ACO-UTR-267/2023

Processo - TC/004834/2002

Recorrentes - Procuradoria da Fazenda Municipal, Francisco Armando Noschang Christovam, Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A., São Paulo Transporte S.A. e Washington Luiz Elias Correa

Objeto - Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 23/05/2012 – São Paulo Transporte S.A. e Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A. – Concorrência 07/1995 – Contrato 1996/014 (TA 01/1996) – Execução de serviços de restauração de pavimento de vias urbanas arteriais do Corredor de Ônibus Inajar de Souza, compreendendo intervenções profundas com reconstrução de pavimento, fresagem e execução de revestimento em Cimento Asfáltico com Polímero – CBUQ, bem como a execução de obra urbana de drenagem e/ou microdrenagem, execução de paradas de ônibus, incluindo a execução do pavimento rígido de concreto, gradil e abrigo, sinalização horizontal e vertical, desvios de tráfego, remanejamento de interferências e comunicação visual, parte integrante do programa de Corredores e Terminais de Integração para a Cidade de São Paulo. 44ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS. Serviços de restauração de pavimento de vias urbanas arteriais. Corredor de Ônibus. Decisão que julgou irregular termo aditivo por extravio do projeto básico, serviços extracontratuais injustificados e extrapolação do limite legal. 1. A ausência de intimação da empresa contratada ofende a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, caracterizando vício suficiente para anular o processo. 2. Prejudicada a análise dos demais recursos. Precedentes TCs 2.436/2002 e 2.434/2002. CONHECIDOS. DECLARADA A NULIDADE DO ACÓRDÃO. Votação unânime.

## A C Ó R D Ã O – ANULADO 1º JULGADO[1]

Vistos e relatados 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, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em respeito aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, e, tendo em vista a ausência de

[1] Anulado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC 4.834.2002. Relator Conselheiro Corregedor João Antonio, Pleno. 44ª SONP, 21.06.2023.

intimação da empresa contratada, em declarar a **nulidade** do Acórdão de fls. 311/312 dos autos, procedendo ao seu arquivamento por prejudicialidade de seu prosseguimento.

**ACORDAM**, à unanimidade, no mérito, em declarar prejudicada a análise dos demais recursos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor "ad hoc" e ROBERTO BRAGUIM.

São Paulo, 21 de junho de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente JOÃO
ANTONIO – Relator

/mfl

# TC n. 4.834/02

**Interessado:** São Paulo Transportes S/A – SPTrans e Carioca Christiani Nielsen Engenharia S/A

**Responsáveis:** Francisco Armando Noschang Christovam, Washington Luiz Elias Correa, Antônio Emiliano Cunha e Wilson Carmignani.

**Objeto:** Execução dos serviços de restauração de pavimento de vias urbanas arteriais ou corredores de ônibus compreendendo intervenções profundas com reconstrução de pavimento, fresagem e execução de revestimento em CBUQ (cimento asfáltico com polímero); execução de obra urbana de drenagem/ou microdrenagem; execução de paradas de ônibus, incluindo a execução de pavimento rígido (de concreto), gradil e abrigos; sinalização horizontal, vertical, desvios de tráfego, remanejamento de interferências e comunicação visual.

EMENTA

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. SPTrans S/A. 1. Extravio do projeto básico. Serviços extracontratuais injustificados. 2. Extrapolação do limite legal. Art. 65, Lei 8.666/93. 3. Ausência de justificativas para a alteração contratual promovida além do limite legal. CONHECIDOS. NEGADOS PROVIMENTOS.

Trata o TC nº 72.004.834/02-57 de recursos interpostos contra a R. Decisão de fls.311/312, que, por unanimidade, julgou regulares a Concorrência 007/95 e o Contrato 96/014, que tiveram por objeto a execução dos serviços de restauração de pavimento de vias urbanas arteriais ou corredores de ônibus compreendendo intervenções profundas com reconstrução de pavimento, fresagem e execução de revestimento em CBUQ (cimento asfáltico com polímero); execução de obra urbana de drenagem/ou microdrenagem; execução de paradas de ônibus, incluindo a execução de pavimento rígido (de concreto),

gradil e abrigos; sinalização horizontal, vertical, desvios de tráfego, remanejamento de interferências e comunicação visual.

Também por unanimidade, julgou irregular o Termo Aditivo n° 01 (96/A-425), uma vez que a alteração contratual de 46,15% ocasionada pela inclusão de serviços extracontratuais, não restou tecnicamente justificada, desrespeitando o limite legal imposto pelo art. 65 da Lei Federal 8.666/93 e, por maioria dos votos, deixou de acolher os efeitos financeiros por ele produzidos, em razão da gravidade da irregularidade verificada, bem como pelo extravio do projeto básico.

Por fim, determinou a multa no valor de R$ 512,28 aos signatários do Aditivo, identificados às fls. 57 e 66 dos presentes autos, bem como o encaminhamento de ofício do presente Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, a São Paulo Transporte S/A, à Carioca Christiani Nielsen Engenharia S/A e ao Deputado que formulou a Denúncia encartada nos autos do TC 3.307.97-87.

Na sequência, foram, então, juntados os recursos de fls.362/368; 370/383; 385/424; 425/434 e 440/453, da Procuradoria da Fazenda Municipal, do Sr. Francisco Armando Noschang Christovam, da Carioca Christiani-Nielsen Engenharia, da São Paulo Transportes S/A e do Sr. Washington Luiz Elias Correa, respectivamente, requerendo a PFM o pedido de reexame da matéria na ausência de dano ao erário ou o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços.

O Sr. Francisco informou que as alterações no projeto básico que ensejaram a assinatura do Termo Aditivo foram requeridas pela Administração Pública com fulcro no art. 58, I, da LF 8.666/9 e com relação ao acréscimo superior a 25% do valor inicialmente

contratado, informou, o recorrente, que a limitação imposta pelo § 1° do inciso I do art. 65 da Lei de Licitações se aplica somente à alínea “b”, não se tratando, portanto, da alínea “a”, a qual se aplica no presente caso. Segundo seu entendimento o acréscimo foi suficientemente justificado.

A empresa Carioca Christini-Nielsen Engenharia S/A, alegou a inconstitucionalidade do V. Acórdão, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a mesma não foi intimada. Alegou, também, a ocorrência de decadência e prescrição decenal da pretensão punitiva, uma vez que entre a data da assinatura do ajuste e a data do Acórdão proferido decorreram quinze anos e nove meses. No tocante às irregularidades do Aditivo, destacou, também, a ausência de limitação aos aditamentos firmados com fulcro no art. 65, I, “a” da Lei Federal 8.666/93.

A SPTrans alegou a prescrição decenal da pretensão punitiva em face da expiração do prazo estampado no art. 205 do Código Civil, ressaltando, também, ser incontroversa a necessidade da execução dos serviços contemplados no Aditivo 01, os quais foram reconhecidos pelos Técnicos deste Tribunal. Destacou, ainda, que a empresa contratada recebeu o preço ajustado e que tais serviços foram realizados e pagos há mais de quinze anos.

O recurso formulado pelo Sr. Washington Luiz Elias Correa, é idêntico ao apresentado pelo Sr. Francisco Armando Noschang Christovam.

Após a análise das justificativas apresentadas, a douta Assessoria Jurídica conheceu dos recursos interpostos, vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade. (fls.487/493)

Quanto ao mérito, opinou pelo acolhimento da preliminar arguida, uma vez que não lhe foi propiciado o oferecimento do seu contraditório no momento processual oportuno.

No entanto, no que tange à alegada nulidade, discordou o Sr. Subchefe daquela Especializada, por entender que referida intimação decorreu do disposto no art. 195 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas, no Capítulo da Execução das Decisões sobre Atos, Contratos e Despesas em geral, ressaltando, por fim, que ainda que se sustente a ofensa ao devido processo legal em sua forma, no caso sub examine faz incidir a máxima de que não há nulidade onde não há prejuízo. No mais, a contratada repisa em seu recurso alegações que foram suficientemente debatidas na instrução processual.

Por fim, sugeriu àquela Especializada, uma avaliação da Equipe de Fiscalização no que tange ao seu aspecto técnico, registrando, também, a ausência de intimação de um dos responsáveis apenados com multa no V. Acórdão, o Sr. Antônio Emiliano Cunha, conforme se verifica à fl. 58 dos autos.

Em ato contínuo, o Nobre Conselheiro Relator determinou, então, o encaminhamento de ofício aos interessados (fl. 477), bem como encaminhamento dos presentes autos à SFC para análise e manifestação das defesas apontadas e a avaliação dos aspectos técnicos sugeridos pela AJCE.

Em Resposta, SFC manifestou-se às fls. 483/485, entendendo que os argumentos apresentados não tiveram o condão de alterar o posicionamento anteriormente esposado acerca das questões de cunho técnico. Não houve qualquer manifestação por parte dos interessados.

Na sequência, em manifestação de fls. 487/493, a AJCE concluiu, então, pelo conhecimento dos recursos apresentados, bem como pela manutenção do V. Acórdão recorrido no tocante à irregularidade do Aditivo n° 01, vez que não foram afastadas as irregularidades verificadas.

Com relação ao reconhecimento dos efeitos financeiros, opinou pela reforma parcial do V. Acórdão unicamente para afastar a não aceitação dos mesmos, tendo em vista estudo realizado por aquela Especializada (TID 13848303), o qual foi posterior à R Decisão prolatada.

A PFM, por sua vez, propugnou pelo conhecimento e provimento dos presentes recursos, a fim de que o Aditivo em questão seja acolhido, tornando-se insubsistentes as multas aplicadas aos agentes responsáveis, ou, ao menos, a aceitação dos efeitos financeiros, haja vista a inexistência da comprovação de um prejuízo concreto ao erário.

A Secretaria Geral opinou pelo conhecimento e improvimento dos presentes recursos, a fim de que se mantenha, na íntegra, a R. Decisão recorrida.

**É o relatório**

## VOTO

Em julgamento os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pelo Senhor Francisco Armando Noschang Christovam, da Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S/A, pela São Paulo Transporte S/A e pelo Senhor

Washington Luiz Elias Correa, respectivamente, contra o Venerando Acórdão de fls.311/312, que, por unanimidade, julgou regulares a Concorrência 007/95 e o Contrato 96/014 e irregular o Termo Aditivo n° 01/1996, com aplicação de multa aos signatários do Aditivo.

Preliminarmente ao ingresso no mérito, passo a analisar as alegações de cerceamento de defesa e prescrição suscitadas por parte das Recorrentes.

A empresa Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S/A alegou a inconstitucionalidade do V. Acórdão, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a mesma não foi intimada na fase instrutória, mas apenas após a prolatação do Acórdão de fls. 311/312. Alegou, também, a ocorrência de decadência e prescrição decenal da pretensão punitiva, uma vez que entre a data da assinatura do ajuste e a data do Acórdão proferido decorreram quinze anos e nove meses.

Conforme já me posicionei por ocasião do meu Voto proferido nos autos do TC n. 002436/2002, o art. 116, § 3º, do Regimento Interno desta Corte assegura a intimação dos "terceiros que tiverem participado do ato ou contrato questionado ou puderem ter sua esfera subjetiva de direitos afetada pela futura decisão do feito".

Embora a inovação regimental tenha se dado com a aprovação da Resolução nº 04, de 10/12/2003, posterior, portanto ao fato, a regra já existia na Constituição Federal, consagrando o princípio do contraditório e da ampla defesa, em seu art. 5º, LV, a saber:

> *"LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"*

No referido Voto daquele TC, destaquei a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, de que a falta do cumprimento de exigência legal configura "*típica hipótese de nulidade processual absoluta*", ou seja, fica caracterizado vício suficiente para anular todo o processo por ofensa à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

No mesmo Voto, colacionei o posicionamento do E. STF, no julgamento do MS n. 23.550, acerca da obrigatoriedade dos Tribunais de Contas em observar os postulados do devido processo legal e da ampla defesa, antes da decisão a ser alcançada, nos seguintes termos:

> "*A oportunidade de defesa assegurada ao interessado **há de ser prévia à decisão**, **não lhe suprindo a falta a admissibilidade de recurso**, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão*". (STF. MS n. 23.550)

Por todo o exposto, tendo em vista a ausência de intimação da empresa contratada, ainda na fase instrutória de análise do contrato, e tendo por base o meu Voto proferido na análise recursal do TC n. 2436/2002, e, ainda, o que restou decidido por este Pleno no julgamento do TC 2.434/2002, em respeito aos

princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, entendo que esta Corte deve declarar a **NULIDADE do Acórdão de fls. 456/457,** procedendo o arquivamento dos autos por prejudicialidade do seu prosseguimento, em cumprimento à decisão alcançada pelo Plenário no TC 2.434/2002, anteriormente referido.

Por força do aqui decidido, dou por prejudicada a análise dos demais recursos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

**João Antonio**
**Conselheiro Relator**



Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 29/06/2023 15:47:03 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**TC 4.834.2002**

**1º Julgado - 2.615ª Sessão Ordinária**

**ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SPTRANS. Serviços de restauração de pavimento de vias urbanas arteriais ou corredores de ônibus. Reconstrução de pavimento, fresagem e execução de revestimento, drenagem e/ou microdrenagem. Paradas de ônibus, incluindo a execução do pavimento rígido de concreto, gradil e abrigos. Sinalização, remanejamento de interferências e comunicação visual. Extravio do projeto básico. Serviços extracontratuais injustificados. Extrapolação do limite legal. Art. 65, Lei 8.666/93. REGULARES. TA IRREGULAR. MULTA. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.**

**Legislação citada**: Art. 65, § 1º, Lei 8.666/93, arts 202, 205, e 2.028 CC.

**TC citado**: 3.307.97-87

**A C Ó R D Ã O**[1]

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regulares o procedimento licitatório na modalidade Concorrência 007/95 e o Contrato 96/014.

**ACORDAM**, ainda, à unanimidade, em julgar irregular o Termo Aditivo 001/1996, uma vez que a alteração contratual de 46,15% (quarenta e seis inteiros e quinze centésimos por cento) ocasionada pela inclusão de serviços extracontratuais, não restou tecnicamente justificada, desrespeitando, portanto, o limite legal imposto no artigo 65 da Lei Federal 8.666/1993.

[1] Anulado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC 4.834.2002. Relator Conselheiro Corregedor João Antonio, Pleno. 44ª SONP, 21.06.2023.

**ACORDAM**, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, em deixar de acolher os efeitos financeiros do Termo Aditivo 001/1996, em razão da gravidade da irregularidade verificada, bem como pelo extravio do projeto básico.

Vencida a Conselheira YARA TACCONI, que aceitou os efeitos financeiros do termo aditivo, considerando o tempo decorrido e a falta de comprovação nos autos de prejuízo causado ao erário, visto que o direito não admite para tanto mera presunção, mas sim exige prova da materialidade e quantificação do prejuízo.

**ACORDAM**, ainda, à unanimidade, em aplicar ao Ordenador da Despesa e Signatários do termo aditivo, identificados às fls. 57 e 66 dos autos, a multa de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar a expedição de ofícios acompanhados de cópias reprográficas do presente Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta às solicitações constantes dos autos, bem como à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans, à Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A. e ao Deputado Federal Vicente Cândido (que formulou a denúncia encartada no processo TC 72.003.307.97-87, da qual originou-se o presente), para ciência.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e YARA TACCONI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de maio de 2012.

MAURÍCIO FARIA - Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES – Relator.

**RELATÓRIO**

O presente originou-se de documentos desentranhados

do TC 3.307/97-87[2], que tinha por escopo a apuração de irregularidades na pintura feita nos corredores de ônibus Nove de Julho e Vila Nova Cachoeirinha, em atendimento à denúncia formulada pelo então Vereador Vicente Cândido.

Tendo em vista o envolvimento de dois contratos distintos na denúncia (Ajustes nºs 10 e 14 de 1996, celebrados pela São Paulo Transporte S.A.), desmembrou-se o objeto em outros dois processos.

O primeiro é o TC 4.833/02-94[3] que cuidou do exame da Concorrência nº 06/95, do Contrato nº 10/96 e dos seus Termos Aditivos nº 1 e 2, de 1996, e 3/97 firmados entre a São Paulo Transporte e a empresa Camargo Campos S.A. Engenharia e Comércio, para a execução de serviços de pavimentação de vias urbanas arteriais no Corredor de Ônibus Santo Amaro/Nove de Julho. Todos os instrumentos foram julgados irregulares pelo Plenário desta Corte[4] em 14/10/2009, decisão esta confirmada, em sede de recurso, no Acórdão[5] prolatado em 16/04/2012.

O segundo é o presente TC, que trata da análise da Concorrência 07/95[6], do Contrato 14/96[7] e do seu 1º Termo Aditivo, ajustados entre a São Paulo Transporte S.A. e a empresa Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A., tendo por objeto[8] o detalhamento do projeto e a execução de obras referentes à implantação da interligação viária do Corredor Inajar de Souza e a restauração e manutenção do Corredor de ônibus Vila Nova Cachoeirinha, parte integrante do "Programa de Corredores e Terminais de Integração para a Cidade de São Paulo", no valor de R$ 11.309.284,86 (onze milhões, trezentos e nove mil, duzentos e oitenta e quatro reais e oitenta e seis centavos).[9]

---

[2] TC 3.307/97-87

[3] TC 4.833/02-94

[4] Relator original: Edson Simões. Irregularidades: infringência ao artigo 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93, ante a elaboração do projeto básico sem a devida acuidade e apresentando-o com falhas graves, assim como realizou acréscimo no valor contratual, com um índice de aumento que caracterizou infringência ao disposto no § 2º do artigo 81 da Lei Municipal 10.544/88 e ao artigo 65, §2º, da Lei Federal 8.666/93.

[5] Relator do Recurso: Eurípedes Sales. Acompanhado por Roberto Braguim. Votos divergentes Mauricio Faria e Yara Tacconi. Desempate proferido por Edson Simões.

[6] Responsável pela Licitação, Signatário do Edital, Ordenador da Despesa da Licitação: Francisco A. N. Christovam – Presidente da SPTrans em 18/12/95, folha 104 e Presidente da Comissão de Licitação: Jorge Kengo Fukuda, folha 42.

[7] Ordenador da Despesa do Contrato (Autoridade Homologadora da Licitação): Francisco A. N. Christovam – Presidente da SPTrans em 22/01/96, folha 41.
Signatários do Contrato: Francisco A. N. Christovam, Wilson Carmignani, Washington Luiz Elias Corrêa – folha 56.

[8] "**o** detalhamento de projeto e implantação do Corredor de Ônibus Inajar de Souza e a restauração e manutenção do Corredor de ônibus Vila Nova Cachoeirinha."

[9] **Valor equivalente a R$ 29.494.276,95 (vinte e nove milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil, duzentos e setenta e seis reais e noventa e cinco centavos, se atualizado para maio/2012 pelo IPCA- índice nacional de preços ao consumidor amplo).**

O Termo Aditivo[10] teve por finalidade a prorrogação do prazo original e o acréscimo de quantidades de serviços extraordinários de 46,15% (quarenta e seis inteiros e quinze centésimos por cento), resultando no acréscimo de R$ 5.219.179,11(cinco milhões, duzentos e dezenove mil, cento e setenta e nove reais e onze centavos) no valor original do contrato.[11]

A Concorrência[12], o Contrato e o Termo de Aditamento foram analisados, primeiramente, nos autos do TC 3.307/97-87[13] e considerados regulares pela então Divisão Técnica V, deste Tribunal.[14]

**Após o encaminhamento de Ofício pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em 27/05/2002,[15] solicitando "*informes sobre decisões dessa Corte a respeito dos contratos e dos respectivos aditivos contratuais, cujos reajustes foram superiores a 25%*", deu-se novo prosseguimento às análises.**

**Com efeito, em nova apreciação – ainda realizada no âmbito do TC 3.307/97-87 – a Divisão Técnica V[16] reviu seu posicionamento, passando a concluir[17] pela irregularidade do Termo Aditivo nº 1, por entender que não foi justificado tecnicamente o acréscimo superior a 25% (vinte e cinco por cento), contrariando os limites legais previstos no § 1º[18] do artigo 65 da Lei Federal 8.666/93.**

---

[10] Signatários do Termo Aditivo nº 1 ao Contrato: Francisco A. N. Christovam, Wilson Carmignani, Washington Luiz Elias Corrêa – folha 57.

[11] **Valor equivalente a R$ 13.280.341,23 (treze milhões, duzentos e oitenta mil, trezentos e quarenta e um reais e vinte e três centavos, se atualizado para maio/2012, pelo IPCA.)**

[12] Concorrência publicada em 15.12.95 (folha 06), o Contrato nº 96/014 (fl. 43 - 56), datado de 31.01.96, e o seu Termo de Aditamento nº 01 (fl. 57 - 58), lavrado em 02.08.96, já tiveram sua análise formal, legal e contábilorçamentária, realizada em 14.07.97, conforme planilhas constantes às fls. 80 - 82, 83 e 84, respectivamente. Essas planilhas apontavam pela **regularidade** dos três instrumentos.

[13] Na sequência da instrução do TC nº 3.307/97-87, sucessivos acórdãos foram lavrados: em 21.01.98, determinando o refazimento dos serviços e o ressarcimento de prejuízos; em 14.04.99 – reiterando a decisão anterior, dada a sua não execução; e em 09.08.00 – análise e provimento parcial aos recursos (cópias desses acórdãos às fls. 88, 89 e 90 - 91).

Até então, todos os decisórios se referiam especificamente ao objeto da denúncia do Nobre Edil, ou seja, sobre a inexecução da pintura das faixas de ônibus nos corredores.

Passada toda essa tramitação, tendo em vista o encaminhamento do Ofício nº 2721/2002, em 27.05.02 (fl. 92), por meio do qual o Ministério Público do Estado de São Paulo.

[14] conforme se pode verificar das cópias juntadas às folhas 80/87, destes autos.

[15] Ofício nº 2721/2002, enviado em 27.05.02 (fl. 92)

[16] Parecer exarado em 24.07.02, (cópias às folhas 122/ 123 deste processo)

[17] "*Em que pese as análises de fls 169 e 175, referentes aos Termos Aditivos nº 96/A-405 e TA nº 96/A-**425**, respectivamente, adstritos a nossa área de competência, concluímos pela IRREGULARIDADE dos referidos Termos, tendo em vista que os acréscimos ocorridos são superiores a 25%, contrariando os limites legais previstos no § 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8666/93.*" (os elementos que negritamos correspondem, respectivamente, à planilha à fl. 84 e ao TA às fls 57 - 58)

[18] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões

No âmbito deste TC, a Área de Engenharia igualmente alcançou conclusão no sentido da irregularidade do aludido Termo Aditivo nº 1, registrando que as alterações por ele incluídas referiam-se ao seguinte:

a.) restauração do pavimento flexível, na faixa de tráfego geral, adjacente à faixa exclusiva de ônibus – denominada "Recuperação do Pavimento do Sistema Viário Adjacente", sendo essa alteração correspondente à complementação de recursos no valor de R$ 1.718.975,79 (um milhão, setecentos e dezoito mil, novecentos e setenta e cinco reais e setenta e nove centavos);

b.) alteração das características do concreto (com tempo de "cura" aos 28 dias para concreto com tempo de "cura" aos 3 dias), responsável pela complementação de recursos no valor de R$ 958.800,00 (novecentos e cinquenta e oito mil e oitocentos reais); e

c.) inclusão de serviços não previstos originalmente, tais como demolições de pavimentos, remoção de guias, escavações e incremento de dispositivos de segurança (cones, tapumes, faixas etc.), que representaram complementação de recursos no valor de R$ 618.254,75 (seiscentos e dezoito mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e setenta e cinco centavos).

A Engenharia consignou que, de fato, as condições do pavimento nas faixas adjacentes mostravam que a situação geral da estrutura era crítica, sendo, portanto, necessária a recuperação do Sistema. Contudo, registrou que tais condições já se encontravam presentes em data anterior à abertura da concorrência.

Desta forma, asseverou que, não tendo o projeto básico incluído os serviços de restauração do pavimento quando de sua elaboração, oportunidade em que já eram previstos, deixou de atender a definição de "Projeto Básico" estabelecida nos artigos 1º e 3º, da Resolução nº 361/91 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia e no inciso IX (nono) do artigo 6º da Lei Federal 8.666/93.

Diante disso, a Área de Engenharia concluiu pela irregularidade do Aditamento, ante a falta de justificativa aos acréscimos contratuais, na medida em que originários de projeto básico deficiente[19] (folhas 138/142).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou a

---

que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

[19] artigo 6º, inciso IX, da Lei Federal 8.666/93

conclusão da Engenharia no sentido da irregularidade do Termo Aditivo, por não ter sido demonstrado, no caso concreto, a justificativa técnica para os acréscimos contratuais (folhas 145/147 em 2002).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou a conclusão da então Divisão Técnica V, no sentido da regularidade da Concorrência e do Contrato e da irregularidade do Termo Aditivo nº 1, pelas mesmas razões levantadas pela Engenharia[20] (folhas 148/150 em 18/06/2003).

Intimado, o Ordenador da Despesa e Signatário do Termo Aditivo (Wilson Carmignani)[21] requereu fosse, primeiramente, convocada a Origem.

**Oficiada, a SPTrans, (representada pelo seu então Diretor Presidente – Gerson Luis Bittencourt) sustentou a legitimidade do Aditamento[21], arguindo que a restauração do pavimento flexível, incluindo guias e sarjetas, na faixa de tráfego geral contígua à faixa exclusiva de ônibus, propiciou significativa melhora no desempenho geral do corredor, aumentando a segurança e o conforto ao usuário, além de ter sido aproveitada a oportunidade de ser executada através da empresa já mobilizada e contratada para os serviços da faixa exclusiva, em nada alterando o objeto original do contrato.**

**Alegou que a alteração do concreto (antes previsto para o pavimento rígido que especificava a resistência à compressão aos 28 dias) para resistência à tração na compressão aos 3 dias, foi feita em atendimento às solicitações da Companhia de Engenharia de Tráfego, a fim de viabilizar a liberação das pistas de rolamento em menor prazo, minimizando significativamente os congestionamentos e transtornos causados ao tráfego em função das obras.**

**Ponderou que o Projeto Básico não previu originalmente tais intervenções em razão de a legislação não exigir esse alto nível de especificação e que as alterações decorreram do detalhamento do projeto executivo.**

---

[20] Engenharia: "acréscimo contratual não justificado, sendo que originou-se de um projeto básico falho e foi elaborado sem que se atendessem a legislação aplicável, em especial a Lei Federal número 8.666/93 em seu artigo 6º, inciso IX."

[21] OBS: Signatários do Termo Aditivo nº 1 ao Contrato: Francisco A. N. Christovam, Wilson Carmignani (então Diretor de Gestão Institucional da São Paulo Transporte, à época), Washington Luiz Elias Corrêa – folha 57. [21]

***Resposta da Origem:***

"o Projeto Básico, "*...pela sua própria característica, não exige esse nível de detalhamento*" e, portanto, "*...atendeu plenamente aos objetivos e determinações legais, uma vez que incorporou todos os elementos e intervenções prioritárias e necessárias ao pleno entendimento e caracterização dos objetivos pretendidos, considerando e definindo de forma inequívoca os parâmetros de desempenho e características físicas pretendidas para o corredor.*", fl. 179.

**Declarou, ainda, ser permitido à Administração alterar unilateralmente o contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público, de acordo com o inciso I[22] do artigo 58 da Lei Federal 8.666/93.**

**Informou, ao final, que o projeto básico havia sido extraviado quando da mudança física das áreas da Empresa responsáveis pela elaboração de projetos e obras[23] (folhas 178/183 em 19/11/2003).**

Em novos exames, as áreas técnicas de Engenharia e Jurídica deste Tribunal, reiteraram suas conclusões no sentido da irregularidade do Termo Aditivo (fls. 186/188 e fls. 193/197 em 23/11/2004).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a manifestação dos órgãos técnicos deste Tribunal sobre a concorrência e o contrato, bem como nova intimação do Responsável (folhas 199/200).

Instada a se pronunciar sobre a Concorrência e o Contrato, a Coordenadoria V consignou que *"diante da não localização do projeto básico tornou-se impossível a realização de nova análise específica dos referidos instrumentos."*[24]

**Atentou para *"o tempo decorrido desde a formalização dos referidos instrumentos, em função do qual, toda e qualquer intervenção, eventualmente decorrente do resultado da análise aqui procedida, seria absolutamente ineficaz, tendo em vista a plena consumação do objeto, durante a qual, os vícios por ventura detectáveis pela análise já teriam sido contornados ou, quiçá, sanados, tornando seu apontamento extemporâneo e inócuo. Assim, não bastasse o lapso temporal retro referido,***

---

[22] Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - Modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[23] Gerente Geral de Licitações e Contratos da SPTrans, em manifestação de folhas 169/188, afirma que "*relativamente às informações solicitadas inerentes ao Projeto Básico, informamos que, apesar das buscas realizadas nos acervos da SPTrans, bem como contatos mantidos com as empresas que desenvolveram projetos de implantação de corredores e terminais de ônibus, **não obtivemos êxito**. Levantamos a hipótese do mesmo ter se **extraviado** por ocasião das mudanças físicas, ocorridas nesse ínterim, das áreas responsáveis pelo projeto e obras."*

[24] informação prestada pela Gerente da São Paulo Transporte.
SFC manifestação: "*para que se proceda à análise de engenharia sobre a concorrência e o contrato, no âmbito desta Coordenadoria, faz-se imprescindível a plena disponibilidade dos elementos de projeto, pois, somente com base nos mesmos é que se pode emitir opinião quanto a: descrição do objeto, exigências para qualificação técnica, critérios objetivos para julgamento das propostas, adequabilidade da planilha de quantidades e da composição de preços, razoabilidade do orçamento etc. É imediato que todos os elementos de análise de engenharia elencados estão intrinsecamente correlacionados com o projeto da obra.*"

***temos a impossibilidade efetiva do procedimento solicitado, haja vista, segundo informação da própria Origem, o extravio dos elementos de projeto, cuja consulta nos seria imprescindível."***

Finalizou ressaltando que *"a ausência do projeto básico não prejudica as análises precedentes quanto à irregularidade do Termo de Aditamento nº 01"* (folhas 203/204v em 23/05/2005).

Novamente Intimado, o Signatário do Termo Aditivo (Wilson Carmignani) apresentou defesa[25], afirmando, em síntese, que *"não cabe, nesta sede, examinar a questão da possível insuficiência do projeto básico para imputar irregularidade a um termo de aditamento. O nexo de causalidade não é imediato, sendo iníqua a alegação de possíveis falhas eventualmente detectadas numa "ancestralidade remota" para imputar a irregularidade ao descendente. A sede correta para que se levantasse a tese da "incorreção do projeto básico" como causa determinante de uma possível incorreção contratual seria no momento em que foi feita a análise da contratação do próprio projeto básico ou, até mesmo, do contrato original e/ou da licitação que lhe deu origem*."

Assinalou que a Divisão Técnica V desta Corte atestou, à época, a regularidade da Concorrência, do Contrato e do Termo Aditivo, pois, "*encontravam-se de acordo com as exigências legais*" e que *"agora, possivelmente, essas questões já se encontravam preclusas."*

Arguiu, ainda, que o inciso I, alínea "a", do artigo 65 da Lei Federal 8.666/93, possibilita alterações acima do limite de 25% (vinte e cinco por cento) para o atendimento do interesse público, nas situações em que, no decurso do contrato, seja impossível ou não aconselhável a execução contratual, nos exatos termos constantes do projeto original e que a modificação ou adequação superveniente do projeto básico não representa a existência de falha no mesmo.

Asseverou, ao final, que as outras alternativas existentes (paralisar a obra, realizá-la sem as alterações, ou, realizar nova contratação para os serviços objeto do aditamento) seriam prejudiciais ao interesse público, citando, para embasar tal afirmação, o entendimento de Marçal Justen Filho (folhas 216/222 em 01/08/2005).

Em novo exame, a Coordenadoria V[26] reiterou o entendimento[27] de que *"as alterações no projeto básico, alegadas como necessárias*

[25] às folhas 216/227. Outras alegações: teceu considerações de ordem técnica para justificar as alterações realizadas, assegurando que os atos praticados estavam de acordo com a legislação e que os serviços ajustados foram efetivamente prestados, remanescendo a responsabilidade da Administração pela respectiva remuneração, sob pena de ocorrer enriquecimento ilícito por parte do Poder Público.

[26] *Manifestação completa da C-V:(...) Resumindo, evidencia-se que a lavratura do Termo de Aditamento nº 96/A425 teve como* ***justificativa*** *a* ***alegação*** *de falhas na elaboração do* ***projeto básico*** *que teria embasado a*

*Concorrência nº 07/95 e o subsequente Contrato nº 96/014. Nesse sentido, a colocação do defendente "...de uma* ***causa remotíssima*** *que teria sido a ensejadora da necessidade da complementação contratual.", fl. 218. Essa relação remota* ***não pode ser confirmada*** *por esta Coordenadoria, haja vista o* ***extravio*** *(pela própria SPTrans, fl.*
*183) de informações inerentes ao* ***projeto básico****.*
*Por fim, cabe repassar o exposto por esta Coordenadoria à fl. 204vº:*

> ***"... há de se alertar para o tempo decorrido desde a formalização dos referidos instrumentos, em função do qual, toda e qualquer intervenção, eventualmente decorrente do resultado da análise aqui procedida, seria absolutamente ineficaz, tendo em vista a plena consumação do objeto, durante a qual, os vícios por ventura detectáveis pela análise já teriam sido contornados ou, quiçá, sanados, tornando seu apontamento extemporâneo e inócuo."***
>
> ***Ou seja, as alegadas falhas no projeto, que, se confirmadas, deveriam ter sido corrigidas quando da execução do contrato de*** *elaboração do projeto****, ou revistas quando da presente licitação e contratação, foram contornadas,*** *no presente caso****, durante a execução da obra por meio do acréscimo de*** *46,15%* ***ajustado pelo referido TA.***

*pela SPTrans – sobremaneira no que concerne à inclusão da restauração (não prevista) do pavimento flexível na faixa adjacente ao corredor de ônibus e a alteração das características do concreto (redução da cura de 28 para 3 dias) –, eram perfeitamente previsíveis e consideráveis quando da elaboração do projeto. A possível ocorrência de desgaste natural, tendo em vista o lapso temporal decorrido desde a elaboração do projeto, conforme anteriormente argumentado à fl. 160, também seria passível, ao menos, de uma estimativa. Entende-se, pois, que as alegadas necessidades técnicas não teriam ocorrido por motivo ou conhecimento superveniente, sendo previsíveis quando da elaboração do projeto."*

Consignou, ainda, que, *"claro está que, se plenamente caracterizada, a má qualidade do projeto básico enseja providências no sentido de se apurar a 'ancestralidade remota', uma vez que, no presente caso, tal fato representou um acréscimo superior a 46% (quarenta e seis por cento) sobre o valor contratual. Independentemente do fato de não haver possibilidade de reversão no contrato em análise (findo em agosto de 1996), a prática de se licitar e contratar obras com base em projetos mal elaborados merece recomendações, uma vez que, como no presente caso, as quantidades e serviços paulatinamente aditados nos contratos celebrados nessas condições não são submetidos à concorrência pública de preços, desvirtuando o objeto licitado"* (folhas 231/233).

Após a apreciação dos novos elementos trazidos aos autos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, ressaltou[28] que *"no caso vertente, há discordância técnica com relação aos acréscimos produzidos ao contrato original, uma vez que os agentes técnicos entendem que a natureza do serviço acrescido comportaria sua previsão no projeto básico e, não, como alteração contratual. Portanto a falha residiria no projeto básico, que, sendo precário e insatisfatório, ensejou a alteração contratual."*

*Decorre dessas argumentações, cuja comprovação restou prejudicada, a necessidade de que tais aspectos sejam objeto de melhor zelo quando da intenção de se contratar* ***novas obras e projetos****.*

*Com efeito, no caso em tela, tendo em vista o caminho processual percorrido pelos presentes autos, referidas constatações só vieram à evidência em situação absolutamente extemporânea e inócua frente a uma eventual medida corretiva ou preventiva. Mesmo as análises formais iniciais (fls. 80-84) datam de 14.07.1997, ou seja,* ***quase um ano após o término da obra****, considerada já sua prorrogação (prevista para 31.08.1996, fls.57 e 84). Vale repetir de outra forma: a obra, objeto do instrumento em análise nos presentes autos, encontra-se conclusa* ***há quase dez anos****. [27] de fls. 186-188.*

[28] AJCE: atentou, primeiramente, para o disposto no parágrafo 2º, do artigo 81, da Lei 10.544/88[28] que assim dispõe: *"O Contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos de quantidades e os serviços extraordinários, ditados por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do concreto, em percentuais superiores aos previstos no §1º, devidamente justificados, mantido o objeto do contrato."* (em seu entendimento, vigente à época da lavratura do contrato (31.01.96).

*Este Tribunal já entendeu possível as alterações contratuais além dos limites legais, desde que observados os pressupostos legais disciplinadores da espécie, dentre eles, a impossibilidade de modificações do objeto contratual e a justificativa técnica para as alterações. Dentre esses pressupostos, encontra-se a superveniência de fatos imprevisíveis ou a ocorrência justificada de equivocados dimensionamentos quantitativos da obra ou serviço a ser realizado, a inviabilidade de nova contratação ou o prejuízo de demora decorrente de nova licitação, sem descurar dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade a presidirem a atividade administrativa."*

Advertiu, todavia, que *"a prova material para a confirmação, ou não, dessa assertiva, não pode ser produzida, eis que o projeto básico se encontra extraviado. Assim, parece-nos restar prejudicada a análise quanto a esse ponto*."

De outro lado, elucidou que *"não se pode negar que os serviços eram necessários; foram realizados há mais de dez anos; o aditamento produziu seus devidos efeitos; o contratado recebeu o preço ajustado; e não se tem presente a má-fé ou a lesão ao erário, indicando, tais elementos, a impertinência de aplicação de sanções punitivas ao ordenador da despesa."*

Por meio de extenso parecer acenou para a prescritibilidade da ação punitiva do Estado, incluindo-se a dos órgãos de controle externo,[29]consolidada, de acordo com o artigo 205[30] do Código Civil de 2002, em dez anos da data da lavratura do Termo de Aditamento, firmado em 02/08/96.[31]

Concluiu opinando pela regularidade da Concorrência e do Contrato e, quanto ao Termo Aditivo, propôs o acolhimento dos efeitos produzidos, *"em razão de ter sido firmado há mais de dez anos; tendo sido o serviço entregue; não ter sido comprovada nenhuma lesão ao erário, tampouco a má-fé do contratante e do contratado; e haja vista a impossibilidade de resgatar o projeto básico, elemento indispensável para a apuração de eventual prejuízo ao erário,*

[29]A Constituição da República, no artigo 37, § 5°, determina a fixação, através de lei ordinária, de prazos de prescrição para ilícitos penais praticados por qualquer agente público, ressalvando-se, todavia, as respectivas ações de ressarcimento.

Assinalou que o artigo 37, § 5°, da Constituição Federal, trata exclusivamente da prescrição da pretensão punitiva, salvaguardando as ações de ressarcimento (essas imprescritíveis) de danos decorrentes de improbidade administrativa.

Registrou que diante da falta de legislação específica, a aplicação aos débitos contra o Erário Municipal, que constituem matéria de competência do Tribunal de Contas, aplicam-se às regras da prescrição estabelecidas no

Código Civil, em consonância com o entendimento assentado no Tribunal de Contas da União. (estudo levado a efeito pelo Ministro Adhemar Paladini Ghisi nos autos dos TCs 224.002/94-5 e 624.005/94-1 (acórdãos n°s 08/97 e 11/98, ambos da 2° Câmara, respectivamente).

E cumprindo o comando constitucional, sobreveio a Lei n° 8.429/92 que, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional. Estabelece, em seu artigo 23, inciso I, a prescritibilidade quinquenal, contada a partir do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

[30] Nos termos do artigo 177 do antigo Código Civil, sob cuja égide foi o contrato lavrado, o prazo prescricional era de 20 anos.

Contudo, a nova regra estabelecida no artigo 205, do novo Codex, passou a dez anos. Lembrando o comando contido no artigo 2028, que estabelece regra específica para a contagem desse prazo para as situações ocorridas na vigência da antiga lei.

Segundo o mencionado dispositivo, "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada." Entrando em vigor o Código Civil em 2003, e tendo sido o aditamento firmado em 02.08.96, não havia transcorrido o tempo aludido no referido dispositivo, razão pela qual o prazo a ser aplicável e o do artigo 205, ou seja, dez anos da data da sua lavratura, constatando-se, assim, consumada a prescrição para aplicação de penalidades.

[31] (o parecer foi juntado aos autos em 01/11/06).

*salvaguardando, dessa forma, os princípios da segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas produzidas"* (folhas 235/247 em 06/11/2006).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento da Concorrência, do Contrato e do Termo de Aditamento ou, sucessivamente, pela aceitação dos efeitos financeiros deste último, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e patrimonial (folhas 249/260 em 12/03/2007).

A Secretaria Geral[32] asseverou, primeiramente, não ter ocorrido a prescrição punitiva do Estado, entendendo que esta exige a inércia do "titular do direito" e a inexistência de desejo da "modificação do atual estado das coisas", situações estas não verificadas no presente.

Quanto ao mérito, acompanhou os Órgãos Técnicos e opinou pela regularidade da Concorrência e do Contrato e pela irregularidade do Termo de Aditamento nº 01, sugerindo o não acolhimento dos seus efeitos financeiros, por entender que as irregularidades apontadas pelos órgãos técnicos são graves e implicam prejuízo ao erário (folhas 262/280 em 10/10/2008 e folhas 297/299 em 29/08/2011).

Em novo parecer, a Assessoria Jurídica de Controle Externo[33] entendeu que, apesar de ser aplicado o prazo decenal, nos moldes do

[32] SG: "*No mérito, opino pela irregularidade do Termo de Aditamento nº 01, ao Contrato nº 96/014, em razão do extravio do projeto básico que contaminou, em meu entendimento, a execução da obra e o Termo de Aditamento ora analisado.*

*Deixo de acolher os efeitos financeiros pois as irregularidades apontadas pelos órgãos técnicos e por mim ratificadas são gravíssimas e implicam prejuízo ao Erário. Em razão das irregularidades, sugiro a expedição de recomendação para que a Origem tome providências, a fim de determinar a apuração das responsabilidades dos agentes envolvidos e a respectiva devolução aos cofres públicos dos danos sofridos ao Erário."* (folhas 262/277)

*(folhas 297/299) Assim sendo, com base nos esclarecimentos ofertados pela área técnica, entendo que eventuais pendências foram elucidadas dentro do cenário apresentado, tornando inviável um exame aprofundado do certame e da contratação, pelas razões expostas.*
*Portanto, considerando o tempo decorrido e as informações constantes do relatório da Auditoria às fls. 80/84, acompanho o entendimento dos órgãos técnicos desta Corte, pela regularidade da Concorrência nº 007/95 e do Contrato nº 96/014. Outrossim, reitero minha manifestação de fls. 262/276 no sentido de irregularidade ao Termo de Adiantamento nº 01.*

[33] *Compartilhamos do entendimento que as ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa são imprescritíveis, e que o prazo prescricional de cinco anos é apenas para as sanções previstas na Lei nº 8429/92 (fls. 277).*
*No entanto o que se discute no parecer precedente às fls. 242/245 é a consumação da prescrição para eventual aplicação de sanções punitivas ao ordenador da despesa, haja vista ter decorrido mais de dez anos, sem que tenha comprovado lesão ao erário, a má-fé, e tendo em conta a impossibilidade de resgatar o projeto básico, elemento indispensável para apuração de eventual prejuízo ao erário.*
*É cediço que as normas sobre o tema prescrição são silentes, ressalvados o dever de ressarcir o erário que, por força da Constituição Federal, é imprescritível, e por ausência de norma especifica que regule a matéria, faremos uso da analogia.*
*Atualmente a jurisprudência do TCU, em face do novo Código Civil, entende que o prazo prescricional seria decenal, conforme Acórdãos nº 864/2003, 904/2003 e 1.361/200 - 2º Câmara, e nº 1.516/2003 - 1º Câmara.*

disposto no artigo 205 do Código Civil de 2002, o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado havia sido interrompido quando da intimação do Ordenador da Despesa[34], nos termos do artigo 202 do mesmo Diploma Legal.

Assim, a chamada prescrição intercorrente da pretensão punitiva do Estado apenas estaria consumada em julho de 2013.

Ao ensejo, reiterou juízo pela regularidade da Concorrência e do Contrato e pela irregularidade do Termo Aditivo, propondo, entretanto, a aceitação dos seus efeitos financeiros, nos seguintes termos:

*"cumpre ressaltar que não obstante a constatação de irregularidade do Termo de Aditamento nº 01, ao Contrato nº 14/96, verifica-se que o ajuste foi firmado há mais de dez anos, sendo que até a presente data não restou comprovada qualquer lesão ao erário ou má-fé na contratação, ficando a critério do Nobre Conselheiro Relator acolher os efeitos produzidos pelo ajuste"* (folhas 282/295 em 08/03/2010).

É o relatório.

**VOTO**

Primeiramente, importante consignar que prevalece o posicionamento no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva do

*Permitimo-nos discordar quanto a constatação da consumação da prescrição para aplicação de penalidades, com base na prescrição do artigo 205 do referido diploma, senão vejamos:*

*Antes de adentrarmos na questão precípua, cumpre ressaltar que no parecer questionado, foi considerado para fins de contagem do prazo prescricional o período entre a data que o aditamento foi firmado 02/08/96 e a data do parecer 01/11/2006.*

*Como regra o prazo prescricional do Código Civil está sujeito a interrupções, nos casos previstos nos incisos do artigo 202 e diante da interrupção, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que a contagem do prazo prescricional interrompido "recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper*."

E considerando que o inciso I do artigo 2º dispõe que: *"a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:* ***I*** *- por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual".*

Conclui-se que proposta a ação no prazo e na forma da lei processual em comento, o despacho que ordenar a citação interromperá a prescrição, e iniciará nova contagem, ou seja, mesmo que a citação ocorra fora do prazo a prescrição não se consumará, pois a mesma retroage a data da propositura da ação.

A doutrina denomina o caso acima como prescrição intercorrente, que é a prescrição que se consuma pela superveniência do curso do lapso temporal, após a interrupção ou suspensão do processo, e como regra, a contagem do prazo prescricional se reinicia. Logo, devemos levar em consideração no caso em tela para contagem do prazo prescricional algumas datas, como, data da autuação do processo pelo TCM (13/11/2002 – fls. 03) e a data da intimação do interessado (15/07/2003 – fls. 153). Assim, tendo em vista que o aditamento foi firmado em 02.08.96, a autuação do processo e primeira intimação ocorreram respectivamente 07 e 08 anos após, dentro do prazo decenal aludido no artigo 205 do novo Código Civil, verifica-se que a prescrição não se consumou. Neste sentido, entendemos não estar constatada a consumação da prescrição para aplicação de penalidades ao ordenador das despesas, tendo como base a aplicação da prescrição do Código Civil. [34] Ocorrida 15/07/2003 – fls. 153.

Estado, de prazo decenal, ainda não se consumou, de acordo com as regras estatuídas nos artigos 202[35], 205[36] e 2.028[37] do Código Civil de 2002 para os contratos firmados na vigência do Código de 1916.

Quanto ao mérito, o relato pormenorizado da instrução, permite dispensar maiores considerações sobre os instrumentos ora apreciados.

Os posicionamentos são unânimes pela regularidade da Concorrência e do Contrato e pela irregularidade do Termo Aditivo nº 1, ante a inexistência das justificativas técnicas indispensáveis[38] para os acréscimos de

[35] Seção III, Das Causas que Interrompem a Prescrição:
**Art. 202**. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

[36] **Art. 205**. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

[37] **Art. 2.028**. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

[38] *TCU: "Além disso, A mencionada Decisão, proferida quando da apreciação do TC-930.039/98-0, que tratava de consulta formulada pelo Ministério do Meio Ambiente, assim dispôs:*

*a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;*

*b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os*

*princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:*

*I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;*

*II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;*

*III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;*

*IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;*

*V - ser necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;*

*VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea 'a', supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.*

*Como se vê, a Decisão nº 215/99 - Plenário não trouxe nenhum entendimento novo acerca da sujeição dos contratos aos limites estabelecidos para alterações, constantes dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.*

*A possibilidade de ultrapassar esses limites foi admitida em condições, como o próprio texto diz, excepcionalíssimas, desde que satisfeitos cumulativamente os pressupostos ali definidos, não presentes, a propósito, no caso em exame.*

*Com efeito, não restou demonstrado, por exemplo, que os aditivos foram necessários à completa execução do objeto original do contrato. A uma, porque a obra ainda não foi concluída. A duas, porque o objeto original foi substancialmente alterado, como se pode depreender dos elementos constantes dos autos."*

46,15% (quarenta e seis inteiros e quinze centésimos por cento) ao valor contratual, decorrente da inclusão de serviços extracontratuais que poderiam ter sido contemplados no projeto básico original, visto que previsíveis à época de sua elaboração.

Não restou dúvida acerca da irregularidade do Termo de Aditamento, em razão de não ter sido comprovada a existência de necessidade de ordem técnica imprescindível à concretização do objeto, devidamente justificada, para embasar e legitimar as alterações contratuais por ele realizadas, que, por tais razões, não poderiam ultrapassar os limites legais (de 25%) previstos no § 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93.

Impende destacar, por oportuno, que, no caso em tela, a apontada falha na elaboração do projeto básico, apenas atinge a legalidade do Termo de Aditamento (como defendido pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal) porque o objeto original do contrato foi realizado nos exatos termos, valores e prazo pactuados. Com efeito, a apontada inadequação do projeto básico atinge, no caso, tão somente as alterações realizadas por meio do Termo Aditivo, as quais ficam, portanto, sem justificativa técnica e guarida legal.

Diante de todo o exposto, com amparo nas manifestações da Área de Engenharia, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos endosso e adoto como razões de decidir,

passando a integrar o presente, JULGO REGULARES a CONCORRÊNCIA nº 07/95 e o CONTRATO nº 14/96.

Com fundamento nos mesmos pareceres JULGO IRREGULAR o TERMO ADITIVO Nº 1, uma vez que a alteração contratual de 46,15% (quarenta e seis inteiros e quinze centésimos por cento) ocasionada pela inclusão de serviços extracontratuais, não restou tecnicamente justificada, desrespeitando, portanto, o limite legal imposto no artigo 65 da Lei Federal 8.666/93.

Ficou demonstrado que não foram observados os pressupostos legais disciplinadores da espécie, dentre eles, a superveniência de fatos imprevisíveis ou a ocorrência justificada de equivocados dimensionamentos quantitativos da obra ou serviço a ser realizado, ao contrário: evidenciou-se que a natureza dos serviços acrescidos comportaria a sua previsão no projeto básico e, não, como alteração contratual. Portanto, a falha residiu no projeto básico, que, sendo precário e insatisfatório, ensejou a alteração contratual.

Deixo de acolher os efeitos financeiros do Termo Aditivo nº 1, em razão da gravidade da irregularidade verificada, bem como em razão do extravio do projeto básico, prejudicando a conferência das alegações a ele atinentes pelos Órgãos Técnicos desta Corte, consoante bem salientado pela Secretaria Geral.

APLICO ao Ordenador da Despesa e Signatários do Termo Aditivo nº 1[25], identificados às folhas 57 e 66 dos autos, a MULTA de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), nos termos do inciso II do artigo 52[26] da Lei Municipal 9.167/80.

Determino a expedição de Ofícios, acompanhados de cópias reprográficas da decisão a ser alcançada pelo Plenário desta Corte, ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta às solicitações constantes dos autos, assim como à São Paulo Transporte S.A., à Contratada e ao deputado federal Vicente Cândido (que formulou a denúncia encartada no TC 3.307/97-87 da qual originou-se o presente), para ciência.

---

[25] Signatários do Termo Aditivo nº 1 ao Contrato: Francisco A. N. Christovam, Wilson Carmignani, Washington Luiz Elias Corrêa – folha 57. Ordenador da Despesa do Termo Aditivo: Wilson Carmignani, folha 66

[26] **Art. 52** - As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções: I - Advertência. II - Multa.