das decisões colacionadas. Isto posto, não havendo elementos novos capazes de conduzir à alteração do decidido em 05/03/08, nego provimento a todos os Recursos, mantendo, na íntegra, pelos seus próprios fundamentos, o v. acórdão atacado **(2.748ª S.O.)**.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Acompanho o voto do Nobre Relator no sentido do conhecimento dos recursos interpostos.

No mérito, o exame das razões apresentadas pelos Recorrentes, que se restringem à reprodução dos argumentos antes lançados na fase instrutória, leva-me à manutenção da decisão recorrida quanto à ilegalidade dos Termos de Aditamento, o que ensejou a imposição de sanção pecuniária aos agentes públicos responsáveis.

A informação trazida aos autos pela Sra. Márcia Heloísa Buccolo, de que os agentes públicos foram absolvidos na ação de improbidade movida pelo Ministério Público de São Paulo, não tem o condão de alterar a conclusão desta E. Corte de Contas, uma vez que a decisão judicial de não tipificação de ato de improbidade administrativa situou-se no âmbito de especificação e responsabilização diversas daquele afirmado na multa administrativa aplicada nestes autos, pois, "in casu", a não configuração de ato de improbidade administrativa não afasta a ilegalidade dos ajustes que, por terem ultrapassado em muito o limite legal de alteração quantitativa dos contratos, devem ser reprovados por este Tribunal de Contas, em sede de julgamento administrativo.

Ademais, o ato de improbidade é um ato ilegal, mas nem todos os atos ilegais são atos de improbidade. Nas palavras do Desembargador Federal Tourinho Neto: 'A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida, portanto, de má-fé do agente público, de traço de desonestidade, não atingindo o administrador incompetente, inábil ou desorganizado, para cujas falhas ou omissões já existem sanções específicas de natureza administrativa. Se assim não fosse, qualquer irregularidade praticada por um agente público poderia ser enquadrada como improbidade, por violação do princípio da legalidade, sujeitando-o às pesadas sanções da respectiva Lei, o que, por certo, tornaria inviável a própria atividade administrativa' (TRF 1ª Região, AC 2007.35.00.003119-9-GO, e-DJF1 de 29.04.2001, p. 130).

Da mesma forma, o resultado do julgamento proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça não leva à invalidação da sanção imposta pelo Tribunal de Contas, uma vez que esta teve como pressuposto de aplicação, especialmente, a não observância do limite consignado no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, ou seja, matéria não contemplada pela decisão judicial.

Não obstante, tal como por mim anotado quando do julgamento originário do feito, as infringências e irregularidades destacadas no processo, atribuíveis exclusivamente aos gestores do contrato, não podem ferir os direitos da contratada, razão pela qual reitero o entendimento pela aceitação dos efeitos financeiros dos ajustes.

Diante do exposto, dou parcial provimento aos recursos, exclusivamente para aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos Termos de Aditamento de números 07 a 12 ao Contrato 14/LIMPURB/1995, mantendo-se inalterada a decisão quanto à irregularidade dos instrumentos, bem como quanto à sanção pecuniária imposta aos agentes públicos **(2.748ª S.O.)**.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Meu Voto é pelo CONHECIMENTO dos Recursos interpostos para, no mérito, DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO para o fim de afastar as multas aplicadas aos ordenadores das despesas e, ainda, RECONHECER OS EFEITOS FINANCEIROS produzidos, uma vez que não há, nos autos, elementos que indiquem a ocorrência de prejuízo ao Erário, dolo ou má-fé dos agentes envolvidos. É o voto **(2.748ª S.O.)**.

Voto de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões:

Cuidam os autos do TC 2.463/95 da análise de recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, Alfredo Mario Savelli e Marcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo contra o Acordão de 05/03/2008 que julgou irregulares os Termos Aditivos 07/97, 08/97, 9/98,10/98, 11/99 e 12/99 relativos ao Contrato 14/LIMPURB/95 firmado entre a Secretaria Municipal de Serviços e a Companhia Auxiliar de Viação e Obras – CAVO, tendo por objeto a prestação de serviços de limpeza em vias e logradouros públicos, coleta, transporte de resíduo domiciliares, varrição de feiras livres e vias pertencentes à Vila Mariana, Ipiranga e Vila Prudente – Agrupamento V.

O Conselheiro Relator Vice-Presidente Roberto Braguim conheceu dos recursos e, no mérito, negou-lhes provimento, mantendo o Acórdão recorrido na íntegra, no que foi acompanhado pelo Conselheiro João Antônio.

Divergiu o Conselheiro Maurício Faria que deu provimento parcial aos recursos para aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos Termos de Aditamento 7 a 12, mantendo-se inalterada a decisão quanto a irregularidade dos instrumentos.

O Conselheiro Corregedor Domingos Dissei deu provimento parcial aos recursos para aceitar os efeitos financeiros e afastar as multas aplicadas.

Com efeito registrou-se empate e consoante disposição legal, profiro o VOTO DE DESEMPATE. Com fundamento nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral e, em coerência com o voto por mim proferido em sede de julgamento original, acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros Roberto Braguim e João Antonio, restando assim, por maioria de votos, NEGADO PROVIMENTO A TODOS OS RECURSOS, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

3º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Maurício Faria, após vista que lhe fora concedida na 2.359ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro Roberto Braguim, com votos anteriormente proferidos pelos Conselheiros Edson Simões – Relator, à época, na 2.348ª S.O., e Eurípedes Sales – Revisor, na 2.354ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregulares os Termos de Aditamento 007/97, 008/97, 009/98, 010/98, 011/99 e 012/99, relativos ao Contrato 14/LIMPURB/95, por ofensa aos seguintes dispositivos legais:

1) TA 007/97 – infringência aos artigos 76, § 2º, e 81 da então vigente Lei Municipal 10.544/88 e aos artigos 60 e 61 da Lei Federal 4.320/64, combinados com o Decreto Municipal 23.639/87 e artigo 65 da Lei Federal 8.666/93, uma vez caracterizada intempestividade do despacho autorizatório do ajuste e extemporaneidade na emissão das notas de empenho, as quais apresentam valor insuficiente para a cobertura das despesas.

2) TA 008/97 – existência de extemporaneidade na emissão das notas de empenho e desobediência ao artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal 10.544/88 (atraso da publicação do ajuste no Diário Oficial) e ao artigo 81, §§ 1º e 2º, da Lei Municipal 10.544/88, por haverem os acréscimos contratuais ultrapassado o limite legal admitido de 25% (vinte e cinco inteiros por cento), independentemente da apresentação de justificativa técnica hábil para legitimar os acréscimos e reduções de serviços ajustados, conforme concluiu a Assessoria Técnica de Engenharia desta Corte, à época, às folhas 846/847 dos autos.

3) TA 009/98 – idênticas irregularidades apontadas para o Termo de Aditamento 007/97, retromencionadas, em especial, por haverem os acréscimos contratuais extrapolado o valor inicial do contrato em 70,23% (setenta inteiros e vinte e três centésimos por cento).

4) TA 010/98 – infringência ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 pela não-apresentação das cópias das notas de empenho emitidas para suportar as respectivas despesas, assim como por ultrapassarem nos gastos o limite legal permitido (artigo 81 da Lei Municipal 10.544/88), pela ausência de publicação do ajuste na Imprensa Oficial e por não ter sido comprovada a regularidade fiscal da contratada.

5) TA 011/99 – extrapolação do limite legal admitido para os acréscimos de serviços avençados.

6) TA 012/99 – ausência de comprovação da regularidade fiscal da contratada com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (artigo 195 da Constituição Federal), com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei Federal 9.012/95) e com o Fisco Municipal (Lei Municipal 11.184/92) e extrapolação do limite legal permitido aos acréscimos contratuais ajustados.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Relator, à época, Eurípedes Sales – Revisor e Roberto Braguim, em deixar de acolher os efeitos financeiros produzidos pelos referidos aditamentos, ante o total descumprimento da legislação apontada.

Vencido, em parte, o Conselheiro Maurício Faria, que, consoante voto divergente apresentado em separado, aceitou os efeitos financeiros dos ajustes.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em aplicar a cada um dos ordenadores das despesas, enunciados às folhas 1.614, 1.618, 1.622, 1.626, 1.629 e 1.631 dos autos, a multa no valor de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

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

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido anteriormente pelo Conselheiro Edson Simões – Relator, à época.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 05 de março de 2008.

Roberto Braguim
Vice-Presidente no exercício da Presidência

Edson Simões
Relator.

RELATÓRIO

Na presente oportunidade, trata-se da análise e julgamento dos TERMOS DE ADITAMENTO 07, 08 de 1997; 09, 010 de 1998; e 011 e 012 de 1999, ao CONTRATO nº 14/LIMPURB/95, decorrente da CONCORRÊNCIA n° 14/SSO/93, objetivando a execução de serviços de limpeza de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos domiciliares nas áreas das Administrações Regionais Vila Mariana, Ipiranga e Vila Prudente, firmado entre o DEPARTAMENTO DE LIMPEZA URBANA – LIMPURB e a COMPANHIA AUXILIAR DE VIAÇÃO E OBRAS – CAVO.

De acordo com o Acórdão anexado sob folhas 882/883, foram acolhidos o precitado Contrato, bem como os Termos de Aditamentos 01, 02, 03 de 1995 e 04, 05 e 06 de 1996. A Coordenadoria VI concluiu no sentido da irregularidade dos TERMOS ADITIVOS 07 e 08/97; 09 e 010/98; 011 e 012/99.

Apontou quanto ao de nº 07/97 infringência aos artigos 76, parágrafo 2º, e 81, da então vigente Lei Municipal 10.544/88, e aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64, combinados com o Decreto Municipal nº 23.639/87, e artigo 65 da Lei Federal 8.666/93, uma vez que caracterizada intempestividade do despacho autorizatório do Ajuste; extemporaneidade na emissão das Notas de Empenho, as quais apresentam valor insuficiente para a cobertura das despesas.

Quanto ao TERMO ADITIVO 08/97, afirmou a existência de extemporaneidade na emissão das Notas de Empenho e desobediência ao artigo 79, parágrafo único, da Lei 10.544/88 (atraso da publicação do Ajuste no Diário Oficial) e ao artigo 81, parágrafos 1º e 2º, da Lei Municipal 10.544/88, por haverem os acréscimos contratuais ultrapassado o limite legal admitido de 25% (vinte e cinco inteiros por cento), independentemente da apresentação de justificativa técnica hábil para legitimar os acréscimos e reduções de serviços ajustados, conforme concluiu a Engenharia às folhas 846/847 dos autos.

Esclareceu, no tocante ao TERMO DE ADITAMENTO nº 09/98, padecer o mesmo de idênticas irregularidades apontadas para o Termo Aditivo nº 07/97, acima mencionadas, em especial, por haverem os acréscimos contratuais extrapolado o valor inicial do Contrato em 70,23% (setenta inteiros e vinte e três centésimos por cento).

No tangente ao TERMO ADITIVO nº 011/99, ser irregular por extrapolação do limite legal admitido para os acréscimos de serviços avençados.

Em relação ao TERMO ADITIVO nº 010/98, infringência ao artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64, pela não-apresentação das cópias das Notas de Empenho emitidas para suportar as respectivas despesas, assim como por

ultrapassarem os gastos o limite legal permitido (art. 81 da Lei Municipal nº 10.544/88) e ausência de publicação do Ajuste na Imprensa Oficial.

Finalmente, quanto ao TERMO DE ADITAMENTO 012/99, irregularidade por ausência de comprovação da regularidade fiscal da Contratada para com o INSS (artigo 195 da Constituição Federal), para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei Federal nº 9.012/95) e com o Fisco Municipal (Lei Municipal 11.184/92 e extrapolação do limite legal permitido aos acréscimos contratuais ajustados) (folhas 1.613, 1.624, 1.628/1.629, 1.633/1.634 e 1.646/1.647).

Foram intimados para apresentação de Defesas os ordenadores dos gastos e oficiada a Secretaria Municipal de Serviços para oferecimento das justificativas pertinentes à espécie (folhas 1.650/1.652, 1.661/1.666, 1.678/1.695, 1.769/1.776 e 1.714/1.766).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, após análise dos argumentos invocados nas Defesas, afirmou não terem os mesmos o condão de modificar as conclusões da Coordenadoria VI, à exceção da comprovação da publicação do Termo de Aditamento nº 010/98, no Diário Oficial do Município, que restou comprovada.

Entendeu serem passíveis de relevação, a critério superior, a intempestividade do despacho de Autorização verificada nos Termos Aditivos 07/97, 08/97, e 09/98. Acompanhou o entendimento da Coordenadoria no tocante à irregularidade dos Termos Aditivos 07/97, 08/97, 09/98 e 011/99, por haverem ultrapassado o limite de 25% (vinte e cinco por cento) estabelecido pelo parágrafo 1º do artigo 65 da Lei Federal 8.666/93.

Acrescentou que a ausência de comprovação da regularidade fiscal da Contratada com o INSS e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço contamina de irregularidade insanável o TERMO ADITIVO 012/99.

Ante o extenso número de documentos encaminhados pela Origem, ponderou pela necessidade de oitiva da Coordenadoria VI (folhas 1.780/1.786).

A conclusão do aludido órgão técnico, ratificando aquela exarada no relatório anteriormente produzido, reafirmou a infringência ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e o Decreto Municipal 23.639/87 aduzindo *'que em razão da não-comprovação integral da emissão das notas de empenho que deram suporte às despesas relativas ao aditivo em comento, bem como pela insuficiência dos valores empenhados'.*

Reportou-se às conclusões alcançadas nos pronunciamentos de folhas 1.633 – item 1 e 1.647 – item 3, no respeitante à

extrapolação de limite legal dos acréscimos contratados e da ausência de notas de empenho para suporte das respectivas despesas, quanto ao TERMO DE ADITAMENTO 010/98.

Aduziu infringências aos artigos 81 da Lei Municipal 10.544/88, e 65 da Lei 8.666/93 (extrapolação do limite de 25% dos acréscimos de serviços), ao artigo 195 da Constituição Federal (ausência de CND), à Lei Federal 9.012/95 (não-comprovação de regularidade para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) e Lei Municipal 11.184/92 (não-comprovação de regularidade fiscal da Contratada para com o Município de São Paulo) no tocante ao TERMO ADITIVO 012/99 (folhas 1.789/ 1.794).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou, integralmente, a conclusão da Coordenadoria VI, no sentido da irregularidade dos TERMOS DE ADITAMENTOS 07, 08, 09, 010, 011 e 012 (folhas 1.797/ 1.800).

O Órgão Fazendário, entretanto, sugeriu o acolhimento dos ajustes, sob o argumento de não haver nos autos, indicação de qualquer prejuízo ao Erário ou da prática de atos derivados de desídia, dolo ou má-fé pelos agentes públicos responsáveis.

Ressaltou a impossibilidade de reverter a espécie à situação anterior já consolidada, enfatizando, com amparo nos ensinamentos doutrinários trazidos à colação, que não se decreta nulidade sem dano.

Acrescentou que, caso não seja esse o entendimento do Plenário, sejam acolhidos os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes (folhas 1.802/1.806). A Secretaria Geral concordou com os pareceres dos preopinantes, no sentido da rejeição dos TERMOS ADITIVOS, 'sobretudo a vista do contido em fls. 1.791/1.793, onde se confirma a ausência de comprovação das despesas realizadas, bem como da regularização da documentação fiscal obrigatória', propugnando pelo acolhimento dos seus efeitos financeiros (folhas 1.808/1.813).

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, à exceção da Procuradoria da Fazenda Municipal, os Órgãos Técnicos opinantes, de forma unânime, se manifestaram no sentido da irregularidade dos TERMOS ADITIVOS em julgamento, situação que revela o comportamento desidioso e o total distanciamento dos ordenadores das despesas dos ditames legais vigentes, aos quais incumbe zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, legitimidade, moralidade, eficiência, etc.

Dispensável, por repetitivo, destacar uma a uma as ilegalidades de que padecem cada um dos Termos Aditivos analisados.

Reporto-me, para tanto, aos pareceres expressados pela Coordenadoria VI, Assessoria Técnica Jurídica e Secretaria Geral, que endosso e ficam fazendo parte integrante deste voto, os quais de forma cabal retratam o desprezo quanto ao cumprimento da legislação vigente.

Sinteticamente, é suficiente ressaltar os inconsistentes artifícios de que se valeram os responsáveis em acrescer e reduzir serviços, com amparo no parágrafo segundo do artigo 81 da revogada Lei Municipal 10.544/88, sem no entanto fundamentá-los em pareceres de seus técnicos, como salientou a Engenharia às folhas 846/847 dos autos.

Assim procedendo, os referidos acréscimos de serviços atingiram, com o TERMO ADITIVO 010/98, o percentual de 83,24 % (oitenta e três inteiros e vinte e quatro centésimos por cento) do valor inicial estabelecido no CONTRATO nº 14/LIMPURB/95 (folha 1.627).

Também não foram apresentadas as Notas de Empenho emitidas para dar suporte às despesas referentes ao citado TERMO ADITIVO nº 010/98, não tendo sido, igualmente, comprovada a regularidade fiscal da Contratada (folha 1.648). Por todo o exposto e do que mais dos autos consta, JULGO IRREGULARES OS TERMOS ADITIVOS 07 e 08 de 97; 09 e 010 de 98; 011 e 012 de 99 ao CONTRATO 14/LIMPURB/95.

Em decorrência, APLICO a cada um dos ORDENADORES DAS DESPESAS enunciados sob folhas 1.614, 1.618, 1.622, 1.626, 1.629 e 1.631 dos autos, a MULTA no valor de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52 da Lei Municipal nº 9.167/80, por ofensa aos dispositivos legais apontados no presente.

Deixo de acolher os efeitos financeiros pelos mesmos produzidos ante o total descumprimento da legislação apontada **(2.348ª S.O.)**.

VOTO DIVERGENTE proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

O Relator à época, Conselheiro Edson Simões, julgou irregulares os Termos de Aditamento de nºs 007/1997 a 012/1999, ao Contrato 14/LIMPURB/1995, aplicando multa aos responsáveis e deixando de acolher os efeitos financeiros decorrentes do ajuste, voto este acompanhado na íntegra pelo Conselheiro Revisor Eurípedes Sales e pelo Conselheiro Roberto Braguim.

Não obstante a já restar delineada a posição da maioria, faço consignar voto divergente no que tange, especificamente, à aceitação dos efeitos financeiros decorrentes dos instrumentos ora em julgamento.

Pondero, inicialmente, que não se pode deixar de atentar para o fato de que o interesse público almejado pela contratação fora alcançado sem que tenha sido apurado qualquer dano ao Erário, o que se depreende dos pareceres exarados pelos órgãos técnicos ao longo da instrução processual. Nesse aspecto, é forçoso ainda reconhecer que a **necessidade de comprovação de prejuízo ao Erário público para fins de reparação permeia diversas manifestações da doutrina e da jurisprudência.**

De outra parte, há que se destacar o longo tempo decorrido entre a lavratura dos termos jurídicos em questão e o momento em que ora se perfaz o julgamento dos mesmos por esta Corte, aspecto este sobre o qual o Sr. Secretário Geral foi preciso no sentido de que '...*face ao decurso do tempo, forçoso de se reconhecer os efeitos financeiros dos Termos de Aditamento lavrados, tendo em vista o princípio da segurança jurídica...'.*

Por derradeiro, pode-se constatar também que as infringências e irregularidades destacadas no processo, as quais renderam ensejo ao julgamento pelo não-acolhimento dos instrumentos, são decorrentes, basicamente, de falhas atribuíveis aos gestores do contrato em questão, devidamente apenados, citando-se dentre elas: intempestividade do despacho autorizatório do ajuste; extemporaneidade da emissão de notas de empenho; insuficiência do valor empenhado para cobertura das despesas contratadas; acréscimos contratuais realizados sem a devida formalização de justificativa técnica.

Ora, a não-aceitação dos efeitos financeiros decorrentes destes instrumentos é conseqüência que efetivamente ofende a esfera jurídica da contratada que, por sua vez, não pode ser responsabilizada por fatores alheios às suas obrigações contratuais.

Por outro lado, não prevalecendo a tese exposta, outra questão se apresenta e deve ser objeto de destaque, posto que a contratada sequer foi intimada no curso da instrução processual para apresentar defesa perante este Tribunal, situação esta que, salvo melhor juízo, ofende jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula Vinculante nº 3, que reza:

'NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDER RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIAÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO.'

Nesse sentido, eventual decisão pelo não-reconhecimento dos efeitos financeiros do contrato, ao atingir a esfera de direitos da contratada enquanto parte interessada, prejudicada em seu direito constitucional ao devido processo legal, poderá ensejar eventual discussão em torno da nulidade do Acórdão.

Diante de todo o exposto, acompanho o voto do I. Relator somente quanto à irregularidade dos Termos Aditivos e aplicação de penalidade aos responsáveis, divergindo, todavia, da não-aceitação dos efeitos financeiros do ajuste, calcado nos pareceres da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral.

2º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiros 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 considerar cumprida a decisão exarada no Acórdão de 19.12.2001, tendo em vista a identificação dos Ordenadores da Despesa, Senhores Paulo Gomes Machado e Reynaldo Emygdio de Barros.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que se dê ciência aos referidos Ordenadores, com posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

Ausente o Conselheiro Roberto Braguim, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de outubro de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo, nesta fase, de apreciação da determinação exarada no Acórdão deste Tribunal que, após acolher o ajuste e o aditamento houve, por bem, entender que "ante a infringência ás normas adjetivas referentes à remessa de documentação a este Tribunal, determinar o prosseguimento dos autos para apuração dos responsáveis pelas irregularidades apontadas, bem como assim a sua intimação a seguir."

Os Órgãos Técnicos identificaram os Ordenadores da Despesa, que notificados, apresentaram defesas, as quais foram acolhidas.

Na mesma trilha, manifestaram-se a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria-Diretoria Geral.

É o relatório.

VOTO

Tratando-se o presente caso de cumprimento de decisão condicionada que, em sua essência, se limitaram a determinar a apuração dos responsáveis, entendo-a cumprida, em vista a identificação dos Ordenadores da Despesa, Senhores Paulo Gomes Machado e Reynaldo Emygdio de Barros.

Isto posto, satisfeito os limites impostos pelo Acórdão DETERMINO as comunicações de praxe e, após, o arquivamento dos autos.

1º Julgado

ACÓRDÃOS

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos processos TC 2.462.95-32, 2.463.95-03, 2.464.95-68, 2.465.95-20, 2.466.95-93, 2.467.95-56 e 2.468.95-19, do qual é Relator o Conselheiro Antonio Carlos Caruso.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher os ajustes e os aditamentos.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, considerando a infringência às normas adjetivas referentes à remessa de documentação a este Tribunal, determinar o prosseguimento dos autos para a apuração dos responsáveis pelas irregularidades apontadas, bem assim a sua intimação a seguir.

Participaram do julgamento os Conselheiros Mariana P. A. Q. Barbosa - Revisora "ad hoc" e Eurípedes Sales.

Ausente o Conselheiro Roberto Braguim, Vice-Presidente, por motivo de licença médica.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

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

Edson Simões
Presidente

Antonio Carlos Caruso
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuida-se do julgamento de 7 (sete) contratos e seus respectivos aditamentos originados da Concorrência nº 14/SSO/93 que distribuiu os serviços de limpeza urbana em agrupamentos, conforme a seguinte relação:

TC nº 2.462.95-32	Contrato nº 15/Limpurb/95	TA nº 1 a 8
TC nº 2.463.95-03	Contrato nº 14/Limpurb/95	TA nº 1 a 6
TC nº 2.464.95-68	Contrato nº 16/Limpurb/95	TA nº 1 a 8
TC nº 2.465.95-20	Contrato nº 13/Limpurb/95	TA nº 1 a 6
TC nº 2.466.95-93	Contrato nº 12/Limpurb/95	TA nº 1 a 8
TC nº 2.467.95-56	Contrato nº 11/Limpurb/95	TA nº 1 a 8
TC nº 2.468.95-19	Contrato nº 10/Limpurb/95	TA nº 1 a 7

Os 7 (sete) ajustes apresentam similaridade e os aditamentos alterações semelhantes, o que justifica relatá-los e julgá-los em conjunto.

Na instrução dos feitos e com a finalidade de consolidar as manifestações dos órgãos técnicos, determinei que SFC unificasse as questões levantadas e consideradas irregulares.

Analisando os instrumentos, minha Assessoria também apontou algumas distorções.

Foram intimados e apresentaram defesa o Sr. Paulo Gomes de Carvalho e o Sr. Carlos Alberto Venturelli, então diretores de Limpurb, o Sr. Reynaldo Emygdio de Barros e a Sra. Marcia Heloisa Pereira da Silva Buccolo, então Secretários da Secretaria de Serviços e Obras.

A seguir, os órgãos técnicos pronunciaram-se novamente.

Por fim, manifestaram-se PFM e SDG.

Passo a expor de forma ordenada os pontos questionados, com as respectivas manifestações a respeito.

1) Concorrência.

O acórdão proferido no TC nº 12.095.93-78 estabeleceu que o julgamento da Concorrência nº 14/SSO/93 seria efetuado nos processos relativos aos contratos que dela se originaram.

Todas as licitantes apresentaram propostas iguais e coincidentes com o preço mínimo exigido, sendo escolhidas as vencedoras através de sorteio.

AT-Engenharia apontou serem falhos os critérios utilizados para composição de custos dos serviços, por ser possível a prática de preços unitários menores dos definidos como “mínimos” no edital, e subestimados os quantitativos dos resíduos a serem coletados, posto que baseados em dados de 1992, sem previsão de aumento no volume de lixo.

A Origem justificou, a respeito do preço mínimo, que os custos foram dimensionados de maneira a estabelecer uma condição de aceitabilidade das propostas, as quais devem ser concretas e sérias.

Assim, uma redução do preço mínimo só seria possível caso houvesse redução da qualidade dos serviços desejados.

Relatou, ainda, a existência de decisão do Tribunal de Justiça reconhecendo a legalidade da previsão do preço mínimo na concorrência, pois a legislação da época permitia essa exigência.

Em relação à quantidade de lixo, explicou que o volume varia sazonalmente, sendo de difícil mensuração “a priori”, principalmente porque não se poderiam prever as mudanças que ocorreriam na vida econômica do país.

AT-Engenharia, em nova análise, informou ter apontado no TC nº 6.927.94-25 irregularidades no orçamento da licitação, as quais, se eliminadas, resultariam na obtenção de preços menores aos mínimos fixados pelo edital, sem alteração da qualidade dos serviços.

Com relação aos quantitativos, segundo a AT-Engenharia, deveria ter sido previsto um crescimento natural, e não mantido inalterável o volume no decorrer do contrato.

AT-Jurídica considerou que a falta de previsão do aumento da quantidade de lixo não foi irregular, assim como a fixação de um preço mínimo. Ressaltou, porém, que se trata de questão técnica a avaliação da adequação do preço mínimo fixado.

2) Contratos

Apontou minha Assessoria que, quando da lavratura do contrato, os preços ofertados pela licitante foram convertidos para reais, porém esta conversão não obedeceu às regras determinadas pela Lei Federal nº 9.069/95 e pela Portaria nº 104/94 da Secretaria de Finanças, tendo em vista não ter sido expurgada a expectativa inflacionária implicitamente integrante do preço ofertado, uma vez que o edital previa um período sem atualização financeira após a prestação do serviço.

Esse período referia-se ao prazo fixado para a aferição dos serviços, que deveria ocorrer em 8 (oito) dias.

Desta forma, em conformidade com os dispositivos legais citados, quando da realização da conversão dos preços, deveria ter sido expurgada a expectativa inflacionária relativa a esse período.

Afirmou a Origem que as normas legais foram obedecidas e que não houve inclusão de encargo financeiro ou expectativa inflacionária nos preços, estando, assim, corretos os cálculos efetuados.

Argumentou, ainda, ser o preço contratado coincidente com o preço mínimo, considerado como preço à vista, de acordo com a Portaria PREF nº 203/91.

AUD-I, relativamente aos Contratos nºs 13 e 15, concluiu pela sua irregularidade, tendo em vista que as despesas realizadas no final dos anos

de 1995 e 1996 excederam aos créditos orçamentários consignados nos respectivos exercícios, infringindo, desta forma, o art. 167, inciso II da Constituição Federal e art. 37 da Lei Federal nº 4.320/64.

Em decorrência, entendeu irregulares todos os aditivos.

Quanto a esta questão, SDG manifestou-se pela convalidação dos atos, tendo em vista a inexistência de prejuízo, constituindo irregularidade sanável, insuscetível de conduzir à nulidade dos ajustes.

3) Retificação do valor contratual

Os termos de aditamento nº 1, de todos os contratos, trataram da retificação do valor estimativo inicial, do Índice zero, do Preço zero e da Planilha de Preços Unitários, atualizando os preços contratuais de julho/94 para março/95.

AT-Engenharia entendeu que o equilíbrio contratual deveria ter sido obtido por meio de pesquisa atualizada dos custos e não com a simples atualização pelos índices calculados pela Secretaria de Finanças.

AT-Jurídica considerou justificada a falta de recomposição do preço ofertado até a data da celebração do contrato, sendo que, nesse sentido, esta Corte já se pronunciara em outros processos.

A Origem alegou que não se cuidou de revisão de preços, sendo impertinente a realização de pesquisa atualizada dos custos dos insumos.

AT-Engenharia manteve sua conclusão, visto que, em sua opinião, forma mais equilibrada para se manter a equação econômica do contrato seria a apuração dos valores de mercado à época da atualização.

4) Alteração do prazo de pagamento

Por meio dos Termos de Aditamento de nº 2, de todos os contratos, alterou-se o prazo de pagamento de 30 (trinta) dias corridos para 10 (dez) dias úteis.

A AT-Jurídica e a AT-Economia opinaram pela irregularidade, uma vez que não restou comprovado o preenchimento do requisito previsto no art. 65, II, alínea “c” da Lei Federal nº 8.666/93 e no art. 81, II, alínea “c” da Lei Municipal nº 10.544/88. Concluíram, também, pela inexistência de justificativa para se restaurar o equilíbrio contratual, e que essa antecipação implica prejuízo ao erário.

Para a Origem, a implantação do Plano Real em 1994 trouxera alteração, em regra, do edital, onde estava previsto que haveria atualização financeira até o pagamento.

A proibição da atualização teria acarretado ônus à contratada, inclusive considerando-se que os principais dispêndios da empresa concentram-se na primeira quinzena do mês subseqüente ao da prestação dos serviços.

Assim, para que fosse mantida a condição da proposta, fora necessário reduzir o prazo de pagamento.

Em sua manifestação, SDG acompanhou o parecer das Assessorias desta Casa.

5) Cessão de serviços a outras empresas

Nos contratos de nºs 11, 12 e 15, a cessão de serviços foi efetivada pelos termos de aditamento de nº 3.

A respeito do assunto, o Sr. Prefeito Municipal efetivou consulta a esta Corte pelo TC nº 3.438.95-93, onde se decidiu:

> *"conhecer da matéria como Consulta, por regimental e, no mérito, responder à indagação inicial no sentido de que a Administração Municipal pode autorizar a transferência, total ou parcial, da titularidade do contrato, desde que:*
>
> *a) não seja vedada a transferência no edital e no contrato;*
>
> *b) inexista óbice legal no tocante à natureza do contrato;*
>
> *c) a obrigação não tenha caráter personalíssimo;*
>
> *d) o novo titular apresente as mesmas garantias e suficientes condições de habilitação para executar o encargo;*
>
> *e) haja comprovado interesse público no trespasse, tendo em vista a plena execução da obrigação".*

SFC informou que a Origem não teria atendido os requisitos "d" e "e", quais sejam, apresentação pelo novo titular das mesmas garantias e comprovação do interesse público na transferência do contrato.

Na defesa esclareceu-se que o novo titular era uma das licitantes que demonstraram, na concorrência, possuir a capacidade e garantia então exigidas.

Quanto ao interesse público, informou-se que a transferência parcial dos contratos foi efetivada para que empresas, que já possuíam o quantitativo de equipamentos necessários, assumissem parte do contrato das que necessitariam realizar investimentos para a sua execução.

Estes investimentos seriam de risco, porquanto a licitação encontrava-se “sub judice”.

Desta forma, para garantir a plena execução dos contratos, foi autorizada a transferência parcial dos serviços.

6) Inclusão de novos serviços

Tratam os respectivos aditivos de inclusão de novos serviços, considerados extensão de serviços contratuais, acréscimo e alteração do valor contratual. Por esses instrumentos foram incluídos serviços de varrição complementar “Tipo A”, “Tipo B”, de Calçadão e de Feiras Livres.

A inclusão ocorreu em todos os contratos, sendo que nos de nºs 10, 13 e 14, pelos TAs de nº 3 e, nos demais, pelos TAs de nº 4.

AT-Engenharia destacou que as quantidades e os serviços aditados poderiam já ter sido previstos no contrato.

Em relação a este assunto, minha Assessoria alertou que os preços estabelecidos para os novos serviços de varrição não utilizaram os mesmos critérios para se estabelecer os preços contratuais de varrição já existentes.

Para a Origem, a comparação não seria adequada porque os serviços aditados possuiriam características diversas dos inicialmente contratados, bem como os novos serviços tiveram seus preços compostos à época em que se tornaram necessários.

Desta forma, a fixação dos preços extracontratuais haviam sido estabelecidos de comum acordo entre as partes, de acordo com a lei de licitações.

Portanto, não era obrigatório que fosse seguida a composição dos preços contratuais.

Justificou, ainda, a Origem que o novo tipo de varrição teve por objetivo efetuar o serviço sobre áreas calçadas, o que ocasionaria uma velocidade média de varrição inferior.

Da mesma forma, a varrição nas feiras livres é mais dificultosa do que a normal e de calçadões, em virtude de um superior acúmulo de resíduos.

Por fim, SDG concluiu que a Origem não justificou a contento, acompanhando a manifestação dos órgão técnicos.

7) Acréscimo de serviços contratuais e extracontratuais.

Os aditivos acresceram serviços contratuais e extracontratuais com alteração do valor contratual.

Nos Contratos de nº 13 e 14 o acréscimo efetivou-se pelos TAs de nº 6, no Contrato de nº 15 por meio do TA de nº 7, no Contrato de nº 10 pelos TAs nº 5 e 7 e, nos demais, pelos TAs de nº 8.

AT-Engenharia concluiu que os aditivos não se justificam, visto que as substituições de serviços realizadas pela Origem não encontram respaldo técnico, uma vez que os serviços não são equivalentes, tanto em prazo, quanto em resultados.

Em sua defesa, a Origem explicou que essas alterações são providências normais para se buscar uma melhoria nos serviços de limpeza urbana da cidade, que tiveram como objetivo melhorar a sua qualidade, remanejando melhor alguns dos serviços.

AT-Engenharia concluiu que se tivesse sido efetuado um projeto básico mais adequado à época da licitação, estas alterações seriam evitadas.

8) Publicação e remessa extemporânea

AUD informou, ainda, que os Contratos de nº 11, 12, 15 e 16 foram publicados após o prazo determinado no §1º do art. 79 da Lei Municipal nº 10.544, bem como foram enviados intempestivamente a esta Corte, em desacordo ao parágrafo único do inciso I das Instruções nº 01/92.

Em 21 termos aditivos ocorreram as mesmas irregularidades.

9) Execução Contratual

No TC nº 2.342-97 (acompanhante do TC nº 2.463-95) efetuou-se o acompanhamento de parte da execução do Contrato nº 14.

A Auditoria avaliou o sistema de fiscalização dos serviços de varrição e de remoção de entulho, concluindo que o mesmo é ineficiente, além de apurar outras falhas procedimentais, o que levou SDG a concluir pela irregularidade da execução contratual.

10) Outras irregularidades

SDG manifestou-se pelo não acolhimento de Termos Aditivos que retificaram TA considerado irregular.

Desta forma, opinou pela rejeição parcial do TA nº 8 do Contrato nº 15 e do TA nº 6 do Contrato nº 16.

11) Considerações finais

A Douta Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que a Origem atuou isenta de dolo ou má fé, objetivando exclusivamente o interesse público, conforme demonstram as ponderações da defesa apresentada pelos agentes públicos.

Alertou, ainda, que pelo fato de nenhum prejuízo efetivo ter sido apontado, as irregularidades dos ajustes não poderiam dar causa à rejeição dos instrumentos.

Concluiu, ao final, pelo acolhimento e isenção de multa aos agentes públicos, consoante previsto no parágrafo único do art. 134 do Regimento Interno desta Corte.

Por fim, trago o comentário final da douta SDG:

"Resta registrar que as notícias, recentemente veiculadas na mídia, sobre irregularidades na execução dos contratos de limpeza pública e ilegalidades na sua fiscalização, são insuscetíveis de influir na decisão do presente, que versa sobre formalização de contrato já cumprido, e não sobre sua execução e respectivos controles, sendo esses últimos objeto de Auditoria específica nesta Corte (TC 1.842.99-00)."

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Passo a proferir o meu voto analisando os pontos questionados na mesma ordem relatada.

1) Concorrência.

Conforme relatado, o Tribunal de Justiça reconheceu a legalidade da previsão do preço mínimo nessa concorrência, restando analisar as questões técnicas apontadas pela AT-Engenharia.

Com relação aos quantitativos estimados na licitação, realmente a Origem poderia ter realizado uma previsão mais precisa, porém, esse equívoco não maculou o procedimento licitatório, não prejudicou a competitividade do certame e não ocasionou qualquer prejuízo à Municipalidade.

Quanto à conclusão da AT-Engenharia de que o preço mínimo poderia ser fixado em valor inferior, a Origem defendeu-se apontando que tal redução implicaria a diminuição da qualidade do serviço a ser prestado.

De acordo com o que consta dos autos, não me convenci, cabalmente, de que a redução do preço mínimo não afetaria a qualidade desejada nos serviços, portanto não posso concluir pela ilegalidade do “quantum” fixado, em respeito à presunção de legalidade dos atos administrativos.

Não se pode falar em prejuízo à Municipalidade, quando este não se materializou.

Ademais a simples redução do preço mínimo não garantiria que as propostas das licitantes seriam reduzidas. Inexistindo provas suficientes e sem prejuízo efetivo, julgo, portanto, que a licitação, nesse aspecto, se processou de acordo com a lei.

2) Contratos

Conversão dos valores para a nova moeda

Com relação à conversão, para reais, dos preços propostos pelas contratantes, a Origem está correta ao afirmar que não houve inclusão expressa de encargos financeiros ou expectativa inflacionária nos preços.

Porém, o expurgo preconizado pelas normas legais do Plano Real deveria ser aplicado se existisse algum período, após a prestação do serviço, sem atualização financeira, conforme dispõe a Lei Federal nº 9.069/95:

> *“Art. 23 - §1º - Na conversão para Real dos contratos que não contiverem cláusula de atualização monetária entre a*

data final do período de adimplemento da obrigação e a data de exigibilidade do pagamento, será deduzida a expectativa de inflação considerada no contrato relativamente a este prazo, devendo, quando o contrato não mencionar explicitamente a expectativa inflacionária, ser adotada, para a dedução a variação do índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna - IGP/DI, da Fundação Getúlio Vargas - FGV, no mês de apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir, aplicado pró rata tempore relativamente ao previsto para o pagamento."

O edital previa, em seu item 16.6, que haveria atualização financeira entre o dia da aferição e o dia do pagamento, porém estabelecia em seu item 17.2.1 que a aferição seria feita no prazo de 8 (oito) dias da data final de cada período medido.

Portanto, o que se discute é se esses dias devem ser expurgados ou não. Entendo que não deve ocorrer o expurgo, pois o prazo para aferição era de até 8 (oito) dias, sendo este um prazo máximo, nada impedindo que ocorresse antecipadamente, inclusive no dia seguinte ao final da prestação de serviço, deixando de existir, desta forma, qualquer período sem atualização financeira, tornando inaplicável o expurgo.

Se o contrato estivesse em vigor quando da implantação do Plano Real, poderíamos verificar faticamente em quantos dias a aferição era realizada.

Porém, como no caso em questão, os serviços ainda não estavam sendo realizados, não podemos presumir que os licitantes acrescentaram, implicitamente, uma expectativa inflacionária em seus preços, com o objetivo de compensar a perda financeira relativa a este período até a aferição da medição.

A licitante poderia ter previsto que a aferição dar-se-ia em prazo mínimo, não incluindo, assim, em seus preços, qualquer expectativa inflacionária. Os cálculos de conversão foram efetuados pela própria Origem, que assim interpretou a legislação existente e aplicou-a, ou seja, foi um ato interno da Administração, sem qualquer interferência das contratantes.

Assim, não se justifica a anulação deste ato administrativo que gerou direitos a terceiros de boa fé, pois não ocorreram ilegalidade ou prejuízo ao erário, aptos a ensejar o desfazimento.

3) Retificação do valor contratual

Quanto a este ponto, correta está a AT-Jurídica ao considerar justificada a necessidade da recomposição de preços, integrando-se a sua manifestação neste voto.

Como esta Corte já se pronunciou pela regularidade deste procedimento em inúmeros processos, deixo de aprofundar-me sobre a questão.

4) Alteração do prazo de pagamento

A conclusão dos órgãos técnicos segundo a qual a alteração do prazo de pagamento de 30 (trinta) dias corridos para 10 (dez) dias úteis gerou prejuízo ao erário será correta, se realizarmos uma análise simplista e restrita a este fato.

Entretanto, ao analisarmos sistemática e globalmente os fatos, verificamos que ela não prospera.

Como já relatado, a licitação iniciou-se antes do Plano Real, ou seja, em um período de altos índices inflacionários.

Quando da contratação, já nos encontrávamos em uma situação de inflação restrita, porém, não era nula.

Conforme exposto, o edital previa que o período de 30 (trinta) dias para o pagamento teria atualização financeira, ou seja, o contratante não teria nenhum ônus decorrente do prazo para pagamento.

Quando se efetivaram os ajustes, porém, em respeito às regras legais do Plano Real, foi eliminada a atualização financeira durante o prazo para pagamento.

Assim, tal fato acabou gerando um aumento de custo financeiro para as contratantes, ou seja, gerou um desequilíbrio na equação econômica-financeira do contrato ocasionado pelo fato do príncipe, assim definido por Hely Lopes Meirelles:

> *"Fato do príncipe é toda determinação estatal positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução, e, se esta for impossível,*

rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis."
(obra citada, pág. 222)

Para a eliminação do prejuízo aos contratantes, a Administração deveria ter alterado o prazo para pagamento à vista.

A Administração, porém, só aprovou a redução para 10 (dez) dias úteis, ou seja, reconheceu o desequilíbrio da equação econômica-financeira.

Não se pode falar que o prejuízo causado aos contratantes não era significativo, pois, desta forma, também não o seria o ônus causado pela redução do prazo de pagamento.

Logo, os aditivos, nesse ponto, são regulares.

5) Cessão de serviços a outras empresas

Através da consulta formulada no TC nº 3.438.95-93, esta Corte decidiu pela possibilidade de cessão, desde que atendidos alguns requisitos. SFC informou que alguns requisitos não teriam sido observados, porém, a Origem em sua defesa demonstrou o seu atendimento, visto que a cessão ocorreu para empresas que haviam sido habilitadas na licitação e o interesse público reclamava necessidade de investimentos.

Ora, encontrando-se a licitação "sub judice", esses investimentos seriam de risco. Cabe destacar, ainda, que em caso de anulação da licitação pelo Judiciário, a falta da cessão acarretaria indenizações maiores que o Poder Público seria obrigado a pagar em razão dos investimentos praticados. Julgo, portanto, regular esse aspecto.

6) Inclusão de novos serviços

A inclusão de serviços complementares de varrição foi contestada pela AT-Engenharia sob a alegação de que poderiam ter sido previstos no contrato.

A Origem justificou a inclusão desses novos serviços tendo em vista a necessidade de aperfeiçoamento da limpeza pública na cidade.

Como se vê, a sua eventual inclusão estava dentro do poder discricionário da Administração. Isto fica claro quando se verifica que a inclusão ocorreu algum tempo depois da contratação e, por período transitório.

Só para argumentar, ainda que admitida a falha de previsão de serviços no edital, essa não propiciou qualquer prejuízo ao Erário, tampouco deu causa a vício no certame, aos contratos ou os termos aditivos.

Quanto ao valor desses novos serviços, a Origem justificou satisfatoriamente as diferenças existentes em relação ao serviço de varrição original, argumentando que o novo tipo de varrição teve por objetivo efetuar o serviço sobre áreas calçadas, ocasionando uma velocidade média de varrição inferior e nas áreas de feiras livres a varrição é mais dificultosa.

Argumentou, ainda, que os preços foram fixados de comum acordo entre as partes, como exige a lei federal de licitações (art. 65, §3º).

Assim, aceito as justificativas apresentadas.

7) Acréscimo de serviços contratuais e extracontratuais

Os órgãos técnicos entenderam que a substituição dos serviços não encontram respaldo técnico, porém, a Origem justificou adequadamente que essas alterações visaram buscar uma melhoria nos serviços de limpeza urbana da cidade, ou seja, estavam albergadas pelo poder discricionário da Administração, que visa atingir o interesse público primário, sem descaracterizar o objeto contratual.

A AT-Engenharia tem razão em afirmar que um projeto básico mais adequado poderia ter evitado ou diminuído essas alterações, mas a correção posterior é aceita pela doutrina, até para que os serviços públicos não sofram solução de continuidade.

Em matéria de alterações qualitativas e quantitativas do objeto contratual, este Tribunal já se manifestou inúmeras vezes, tendo se pronunciado pela regularidade desses procedimentos, desde que fundamentados em justificativa técnica adequada e mantido o objeto contratual e observados os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse aspecto, deixo, assim, de me alongar na questão, entendendo regulares os acréscimos feitos.

8) Publicação e remessa extemporânea

Quanto a essas irregularidades, elas são objetivas, isto é, não possibilitam qualquer dúvida sobre a sua ocorrência.

Como a Origem não apresentou qualquer justificativa, só resta sancionarmos os ordenadores de despesa, não nesta fase conforme proporei ao final.

9) Execução Contratual

O TC nº 2.342-97, conforme relatado, concluiu que o sistema de fiscalização era ineficiente, porém, não podemos extrapolar tal conclusão para toda a execução contratual, ou seja, não se pode dizer que a execução por parte da contratante é irregular, se a fiscalização efetuada pela contratada é ineficiente.

Cabe destacar que em diversas auditorias autuadas em processos próprios (por exemplo, o TC nº 1.842.99-00) também se chegou à mesma conclusão, ocasionando a expedição de determinações por parte desta Corte e, conforme notícias recentes, deram causa a um aperfeiçoamento na fiscalização efetuada pelas Administrações Regionais.

De qualquer forma, os fatos como apresentados não ensejam, por si sós, a irregularidade de toda a execução do contrato nº 14.

Quanto ao fato de as despesas terem excedido aos créditos orçamentários, essa questão já foi analisada nas contas do Executivo, merecendo naquela oportunidade o destaque necessário, motivo pelo qual deixo de enfrentar nesta oportunidade, em razão das determinações já expedidas naquela oportunidade.

Além do mais, a licitação processou-se mediante a reserva dos recursos orçamentários necessários.

10) Outras irregularidades

Os demais termos aditivos apenas retificaram termos aditivos anteriores, que considerei regulares, razão pela qual também os considero regulares.

Diante de todo o exposto, demonstrada a satisfação do interesse público relevante e a ausência de prejuízo ao Erário, VOTO pelo acolhimento dos contratos e dos termos aditivos referidos inicialmente.

Considerando, entretanto, a infringência às normas adjetivas relativas à remessa de documentação a este Tribunal, determino o prosseguimento do presente para a apuração do (s) responsável (is) pelas irregularidades apontadas, intimando-se-os a seguir.