TC 2.582/1996

ANÁLISE. TERMO ADITIVO. SIURB. Pavimentação e obras complementares da Rua Argoim e outras, situadas na Ar-Jaçanã/Tremembé. 1. Ausência de retificação do termo aditivo para fazer constar a exclusão parcial de serviços. Art. 65, I, "b", Lei 8.666/93. 2. Ausência de cronograma físico financeiro. Art. 70, parágrafo único, Lei Mun. 10.544/88. Art. 7º, § 2º, III, Lei 8.666/93. IRREGULAR. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação por maioria.

23ª Sessão Ordinária Não Presencial

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

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 irregular o Termo de Aditamento 173/2003, por infringência aos princípios constitucionais da legalidade, publicidade e eficiência, norteadores da Administração Pública, devido à não observação das disposições contidas no inciso III do § 2º do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93 e no parágrafo único do artigo 70 da Lei Municipal 10.544/88, com relação à ausência do cronograma físico-financeiro, e na letra "b" do inciso I do artigo 65 da Lei Federal 8.666/93, com relação à ausência de termo aditivo.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor e DOMINGOS DISSEI, diante do tempo decorrido e da ausência de comprovação de prejuízo ao erário, em acolher excepcionalmente os efeitos financeiros do Termo de Aditamento 173/2003 ao Contrato 41/1996/SVP.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, consoante declaração de voto apresentada, deixou de reconhecer os efeitos financeiros, tendo em vista não haver acompanhamento de execução contratual.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 19 de maio 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDUARDO TUMA
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos, nesta fase, da análise do Termo de Aditamento nº 173/2003 ao Contrato 041/96/SVP, no valor e R$ 46.867,44, correspondente a R$ 102.158,12 em abril de 2017, cujo objeto é a pavimentação e obras complementares da Rua Argoim e outras, com a retomada das obras, prorrogação de prazo, inclusão e exclusão de serviços e reforço contratual.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle analisou o aditamento às fls. 454/459 e requisitou informações adicionais à Origem, por meio do Fac-símile nº 0063/04 (fls.463). Em resposta, foram encaminhadas as justificativas e documentos de fls. 472/753, tendo a Auditoria reiterado os termos do Fac-símile enviado, com vistas à apresentação de documentos ou informações acerca do Termo Aditivo em exame (fls. 758/761).

Considerando a ausência de respostas necessárias ao saneamento dos autos, foi emitida a Requisição de Documentos de fls. 792. A par das justificativas da Origem, juntadas as fls. 801/810, a Auditoria, em seu Relatório de fls. 814/816, assim registrou:

"Preliminarmente as nossas conclusões quanto ao Termo de Aditamento nº 173/03, analisado às fls. 454/457 e 758/760, bem como em face da informação precedente, solicitamos a expedição de ofício à Origem nos seguintes termos:

• Providenciar a retificação do item 4 do Termo Aditivo nº 173/2003, para fazer constar a exclusão parcial das ruas D e G por apresentarem medições.

• Apresentação de cronograma físico-financeiro onde conste detalhadamente os serviços e dispêndios mensais já adequados ao valor e prazo contratual alterados pelo Termo Aditivo nº 173/03".

Na sequência, foram encartados os esclarecimentos de fls. 825 a 835, nos quais a Origem informa a impossibilidade de retificação do Termo Aditivo 173/2003 e da apresentação do cronograma físico-financeiro, uma vez que o prazo de vigência do contrato havia se expirado em 20/04/2004 (fl. 823).

A Auditoria, em face da informação de que nenhum outro elemento poderia ser acrescentado aos autos, assim concluiu:

"Assim sendo, entendemos irregular o presente instrumento, uma vez que não atendidas as disposições contidas no inciso III do § 2º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93 e o § único do artigo 70 da Lei Municipal nº 10.544/88 com relação à ausência do cronograma físico-financeiro e letra 'b' do inciso I do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93 com relação à ausência de Termo Aditivo".

Devidamente intimado, o Senhor Roberto Luiz Bortolotto, Secretário de Infraestrutura e ordenador de despesas à época, apresentou defesa às fls. 846/848 e defendeu a regularidade dos atos praticados, nos seguintes termos:

"(...) Todos os atos administrativos foram praticados em prol do Município. Não se verifica má-fé por parte dos agentes públicos envolvidos e tampouco prejuízo ao erário.

Infringência ao artigo 65, inciso I, alínea b, da Lei Federal nº 8.666/93

O dispositivo legal acima prescreve que os contratos regidos pela lei em questão serão alterados, com as devidas justificativas, unilateralmente pela Administração 'quando necessária a modificação do valor contratual em razão de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei'.

Com efeito, não foi lavrado termo aditivo nesse sentido uma vez que o objeto contratual já havia sido alcançado, sendo certo que a presente alegação não merece prosperar.

Infringência ao artigo 70, parágrafo único, da Lei Municipal nº 10.544/88

O supra citado dispositivo legal prescreve que 'o contratado apresentará, quando necessário, dentro de 5 (cinco) dias úteis, contados da data da ordem de início, para análise e aprovação da fiscalização, o cronograma físico-financeiro do contrato, com indicação dos prazos das diversas etapas de execução'.

Note-se que a lei estabelece uma condição para a apresentação do cronograma físico-financeiro, qual seja, quando necessário.

No presente caso, em conformidade com as informações já prestadas, ante o encerramento do contrato tal apresentação não se fazia mais necessária.

Ou seja, se é que alguma irregularidade houve, esta situou-se tão somente no campo dos aspectos formais, não encerrando prejuízos nem à Municipalidade nem aos interessados, razão pela qual deve ser superada.

Infringência ao artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93

A determinação contida no inciso III, do §2º, do artigo 7º, da Lei Federal de Licitações é a de que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.

Quanto a este tema, convém trazer a lume a lição do brilhante jurista Hely Lopes Meirelles:
'Nos contratos que só se extinguem pela conclusão de seu objeto, a prorrogação independe de previsão e de licitação, porque, embora ultrapassado o prazo, o contrato continua em execução' (in Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, p. 217).
Assim sendo, a presente alegação não deve prosperar.

Para concluir, há que se ponderar sobre a lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral, renomado Advogado, Parecerista e Consultor em Direito Administrativo em São Paulo, acerca da validade e invalidade dos atos administrativos:

'A discricionariedade administrativa reside na escolha, pelo agente público, de uma das soluções possíveis de aplicação ao caso concreto, contidas na norma legal. Submetido a controle jurisdicional, o ato administrativo somente pode ter sua validade desconstituída pelo juiz ou tribunal se este demonstrar, fundamentadamente, que a escolha foi desarrazoada, não se contendo, assim, nos limites da legalidade' (in artigo publicado na Revista Diálogo Jurídico, ano I – vol. 8 – novembro de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil).

Diante de todo o exposto, requer seja julgada totalmente procedente a presente Defesa".

Os argumentos foram analisados pela Auditoria (fls. 853/856), que ratificou a conclusão anteriormente esposada, no sentido da irregularidade do Termo Aditivo, sob os seguintes fundamentos:

"(...) por não apresentarem fato novo que pudesse alterar as conclusões anteriormente alcançadas, ratificamos o nosso posicionamento pela irregularidade do presente instrumento uma vez que não atendidas as disposições contidas no inciso III do artigo 7° da Lei Federal n° 8.666/93 e § único do artigo 70 da Lei Municipal n° 10.544/88 com relação à ausência do cronograma físico-financeiro e letra 'b' do inciso I do artigo 65 da Lei Federal n° 8.666/93 com relação à ausência de Termo Aditivo retificador".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se às fls. 859/866 e assim concluiu:

"De nossa parte, cumpre-nos esclarecer o que segue.

Conforme conclusão da Área Técnica desta E. Corte de Contas e, das informações de fls. 618 e 807, permite-se inferir que os serviços efetuados no trecho compreendido entre as ruas D e G foram realizados parcialmente, e que a retificação pretendida deveria ter sido formalizada em Termo próprio, conforme estabelece a alínea 'b' do inciso I do art. 65 da Lei Federal nº. 8.666/93.

Dispõe o referido artigo, 'in verbis':
'Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I. unilateralmente pela Administração:
(...)
b. quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
(...)'.

A alteração contratual disposta no referido artigo, vem subordinada aos limites e regras previstos nos parágrafos 1º e 2º do citado art. 65 da Lei Federal 8.666/93.

É a denominada alteração 'quantitativa', que o contratado está obrigado a aceitar e, por isso mesmo, vem expressamente limitada na norma legal.

Esta modificação do valor contratual deve fundamentar-se em necessidade superveniente à celebração do ajuste, imprevista ou imprevisível pelas partes, sob pena de responsabilização do agente que elaborou o projeto básico que definiu o objeto do contrato.

No presente caso, conforme constatação efetuada pela Área Técnica (fl. 839), tal modificação deveria ter sido retificada, porém não se firmou um novo termo providenciando a alteração necessária, no sentido de se retificar a exclusão constante da pavimentação das ruas D e G, fazendo constar a exclusão parcial, já que segundo informação de fls. 618 e 807, houve a realização parcial de serviços no trecho compreendido entre as ruas supracitadas, o que caracterizaria assim, a infringência ao quanto disposto no art. 65, inciso I, alínea 'b', da Lei Federal nº. 8.666/93.

No que diz respeito à ausência de cronograma físico/financeiro, permitimo-nos, para um melhor embasamento, mencionar alguns

incisos e parágrafos do dispositivo em questão (art. 7°, §2º, inciso III da Lei Federal nº. 8.666/93).

O artigo 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, exige o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, e sem o cumprimento desse requisitivo, seria impossível cumprir a regra do utilizado inciso III, conforme entendimento do Mestre Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – pg. 111 – 10ª Edição) que, ao abordar o tema, ainda menciona a impossibilidade de se apurar da previsão de recursos orçamentários sem que a Administração estime o valor do objeto a ser executado.

Tal levantamento se presta, em especial, para verificação da exequibilidade dos preços e fornecimento de parâmetros para eventuais revisões de preços.

De igual modo, o § 4º do citado dispositivo veda a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Os quantitativos dizem respeito às dimensões dos serviços, de maneira, inclusive, a orientar a medição dos serviços executados e, em consequência, os pagamentos e respectivo acompanhamento e fiscalização da execução contratual.

Ressalte-se, por fim, que o § 6º do citado artigo dispõe que, a infringência dessas disposições implica na nulidade dos contratos realizados e, a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Desta feita, em primeira análise, quer nos parecer que esta infringência pode ensejar na irregularidade do instrumento em comento.

Ante o exposto, e consubstanciados no relatório de AUD, opinamos pela irregularidade do instrumento 'sub examine', em face às infringências aos art. 65, inciso I, alínea 'b', da Lei Federal nº. 8.666/93, art. 70, parágrafo único, da Lei Municipal nº. 10.544/88 e art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei Federal nº. 8.666/93, sem prejuízo de outras determinações que o N. Conselheiro entender pertinentes".

Com o acrescido, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a intimação da Origem, sob o argumento que a ciência do Ordenador da Despesa não supre a ausência de manifestação, de caráter formal e oficial, da Pasta (fls. 867/869), tendo ao final sido determinada a expedição de Ofício dirigido ao titular da Secretaria de Infraestrutura e Obras para apresentação de justificativas. O prazo concedido transcorreu *'in albis'* (fls. 877).

Novamente intimada, a Procuradoria pronunciou-se conclusivamente às fls. 879/882, nos seguintes termos:

"(...) Isto posto, requer a Fazenda seja acolhido o TA nº 173/2003, ao Contrato nº 041/SVP/96, mediante a relevação ou convalidação das impropriedades formais indicadas, posto destituídas de repercussões materiais no Erário; sucessivamente, na hipótese de rejeição, requer a Fazenda sejam acolhidos os efeitos financeiros decorrente do Termo de Aditamento em exame, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e em razão da impossibilidade de retorno ao 'statu quo ante'".

Após, a Origem trouxe aos autos a documentação de fls. 891/898 e os autos foram encaminhados à Auditoria, que emitiu novo relatório e assim consignou:

"(...) Assim, retornam os autos a esta Coordenadoria para manifestação '(...) sobre as respostas encaminhadas pela Origem (folhas 891 e seguintes)', conforme determinado à fl. 900.

Nessa documentação encaminhada pela SIURB, temos a Informação nº 475/SIURB/AJ/2005 (fl. 895), da Assessoria Jurídica daquela Secretaria, que já constava dos autos à fl. 833 e já havia sido analisada às fls. 839 – 841.

Além disso, nessa documentação consta também a informação da Subprefeitura Jaçanã/Tremembé – SP-JT de que não foi juntado ao PA o cronograma físico-financeiro (fl. 892) e a informação INF.2317/SIURB/AJ/07, da Assessoria Jurídica da SIURB, endereçada à SP-JT, '(...) solicitando providenciar a lavratura do termo de recebimento definitivo da obra, com as retificações necessárias, ainda que de forma unilateral, se for o caso' (fl. 898).

Portanto, na documentação encaminhada pela Origem, não há nenhum fato novo que altere nossa conclusão pela irregularidade do Termo de Aditamento nº 173/03, motivo pelo qual a reiteramos".

A Assessoria Jurídica manifestou-se às fls. 905/906 no mesmo sentido e assim destacou:

"(...) Em que pesem as justificativas colacionadas, o cômputo da aludida documentação impede que nos imiscuamos acerca do tema, tendo em vista a ausência de questionamentos jurídicos adicionais que demandassem uma análise mais aprofundada por parte desta Assessoria, ou que embasassem uma alteração em nossa precedente ilação.

Destarte, em face das considerações expostas, e por não vislumbramos fatos que pudessem elidir por completo as questões suscitadas, urge

perfilharmos das conclusões esposadas pela área Especializada e alhures manifestado por nós, pelos seus próprios fatos e jurídicos fundamentos".

A Procuradoria da Fazenda Municipal ratificou seu pronunciamento de fls. 891/898, e a Secretaria Geral manifestou-se às fls. 911/913, pelo acolhimento dos efeitos financeiros do Termo Aditivo em exame, sob os seguintes fundamentos:

"(...) Inicialmente, cabe destacar que a alegação de que os atos praticados estariam consolidados em nome do princípio da segurança jurídica, não prejudica a análise quanto à regularidade ou não do ato, podendo influir, talvez, na apreciação dos efeitos produzidos pelo ato.

Assim sendo, e conforme o acima exposto, considero que a defesa apresentada não afastou as irregularidades apontadas, sendo portanto improcedentes as alegações ora examinadas, mantendo dessa maneira pelo não acolhimento do Termo de Aditamento, em análise.

Por fim, importante destacar que não se constatou a ocorrência de prejuízo, pelo contrário, a não celebração do aditivo de prorrogação traria, muito provavelmente, maiores gravames ao erário, visto que as obras seriam interrompidas até que fosse contratada nova empresa, o que demoraria alguns meses.

Tendo em vista o decurso do tempo, sugiro o acolhimento dos efeitos financeiros do Termo de Aditamento lavrado, em respeito ao princípio da segurança jurídica sem prejuízo de outras medidas que Vossa Excelência entender cabíveis".

É o Relatório.

VOTO

Cuidam os autos, nesta fase, da análise do Termo de Aditamento nº 173/2003 ao Contrato 041/96/SVP, para pavimentação e obras complementares da Rua Argoim e outras, com retomada das obras, prorrogação de prazo, inclusão e exclusão de serviços e reforço contratual.

Como se extrai do processado, os procedimentos para inclusão e exclusões ao contrato foram autorizados pelo Secretário de Infraestrutura à época, conforme demonstrado às fls. 776, sem a lavratura do respectivo termo e, consequentemente, sem a apreciação do Órgão Jurídico e da respectiva e obrigatória publicidade dos atos administrativos.

As alegações da Origem procedem no sentido de que não há como se aditar um contrato que já não está mais vigente. Contudo, isso não

afasta a responsabilidade daquele que não tomou as devidas providências na época em que tais procedimentos deveriam ter sido realizados.

A Lei nº 8.666/93, artigo 65, § 8º, enumera os casos que não caracterizam alteração contratual, podendo ser formalizados por APOSTILA e, consequentemente, dispensada a celebração de termo aditivo. As situações previstas no § 8º do art. 65 são: variação do valor contratual decorrente de reajuste previsto no contrato; compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento; e empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido.

Como se nota, a lei não autoriza a dispensa de formalização, por meio de celebração de termo aditivo para quaisquer outras alterações contratuais (artigo 65 da Lei n° 8.666/93), como no caso em exame, em que a alteração unilateral afetou a dimensão do objeto, com supressão de quantitativo (artigo 65, I, “b” da Lei n° 8.666/93).

De igual importância, tem-se o acompanhamento por meio do cronograma físico-financeiro, pois esse procedimento contempla, detalhadamente, os serviços e dispêndios mensais, com vistas ao alcance da eficiência e da efetividade na execução da obra, uma vez que permite justificar o valor, detalhar as etapas construtivas, relacionar as etapas planejadas e as executadas e identificar os possíveis desvios das atividades programadas.

Inobstante, verifica-se que não obstante a irregularidade nos procedimentos, não existe nos autos comprovação de prejuízo, como asseverado pelo Diretor Geral.

Diante do exposto e com amparo nos posicionamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, **JULGO IRREGULAR o Termo de Aditamento nº 173/03 ao Contrato nº 41/96/SVP**, por infringência aos princípios constitucionais da Legalidade, Publicidade e Eficiência, norteadores da Administração Pública, devido à não observação das disposições contidas no inciso III do § 2º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93 e no parágrafo único do artigo 70 da Lei Municipal nº 10.544/88, com relação à ausência do cronograma físico-financeiro, e na letra “b” do inciso I do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93, com relação à ausência de Termo Aditivo.

Em razão do tempo decorrido e da ausência de comprovação de prejuízo ao erário, **ACOLHO EXCEPCIONALMENTE OS EFEITOS FINANCEIROS do Termo de Aditamento nº 173/03 ao Contrato nº 41/96/SVP.**

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria

Acompanho o N. Conselheiro Relator no que tange à IRREGULARIDADE do Termo de Aditamento nº 173/03 ao Contrato nº 41/96/SVP, por infringência aos princípios constitucionais da Legalidade, Publicidade e Eficiência, norteadores da Administração Pública, devido à não observação das disposições contidas no inciso III do § 2º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93 e no parágrafo único do artigo 70 da Lei Municipal nº 10.544/88, com relação à ausência do cronograma físico-financeiro, e na letra "b" do inciso I do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93, com relação à ausência de Termo Aditivo. Todavia, deixo de reconhecer os efeitos financeiros, tendo em vista não haver acompanhamento de execução contratual.

É como voto.