TC 5.991/1996

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. SIURB. Obras de construção dos reservatórios Aricanduva III e Caguaçu. 1. Caracterização de contrato verbal. Art. 75, § 1º, Lei Mun. 10.544/88. 2. Extrapolação do limite de 25% para acréscimo contratual em decorrência de situações previsíveis e falhas de projeto básico. Art. 65, § 1º, Lei 8.666/93. Art. 81, § 1º, Lei Mun. 10.544/88. 3. Realização de despesa sem prévio empenho. Art. 60, caput, Lei 4.320/64. 4. Efeito financeiro retroativo. Art. 76, § 2º, Lei Mun. 10.544/88. Acessoriedade. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

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 irregulares os Termos Aditivos 176/1999, 007/2000, 086/2000, 128/2000, 233/2000, 288/2000, 153/2001, 033/2002, 062/2002 e, com base no princípio da acessoriedade os Termos Aditivos 204/2002 e 005/2003, todos relativos ao Contrato 114/SVP/1996.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, tendo em vista a inexistência de comprovação de prejuízo ao erário e o tempo decorrido desde o encerramento do contrato, sendo emitidos os termos de recebimento provisório e definitivo das obras concluídas e executadas pela contratada, em acolher excepcionalmente os efeitos financeiros produzidos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda "ad hoc" CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente de Análise dos Termos Aditivos 176/99, 007/00, 086/00, 128/00, 233/00, 288/00, 153/01, 033/02, 062/02, 204/02 e 005/03 referentes ao Contrato 114/96/SVP, cujo objeto é Execução das obras de construção dos reservatórios Aricanduva III e Caguaçu para controle das cheias do Córrego Aricanduva.

A Equipe de Auditoria analisou os aditamentos as fls. 1851/1887, sem haver uma conclusão, naquele momento, em virtude da necessidade de esclarecimentos complementares por parte da Origem.

Devidamente oficiada, fls. 1892, a Pasta interessada colacionou aos autos novas explicações e documentos, fls. 1893/2202, passando então a Coordenadoria de Fiscalização a analisar os termos de aditamento, cujo resultado está descrito às fls.2211/2236, concluindo que o TA 005/03 pode ser considerado regular e o TA 204/02 regular com ressalvas, porém todos os demais devem ser considerados irregulares pelos seguintes apontamentos:

"TA 171/99:

– Não constam do processo administrativo as manifestações da gerenciadora e da fiscalizadora do contrato quanto à aprovação dos preços extracontratuais.

– Caracterização do contrato verbal, infringindo o § 1º do artigo 76 da Lei Municipal 10.544/88, vigente à época.

– Atribuição de efeitos retroativos, infringindo o disposto no artigo 76, § 2º, da Lei Municipal 10.544/88, vigente à época.

– Inconsistências entre a planta, a tabela resumo do projeto e o quadro anexo ao TA.

– E, remessa extemporânea da documentação ao TCM, infringindo a instrução 01/92 e a resolução 04/96.

TAs 007/00, 086/00, 233/00, 033/00 e 062/02:

– Inexistência de cronograma físico-financeiro específico e atualizado a cada ajuste, assim como quantitativos acerca dos serviços aditados, em afronta ao artigo 7º, § 2º, inciso III, e § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

– Extrapolação do limite de 25% para acréscimo contratual em decorrência de situações previsíveis e falhas de projeto básico, infringindo o artigo 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93 e o artigo 81, § 1º, da Lei Municipal 10.544/88.

– Acolhimento na planilha apresentada para a solicitação de reforço do valor contratual, do valor de R$ 881.755,71 (verba prevista inicialmente no contrato) referente à implantação de áreas verdes, sendo que o valor calculado com base nos preços extracontratuais aprovados por meio do TA 176/99 e nas quantidades detalhadas no projeto enviado pela contratada era de R$ 455.432,81, deixando de gerar, para abril de 1996, uma economia de R$ 426.322,90, ou seja, sem corresponder às previsões reais do projeto, infringindo ao artigo 7º, § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

– Em relação ao Reservatório Aricanduva III, ausência no processo administrativo de projeto ou estima de quantidades para os serviços de implantação de áreas verdes, também em afronta ao artigo 7º, § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

TAs 007/00 e 86/00:

– Constatou-se a realização de despesa sem prévio empenho, em afronta ao artigo 60, caput, da Lei Federal 4.320/64, restando caracterizada, ainda, a ofensa ao artigo 76, § 2º, da Lei Municipal 10.544/88 quanto ao efeito financeiro retroativo.

TA 33/02:

- Foi constatada a realização de despesa sem prévio empenho, em afronta ao artigo 60, caput, da Lei Federal 4.320/64, e ainda a infringência ao artigo 60, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93.

TAs 007/00, 086/00, 033/02 e 062/02:

– Emissão extemporânea das Notas de Empenho, em afronta ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e ao Decreto Municipal 23.639/87.

TA 086/00:

– Não houve publicação do termo em até 20 dias, infringindo o artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal 10.544/88.

TAs 153/01, 033/02 e 062/02:

– Não houve remessa da documentação ao TCM. Os documentos tiveram que ser obtidos por meio de diligência junto à Origem, em afronta à Instrução 01/92 e à Resolução 04/96.

– TAs 128/00, 288/00 e 153/01:

– Acréscimo ao valor contratado em razão da dilação de prazo, decorrente da falta de planejamento e deficiências do projeto básico.

– Inexistência dos documentos fiscais da contatada, CND e Certidão do FGTS, válidos para a data do aditamento e do comprovante de complementação da caução, não demonstrando que a contratada mantinha, à época dos TAs mencionados, as condições de habilitação exigidas para contratação, nos termos do artigo %%, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93.

A Origem para apresentar a sua defesa referente aos apontamentos realizados pela Especializada, respondendo, posteriormente, com a manifestação e documentos de fls. 2244/2269 que foram analisada pela Auditoria, fls. 2273/2281 verificando que as explicações trazidas não foram aptas a alterarem as conclusões anteriormente alcançadas, com exceção da apresentação de complementação de caução, mostrando-se esta válida na data da celebração do Termo de Aditamento.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, fls. 2285/2299, se manifestou pelo não acolhimento dos Termos de Aditamento por constarem irregularidades, excetuando-se os Aditivos 204/02 e 005/03 que, embora regulares, não devem ser, igualmente, acolhidos com base no princípio da acessoriedade, por decorrerem de ajustes considerados irregulares.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, fls. 2303/2325, reiterou manifestação de fls. 1504/1505 e solicitou que fosse dada ciência de todo o processado aos interessados.

Por determinação do Nobre Conselheiro Relator, fls. 2326, foram regularmente intimados, fls. 2328, 2419, 2423 e 2428, os interessados que apresentaram suas justificativas assim: Sr. Emílio Azzi, fls. 2329/2418, Sr. André Monteiro de Fazio, fls. 2431/2443, e Sr. Roberto Luiz Bartolotto, fls. 2445/2451.

A Coordenadoria de Fiscalização emitiu nova manifestação, fls. 2453/2458, e a Assessoria Jurídica novo parecer, fls. 2461/2473, ambos opinando pela irregularidade dos ajustes contratuais.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, fls. 2475/2500, em louvável defesa dos atos praticados pela Origem, pugnou pela regularidade dos Termos de Aditamentos sob análise e, alternativamente, pleiteou o reconhecimento dos efeitos financeiros, haja vista, além da vantajosidade existente nos procedimentos, a ausência de dolo, culpa ou má-fé dos Agentes Públicos responsáveis.

A Secretaria Geral se manifestou nos seguintes Termos:

Dada a oportunidade à Origem e às partes interessadas, as mesmas ofereceram suas defesas que, confrontadas com as manifestações exaradas pelos Órgãos Técnicos, pode-se concluir que não foram proporcionados elementos suficientes para levar ao convencimento de que inexistem infringências ou que, de outra forma, estas possam ser justificadas.

O primeiro apontamento diz respeito à falta de manifestação das empresas gerenciadora e fiscalizadora quando da aprovação dos preços extracontratuais, sendo que as defesas não conseguiram fazer prova contrária ao constatado, nem, também, podem ser aceitas as justificativas de que em algumas ocasiões os serviços eram solicitados com urgência em reuniões.

Esse mesmo esclarecimento não serve para afastar a ocorrência de contratação verbal, o que é proibido por legislação específica, já mencionada acima.

Sobre a falta de cronograma físico-financeiro, não basta a mera alegação constante na defesa que diz que ao final todas as obras foram devidamente entregues conforme contratadas, somente faz com que seja assegurada a lisura dos procedimentos adotados pela Administração, sempre atentando para as exigências legais.

Ora, no presente caso, o próprio excesso de aditamentos permite concluir que a falta de um cronograma adequado ou, ainda, a deficiência de seu fiel cumprimento, levaram a exceder prazos e valores.

A realização de despesa sem prévio empenho está devidamente comprovada pela mera observação da tabela, onde se verifica que os despachos de autorização foram exarados quando o saldo contratual já se apresentava negativo.

Sobre o acréscimo de 25% é certo de que havendo justificativa expressa e fundamentada, anuência prévia da contratada e explicitação do respectivo percentual de alteração, mostra-se juridicamente viável o acréscimo contratual superior ao limite legal.

Entretanto as defesas apresentadas apenas vaga e genericamente explanaram sobre a possibilidade de realizar este aumento, colacionando, inclusive, julgados desta Egrégia Corte de Contas em outros processos, mas a Origem não apresentou, de forma efetiva, razões técnicas e plausíveis da necessidade surgida, a posteriori, para proceder a esta indevida elevação contratual.

Seguem ainda algumas constatações que, pela mera ocorrência, sequer dependem de fundamentação para configurar irregularidades, tais como: Emissão extemporânea das Notas de Empenho; falta de publicação do termo no prazo de 20 dias; não haver a remessa da documentação ao TCM; e, a inexistência dos documentos fiscais da contatada, CND e Certidão do FGTS.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, querendo demonstrar a legalidade dos procedimentos adotados pela Origem, requereu, ao final, no mínimo, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais em virtude da ausência de comprovação de prejuízo ao erário e por não vislumbrar dolo, culpa ou má-fé.

Tendo em vista, ainda, o tempo decorrido e a efetiva conclusão da obra, tenho entendido que, o reconhecimento dos efeitos financeiros, é uma faculdade dos Nobres Conselheiros.

Por todo o exposto, opino, s.m.j., pela irregularidade dos Termos Aditivos 179/99, 007/00, 086/00, 128/00, 233/00, 288/00, 153/01, 033/02, 062/02, 204/02 e 005/03 decorrentes do Contrato 114/96/SVP, cujo objeto é Execução das obras de construção dos reservatórios Aricanduva III e Caguaçu para controle das cheias do Córrego Aricanduva.

É o Relatório.

VOTO

Cuida o presente de Análise dos Termos Aditivos 176/99, 007/00, 086/00, 128/00, 233/00, 288/00, 153/01, 033/02, 062/02, 204/02 e 005/03 referentes ao Contrato 114/96 firmado entre a então Secretaria de Vias Públicas e a Empresa Sul Americana de Montagens S.A (EMSA), tendo por objeto a execução das obras de construção dos reservatórios Aricanduva III e Caguaçu para controle das cheias do Córrego Aricanduva, no valor inicial de R$ 18.920.706,69 (dezoito milhões, novecentos e vinte mil, setecentos e seis reais e sessenta e nove centavos).

O Contrato 114/96 e os Termos Aditivos firmados entre 1996 e 1998 que o seguiram já foram apreciados e julgados regulares pelo Plenário deste Tribunal de Contas. (Acórdão de folhas.)

É importante destacar que a instrução processual se encerrou apenas em 07 de fevereiro de 2014, após emissão do parecer conclusivo da Secretaria Geral, sendo enviado para a Unidade Técnica de Pauta pelo Conselheiro Revisor em 15 de dezembro de 2016.

Depois de analisar as defesas apresentadas pelos Responsáveis e pela Contratada e as justificativas ofertadas pela Origem, a Auditoria reiterou as suas conclusões pela regularidade dos Aditamentos 05/03 e 204/02 e irregularidade de todos os demais Termos Aditivos antes identificados, em razão do seguinte:

"TA 176/99:

1 – Ausência, no processo administrativo das manifestações da gerenciadora e da fiscalizadora do contrato quanto à aprovação dos preços extracontratuais.

2 – Caracterização do contrato verbal, infringindo o § 1º do artigo 76 da Lei Municipal 10.544/88, vigente à época.

3 – Atribuição de efeitos retroativos, infringindo o disposto no artigo 76, § 2º, da Lei Municipal 10.544/88, vigente à época.

4 – Inconsistências entre a planta, a tabela resumo do projeto e o quadro anexo ao TA.

5 – remessa extemporânea da documentação ao TCM, infringindo a instrução 01/92 e a resolução 04/96.

TAs 07, 86, 233 e 33 de 2000 e 62 de 2002:

1 – Inexistência de cronograma físico-financeiro específico e atualizado a cada ajuste, assim como quantitativos acerca dos serviços aditados, em afronta ao artigo 7º, § 2º, inciso III, e § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

2 – Extrapolação do limite de 25% para acréscimo contratual em decorrência de situações previsíveis e falhas de projeto básico, infringindo o artigo 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93 e o artigo 81, § 1º, da Lei Municipal 10.544/88.

3 – Acolhimento na planilha apresentada para a solicitação de reforço do valor contratual, do valor de R$ 881.755,71 (oitocentos e oitenta e um mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e setenta e um centavos) verba prevista inicialmente no contrato – referente à implantação de áreas verdes, sendo que o valor calculado com base nos preços extracontratuais aprovados por meio do TA 176/99 e nas quantidades detalhadas no projeto enviado pela contratada era de R$ 455.432,81 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e dois reais e oitenta e um centavos), deixando de gerar, para abril de 1996, uma economia de R$ 426.322,90 (quatrocentos e vinte e seis mil, trezentos e vinte e dois reais e noventa centavos), ou seja, sem corresponder às previsões reais do projeto, infringindo ao artigo 7º, § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

4 – Em relação ao Reservatório Aricanduva III, ausência no processo administrativo de projeto ou estima de quantidades para os serviços de implantação de áreas verdes, também em afronta ao artigo 7º, § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

TAs 007/00 e 86/00:

1 – Realização de despesa sem prévio empenho, em afronta ao artigo 60, caput, da Lei Federal 4.320/64, restando caracterizada, ainda, a

ofensa ao artigo 76, § 2º, da Lei Municipal 10.544/88 quanto ao efeito financeiro retroativo.

TA 33/02:

1 – Realização de despesa sem prévio empenho, em afronta ao artigo 60, caput, da Lei Federal 4.320/64, e ainda a infringência ao artigo 60, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93.

TAs 007/00, 086/00, 033/02 e 062/02:

1 – Emissão extemporânea das Notas de Empenho, em afronta ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e ao Decreto Municipal 23.639/87.

TA 086/00:

1 – Atraso na publicação, infringindo o artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal 10.544/88.

TAs 153/01, 033/02 e 062/02:

1 – Não houve remessa da documentação ao TCM em afronta à Instrução 01/92 e à Resolução 04/96.

TAs 128/00, 288/00 e 153/01:

1 – Acréscimo ao valor contratado em razão da dilação de prazo, decorrente da falta de planejamento e deficiências do projeto básico.

2 – Inexistência dos documentos fiscais da contatada, CND e Certidão do FGTS, válidos para a data do aditamento e do comprovante de complementação da caução, não demonstrando que a contratada mantinha, à época dos TAs mencionados, as condições de habilitação exigidas para contratação, nos termos do artigo 29, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo se manifestou pelo não acolhimento dos Termos de Aditamento inclusive os termos Aditivos 204/02 e 005/03 que, embora regulares, estariam maculados com base no princípio da acessoriedade, por decorrerem de ajustes considerados irregulares, sendo acompanhada pela Secretaria Geral.

Tanto a Jurídica, quanto a Secretaria Geral propuseram o reconhecimento dos efeitos financeiros dos ajustes, em função da ausência de comprovação de prejuízo ao erário, somado ao tempo decorrido desde o encerramento do contrato.

Face ao exposto e com base nos pareceres da Auditoria, da Assessoria Jurídica de controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos

adoto como razões de decidir, JULGO IRREGULARES os Termos Aditivos 176/99, 07, 86, 128, 233 e 288 de 2000, 153/01, 33, 62/02 e 204 de 2002 e 05 de 2003, sendo este dois últimos com base no princípio da acessoriedade, todos relativos ao Contrato 114/96.

Ainda com base nos pronunciamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, que ressaltaram a inexistência de comprovação, nos autos, de prejuízo ao erário e o tempo decorrido desde o encerramento do contrato, sendo emitidos os termos de recebimento provisório e definitivos das obras concluídas e executadas pela Contratada, ACOLHO EXCEPCIONALMENTE OS EFEITOS FINANCEIROS.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.