JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.003.333.97-97

Licitação – dispensa – contrato entre entidades do mesmo município – prorrogação de prazo contratual – ausência de pesquisa de mercado – acolhido o termo aditivo – votos vencidos os conselheiros Edson Simões e Roberto Braguim – art. 24, VIII da Lei Federal 8666/93

RELATÓRIO

Cuida o presente processo, nesta oportunidade, do Termo de Aditamento número **2/98**, objetivando a prorrogação do prazo contratual, por mais 12 (doze) meses, a partir de 02 (dois) de abril de 1998, sendo certo que o Contrato original número 3/97 e o respectivo Termo Aditivo número **1/97** já foram acolhidos pelo Plenário desta Corte.

Sobre o instrumento em questão, a Secretaria de Fiscalização e Controle, em primeira intervenção, entendeu-o **IRREGULAR** por não ter a Autarquia realizado pesquisa de mercado por ocasião da sua lavratura, fato esse que caracterizou ofensa ao artigo 24, inciso VIII, e 65, parágrafo 2º, da Lei Federal número 8.666/93. Considerando, porém, que a vigência do Aditivo em questão iria expirar em 1º de abril de 1999 e estando os preços praticados compatíveis aos de mercado, sugeriu seu acolhimento, com recomendação à Origem para que, em casos futuros, atente para o estabelecido nas disposições legais citadas (folha 121).

Instada a se pronunciar, a Assessoria Técnica Jurídica acompanhou a conclusão supra-alcançada, tendo, porém, o Assessor Chefe sugerido a aplicação de pena pecuniária ao Ordenador da Despesa em razão da infração cometida (folhas 123/130).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por seu turno, acompanhou a proposta de acolhimento do Aditivo, com a recomendação sugerida, divergindo, porém, a respeito da punição do Ordenador da Despesa, por entender que os preços ajustados se mostraram compatíveis, de sorte que eventual falha havida (ausência de pesquisa) não seria suficiente para acarretar qualquer prejuízo à Administração (folhas 131/132).

À folha 133 verso, o Relator determinou aos Órgãos Técnicos informarem a que título ocorreu o aumento do valor contratual de 53,19% (cinqüenta e três vírgula dezenove por cento).

A Divisão Técnica IV, amparando-se nas informações obtidas no Serviço Funerário do Município de São Paulo, verificou que esse aumento ocorreu porque a PRODAM - Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo aumentou o número de horas de assessoramento para atender às necessidades da Autarquia. Por esse motivo, concluiu que o acréscimo formalizado no Termo sob exame é decorrente não do aumento do valor dos serviços prestados, mas, sim, do maior número de horas trabalhadas (folhas 222/223).

Diante do que ficou constatado, o Relator, em despacho exarado à folha 138, determinou que a Assessoria Técnica Jurídica se manifestasse sobre a legalidade do mencionado acréscimo contratual verificado.

Analisando melhor a matéria, diante do fato novo e à vista das provas coligidas pela auditoria, a especializada reviu sua posição anterior para, agora, entender que o acréscimo da ordem de 53,19% (cinqüenta e três vírgula dezenove por cento), aplicado sobre o valor inicialmente pactuado, não diz respeito sequer à mantença do equilíbrio econômico-financeiro ou tampouco a reajuste, mas algo entre aumento de número de horas de assessoramento e aumento do valor de salários dos técnicos, e não em virtude de acréscimo por necessidade de ordem técnica e indispensável à concretização do objeto contratado. Por tais motivos, opinou pela rejeição do Termo Aditivo número **2/98**, porquanto o acréscimo de 53,19% (cinqüenta e três vírgula dezenove por cento) verificado extrapolou os percentuais permitidos pela legislação vigente aplicável à espécie (artigo 65 da Lei Federal número 8.666/93 e artigo 81 da Lei Municipal número 10.544/88) (folhas 140/143).

Intimados a se defenderem, apresentaram defesa os Ordenadores da Despesa (**JORDI SHIOTA** e **IGNAZIO GANDOLFO**).

O primeiro defendente alegou em sua defesa não ser o Ordenador da Despesa, posto que somente formalizou o instrumento por delegação de competência nos termos da Portaria número **465/64**, sendo que o Aditamento em tela foi autorizado pelo Superintendente.

O segundo defendente, reconhecendo ser ele o Ordenador da Despesa, disse em sua defesa que ficou provada a necessidade dos serviços, bem como que os preços praticados eram compatíveis com o mercado, sendo certo que o erário não sofreu nenhum prejuízo porque se tratou de um contrato firmado entre duas entidades do mesmo Município. Disse, ainda, das dificuldades de não manter um quadro de funcionários para atender a esse tipo de exigência, fato esse que obrigou a aumentar as horas de assessoramento para que o processo fosse agilizado.

Prosseguindo a instrução do feito, foram os trabalhos direcionados para que fosse quantificado o pagamento irregular dessas horas extras de assessoramento, passível de ressarcimento ao erário (folhas 170/175 e 204).

Manifestou a respeito a Divisão Técnica VI e concluiu que o valor pago a título de horas extras montou em R$ 195.106,57 (cento e noventa e cinco mil cento e seis reais e cinqüenta e sete centavos), bem como sustentou que o acréscimo formalizado no Termo Aditivo número **2/98** não configurou aumento de salário e, sim, de horas extras trabalhadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal sugeriu o encaminhamento dos autos à Economia e à Secretaria da Informática para se manifestarem se os preços pagos poderiam não ser reputados razoáveis.

Em seu pronunciamento, o técnico de economia concluiu não ter existido prejuízo por ter ocorrido o pagamento de horas extras com a contrapartida das horas trabalhadas, porém, no caso, ficaram caracterizadas irregularidades de regras legais consistentes na ausência de pesquisa de preços, extrapolação do limite de 25% (vinte e cinco por cento) para os Aditamentos e aumento de 28,31% (vinte e oito vírgula trinta e um por cento) nos gastos do contrato, sem o correspondente Aditivo (folhas 235/236).

A Secretaria de Fiscalização e Controle endossou essa conclusão quanto à irregularidade do Termo Aditivo número **2/98** e pela inexistência de prejuízo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, analisando o mérito do questionado assunto, insistiu na tese de inexistência de prejuízo e da caracterização da irregularidade de ordem eminentemente formal. Por tais motivos, opinou pelo acolhimento do ajuste.

Instada novamente a se manifestar agora sobre a legalidade do pagamento de horas extras, reafirmou a Assessoria Técnica Jurídica que os serviços estavam sendo cumpridos a contento, não se vislumbrando justificativa para o acréscimo de horas em exame. Por essa razão, entendeu que referido pagamento carecia de amparo legal, e portanto irregular, posto que não previsto no Contrato original e tampouco no Aditivo em estudo (folhas 243/245).

A Secretaria-Diretoria Geral acompanhou, na íntegra, o entendimento firmado pela Assessoria Técnica Jurídica, por entender também que, se os serviços estavam sendo desempenhados a contento, possibilitando, inclusive, a prorrogação do prazo contratual, não havia necessidade de horas extras, como também, não havia necessidade de prorrogação do prazo contratual pelo tempo que foi.

Finalizou, concluindo pela ilegalidade do Termo de Aditamento número **2/98**, por extrapolação não justificada do valor contratual (folhas 248/250).

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, adoto as conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria-Diretoria Geral quanto à exclusão do primeiro defendente (**JORDI SHIOTA**) da responsabilidade da despesa oriunda do Termo Aditivo sob exame, por reconhecer que o mesmo apenas procedeu à sua formalização por delegação de competência estabelecida pela Portaria número 465/94 pelo próprio Superintendente do Serviço Funerário do Município de São Paulo, que foi quem ordenou a realização da despesa no despacho autorizador inserto às folhas 106 e 107 por ele assinado.

No mérito, com arrimo nas razões e fundamentos expostos pela Secretaria de Fiscalização e Controle, pela Assessoria Técnica Jurídica e pela Secretaria-Diretoria Geral, que adoto como razão de decidir, por entender também que se os serviços estavam sendo realizados a contento, em tese, não demandaria nenhuma modificação na forma de sua execução, sendo necessário apenas promover a extensão contratual, prorrogando o inicialmente avençado entre as partes contratantes, e não na forma encontrada pelo então Superintendente da Autarquia, que aumentou as horas extras de assessoramento para que o processo fosse agilizado, hipótese essa desprovida de amparo legal.

Ademais, o pagamento de horas extras, quaisquer que fosse não estava previsto no contrato original e tampouco no Aditivo em análise.

Em conseqüência, **JULGO IRREGULAR** o Termo de Aditamento número **2/98**, pela inobservância dos preceitos legais citados, razão pela qual **APLICO** ao Ordenador da Despesa a **MULTA** de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80.

Determino, ainda, que seja oficiada à Origem, remetendo-lhe cópia do presente julgado, para a tomada das medidas administrativas que se fizerem necessárias,

inclusive para o efeito de apurar, mediante procedimento administrativo próprio, a possível prática de conduta irregular dos demais agentes públicos que se envolveram no curso da contratação sob exame.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de julho de 2004.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Em que pese não tenha havido pesquisa de mercado previamente à prorrogação do prazo de vigência contratual, a Origem demonstrou oportunamente a compatibilidade dos preços, o que afastou eventual constatação de prejuízo ao Erário pelos órgãos técnicos.

Além disso, o acréscimo do valor contratual observado foi decorrente do aumento de horas de assessoramento trabalhadas, frente às necessidades da Autarquia, não configurando aumento de salário dos técnicos.

Por sua vez, não podemos deixar ainda de considerar o fato de que o contrato foi firmado por valor estimado, na forma de empreitada por preço unitário, sem fixar tarefas ou produtos finais com definição de horas trabalhadas por equipe, sempre a depender, por conseqüência, de medição mensal.

Logo, diante das considerações acima elencadas, acrescidas do fato de que este E. Plenário julgou regulares o contrato original bem como o 1º Termo Aditivo, que consolidou a natureza de seu objeto como serviços continuados de valor estimado, e não como contrato por escopo, acompanho o voto do nobre Conselheiro Revisor pela regularidade do TA nº 02/98

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 22 de setembro de 2004.

MAURICIO FARIA
Conselheiro

VOTO DE DESEMPATE

Empatado o julgamento do TA nº 2/98, avoquei os autos pra proferir voto decisivo do julgado.

O instrumento em apreço, encartado às fls. 84/85 prorrogou o prazo do Contrato 3/97 do Serviço Funerário e acresceu ao seu valor estimativo a importância de R$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais).

Embasando-se em manifestações da Secretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Técnica Jurídica e de SDG, o Nobre Conselheiro Relator, Edson Simões, julgou-o irregular, aplicando multa ao Ordenador da Despesa, à época.

Entendeu, o I. Conselheiro, que a forma encontrada pela autarquia, aumentando por horas extras a prestação dos serviços técnicos, não possuía base legal, posto que, se os trabalhos estavam sendo realizados a contento, não demandaria nenhuma modificação na forma de sua execução.

O pagamento de horas extras, argumentou, "não estava previsto no contrato original e tampouco no aditivo em análise."

Fez determinação à Origem para que apure a "possível prática de conduta irregular dos demais agentes públicos que se envolveram no curso da contratação sob exame."

Acompanhou-o o Nobre Conselheiro Roberto Braguim.

Em contrapartida, o TA foi reputado regular pelos Srs. Conselheiros Eurípedes Sales - Revisor e Maurício Faria, este último com declaração de voto, tendo sua conclusão derivado dos seguintes fatos:

a) a Origem demonstrara a compatibilidade dos preços, afastando-se nos autos a constatação de eventuais prejuízos ao erário;]
b) o acréscimo do valor contratual não configurara elevação dos salários dos técnicos, sendo, ao contrário, decorrente do aumento de horas trabalhadas para atender às necessidades da autarquia;
c) o contrato fora firmado com valor estimativo, na espécie de empreitada por preço unitário, sem a fixação de tarefas ou produtos finais, bem como sem definição de horas trabalhadas por equipe.

Acresceu, às suas considerações, a circunstância de que o Tribunal acolheu o ajuste original, consolidando a natureza de seu objeto de prestação de serviços continuados e de valor estimativo.

É o resumo dos votos dos Srs. Conselheiros.

Desempato o julgamento votando com a corrente dos Conselheiros Eurípedes Sales e Maurício Faria, pelo acolhimento do instrumento sob exame.

Embaso meu ponto de vista nos seguintes argumentos que reputo consistentes, constantes no voto do Eminente Conselheiro Maurício Faria, nas manifestações da Procuradoria da Fazenda e na defesa do então Superintendente do Serviço Funerário:

- os preços praticados estavam dentro dos parâmetros do mercado;
- não ocorreu prejuízo ao erário;
- os valores foram elevados e pagos em função do aumento de horas trabalhadas;
- as horas extras se constituíram em meio legítimo para atendimento dos interesses da autarquia;
- o ajustado se fez no âmbito da Administração do Município, por entes que a integram;

- as partes poderiam, ao abrigo da lei, promover nova contratação, tendo por objeto o escopo original e os aumentos ocorridos na sua execução;
- a realização do trabalho por horas extras se inseriu na esfera de competência discricionária da Administração, não havendo como, sem prova consistente, não aceitá-las, posto ser legal o regime de horas extras.

Finalmente, não se pode afirmar que a autarquia não tenha efetuado a tão propalada pesquisa prévia de mercado, uma vez que consta dos autos cópia da manifestação da Assessoria de Informática do Serviço Funerário (fl. 98), anterior à lavratura do instrumento aditivo, dando conta de que efetivara investigação junto a empresas do ramo e em publicações de jornais e revistas.

Sua falha residiu no fato de não ter feito constar do processo administrativo da autarquia um detalhamento de seu trabalho, como fez, posteriormente, ao responder o ofício deste Tribunal (fls. 117/119).

Estas as razões do meu voto pelo acolhimento do TA 2/98.

São Paulo, 06 de outubro de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

A C O R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 2.165ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate, ocasião em que votou o Conselheiro MAURÍCIO FARIA. Na 2.157ª S.O. votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator e, na 2.163ª S.O., votaram os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA, apresentado em separado, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em acolher o Termo de Aditamento 2/98.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, nos termos do relatório e voto apresentados, e ROBERTO BRAGUIM, que julgaram irregular o mencionado termo aditivo, aplicaram multa ao ordenador da despesa e exararam determinação à Origem.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de outubro de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

EURÍPEDES SALES
Conselheiro Revisor, portador do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte