



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



15-04-14

SEB

=====

031 TC-020058/026/08

Contratante: Fundação para o Desenvolvimento da Educação - FDE.

Contratada: Construtora Itajaí Ltda.

Autoridades que firmaram os Instrumentos: Pedro Huet de Oliveira Castro (Diretor de Obras e Serviços), Décio Jorge Tabach (Gerente de Obras), Affonso Coan Filho (Chefe de Departamento), Macia Esteves Monteiro (Gerente) e Maria Mariluce da Silva Dias (Chefe de Departamento).

Objeto: Construção de prédio escolar em estrutura pré-moldada de concreto, com fornecimento, instalação, licenciamento e manutenção de elevador, na forma de execução indireta, no regime empreitada por preço global e unitário, compreendendo a provisão de todos os materiais e execução de todos os serviços a intervenção a ser realizada no terreno Jardim Santa Cruz – Saúde – São Paulo.

Em Julgamento: Termo de Retirratificação de 24-11-08. Termo de Aditamento de 06-01-09. Termo de Recebimento Provisório de 01-06-09. Termo de Recebimento Definitivo e análise de prazo de 01-09-09. Termo de Encerramento de 22-05-12. Devolução das cauções e do relatório de sindicância. Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, publicada no D.O.E. de 23-11-13.

Advogado: Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho.

Procuradora de Contas: Élide Graziane Pinto.

Procuradores da Fazenda: Evelyn Moraes de Oliveira, Vitorino Francisco Antunes Neto e Luiz Menezes Neto.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **Primeiro Termo de Reti-Ratificação**, de 24-11-08 (fls. 1513/1514) e do **Primeiro Termo de Aditamento**, de 06-01-09 (fls. 1545/1546), ao Contrato nº 05/1930/07/01, celebrado entre a **FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FDE** e a **CONSTRUTORA ITAJAÍ LTDA.**, cujo objeto é a construção de prédio escolar



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



em estrutura pré-moldada de concreto, com fornecimento, instalação, licenciamento e manutenção de elevador, no terreno Jardim Santa Cruz – São Paulo, no valor de R\$ 4.302.355,42.

O Primeiro Termo de Reti-Ratificação teve por finalidade alterar o cronograma referente à dotação orçamentária, para regularização de Autorizações de Execução nº 005/07, 005/08 e 037/05, relativos ao Projeto nº 026/07.

O Primeiro Termo de Aditamento, por sua vez, objetivou acrescer ao contrato a importância de R\$ 1.074.656,93, passando a R\$ 5.377.012,35, correspondente a 24,97% do inicialmente ajustado, bem como prorrogar o prazo contratual por mais 120 dias, passando a 360 dias.

Trata-se, ainda, do **termo de recebimento provisório** (fl. 1554), do **termo de recebimento definitivo e análise de prazo** (fl. 1558), do **termo de encerramento das obrigações contratuais** (fl. 1569), da **devolução da caução** (fls. 1570/1571) e do **relatório de sindicância** (fls. 1576/1582).

1.2 As partes foram cientificadas da remessa dos termos a este Tribunal de Contas e por notificadas para acompanhar os trâmites do processo por meio de publicações na imprensa oficial (fls. 1515 e 1547).

1.3 Ressalto que, em sessão da Colenda Segunda Câmara de 17-08-10, relator o E. CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA, foram julgados **irregulares** a Concorrência nº 05/1930/07/01 e o ajuste decorrente (fls. 1433/1443).

Outrossim, em sessão do E. Pleno de 21-11-12, relator o E. SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO ALEXANDRE MANIR FIGUEIREDO SARQUIS, foi negado provimento a Recurso Ordinário (fls. 1488/1494).

1.4 A **Fiscalização** concluiu que o termo de reti-ratificação e o termo de aditamento são irregulares, pois ficaram comprometidos pelo princípio da acessoriedade.

Por outro lado, opinou pelo conhecimento dos termos de recebimento provisório, do termo de recebimento definitivo e análise de prazo, do termo de encerramento das obrigações e da devolução da caução (fls. 1586/1594).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.5 Também a **Procuradoria da Fazenda do Estado** (fl. 1595) propugnou pela irregularidade dos termos de reti-ratificação e de aditamento, considerando o princípio da acessoriedade, bem assim pelo conhecimento dos demais documentos (fls. 1586/1594).

1.6 Da mesma forma opinou o **Ministério Público de Contas**, que, ademais, propôs a notificação da Origem a fim de que remetesse a documentação referente à sindicância instaurada para apurar a existência de prejuízos causados à FDE em decorrência da execução do ajuste, identificando os eventuais responsáveis (fl. 1596).

1.7 A **Fundação** encaminhou o relatório de sindicância, em que se apurou o prejuízo de R\$ 511.757,51¹, a ser atualizado monetariamente, e em que foi responsabilizado, com fulcro na teoria do domínio do fato, o senhor Fabio Bonini Simões de Lima, Diretor Presidente à época em que a FDE adotava o critério da análise técnica das propostas condenada por esta E. Corte (fls. 1598/1608).

Ato contínuo, o **MPC** pugnou pelo ressarcimento aos cofres públicos do montante referente ao dano apurado no relatório da sindicância, devidamente corrigido e atualizado, bem como a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público Estadual para as providências cabíveis (fls. 1613).

1.8 Regularmente notificada (fl. 1619), a **Administração** sustentou que (fls. 1623/1637):

- O termo de reti-ratificação não contempla tema afeto à formulação de juízo de mérito, mas somente de conhecimento;
- O termo de aditamento foi justificado pelas condições do subsolo do terreno em que se ergueu a unidade escolar, além de estar amparado no art. 65, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93;
- *“... universalmente, as fases de obras envolvendo fundações e estruturas sempre são contratadas para remuneração por preço unitário (tal qual ocorre ‘in casu’), pois os quantitativos efetivamente executados somente podem ser aferidos com precisão no momento das medições de serviço (no projeto são sempre estimativos ou quantitativos)”*;

¹ Diferença entre a proposta vencedora do certame (R\$ 4.302.355,42 – Construtora Itajaí) e a proposta com menor valor global (R\$ 3.790.597,91 – Consanc Engenharia e Construções)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



- Em um exame de mérito, nenhuma censura merece a celebração do primeiro termo de aditamento;
- Quanto à aplicação do princípio da acessoriedade, o termo de aditamento foi celebrado antes do julgamento da avença em sede recursal, quando, pois, incidia sobre o contrato que lhe originou o princípio da presunção de legitimidade;
- Demais, em que pesem as recorrentes fundamentações de que a decisão pela irregularidade do ato tem natureza declaratória e não constitutiva, bem assim que o princípio da acessoriedade tem natureza lógica, estas não podem prosperar, posto que, no caso de um contrato para execução de obra: a) o juízo a ser emitido por este Tribunal visa a responsabilizar o administrador por sua conduta, e esta encontrava-se vinculada à existência de um liame que produzia efeitos de modo legítimo no mundo dos fatos; b) o objeto do aditamento incide sobre o fato da execução da obra, e, dadas as exigências de fato e da ciência da engenharia², outra conduta não poderia adotar a autoridade, ou seja, sua responsabilidade não é indiferente, consoante existam ou não os pressupostos fáticos e de engenharia que determinaram sua decisão por autorizar o aditamento.

1.9 A **Assessoria Técnica**, do ponto de vista de engenharia, considerou regulares os procedimentos, sem embargo de propor recomendação à Origem para que se atenha à definição de Projeto Básico constante na Lei nº 8.666/93, na Orientação Técnica nº 001/2006 do IBRAOP e na Resolução CONFEA.

Do ponto de vista econômico, nenhum óbice foi apontado pela Assessoria Técnica em relação aos termos; sem embargo, opinou pela irregularidade, tendo em vista o princípio da acessoriedade (fls. 1639/1642).

² As justificativas técnicas apresentadas para o acréscimo são: a necessidade de substituição de parte do solo, devido à grande quantidade de entulho encontrada no local; a presença de água superficial; a impossibilidade de cravação de estacas de acordo com a “nega” especificada, elevando a porcentagem de estacas quebradas; a modificação dos blocos de fundações decorrentes das alterações do estaqueamento; a ampliação do poço de captação de águas pluviais para atendimento de exigências da PMSP; e a necessidade de acréscimos no fechamento e piso externo para atender ao projeto de paisagismo (fls. 1522/1523).



1.10 A **PFE** (fl. 1643) e o **MPC** (fl. 1644) corroboraram manifestações anteriores pela irregularidade da matéria, dado o princípio da acessoriedade.

É o relatório.

2. VOTO

2.1 Em que pesem as alegações ofertadas pela Origem, não merece prosperar o seu pedido pela regularidade do Primeiro Termo de Aditamento, face ao princípio da acessoriedade.

Por outro lado, acolho o entendimento de que sobre o Primeiro Termo de Reti-Ratificação deve recair apenas o juízo de conhecimento, porquanto tal ato não envolve diretamente despesa.

2.2 O Primeiro Termo de Aditamento mostrou-se formalmente regular – devidamente justificado, autorizado e formalizado –, abrangendo acréscimo no montante equivalente a 24,97% do valor inicialmente ajustado e prorrogação de prazo de 120 dias, amparado, assim, no art. 65, inciso I, alíneas “a” e “b”, c.c. §1º, bem como no inciso IV do §1º do art. 57, todos da Lei nº 8.666/93.

Não obstante, está irremediavelmente maculado pelos vícios trazidos do contrato que o originou, já que, como apontado pela própria Administração, há um vínculo lógico entre o principal (o ajuste) e o acessório (o aditivo), cabendo a esta Corte a decisão que apenas declara, e não constitui, a irregularidade do ato.

Embora considere interessantes os argumentos da Origem, não vislumbro outra possibilidade que não a de reprovar o aditamento frente ao princípio da acessoriedade.

Por oportuno, sublinho que, ante o princípio da legalidade administrativa, todos os atos proferidos pelo administrador devem estar respaldados na lei.

Outrossim, saliento o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca do princípio da presunção de legitimidade, aventada pela própria Origem:



“3.3.4 Presunção de legitimidade ou de veracidade

Esse princípio, que alguns chamam de princípio da presunção de legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

Trata-se de presunção relativa (juris tantum) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é o de inverter o ônus da prova.

Como consequência dessa presunção, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação. É o que o franceses chama de decisões executórias da Administração Pública.”³ (g.n.)

Destarte, conquanto incidisse a presunção de legitimidade sobre o aditamento quando este foi expedido, tratando-se aquela de presunção relativa, a legalidade propriamente dita do ato poderia ou não ser declarada em momento seguinte; no caso, não o foi.

Além disso, há que se ressaltar a recorrência das decisões desta Corte de Contas pela irregularidade do critério de julgamento adotado pela FDE e que ensejou a desaprovação do Contrato nº 05/1930/07/01 (TC-035972/026/04, TC-011776/026/05, TC-013287/026/01, TC-017183/026/03, TC-017184/026/03, TC-017185/026/03, TC-017186/026/03, TC-017187/026/03, TC-017188/026/03, TC-007551/026/07, TC-007705/026/07, TC-0008124/026/07, TC-008125/026/07, TC-008511/026/07, TC-009645/026/07, TC-014727/026/07, TC-44070/026/07, TC-41221/026/08, entre outros, todos relativos à FDE); algumas, inclusive, anteriores à data de celebração do mencionado ajuste.

2.3 Pelo exposto, julgo **irregular** o Primeiro Termo de Aditamento e ilegais as despesas decorrentes.

Nada obstante, **conheço** do Primeiro Termo de Reti-Ratificação, do termo de recebimento provisório, do termo de recebimento definitivo e análise de prazo, do termo de encerramento das obrigações contratuais, dos comprovantes de devolução da garantia e do relatório de sindicância.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 69.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Considerando as providências adotadas pelo Presidente da Fundação, que determinou a instauração de sindicância e apuração de responsabilidades, deixo, neste caso, de acionar os artigos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar estadual nº 709/93.

Sala das Sessões, 15 de abril de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO