**EM TRAMITAÇÃO**

**TC nº 72-005.717.04-90**

**2º Julgado**

**RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que rejeitou os termos aditivos e aplicou multa. Aquisição de kits escolares. SME. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.**

**Legislação citada: Art. 14, h, Lei Mun. 9.167/80. Arts. 26, IX, 'a' RITCMSP.**

**2.772ª Sessão Ordinária**

**1º Julgado**

**ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SME. Aquisição de kits escolares. TAs lavrados extemporaneamente. Acessoriedade. Contrato REGULAR. Votação unânime. TAs REJEITADOS. MULTA. Votação por maioria.**

**2.329ª Sessão Ordinária**

**2º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, após determinação de Sua Excelência, na 2.771ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, tendo o Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator votado na 2.741ª S.O.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

**ACORDAM**, ademais, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em negar-lhes provimento, mantendo-se, na íntegra, o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, nos termos de sua declaração de voto apresentada, e MAURÍCIO FARIA, que deram provimento AOS apelos especificamente para julgar regulares os Termos de Aditamento 07 e 08/04 e afastar a multa aplicada à Ordenadora da Despesa, mantendo-se, no mais, o V. Acórdão, por seus próprios e jurídicos fundamentos, determinando, ainda, que, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

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

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

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

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto

EDSON SIMÕES
Relator

**RELATÓRIO**

Cuida-se, nesta oportunidade, da análise dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Maria Aparecida Perez, na qualidade de Ordenadora da despesa, em face do v. acórdão, que, por maioria de votos, julgou irregular os Termos de Aditamentos números 07/04/SME/CONAE e 08/04/SME/CONAE, em razão de o primeiro, ter sido lavrado quando o Contrato não estava mais em vigor, e o segundo por sucedê-lo, sendo, portanto, nulos os instrumentos lavrados de forma extemporânea, aplicando, ainda, à ordenadora da despesa a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, II, da Lei Municipal número 9.167/80.

Requerem os Recorrentes a reforma do v. acórdão, para considerar os termos aditivos regulares, bem como seja tornada insubsistente a multa aplicada, aduzindo que o atraso entre o término do prazo contratual e a lavratura do primeiro Aditamento implica apenas 5 (cinco) dias; que nos demais aspectos não haveria qualquer óbice legal; demais disso, que o ato não ostentou qualquer dano ao patrimônio público e muito menos configurou a prática de qualquer ilícito penal, civil ou administrativo.

Submetida a matéria à apreciação de Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta opinou pelo conhecimento e pelo não provimento de ambos os Recursos, aduzindo que: "*A referida irregularidade, como consta na manifestação precedente desta Assessoria Jurídica de Controle externo, em sede da instrução de primeiro grau, não constitui vício meramente formal, mas, sim, irregularidade grave, nos moldes do E. Tribunal de Contas da União transcrito às fls. 111. Ademais, os recursos não trouxeram elementos que tenham o condão de afastar o voto de desempate. A questão foi bem enfrentada no referido voto pelo N. Conselheiro Antônio Carlos Caruso, no sentido de que o contrato nº 16/04 extinguiu-se de pleno direito, pelo decurso do prazo estabelecido na clausula V, item 5.1, sendo pois, nulos os instrumentos lavrados extemporaneamente., fls. 132.*", bem como não foram trazidos elementos novos que pudessem alterar a decisão atacada (fls. 166/169).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo conhecimento e provimento de ambos os recursos para ter reformado o v. Acórdão, julgando, ao final, regulares os instrumentos analisados, ou, caso, mantida a decisão, que sejam aceitos os efeitos financeiros por eles produzidos.

Por sua vez, a Secretaria Geral, perfilhando do entendimento manifestado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido do conhecimento de ambos os apelos, bem como, quanto ao mérito no sentido de que os argumentos trazidos pelos recorrentes não tiveram o condão de afastar as infringências descritas no v. acórdão atacado, limitando-se apenas, a apresentar os mesmos argumentos anteriormente pontuados, os quais já foram apreciados pelo v. acórdão recorrido.

É o relatório.

## VOTO

A Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu que: *"A referida irregularidade, como consta na manifestação precedente desta Assessoria Jurídica de Controle externo, em sede da*

*instrução de primeiro grau, não constitui vício meramente formal, mas, sim, irregularidade grave, nos moldes do Acórdão do Tribunal de Contas da União transcrito às fls. 111...",* e *que "o contrato nº 16/04 extinguiu-se de pleno direito, pelo decurso do prazo estabelecido na clausula V, item 5.1, sendo pois, nulos os instrumentos lavrados extemporaneamente"*(fls. 166/169).

A Secretaria Geral, por sua vez, ponderou que: *"No tocante ao mérito, "data maxima venia", entendo que os recursos não trouxeram aos autos fatos novos, capazes de modificar o v. acórdão recorrido, limitando-se, apenas, a apresentar os mesmos argumentos anteriormente esposados, os quais já foram combatidos pelo v. acórdão proferido"* (fls.173/174).

Diante do exposto, conheço dos recursos interpostos, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade e, quanto ao mérito, acompanhado as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, nego-lhes provimento mantendo-se, na íntegra, o acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos. **(2.741ª S.O.)**

**Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio**:

O TC 5.717.04.90 trata de recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e por Maria Aparecida Perez contra o Venerando Acórdão (fls. 123/126, 131/134), que rejeitou os Termos de Aditamento 07 e 08/2004-SME/CONAE, em razão de ter sido, o primeiro, lavrado 5 dias após a extinção do contrato e, o segundo, por tê-lo sucedido, reconhecendo-os nulos, determinando ainda, por maioria, a aplicação da multa de R$ 393,00 (Trezentos e noventa e cinco reais) pela irregularidade apontada à ordenadora de despesa, com fundamento no inciso II, artigo 52, da Lei Municipal 9.167/80.

A questão fulcral suscitada nos autos diz respeito à lavratura de Termo de Aditamento após o término da vigência contratual. Para tanto, reporto-me ao voto divergente proferido pelo Nobre Conselheiro Maurício Faria, ao assinalar que o contrato sub examine é contrato por escopo, que se difere daquele estipulado por prazo.

Cumpre destacar o entendimento alcançado sobre a matéria pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo a favor da regularidade de aditivo depois do transcurso do prazo. "TC 002593/003/08 – Com relação ao termo aditivo assinado depois do transcurso do prazo contratual, tenho entendido que nos contratos de duração por prazo determinado, que se extinguem pelo singelo decurso do tempo convencionado,

a eventual prorrogação de vigência só pode ter evidentemente lugar em momento anterior ao respectivo término.

Porém, nos denominados contratos de escopo, como o dos autos, cuja duração depende, não do singelo decurso do tempo que se convencione, mas da cabal conclusão de uma obra, da integral ultimação de um serviço ou da completa efetivação de um fornecimento, o prazo é estipulado apenas para a caracterização da eventual mora da contratada no cumprimento dos deveres a seu cargo.

Em consequência, julgo regulares os termos de aditamento celebrados em 30-04-09, 10-06-09, 30-11-09 e 29- 03-10, recomendando ao Município que observe, com rigor, o disposto no artigo 7º, inciso II, das Instruções 2/08." (Cláudio Ferraz de Alvarenga, em 20 de dezembro de 2010).

Desta feita, ainda que o prazo de vigência fixado deva ser observado, tanto nos "contratos por prazo quanto naqueles que só se extinguem pela conclusão do objeto, entendo que estes últimos podem receber tratamento mais flexível, já que o vencimento do prazo não é causa de extinção do negócio jurídico, de modo que eventual celebração de termo de aditamento, ainda que a destempo, não resulta, necessariamente, em sua anulação".

Por todo o exposto, CONHEÇO dos recursos interpostos, vez que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, DOU-LHES PROVIMENTO especificamente para julgar REGULARES os Termos de Aditamento 07 e 08/04 e afastar a multa aplicada à Ordenadora da Despesa, por não vislumbrar dolo, culpa ou má-fé nos atos praticados, mantendo-se, no mais, a Respeitável Decisão, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Após as comunicações de praxe, ARQUIVEM-SE os autos. **(2.771ª S.O.)**

**Voto de desempate apresentado pelo Vice-Presidente Roberto Braguim, no exercício da Presidência**:

Na sessão ordinária 2.771, de 15.10.2014, complementar à precedente sessão 2.741, de 08.05.2014, verificou-se empate no julgamento dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela ex-Secretária Municipal de Educação, Maria Aparecida Perez contra o v. Acórdão de 20.06.2007, que, à unanimidade, decidiu considerar regular o Contrato 16/04-SME/CONAE, objetivando a aquisição de kits escolares, e, por maioria, rejeitou os Termos Aditivos 07/04 e 08/04-SME/CONAE, por extemporaneidade na sua lavratura e apenou aquela Autoridade com a aplicação da multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), em consonância com o disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/1980.

De um lado, os nobres Conselheiros Edson Simões, na condição de Relator, e Domingos Dissei, votaram pelo improvimento dos recursos, e, consequentemente, pela manutenção do v. Acórdão guerreado, em sintonia com os pareceres exarados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, ao passo que os doutos Conselheiros João Antonio, na qualidade de Revisor, e Maurício Faria, deram provimento aos apelos, julgando regulares os Termos Aditivos, com base no entendimento de que os contratos por escopo independem do tempo de sua duração, tendo em vista a natureza de seu objeto, cabendo a mim, em decorrência, desempatar o conflito, no exercício da Presidência.

E o faço, alinhando-me a corrente encabeçada pelo ilustre Conselheiro Relator Edson Simões, que, "data vênia", entendo mais coerente com a disciplina normativa da Lei Federal 8.666/1993 e posteriores alterações, cujo artigo 54 dita as diretrizes gerais dos ajustes administrativos, enquanto o artigo 55 seguinte elenca suas cláusulas necessárias e o artigo 57 a duração dos contratos por ela regidos. O contrato por escopo, que sustenta a tese oposta, seria aquele que não estaria limitado ao tempo de sua duração, mas à consumação de seu objeto.

Entretanto, "permissa venia", não há na legislação do Direito Público qualquer referência ao contrato rotulado por escopo, uma vez que seu tempo de vigência constitui cláusula necessária em todo e qualquer contrato administrativo, observando-se que o artigo 57, inciso II, da precitada Lei Federal limita seu prazo em cinco anos, admitindo uma prorrogação de até doze meses, mediante despacho justificado da autoridade competente (§ 4º), bem assim o disposto no § 3º, vedando a vigência indeterminada. Assim, ressalvadas as exceções legais expressas, que admitem a extrapolação dos prazos de duração, mormente em grandes obras e serviços que não podem ser interrompidos ou apresentar solução de continuidade, entendo, na minha singela visão da problemática, que, no caso presente, de aquisição de kits escolares, sequer se pode cogitar de exceção à regra geral.

## PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

O Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas decidiu conhecer, à unanimidade, os recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela ex-Secretária Municipal de Educação, Maria Aparecida Perez, ante o atendimento dos requisitos de admissibilidade, e, por maioria, negar-lhes provimento, na conformidade das razões aduzidas no voto da Relatoria, complementadas no voto desempate proferido por este Conselheiro, no exercício da Presidência. No julgamento ficaram vencidos os nobres Conselheiros João Antonio e Maurício Faria, que davam provimento aos apelos.

**1º Julgado**

# ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.327ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate.

Naquela sessão, votaram os Conselheiros Edson Simões e Eurípedes Sales, tendo os Conselheiros Maurício Faria – Relator e Roberto Braguim – Revisor votado na 2.326ª S.O.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular o Contrato 16/04-SME/CONAE.

**ACORDAM**, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor e Edson Simões, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, 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 rejeitar os Termos de Aditamento 07/04-SME/CONAE e 08/04-SME/CONAE, em razão de ter sido, o primeiro, lavrado quando o ajuste não estava mais em vigor, e, o segundo, por sucedê-lo, sendo, portanto, nulos os instrumentos lavrados extemporaneamente.

**ACORDAM,** ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar à ex-Secretária Municipal de Educação, responsável pela irregularidade apontada, a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

Vencidos os Conselheiros Maurício Faria – Relator, nos termos de seu relatório e voto apresentados, e Eurípedes Sales, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, os quais julgaram regulares os mencionados aditamentos e, considerando a extemporaneidade na lavratura dos mesmos, recomendaram à Secretaria Municipal de Educação que adotasse maior rigor naquele procedimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de junho de 2007.

Antonio Carlos Caruso
Presidente

Roberto Braguim
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte."

**RELATÓRIO ENGLOBADO**
**(os TCs 3.292.04-02 e 3.291.04-40, acompanhantes do TC 5.717.04-90, foram julgados na 2.327ª S.O.)**

Em julgamento o TC 3.292.04-02, que trata da análise do Pregão 01/SME/04, cujo objeto é a aquisição de kits escolares, Contrato 14/04 e respectivo Termo de Aditamento 05/04, o TC 3.291.04-40, que tem por objeto o exame do contrato 15/04 e do Termo de Aditamento 06/04 e o TC 5.717.04-90, que cuida da análise do Contrato 16/04 e dos Termos de Aditamento 07 e 08/04.

A Auditoria opinou pela regularidade do Pregão do tipo menor preço por item, ressalvada a ausência de publicação em jornal de grande circulação.

Opinou, também, pela regularidade dos instrumentos contratuais e de seus respectivos aditamentos, exceto quanto aos TAs 07 e 08, referentes ao contrato nº 16, dada a extemporaneidade da lavratura dos ajustes e, especificamente quanto ao TA 08, a ausência de publicação do extrato.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela relevação da ausência de publicação do edital em jornal de grande circulação.

Em relação aos TAs 07 e 08 corroborou o entendimento pela irregularidade em razão da lavratura dos ajustes ter ocorrido após o término do prazo de vigência do contrato.

Acrescentou, ainda, que a prorrogação, formalizada através do TA 08, não foi justificada pela Origem.

Devidamente intimadas, a Origem e a ordenadora da despesa apresentaram manifestações alegando, em síntese, que o extrato do

edital foi publicado em jornal de grande circulação e que, ademais, o princípio da publicidade restou atendido, já que 19 empresas participaram do certame.

Em relação aos TAs 07 e 08, especificamente quanto à lavratura extemporânea, alegaram que não houve comprometimento da validade dos ajustes, tendo em vista que o interesse público perseguido foi atendido, com a aquisição e entrega tempestiva dos kits escolares aos alunos da rede pública.

Instados a se manifestar, os órgãos técnicos desta Corte reiteraram o posicionamento anterior.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento de todos os ajustes, alegando que, em relação aos TAs 07 e 08, embora contenham falha de caráter formal, foram aptos a atender o interesse público tutelado e não causaram prejuízo ao Erário, razão pela qual devem ser acolhidos por esta Corte, ou, ao menos, ter os seu efeitos financeiros reconhecidos.

A Secretaria Geral opinou pelo acolhimento da licitação, dos contratos e aditamentos, com relevação da falta de publicação apontada, excetuando unicamente os TAs 07 e 08, por entender que a lavratura, após o término do prazo contratual, não é falha sanável que admita convalidação, opinando, em consequência, pela nulidade dos termos de aditamento.

É o relatório.

## VOTO ENGLOBADO

Uma primeira abordagem que se coloca diz respeito à alegada ausência de publicação do extrato do edital em jornal de grande circulação.

Quanto a essa questão, cumpre destacar que esta Corte já havia relevado esta falha, quando do acompanhamento do procedimento licitatório do Pregão em julgamento, autuado nos autos do TC 1.177.04-01, acolhido, por unanimidade, pelo E. Plenário em 02/03/2005.

A questão que remanesce, portanto, diz respeito às irregularidades apontadas em relação aos TAs 07 e 08, do Contrato nº 16, tendo em vista que as demais ações empreendidas foram tidas por regulares.

A lavratura extemporânea dos termos de aditamento não é falha de natureza formal, como bem assinalado pela Secretaria Geral. Não obstante, há que se ressaltar que o contrato "sub examine" é contrato por escopo, e mesmo considerando que, também nesses casos, as alterações

contratuais devem ocorrer dentro do período de vigência do ajuste, o tema da extinção contratual fica mitigado, podendo-se adotar postura mais flexível do que aquela a ser levada a efeito nos contratos que se extinguem pela expiração do prazo.

Assim, ainda que se deva observar o prazo de vigência fixado, tanto nos contratos por prazo quanto naqueles que só se extinguem pela conclusão do objeto, entendo que estes últimos podem receber tratamento mais flexível, já que o vencimento do prazo não é causa de extinção do negócio jurídico, de modo que eventual celebração de termo de aditamento, ainda que a destempo, não resulta necessariamente em sua anulação. Isto posto, julgo regulares o Pregão 01/SME/04, os Contratos 14, 15 e 16/04 e seus respectivos Termos de Aditamento.

Contudo, considerando a extemporaneidade na lavratura dos Termos de Aditamento 07 e 08/04, recomendo maior rigor da Origem no processamento de Termos de Aditamento (**2.326ª S.O.**).

**VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso**

O presente TC cuida de análise do Contrato nº 16/04-SME/CONAE e dos Termos Aditivos nº 07/04-SME/CONAE, que acresceu a quantidade originalmente contratada, e nº 08/04-SME/CONAE, de prorrogação do prazo contratual.

Os Srs. Conselheiros, à unanimidade, acolheram o instrumento de contrato, ocorrendo empate no julgamento dos dois termos aditivos, eis que teriam sido lavrados após a sua extinção.

Entendeu o Nobre Conselheiro Maurício Faria – Relator que o ajuste sob exame é contrato por escopo, o que levaria o Julgador a uma postura mais flexível, posto que a extinção se daria pela conclusão do objeto e não pelo vencimento do prazo ajustado.

Destarte, a celebração dos termos de aditamento, a destempo, não resultaria, necessariamente, em sua anulação. Acolheu, pois, os aditivos em questão, no que foi acompanhado pelo I. Conselheiro Eurípedes Sales.

Em contrapartida, os Nobres Conselheiros Roberto Braguim – Revisor e Edson Simões rejeitaram os TAs, por terem sidos lavrados quando o ajuste não estava mais em vigor.

Pela irregularidade apontada, aplicaram à ex-Secretária Municipal de Educação a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e

três reais), com fundamento no inciso II do artigo 52 da Lei Municipal nº 9.167/80.

Filio-me à corrente formada pelos Nobres Conselheiros Roberto Braguim e Edson Simões. De fato, extinguiu-se o Contrato nº 16/04-SME/CONAE, de pleno direito, pelo decurso do prazo estabelecido na cláusula V, item 5.1, sendo, pois, nulos os instrumentos lavrados extemporaneamente.

Não se pode, "data venia" do I. Conselheiro Relator, considerar o contrato como de escopo, mormente se levando em conta que o objeto pactuado foi acrescido pelo mencionado TA 07/04-SME/CONAE. Sendo assim, voto pelo não-acolhimento dos TAs em julgamento e pela aplicação de multa à ex-Secretária Municipal de Educação.