III – ACÓRDÃO

ACO-UTR-172/2023

Processo	-	TC/003189/1998
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal, São Paulo Transporte S.A., Luiz Américo Guimarães Feitosa, Alexandre Akio Motonaga, Marco Antonio Assalve e Consórcio Queiroz Galvão
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 02/07/2008 – São Paulo Transporte S.A. e Consórcio Queiroz Galvão – TAs 01/1998, 02/1999, 03/1999, 04/2000, 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001, 10/2001 e 11/2002, relativos ao Contrato 1998/04 – Detalhamento do projeto executivo e execução de obras para implantação da infraestrutura necessária à operação na Linha Sacomã – Parque Dom Pedro II, Grupo de Linhas 1, do Subsistema de Transporte Coletivo de Passageiros de Média Capacidade do Município de São Paulo

3.275ª Sessão Ordinária

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS S.A. Projeto executivo e obras. Implantação de infraestrutura. Linha Sacomã - Parque Dom Pedro II. Decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. A lei prevê a Revisão de Preços e não a antecipação de pagamento. Art. 65, II, "d", 8.666/1993. 2. As modificações introduzidas no Contrato original não podem extrapolar o limite de 25% permitido pela legislação. Art. 65, § 1º e § 2º, Lei 8.666/1993. 3. Não é possível incluir, via Termo Aditivo, claúsula ao Contrato original visando correção monetária por atrasos nos pagamentos, com atualização financeira de acordo com a variação do IGPM, aplicado pro rata temporis, sem que tal condição estivesse prevista no edital. 4. Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva. 5. Afastada a preliminar de prescrição. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS PARCIALMENTE para julgar regulares os Termos Aditivos 04 e 05/2000, 06 a 10/2001 e 11/2002 afastar as multas aplicadas aos reponsáveis por estes ajustes. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, nos termos do relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, pois estão presentes os requisitos regimentais de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em afastar a preliminar de prescrição arguida pelo Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, com declaração de voto apresentada, que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, afastando, todavia, a alegação de prescrição do exercício do controle externo.

ACORDAM, à unanimidade, ainda em preliminar, em acolher o pedido da empresa Delta Construções S.A. de ilegitimidade passiva "ad causam", pois ausente qualquer participação societária com o consórcio contratado, determinando o **desentranhamento** da intimação e respectiva petição, dos autos, com os documentos acompanhantes em nome da empresa Delta Construções S.A.

ACORDAM, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em dar provimento parcial aos recursos para julgar regulares os Termos Aditivos 04/2000, 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001, 10/2001 e 11/2002 (tendo o Relator, no primeiro e último destes, exercido a faculdade que lhe confere o art. 174, § 1º do Regimento Interno desta Corte), afastando, por consequência, a multa aplicada aos responsáveis pelos ajustes e reconhecendo os efeitos jurídicos por eles gerados (em face do tempo decorrido, do princípio da segurança jurídica e da ausência de informações inequívocas de prejuízos causados à Administração), mas mantendo, no mais, a decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que negou provimento aos recursos, mantendo o Acórdão recorrido, pelos próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão à Procuradoria Geral de Justiça e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção ao pedido formulado nos autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de maio de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator
ROBERTO BAGUIM – Conselheiro, com declaração de voto

/affo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO JOÃO ANTONIO – RELATOR

Processo: **TC/003189/1998**
Responsáveis: Luiz Américo Guimarães Feitosa, Alexandre Akio Motonaga e Marco Antonio Assalve
Objeto: Recursos interpostos em face do V. Acórdão prolatado em Sessão Plenária realizada em 02/07/2008 – SPTrans e Queiroz Galvão – Realização de obras necessárias à implantação da linha Parque D. Pedro II – Sacomã
RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS. 1. Preliminar de prescrição arguida. 2. Ilegitimidade passiva ad causam produz a extinção do processo para a parte ilegítima. 3. Revisão de preços não tem os mesmos pressupostos da antecipação de pagamento. Art. 65, inciso ll, letra "d", LF 8.666/1993. 4. cláusula de correção monetária por atrasos nos pagamentos, com atualização financeira de acordo com a variação do IGPM, aplicação "pro rata temporis" deve ter previsão em edital. 5. Ajustes formalizados nos termos da legislação vigente. CONHECIDOS. ACOLHIDA preliminar de ilegitimidade. PROVIMENTO PARCIAL

RELATÓRIO

Trata o TC/003189/1998 de análise dos recursos interpostos pela PFM – Procuradoria da Fazenda Municipal, fls.1.747/1.770, pela São Paulo Transporte S/A – SPTrans, fls. 1.842/1.856, por Luiz Américo Guimarães Feitosa, fls. 1.898/1.901, por Alexandre Akio Motonaga e Marco Antonio Assalve, fls. 1.902/1.905 e pelo Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans, às fls. 2.067/2.105, em face do v. Acórdão deste Egrégio Tribunal de Contas, às fls. 1.735/1.737, bem como da petição da Delta Construções S/A, às fls. 2.020/2.022, em razão da sua intimação nos termos decididos pelos Nobres Conselheiros.

O objeto do presente TC consistiu na formalização do Contrato nº 98/004 em 26.01.1998 entre o Consórcio Queiroz Galvão e a SPTrans, pelo valor de R$ 146.991.846,86 para realização de obras necessárias à implantação da linha Parque D. Pedro II a Sacomã.

Destaque-se que a Concorrência nº 021/97 e o Contrato nº 98/004 foram julgados regulares por este Tribunal, com trânsito em julgado em 01.03.1999, nos TC/001008/2003, TC/008084/1997, conforme Acórdão de fl. 717.

O Acórdão recorrido foi vazado nos seguintes termos:

Vistos, relatados englobadamente com o TC/001008/2003, e discutidos estes autos,

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Edson Simões – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, apresentados em separado, em acolher os Termos Aditivos 01/1998, 02/1999 e 03/1999.

ACORDAM, entretanto, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Relator e Eurípedes Sales – Revisor, votando o Conselheiro Roberto Braguim, Vice-Presidente no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, letra "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, letra "a", do Regimento Interno desta Corte, em aplicar aos responsáveis pelos termos aditivos a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, tendo em vista as seguintes falhas:

a) Termo Aditivo 01/1998 – publicação extemporânea, com infringência ao artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal 10.544/88, e ao artigo 61, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93, e o fato da Certidão Negativa de Débito – CND e do Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS estarem vencidos na data de sua assinatura, com infringência ao artigo 55, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93.

b) Termo Aditivo 02/1999 – CND vencida na data da assinatura.

c) Termo Aditivo 03/1999 – publicação extemporânea.

Vencidos os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, que, consoante votos apresentados em separado, não consignaram a aplicação de multa.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em julgar irregulares os

Termos Aditivos 04/2000, tendo em vista a antecipação ilegal de pagamentos, 11/2002, pelo acréscimo contratual superior ao teto legal, bem como pela ausência de assinatura da Secretaria Municipal de Transportes – SMT, e, em decorrência do princípio da acessoriedade, os Termos Aditivos 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001 e 10/2001, por sucederem o Termo Aditivo 04/2000.

ACORDAM, também, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais) aos responsáveis pelos Termos Aditivos 04/2000, 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001, 10/2001 e 11/2002, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Vencidos os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, que, consoante votos apresentados em separado, acolheram os instrumentos analisados, afastando a aplicação de multa aos signatários dos mesmos.

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

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

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" Fábio Costa Couto Filho.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de julho de 2008.

Roberto Braguim – Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto. Edson Simões – Relator. RELATÓRIO

A PFM, alegando inconformismo com o teor do r. Julgado, interpôs o presente apelo objetivando a reforma parcial do v. Acórdão prolatado, de sorte que, ao cabo, sejam declarados regulares, também, os Termos Aditivos 04/2000, 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001, 10/2001 e 11/2002, ou, ao menos, sejam reconhecidos seus efeitos financeiros e patrimoniais, em

homenagem ao princípio da segurança jurídica, tornando, ainda, insubsistentes as multas cominadas aos agentes públicos responsáveis, posto não ter ficado caracterizado culpa, dolo ou má fé na espécie.

Intimados, os responsáveis apresentaram os respectivos recursos e manifestações.

O Sr. Pedro Luiz de Brito Machado, à fl. 1.838, juntou cópia da guia de recolhimento da importância de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), referente à multa que lhe foi imposta.

A São Paulo Transporte S/A reiterou os termos das suas manifestações da fase de instrução e, destacando a complexidade da matéria sob exame, alega que reputar como irregulares os Termos Aditivos realizados, além de injusto, importariam prejuízo, ainda que indireto, tanto ao Consórcio realizador da obra, quanto aos agentes da SPTrans que, de boa-fé, cumpriram exatamente o que previa a lei e o ordenamento jurídico vigente.

Posto isso, requereu que as razões recursais sejam acatadas, para o fim de conhecer a regularidade dos procedimentos adotados pela recorrente e acolher os instrumentos em discussão, afastando-se, por conseguinte, a aplicação de multa aos ordenadores de despesa, mediante a reforma do v. Acórdão.

À fl. 1.894, indeferiu o pedido de dilação de prazo para apresentação de recurso, apresentado pelo Sr. Carlos Alberto Tavares Carmona, à fl. 1.892.

O Sr. Matias Tsuyoshi Naganuma, não interpôs recurso. No entanto, à fl. 1.896, juntou cópia da guia de recolhimento da importância de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), referente ao valor da multa lhe imposta.

O Sr. Luiz Américo Guimarães Feitosa, bem como os Srs. Alexandre Akio Motonaga e Marco Antonio Assalve, estes últimos, em recurso apresentado na mesma peça, em síntese, alegam que a decisão que julgou irregular o Termo Aditivo 05/2000, em decorrência do princípio da acessoriedade, em decorrência do julgamento irregular do Aditamento 04/2000, e lhes aplicou multa pela assinatura do termo, não pode prosperar, referente às suas condutas.

Alegam que o princípio da acessoriedade não é de aplicação irrestrita, pois, atos da Administração, que pressuponham outros tidos ilegais, não se contaminam quando se destinam à eficaz preservação do interesse público, como ocorreu no presente caso.

Posto isso, esperam o recebimento dos seus recursos e, no mérito, acolhidos, com a

consequente reforma da r. Decisão, para, ao final, decidirem-se pela regularidade do Termo de Aditamento 05/2000, com o consequente cancelamento das multas lhes aplicadas.

O Sr. Luiz Flaviano Furtado, não apresentou recurso, porém, à fl. 1.909, juntou guia de recolhimento referente ao pagamento da multa que lhe foi aplicada em decorrência dos Termos Aditivos 04 e 05.

A AJCE, às fls. 1.920/1.925, entende que os recursos interpostos pelos Srs. Luiz Américo Guimarães Feitosa; Alexandre Akio Motonaga e Marco Antonio Assalve, protocolizados no 31º dia, não atendem o prazo regimental, motivo pelo qual opinou pelo não conhecimento dos mesmos, vem que intempestivos.

Referente aos recursos apresentados pela PFM e pela SPTrans, entende que estes preencheram os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, opinou pelo conhecimento dos mesmos.

No mérito, opinou pela manutenção do julgado por seus próprios fundamentos, e sugeriu a oitiva da Auditoria caso se entenda necessário pronunciamento sobre aspectos técnicos.

No mais, observa que até o presente momento, não se deu ciência à empresa contratada, intimada na fase de instrução às fls.1.480/1.483, acerca da decisão proferida, sugerindo sua intimação para o regular prosseguimento do feito e posterior retorno àquela jurídica para manifestação conclusiva.

Com isso, o Consórcio Delta/Ductor, representada pela empresa líder, Delta Construções S/A, foi intimado e às fls.1.931/1.936, requereu vista e cópia integral do processo, nos termos do artigo 129 do Regimento Interno e suspensão do prazo para apresentação de recurso até a obtenção das referidas cópias dos autos, o que não atendido, conforme fl.1952, tendo em vista a renúncia acostada à fl.1946.

A AJCE, às fls. 1.943/1.945 e 1.951, tratou dos requerimentos de cópia e prazo, apresentados pela empresa Delta Construções S/A, representando o Consórcio Delta/Ductor e concluiu no sentido de que, primeiro não procede a alegação de que em nenhum momento aquele Requerente houvera sido notificado; segundo, quanto ao pedido de vista dos autos para obtenção de cópias, salienta que quando da sua intimação, os autos estavam com vista à Requerente e, por fim, referente ao prazo, consigna que não obstante ao requerimento, o prazo para interposição de

recurso é peremptório, observando, no entanto, que tal solicitação é de competência do Conselheiro Relator deferir ou não o pedido.

Edgard Leite Advogados Associados, à fl. 1.946, protocolizou petição, informando que não mais patrocina os interesses da empresa Delta Construções S/A.

A empresa Delta Construções S/A, à fl. 1.953, requereu autorização para vista e cópia dos autos, através dos seus novos patronos.

O pedido foi deferido, fl. 1.985, e ainda, tendo em vista a renúncia do representante legal do Consórcio Queiroz Galvão, fl.1.946, também, foi determinado a intimação do atual representante, fl.1.954, dos termos do v. Acórdão.

Intimada, a empresa Delta Construções S/A. informou, às fls. 2.020/2.022, que não tem qualquer participação societária na Construtora Queiroz Galvão e que não integra o Contrato 98/2004 e seus 11 Aditamentos, decorrentes do Edital de Concorrência Pública 021/97, de modo que não participou das obras da "Linha Parque D. Pedro II e Sacomã", requerendo, portanto, a declaração de ilegitimidade passiva ad causam.

Sobre o requerimento, a AJCE, às fls. 2.044/2.047, consigna que assiste razão à empresa Delta Construções S/A., e que em virtude da alteração e retirada do Consórcio, remanesceu a empresa Construtora Queiroz Galvão S/A., retirando-se, também, a PEM Engenharia S/A, sendo admitida, na sequência, a empresa T. Trans Sistema de Transportes S/A.

Por fim, sugeriu que fosse intimado o representante legal do Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans, para conhecer do v. Acórdão, com o posterior prosseguimento do feito.

Intimado, o Consórcio apresentou recurso, fls. 2.067/2.105, e, preliminarmente, defende que dado o lapso temporal de mais de 09 anos decorridos para sua intimação, tanto o exercício da competência de fiscalização, como também o exercício da competência sancionatória, estão prescritos, diante da aplicabilidade à espécie do prazo prescricional quinquenal.

No tocante ao mérito, alega que as modificações foram necessárias para a conclusão da obra do VLP e que tais mudanças foram feitas em conformidade com a lei, levando em conta o princípio da economicidade ao interesse público.

Quanto aos acréscimos, destaca que a atipicidade da execução se deu principalmente pelas constantes alterações do projeto inicial e que não ultrapassaram os 25% estipulados em lei.

Referente à ausência de assinatura do superveniente-anuente (SMT), essa se deu em virtude da discordância em relação à atualização monetária e às modificações que contemplaram o Termo Aditivo 11 e a cláusula de atualização monetária, por ser manifestamente legal, sequer foi objeto do v. Acórdão.

Portanto, pleiteia que se reconheçam os efeitos financeiros do Contrato e dos seus 11 aditivos.

Posto isso, requereu o acolhimento da defesa para declarar regulares os Aditamentos 04 e 11 e pelo princípio da acessoriedade os Aditamentos de 05 a 10.

Quanto aos demais interessados, os Srs. Eliel Rodrigues Marins; Antonio Emiliano L. da Cunha; Washington L. E. Corrêa; Carlos Alberto T. Carmona; Seiji Taquemori; Francisco A. N. Christovam; Sérgio Rubens G. Rodrigues; Luiz Flávio Furtado; Wilson Carmingnani e Sérgio Antunes de O. e Souza não apresentaram recurso.

Instada a nova manifestação, a AJCE, às fls. 2.107/2.117, no tocante a admissibilidade do recurso, entende que o recurso está em condições de ser conhecido, por ser tempestivo e preencher os requisitos de admissibilidade.

Quanto a preliminar de prescrição quinquenal, entende pelo seu afastamento, uma vez que a natureza declaratória das decisões e a possibilidade, em tese, de constatação de danos ao Erário implicam a imprescritibilidade dos pronunciamentos desta Corte.

No que diz respeito à prescrição da pretensão punitiva, consigna que compartilha do entendimento sedimentado no Egrégio Tribunal de Contas da União, no sentido de que o poder sancionatório pelas Cortes de Contas deve se submeter à prescrição no prazo de 10 anos, de modo que, afasta a referida preliminar.

Concluindo, sobre o mérito, opinou pela manutenção do v. Acórdão recorrido, no tocante à regularidade dos Termos Aditivos 01/1998, 02/1999 e 03/1999 e pela irregularidade dos Aditamentos 04 a 11, assim como as aplicações de multas aos responsáveis, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, ainda, se permitiu opinar pelo provimento parcial do recurso do Consórcio contratado, para que seja considerada a análise dos efeitos financeiros em sede de acompanhamento da execução contratual.

A PFM, às fls. 2.118/2.119, posicionou-se no sentido de que os recursos interpostos merecem ser providos, de sorte que o v. Acórdão prolatado seja reformado em parte, para o fito de que os Termos Aditivos 04/2000, 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001, 10/2001 e 11/2002, também sejam considerados regulares, e consequentemente, restem acolhidos, tornando-se insubsistentes as multas cominadas aos agentes públicos, por não ter sido demonstrado dolo, culpa ou má fé.

Não obstante, caso não seja este o entendimento dos Nobres Conselheiros, entende que, ao menos, em sede de revisão, os efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais decorrentes dos ajustes, devem ser reconhecidos, em atenção ao princípio da segurança jurídica no tempo, haja vista que não ficou comprovada a existência de um prejuízo concreto ao Erário.

A Secretaria Geral opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos e quanto ao mérito pelo seu desprovimento, inclusive quanto à prescrição arguida pelo Consórcio Contratado, mantendo-se o V. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório

VOTO

Em julgamento os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela São Paulo Transporte S/A, por Luiz Américo Guimarães Feitosa, por Alexandre Akio Motonaga e Marco Antonio Assalve, e pelo Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans, em face do Venerando Acórdão de fls. 1.735/1.737, bem como da petição da empresa Delta Construções S/A, em razão da sua intimação nos autos.

No que tange à admissibilidade, constata-se que os recursos ordinários estão aptos a serem conhecidos e processados, visto que atendidos os requisitos exigidos nos artigos 138 e seguintes, do Regimento Interno deste Tribunal.

Com relação à preliminar de prescrição, arguida pelo Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans, registro que o tema é assunto, de fato, tormentoso no âmbito deste Tribunal, em face da ausência de lei que fixe prazo prescricional para a atuação das Cortes de Contas.

Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, foi firmado o entendimento quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "É

prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas onde foi decretada a prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a certeza e liquidez sobre a dívida apenas pode ocorrer a partir do trânsito em julgado do Acórdão condenatório, ocasião em que o prazo de 5 anos deve começar a ser contado para efeito de prescrição da ação de cobrança do crédito fiscal não tributário, todavia, como no caso concreto isso ainda não ocorreu, resta afastada a preliminar arguida.

Ainda em preliminar, observo que consta dos autos o pedido da empresa Delta Construções S/A, requerendo a declaração de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Pelo que se verifica do pedido da requerente, corroborado com os documentos juntados com sua petição, a empresa não tem qualquer participação societária na Construtora Queiroz Galvão, não integrando o Contrato nº 98/004 e seus 11 Termos Aditivos, podendo assim concluir que fora intimada por equívoco.

Isto posto, considerando que a empresa Delta Construções S/A. não é parte no presente processo, entendo que deva ser desconsiderada sua intimação e respectiva petição, com os documentos acompanhantes, devendo ser desentranhados dos autos para que nada deste processado conste em seu nome.

Na sequência, passo à análise do mérito.

Sobre o Termo Aditivo nº 04/2000, tanto a PFM quanto a SPTrans, alegam, em síntese, que a empresa adotou providências no escopo de motivar, justificar e dar consistência técnica e jurídica à sua lavratura e que tanto a prorrogação como as demais medidas tendentes a viabilizar a continuidade da contratação foram adotadas em consequência da situação excepcional da execução, na medida em que a antecipação de pagamento foi uma forma de restaurar o equilíbrio financeiro do contrato com a manutenção das condições originais.

Alegam, ainda, os Recorrentes que se a SPTrans não tivesse prorrogado o prazo contratual, de fato, se estaria diante de prejuízo irreparável ou de dificílima reparação e que o

Aditamento em questão foi elaborado para contemplar a mudança na forma de pagamento em consonância com o artigo 65, inciso II, alíneas "c" e "d" da Lei de Licitações, visando compensar o débito da SPTrans com o pagamento recebido para encomenda de estruturas metálicas que complementaria as estruturas já fornecidas, sendo a única forma possível para extinção dos débitos que a Administração possuía com o Consórcio.

Por oportuno, observo que a lei prevê a figura jurídica da Revisão de Preços, na hipótese prevista no artigo 65, inciso II, letra "d", e não a antecipação de pagamento, como foi feito no caso em análise, o que é vedado no mesmo artigo.

Assim, entendo que as alterações introduzidas pelo Termo Aditivo 04 não tiveram o devido embasamento legal, pois o fornecimento de materiais e a prestação de serviços não se alteraram ao longo do contrato e o atraso verificado, ainda que por culpa da Administração, não modificou a natureza das obrigações originariamente pactuadas e constantes do edital de licitação, devendo, portanto, ser mantido o julgado quanto a esse apontamento.

No que se refere ao Termo Aditivo 11/2002, os Recorrentes alegam que foram necessárias as modificações para conclusão do VLP e que após o substancial remodelamento do projeto executivo original, os acréscimos contratuais foram contemplados dentro do limite permitido. Por fim, alega que a falta de assinatura do superveniente-anuente (SMT), uma vez tido por regular o Ajuste, restará superada.

Alegam, ainda, os Recorrentes, a inexistência de dolo, culpa ou má fé dos responsáveis, requerendo ao final que os Termos Aditivos sejam julgados regulares e as multas tornadas insubsistentes.

A PFM, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, sob a alegação de que a situação já se encontra consolidada no tempo, bem como por não ter remanescido qualquer pendência entre as partes, nem tampouco prejuízo ao Erário, defende que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos ajustes, pleito também defendido pelo Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans.

A meu ver, as alegações dos Recorrentes não tiveram o condão de justificar e afastar o que restou decidido no julgamento a respeito do Termo Aditivo 11/2002, isto porque a própria Secretaria Municipal de Transportes deixou de assinar o ajuste como interveniente, tendo em vista as inúmeras modificações introduzidas no contrato primitivo, destacando-se, entre elas, a

expansão do preço ajustado em 40,98%, o que extrapola o limite de 25% permitido pelo artigo 65, parágrafos 1º e 2º da Lei Federal 8.666/93, sem que houvesse justificativa adequada para tanto.

Vale acrescentar, ainda, que o referido acréscimo, rechaçado pela SMT, se deu em razão do disposto na cláusula 2.1.14, que visa incluir no Capítulo III do Contrato Original uma cláusula de correção monetária por atrasos nos pagamentos, com atualização financeira de acordo com a variação do IGPM, aplicado *pro rata temporis*, sem que tal condição estivesse prevista no edital.

Quanto à imposição da multa regimental aos responsáveis, destaca-se que as defesas apresentadas não foram suficientes para afastar as irregularidades, de modo que as multas devem ser mantidas, exceto quanto aos termos aditivos a seguir mencionados.

Isto porque, no que se refere aos Termos Aditivos 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001 e 10/2001, entendo que esses ajustes foram formalizados nos termos da legislação vigente, conforme reconhecido nos autos pelos órgãos técnicos, o que me permite dar provimento aos apelos para reconhecer a regularidade desses ajustes, bem como afastar a multa aplicada aos respectivos responsáveis.

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** dos Recursos interpostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e afasto a preliminar de prescrição arguida nos autos pelo Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans, pelos motivos já expostos. Ainda em preliminar, acolho o pedido da empresa Delta Construções S/A de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois ausente qualquer participação societária com o consórcio contratado.

Quanto ao mérito, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** aos apelos para julgar **REGULARES** os Termos Aditivos 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001 e 10/2001, afastando, por consequência, a multa aplicada aos responsáveis por esses ajustes, mantendo-se, no mais, a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, observo que as informações colacionadas aos autos demonstram uma situação já consolidada no tempo, de mais de 20 anos, suscitando o reconhecimento dos efeitos jurídicos gerados pelos ajustes, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e ausência de informações inequívocas de prejuízos causados à Administração.

Determino o desentranhamento dos autos da intimação e respectiva petição, com os documentos acompanhantes em nome da empresa Delta Construções S/A.

Dê-se conhecimento da decisão a ser alcançada pelo Plenário à Procuradoria Geral de Justiça, do Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção ao pedido formulado nos autos.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Relator

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

II – DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM

Processo:	**TC/003189/1998**
Interessados:	São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans
Objeto:	Recursos – PFM – Procuradoria da Fazenda Municipal; São Paulo Transporte S.A. – SPTrans; Luiz Américo Guimarães Feitosa, Alexandre Akio Motonaga e Marco Antônio Assalve, Consórcio Queiroz Galvão – T. Trans e petição da Delta Construções S.A. – Termos Aditivos 01 a 11 ao Contrato 98/04 – Implantação da infraestrutura necessária à operação no subsistema de Transporte Coletivo de Passageiros de média capacidade do Município de São Paulo, no Grupo de Linhas 1, Linha Sacomã – Parque Dom Pedro II (VLP)
Relator:	Conselheiro Corregedor João Antonio

Conheço dos Recursos interpostos uma vez que preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta E. Corte de Contas.

Como preliminar, acolho o pedido da Delta Construções S/A, referente à declaração de ilegitimidade passiva ad causam, tendo em vista que a sua intimação foi feita por equívoco, considerando que não é parte no presente processo, conforme aduzido nos autos.

Em relação às preliminares de prescrição arguidas pela Contratada, considerando o novo posicionamento do STF e o julgamento da ADI n. 5.509 no STF, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes,* que pacificou o tema de que a prescrição da pretensão *punitiva* se rege pela Lei 9.873/99 e que tal lei federal tem caráter nacional, podendo ser aplicada no TCM/SP, sendo, assim, apta para afastar a cobrança das multas, eis que ultrapassado o prazo quinquenal previsto na Lei, dou provimento parcial para assim reconhecer a prescrição da pretensão punitiva. Não obstante, a atividade de controle externo tem natureza declaratória e, pois, imprescritível razão pela qual afasto a preliminar de prescrição do exercício do controle externo arguida pela Contratada e considero que o seu mérito pode ser julgado.

No mérito, Nego Provimento aos Recursos, mantendo a decisão de 1ª instancia proferida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, em relação aos efeitos financeiros, apesar de estarmos diante de análise formal, no presente caso, entendo que não posso aceitá-los, dada à gravidade das irregularidades comprovadas nos autos.

TCM, 10 de maio de 2023.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

ATHSC/RB.

JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-003.189.98-33

2º JULGADO

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. SPTRANS. Detalhamento de Projeto Executivo e Execução de Obras para Implantação de Infra-Estrutura - Transporte Coletivo – Linha Parque Dom Pedro II/Sacomã. T.A's 01 a 03, com ressalvas à publicação extemporânea e atualização da CND e FGTS. REGULARES. Votação unânime. MULTA. Votação por maioria. T.A's 04 a 11, com antecipação dos pagamentos, acréscimo contratual superior ao teto legal, ausência de assinatura. Inadmissibilidade. Princípio da acessoriedade. IRREGULARES, com MULTA. Arts. 55, XIII e 61, parágrafo único, Lei 8.666/93. Votação por maioria. DETERMINAÇÃO.

2.383ª Sessão Ordinária

1º JULGADO

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SPTrans. Implantação de infra-estrutura de operação da linha subsistema de transporte coletivo. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

1.838ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 01.03.1999.

TC citado: 72.001.008.03-55, 72.008.084.97-71.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com o TC 1.008.03-55, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Roberto Braguim, Vice-Presidente no exercício da Presidência, após determinação de Sua Excelência, na 2.380ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate, ocasião em que votaram os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, com votos anteriormente proferidos pelos Conselheiros Edson Simões – Relator e Eurípedes Sales – Revisor, na 2.372ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Edson Simões – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, apresentados em separado, em acolher os Termos Aditivos 01/1998, 02/1999 e 03/1999.

ACORDAM, entretanto, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Relator e Eurípedes Sales – Revisor, votando o Conselheiro Roberto Braguim, Vice-Presidente no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, letra "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, letra "a", do Regimento Interno desta Corte, em aplicar aos responsáveis pelos termos aditivos a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, tendo em vista as seguintes falhas:

a) Termo Aditivo 01/1998 – publicação extemporânea, com infringência ao artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal 10.544/88, e ao artigo 61, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93, e o fato da Certidão Negativa de Débito – CND e do Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS estarem vencidos na data de sua assinatura, com infringência ao artigo 55, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93.

b) Termo Aditivo 02/1999 – CND vencida na data da assinatura.

c) Termo Aditivo 03/1999 – publicação extemporânea.

Vencidos os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, que, consoante votos apresentados em separado, não consignaram a aplicação de multa.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em julgar irregulares os Termos Aditivos 04/2000, tendo em vista a antecipação ilegal de pagamentos, 11/2002, pelo acréscimo contratual superior ao teto legal, bem como pela ausência de assinatura da Secretaria Municipal de Transportes – SMT, e, em decorrência do princípio da acessoriedade, os Termos Aditivos 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001 e 10/2001, por sucederem o Termo Aditivo 04/2000.

ACORDAM, também, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais) aos responsáveis pelos Termos Aditivos 04/2000, 05/2000, 06/2001, 07/2001, 08/2001, 09/2001, 10/2001 e 11/2002, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Vencidos os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria, que, consoante votos apresentados em separado, acolheram os instrumentos analisados, afastando a aplicação de multa aos signatários dos mesmos.

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

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

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" Fábio Costa Couto Filho.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de julho de 2008.

Roberto Braguim – Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto.

Edson Simões – Relator.

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

TA 05 - aumento do prazo em 10 meses;

TA 06 - aumento do prazo em 2 meses;

TA 07 - aumento do prazo em 2 meses;

TA 08 - aumento do prazo em 1 mês;

TA 09 - aumento do prazo em 3 meses;

TA 10 - aumento do prazo em 18 meses e

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

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu que:

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

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

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

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

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

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

g) os TAs 07, 08 e 09 são regulares.

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

Explique-se que, conforme justificado pelo Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Transportes, a mencionada não-assinatura deu-se pela discordância da Pasta quanto ao referido aditamento, que considerou existir dois impedimentos capazes de inviabilizá-lo, quais sejam: 1º) um dos seus objetos é a rescisão do Termo Aditivo 4, previsão que considerou inexistente no ordenamento jurídico pátrio *'sobretudo quando foram produzidos efeitos...';* e 2º) a inclusão de cláusula de correção monetária por atrasos nos pagamentos que, segundo seu entendimento, deveria ter sido prevista em edital (folhas 1.277/1.285).

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

Contudo, apontou que o TA 04 fere o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e que o caráter de ilegalidade do TA 11 foi reconhecido pela Secretaria Municipal de Transportes *'ao negar a assinatura do termo como interveniente-anuente'*. Acrescentou que um dos objetivos do TA 11 é a rescisão do TA 04 para supostamente sanar suas irregularidades, mas, conforme constatado, o referido aditamento já produzira efeitos, fato que uma simples rescisão não poderia regularizar. Ademais, evidenciou que, além da falta de previsão editalícia, a cláusula 27ª do ajuste inicial (folha 691) foi taxativa ao dispor que *'Não haverá atualização ou compensações financeiras nos termos da Portaria SF 54/95'.* Por fim, enfatiza que o acréscimo contratual de 40% desobedece às vedações legais.

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

Intimados, os responsáveis pela despesa defenderam-se alegando que o Termo de Aditamento 04 justifica-se nos atrasos na obra, ocorridos em função de problemas técnicos, restrição na liberação da área, pelos atrasos nas desapropriações, além da não disponibilização de recursos financeiros por parte do Erário. Sustentam que tais atrasos acarretaram o desequilíbrio econômico do ajuste e a alteração ocorrida visava ao seu reequilíbrio (folhas 1.133/1.140, 1.141/1.147, 1.158/1.163 e 1.164/1.170).

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

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

Oficiada, a Origem apresentou os seguintes argumentos: (a) o contrato não teve o andamento inicialmente previsto no cronograma físico-financeiro, sendo que a descontinuidade na liberação dos recursos financeiros, por motivos alheios à vontade da SPTRANS, veio a comprometer significativamente a execução contratual; (b) a situação excepcional de execução exigiu a adoção, pelas partes, nos limites da lei, de providências tendentes a encontrar a melhor solução para viabilizar a continuidade da contratação, mantendo as condições econômicas iniciais; (c) alterou-se a Cláusula 28ª do contrato nos termos do artigo 65, inciso II, alíneas "c" e "d", da Lei Federal 8.666/93; (d) toda a alteração contratual significativa é resultado de estudo técnico apurado, em que a Administração deve analisar a continuidade do interesse público envolvido na contratação, a vantajosidade de continuar o contrato inicialmente licitado ou rescindir o contrato e providenciar novo procedimento licitatório; (e) a não-liberação de verbas nos termos ajustados e os entraves judiciais nas desapropriações interferiram novamente no ritmo normal dos serviços e justificaram a realização de procedimentos extraordinários visando ao pagamento do Consórcio contratado pelos serviços efetivamente realizados e medidos, através da compensação de créditos, corroborado pelo parecer do Prof. Antonio Carlos Cintra do Amaral, que entendeu possível sua adoção nos contratos administrativos; (f) após nova reavaliação sobre o interesse na continuidade do contrato, foi celebrado o Termo Aditivo 11 para consubstanciar acréscimos qualitativos e quantitativos, a partir de profundas alterações efetuadas no projeto, de ordem técnica, para adequá-lo à nova realidade fática; (g) em contrapartida às alterações das cláusulas de serviços, foram igualmente modificadas as cláusulas econômicas objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sendo concebida a cláusula de atualização financeira para regular as situações de

pagamento em atraso, tendo em vista o histórico da contratação (folhas 1.437/1.463).

Intimada, a empresa contratada apresentou defesa ressaltando que a contratação em tela foi celebrada em 26/01/1998, com prazo inicial de nove meses. Argumentou que, de acordo com as regras da licitação, o projeto executivo seria desenvolvido concomitantemente à execução contratual, ou seja, os efetivos serviços e verdadeiros quantitativos para a execução das obras só seriam conhecidos com o início das obras.

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

Acrescentou que somente em julho de 2002 foi celebrado o Termo Aditivo 11 para consubstanciar acréscimos qualitativos e quantitativos, a partir de profundas alterações técnicas efetuadas no projeto. Entendeu, nesse momento, necessária a inclusão de cláusula de atualização financeira para regular as situações de pagamento em atraso, bem como de cláusula de reajustamento de preços, considerando que o prazo contratual ultrapassou os doze meses (folhas 1.500/1.509).

Com base em todas as defesas apresentadas, a Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou seu parecer sobre a regularidade da prorrogação contratual ocorrida, uma vez enquadrada na regra de exceção (projetos contemplados pelo Plano Plurianual). Quanto à atualização monetária, apontou que o contrato era, inicialmente, de 9 (nove) meses, portanto, por ser menor de 1 ano, não poderia haver previsão de reajuste ou correção monetária, dada a vedação da Lei 10.191/01. Tendo em vista que os aditamentos tornaram o seu período superior a um ano, concluiu não haver conflito. Ressaltou que *'essa atualização financeira envolve uma atualização meramente nominal de valores, destinada a compensar os efeitos inflacionários'.*

Quanto ao acréscimo contratual, da ordem de 40%, concluiu que, mesmo estando acima do teto legal de 25% para os acréscimos e supressões, há de ser considerada *'a tipicidade do contrato em questão, notadamente decorrentes de 3 fatores que interferiram em sua execução, quais sejam: as alterações e adaptações no projeto original; o atraso nas desapropriações de imóveis e os atrasos na disponibilização dos recursos financeiros'*. Neste sentido, indicou que o *'acréscimo de 40%, como os adiantamentos realizados pela Origem, não encontram respaldo na legislação hodierna, mas devem ser sopesados diante do que determina o artigo 58, I, da Lei Federal 8.666/93'*, o qual confere à Administração a prerrogativa de modificar os contratos, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público.

Nesse sentido, principalmente pela excepcionalidade da contratação, concluiu pela regularidade dos instrumentos, com recomendação para

que a Origem evite a alteração da cláusula de pagamento durante a execução contratual (folhas 1.521/1.540).

Com base nos pareceres da Assessoria Jurídica, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou seus pareceres, passando, contudo, a opinar pela regularidade do TA 04 e do TA 10. Por fim, concluiu pela irregularidade do TA 11, pela ausência de assinatura no Termo de Aditamento do interveniente-anuente, bem como pelo acréscimo de mais de 40% dos serviços contratados (infringência ao art. 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93) (folhas 1.657/1.660).

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

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

Em julgamento também o TC 1.008.03-55, cujo objeto versa sobre solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo, no sentido da apuração, por este Tribunal, de irregularidades no Contrato 04/98 e aditamentos. Tendo em vista que o solicitado, naquele instante, já fazia parte dos levantamentos, averiguações e análises da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a sua instrução processual prosseguiu no processo TC 3.189.98-33, ora relatado.

É o relatório. **(2.351ª S.O.)**

VOTO

Da análise dos autos, remanesce a discussão acerca de 4 (quatro) pontos, quais sejam: a) a superação do limite legal para a duração do ajuste a partir do TA 10; b) a antecipação de pagamento causada no TA 04; c) o acréscimo de mais de 40% dos serviços contratados no TA 11; d) a falta de assinatura da Secretaria Municipal de Transportes no TA 11.

Quanto a duração do prazo contratual acima do limite legal, são corretas as conclusões da Assessoria Jurídica de Controle Externo considerando justificada a sua prorrogação para 63 (sessenta e três) meses, em função da aprovação do empréstimo solicitado ao BNDES – necessário para a conclusão das obras, uma vez que amparada como norma excepcional no artigo 57, inciso I, da Lei Federal 8.666/93 – a qual permite a prorrogação dos projetos contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual.

No que tange a antecipação de pagamento, prevista no TA 04, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro da proposta não é possível endossar os entendimentos finais dos Órgãos Preopinantes, uma vez que, para a readequação dos valores contratuais, a lei prevê a figura jurídica da Revisão de

Preços, na hipótese prevista no artigo 65, inciso II, letra "d", e não a antecipação de pagamento, que vem vedada no mesmo artigo.

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

Sobre essa questão, a Assessoria Jurídica de Controle Externo foi precisa em uma das suas primeiras manifestações (folha 1.105 e seguintes) ao afirmar:

> *'É pensamento corrente na doutrina nacional do direito administrativo que a Administração poderá adotar a forma de pagamento antecipado somente em casos muito específicos e excepcionais, desde que previamente previsto no instrumento convocatório e com a imposição de garantia. Ora, a preservação do interesse público impõe à Administração o máximo de zelo e cautela. Nessa ordem de idéias são admissíveis apenas os pagamentos por bens e serviços efetivamente prestados ou fornecidos. Essa é a regra dos artigos 62 e 63, da Lei Federal 4.320/64, que tem em mira a garantia dos dinheiros públicos. O pagamento só deve ser liberado após a efetiva "liquidação da despesa", isto é, após devidamente verificado pela Administração o direito adquirido do credor. O pagamento antecipado é, pois, exceção que só pode ser admitida quando recomendar o interesse público. (...) A antecipação de pagamento, portanto, é uma exceção e somente poderá ocorrer com a prestação de garantia efetiva e desde que haja previsão expressa no instrumento convocatório (artigo 40, inciso XIV, "d"). No caso dos autos o TA 04 veio alterar as condições de pagamento estabelecidas no edital e no contrato, o que é vedado pelo artigos 65, inciso II, "c", 3º e 41, da Lei 8.666/93. Nessas condições, a par de não configurar a excepcionalidade admitida nesses casos, posto que a execução de obras públicas não exige, segundo os parâmetros de mercado, a antecipação de pagamento, a condição não foi prevista no edital de licitação, o que impede, desde logo, qualquer alteração da forma de pagamento.'*

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

que, por essa razão deixou de assinar o referido aditamento, na qualidade de interveniente-anuente.

Ademais, ressalte-se, quanto a falta de assinatura pela SMT, como interveniente – anuente do TA 11, a justificativa do seu Chefe de Gabinete ao seu Secretário, no sentido de não assiná-lo, que diz:

> *'Trata o presente do 11º Termo Aditivo do Contrato nº 98/04 encaminhado para assinatura aonde SMT figura como interveniente – anuente.*
>
> *Entretanto, parece-nos que o presente aditivo contém em seu texto dois impedimentos de ordem jurídica que poderiam inviabilizar aquele pacto, a saber:*
>
> *O primeiro é a previsão constante da clausula 2.1.3, que estabelece a "rescisão do Termo Aditivo nº 4, de 29/02/2000".*
>
> *A figura da rescisão de um termo aditivo não existe no direito administrativo brasileiro, sobretudo quando foram produzidos efeitos, no passado, devidos àquele termo, os quais evidentemente constituem fatos históricos que não podem ser apagados da história por força de uma rescisão.*
>
> *Mesmo que este 11º Termo Aditivo preveja a "ratificação dos efeitos produzidos" pelo termo aditivo que pretende rescindir permanece a falta de lógica jurídica em rescindir o ato que ensejou os efeitos e que com isso se incorporou em definitivo, no passado, à própria execução do contrato, tudo numa situação, repita-se, inteiramente esgotada no passado.*
>
> *O segundo óbice consignado neste pretendido 11º Termo Aditivo é o que consta da cláusula 2.1.4, que visa incluir no "Capítulo III do Contrato Original" uma cláusula de correção monetária por atrasos nos pagamentos, "com atualização" financeira de acordo com a variação do IGPM, aplicado 'pro rata temporis'".*
>
> *Tal previsão, em nosso entendimento, precisaria obrigatoriamente ter constado como condição do edital, a ser depois repetida no termo inicial do contrato, conforme determina o art. 40, inc. X, cláusula D, da Lei nº 8.666/93.*
>
> *Precisaria ter sido condição originária da própria licitação a previsão de correção e de atualização dos valores a*

serem pagos ao Contratado, eis que ocasionalmente diversos potenciais licitantes se desinteressaram de participar apenas pela inexistência daquela previsão.

Por essa razão fixou a lei nacional de licitações e contratos como previsão obrigatória do edital a previsão de correção e de atualização dos preços, caso desejada essa condição pela Administração que licita.

Não tendo sido prevista no edital, descabe, neste atual momento em que o contrato já está – há vários anos aliás – em execução, modificar o contrato licitado para, por força de aditamento, incluir a previsão.

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

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

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

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

Em decorrência do princípio da acessoriedade, julgo IRREGULARES os TAs 05, 06, 07, 08, 09, 10, uma vez que sucedem o TA 04. Neste sentido, aplico a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, também, aos responsáveis pelos TAs 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11.

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

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

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso: v. TC 72.001.008.03-55.

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria: v. TC 72.001.008.03-55.

VOTO DE DESEMPATE ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim, Vice-Presidente, no exercício da Presidência: v. TC 72.001.008.03-55.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.003.189.98-33, 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, considerar regular o procedimento adotado pela São Paulo Transporte S/A – SPTrans na Concorrência nº 021/97, bem assim acolher o Contrato nº 98/004.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, determinar à Origem que, nas próximas licitações, os prazos adotados para a análise das impugnações sejam reduzidos, de forma que o julgamento de mérito seja feito em momento anterior à abertura dos envelopes, evitando eventuais prejuízos às proponentes.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Roberto Braguim e o Conselheiro Substituto Octávio Savério Curcio.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de dezembro de 1998.

Walter Abrahão – Presidente.

Antonio Carlos Caruso – Relator.

RELATÓRIO e **VOTO** do Conselheiro Antonio Carlos Caruso

Sob exame o Contrato 98/004, no valor de R$ 146.991.846,86, celebrado entre a São Paulo Transporte S/A - SPTrans e o Consórcio Queiroz Galvão - PEM, tendo por objeto o detalhamento de projeto executivo e execução de obras para implantação da infra-estrutura necessária à operação na linha Parque D. Pedro II a Sacomã, grupos de linhas 1, do Subsistema de Transporte Coletivo de Passageiros de Média Capacidade do Município de São Paulo.

Referido instrumento é decorrente da Concorrência 021/97, analisada pelos Órgãos Técnicos desta Corte no TC 8.084.97-71 (acompanhamento concomitante de licitação) com conclusão de regularidade formal.

Recomendou o Departamento de Auditoria II que, nas próximas licitações, os prazos adotados para a análise das impugnações sejam reduzidos, de forma que o julgamento de mérito seja feito em momento anterior à abertura dos envelopes, evitando prejuízos às proponentes.

Isto posto, os Órgãos Técnicos, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria-Diretoria Geral manifestaram-se pelo acolhimento do instrumento sob exame, com a recomendação sugerida no TC 8.084.97-71.

É o relatório.

VOTO

De acordo com as conclusões alcançadas nos processos TC referidos, voto pela regularidade do procedimento adotado pela SPTrans na Concorrência 021/97 e pelo acolhimento do Contrato 98/004, com a determinação na forma sugerida por AUD-II.