



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



10-09-13

SM

=====

20 TC-015124/026/05

Contratante: Fundação para o Desenvolvimento da Educação - FDE.

Contratada: Profac Engenharia e Comércio Ltda.

Autoridades que firmaram os Instrumentos: Jaderson José Spina (Diretor de Obras e Serviços), André Luís Ramalho Vilani (Gerente de Obras), Antônio Henrique Filho (Gerente de Suprimentos) e Luiz Carlos Quadrelli (Diretor Administrativo e Financeiro).

Objeto: Construção de prédio escolar em estrutura pré-moldada de concreto, no regime de empreitada por preço global e unitário, compreendendo a provisão de todos os materiais e execução de todos os serviços, no Terreno Jardim Maria Helena III, localizado na Estrada Municipal, s/nº - Jardim Maria Helena – Barueri/SP.

Em Julgamento: Termos de Aditamento celebrados em 24-01-06 e 21-03-06. Termo de Recebimento Provisório firmado em 07-08-06. Termo de Recebimento Definitivo e Análise de Prazo firmado em 27-09-06. Termo de Encerramento das Obrigações Contratuais firmado em 06-12-06. Devolução de Caução. Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Renato Martins Costa, publicada no D.O.E. de 23-09-10.

Advogados: Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho e outros.

Procuradores da Fazenda: Luiz Menezes Neto e Claudia Távora Machado V. Nicolau.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 A E. Segunda Câmara, em sessão de 15-07-08 (fls. 715/716), julgou irregulares a licitação (Concorrência nº 05/2590/04/01) e o contrato celebrado em 04-04-05 (fls. 429/442) entre a **FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FDE** e a empresa **PROFAC ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.**, que objetivou a construção de prédio escolar em estrutura pré-moldada de concreto, compreendendo a provisão de todos os materiais e execução de todos os serviços, no valor



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



total de R\$ 2.949.402,66.

A decisão foi mantida em grau recursal pelo E. Tribunal Pleno, em sessão de 23-09-09¹ (fl. 772).

1.2 Em exame, nesta oportunidade, os seguintes termos:

a) **Primeiro Termo de Aditamento** de 24-01-06 (fls. 809/810), que prorrogou o prazo contratual por mais 60 dias;

b) **Segundo Termo de Aditamento** de 21-03-06 (fls. 836/837), que acresceu R\$ 734.611,37 ao valor original do contrato, que passou a ser de R\$ 3.684.014,03;

c) **Termo de Recebimento Provisório** de 07-08-06 (fl. 616);

d) **Termo de Recebimento Definitivo e Análise de Prazo** de 28-08-06 (fl. 620);

e) **Termo de Encerramento das Obrigações Contratuais** de 06-12-06 (fls. 852/853);

f) **Liberação de Caução** de 14-12-06 (fl. 845), no valor de R\$184.200,70.

1.3 As partes se deram por cientes da remessa dos instrumentos contratuais a esta Corte e notificadas para acompanharem os trâmites do processo por meio de publicações na imprensa oficial (fls. 838).

1.4 Na instrução dos autos, a **Fiscalização** (fls. 856/862) posicionou-se pelo conhecimento dos termos de recebimento, encerramento e liberação de caução, mas, invocando a aplicação do princípio da acessoriedade, concluiu pela irregularidade dos termos de aditamento.

1.5 Instada a se manifestar (fl. 863), a **Assessoria Técnica** (fls. 898/899), também pautada no princípio da acessoriedade, manifestou-se pela irregularidade da matéria.

1.6 A DD. **PFE**, por sua vez, propôs o acionamento da Origem (fl. 901).

1.7 Regularmente notificada (fl. 902), a **FDE** alega, em síntese,

¹ Decisão com Trânsito em Julgado em 03-11-09.



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



que os termos aditivos desfrutavam do princípio da presunção de legitimidade, haja vista que a celebração dos referidos aditamentos, ocorrida em 24-01-06 e 21-03-06, deu-se antes do julgamento definitivo do contrato inicial, prolatado por esta Corte em 23-09-09.

Nesse sentido, sustenta que prevalece a aplicação do princípio da verdade material, devendo os ajustes ser apreciados quanto ao seu mérito, uma vez que encontram amparo legal no artigo 65, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Lei de Licitações.

Requer, ainda, o conhecimento dos termos de encerramento das obrigações, de recebimento provisório e definitivo e da devolução da caução.

1.8 A **Assessoria Técnica** reiterou seu posicionamento pela irregularidade da matéria. Já a **Chefia de ATJ** opinou pela irregularidade do primeiro e segundo termos aditivos, mas pelo conhecimento dos demais termos, sugerindo, ainda, que os autos fossem encaminhados ao Ministério Público Estadual para as medidas de sua alçada, diante da conclusão da sindicância instaurada pela FDE (fls. 866/895) que não apurou qualquer irregularidade.

1.9 Em nova manifestação, a DD. **PFE** concluiu pela irregularidade do primeiro e segundo termo de aditamento e do termo de encerramento, todavia opinou pelo conhecimento dos termos de recebimento provisório e definitivo, bem como da liberação da caução.

2. VOTO

2.1 Inicialmente, resalto que os presentes autos foram encaminhados a este Gabinete pela SDG, em face das orientações traçadas no TC-A-027425/026/07.

2.2 Quanto ao mérito, em que pesem os argumentos trazidos pela defesa, vejo que estes foram insuficientes para afastar os reflexos do princípio da acessoriedade, cuja aplicação ao presente caso é inexorável.

A jurisprudência desta Corte já está bem sedimentada no sentido de que os termos aditivos são negócios jurídicos dependentes do



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



ajuste principal. Assim, se este é irregular, conseqüentemente, aqueles também o serão por estarem contaminados pelos mesmos vícios, ou seja, não há como dar tratamento diverso a ato acessório se o principal está maculado.

Nesse contexto, não merece guarida a alegação de que os instrumentos em exame são regulares porque celebrados antes de transitada em julgado a decisão que reprovou o ajuste inicial, uma vez que a ilegalidade já existia *ab initio* e apenas foi proclamada por esta Corte.

Sobre o assunto, transcrevo a decisão do e. Tribunal Pleno, prolatada nos autos do TC-002144/009/05, em sessão do dia 07-11-12, relatada pelo Conselheiro Robson Marinho, que bem reflete esse entendimento:

“Ainda, o fato de os termos aditivos em análise terem sido celebrados em momento anterior à decisão definitiva pela irregularidade da inexigibilidade de licitação e do contrato principal não descaracteriza a aplicação do princípio da acessoriedade.

O defeito da matéria principal não nasce quando da decisão exarada por este Tribunal pela sua irregularidade. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, a decisão do Tribunal de Contas não é constitutiva, mas declaratória da irregularidade já presente nos atos analisados.

Também, não se pode apreciar o termo aditivo de forma autônoma em relação aos atos que o originaram.

Nesse sentido, transcrevo trecho do voto proferido no TC-003014/003/03²:

“A questão de fundo é deveras conhecida deste Egrégio Plenário.

Reconhecida que foi a ilicitude da contratação administrativa, igual irregularidade contagiará logicamente quaisquer ajustes posteriores que a pressuponham.

É que tais aditivos são negócios jurídicos inteiramente dependentes da existência, da validade e da eficácia dos contratos a que se reportam, sendo, de conseguinte, inadmissível o exame autônomo de sua validade e eficácia, quando de antemão assentada, como na espécie vertente, a invalidade do ajuste principal.”

*Diante do exposto, meu voto **nega provimento** ao recurso.”*

² Tribunal Pleno; Sessão de 04-03-2008; Relatora, e. Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale.



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



2.3 Quanto ao termo de recebimento provisório (fl. 616), termo de recebimento definitivo e análise de prazo (fl. 620), termo de encerramento das obrigações contratuais (fls. 852/853) e liberação de caução (fl. 845), observo que são destituídos de efeitos econômico-financeiros, motivo pelo qual podem ser conhecidos.

2.4 Por fim, verifico que foram trazidos aos autos documentos referentes à Conclusão da Sindicância Averiguatória, em que a comissão responsável concluiu que não houve *“prejuízo ao erário ou à Fundação”* e que inexistiu, portanto, *“qualquer responsabilidade por falha de monta”*, sendo determinado o arquivamento do procedimento averiguatório em comento.

Assim, percebe-se que o posicionamento conclusivo da comissão não teve o cunho de alcançar o objetivo a que se destinava, qual seja, a apuração de responsabilidades e adoção de providências nos termos do art. 2º, inc. XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, determinados na decisão desta Corte quando julgou a matéria principal.

Tal situação reclama, neste caso, a expedição de ofício ao Ministério Público Estadual, comunicando sobre o julgamento irregular da matéria, para as providências cabíveis.

2.5 Diante do exposto, julgo **irregulares** o primeiro e segundo termos de aditamento, mas conheço os termos de recebimento provisório, de recebimento definitivo e análise de prazo, de encerramento das obrigações contratuais (fls. 852/853) e a liberação de caução.

Determino as providências previstas no artigo 2º, inciso XV e XXVII, da Lei Complementar Estadual nº 709/93, delas dando ciência a este Tribunal em até 60 dias.

Determino, ainda, que o DD. Ministério Público Estadual seja oficiado para eventuais providências frente ao resultado da sindicância.

Sala das Sessões, 10 de setembro de 2013.

SILVIA MONTEIRO
SUBSTITUTA DE CONSELHEIRO