



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



1º-10-14

SEB

=====

050 TC-000054/001/04

Recorrente: Departamento de Água e Esgoto de Araçatuba – DAEA – José Luiz Fares – Comissário Geral.

Assunto: Contrato entre o Departamento de Água e Esgoto de Araçatuba – DAEA e a Construtora OAS Ltda., objetivando a prestação de serviços de captação, estação elevatória de água bruta, proteção da linha e estação de tratamento de água - ETA-3, integrantes do Sistema de Águas do Município.

Responsáveis: Leo Roland Lino Junior e José Luiz Fares (Presidentes do Conselho Administrativo), Cleosvaldo Frades Gomes (Diretor Administrativo) e Rogério de Campos Salles (Diretor de Planejamento e Obras).

Em Julgamento: Recurso Ordinário interposto contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares os termos aditivos de nº 9º ao 11º, nos termos do disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93. Acórdão publicado no D.O.E. de 17-03-12.

Advogados: Steve de Paula e Silva, Adriano Claudio Pires Ribeiro, Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo, Carlos Eduardo Moreira Valentim, Francisco Ribeiro Mendes, Renan Marcondes Facchinatto e outros.

Procurador de Contas: Rafael Antonio Baldo.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se de **Recurso Ordinário** interposto pelo **DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE ARAÇATUBA - DAEA** contra acórdão da C. Primeira Câmara¹, que julgou regulares os termos aditivos nº 04 a 08, mas irregulares os termos aditivos nºs 9 a 11 a contrato

¹ Prolatado em sessão de 06-03-12, pelo voto dos Conselheiros Antonio Roque Citadini, Presidente e Relator, e dos Auditores Substitutos de Conselheiro Antonio Carlos dos Santos e Alexandre Manir de Figueiredo Sarquis (fls. 5055/5056).

Contra essa decisão foram opostos Embargos de Declaração, os quais, em sessão de 20-11-12, foram rejeitados pelo mesmo Colegiado (fls. 5093/5094).



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



julgado regular², celebrado entre aquela **AUTARQUIA** e a **CONSTRUTORA OAS LTDA.**, objetivando a prestação de serviços de captação, estação elevatória de água bruta, proteção da linha e estação de tratamento de água - ETA-III, integrantes do Sistema de Águas do Município.

De acordo com o voto do e. Relator (fls. 5050/5053), o termo aditivo nº 09, de 1º-10-07, alterou o método de tratamento de captação de água do Rio Tietê, de convencional para de flotação a ar dissolvido, acrescendo em 90,25% o valor inicial do contrato, sem que tenha havido justificativa plausível para a referida modificação, afrontando, assim, o artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Aos termos subsequentes foi aplicado o princípio da acessoriedade, uma vez que contaminados pelos mesmos vícios do aditivo julgado irregular.

1.2 Em suas **razões** (fls. 5098/5118), o **Recorrente** sustentou que não houve violação ao artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que traz duas previsões distintas acerca da possibilidade de alteração dos contratos administrativos: as alterações qualitativas, que são aquelas em que a essência do objeto continua inalterada, mas há alteração de sua dimensão ou de suas características de funcionamento para melhor atender ao interesse público; e as alterações quantitativas, aquelas que modificam o objeto para mais ou para menos.

Em relação às Estações de Tratamento de Água, citou como exemplo das alterações qualitativas, a modificação da técnica escolhida para tratamento da água e das quantitativas, a ampliação ou diminuição de sua capacidade nominal de tratamento ou da capacidade cúbica de uma adutora a ela conectada.

Destarte, aduziu que as limitações percentuais previstas no mencionado dispositivo não são aplicáveis às alterações qualitativas ante a impossibilidade de sua limitação antecipada e abstrata, entendimento que procurou fundamentar nos ensinamentos de Caio Tácito, Celso Antônio de Bandeira de Mello e Adilson Abreu Dallari

Anotou que o projeto básico da ETA III foi elaborado considerando as características físico-químicas de água no ponto de

² A Primeira Câmara, em sessão de 06-03-12, Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, julgou regulares a licitação, o contrato e os termos aditivos nº 01 a 03, com recomendações.



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



captação, cujo método mais adequado para tornar a água potável seria o convencional.

No entanto, no ano de 2005, a SABESP noticiou a presença de algas a recomendar o monitoramento detalhado do respectivo corpo d'água, o que motivou a consulta a especialistas que emitiram pareceres técnicos confirmando a profunda modificação das condições da água no Reservatório Três Irmãos, com a presença massiva de algas denominadas cianoplânctons, com elevado potencial tóxico e prejudicial à saúde humana, indicando como método mais adequado ao tratamento da água o de flotação a ar dissolvido.

Assim, diante dessa constatação superveniente, foi celebrado o termo aditivo nº 09, em 22-10-07, por meio do qual o contrato foi unilateralmente modificado para, com fundamento no artigo 65, I, da Lei nº 8.666/93, alterar as características do projeto e alterar a técnica, que deixou de ser o método convencional para ser o de flotação a ar dissolvido, única alternativa que teria aptidão para atender o interesse público almejado, qual seja, o fornecimento de água potável livre de quaisquer elementos nocivos ao consumo humano.

Colacionou o precedente TC-010812/026/06, em que se reconheceu que o limite constante do artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não se aplica às alterações efetuadas com fundamento no inciso I do mesmo dispositivo, medida que se impõe ao caso em exame.

No seu entender, nem sequer caberia a realização de um novo certame, pois isso não se afiguraria racional e eficiente, já que haveria a interrupção das obras já em curso, com a necessidade incontornável de pagamento de todo o custo de desmobilização da empresa, bem como da indenização pelos lucros cessantes, sem falar no custo administrativo do novo procedimento.

Quanto ao aparente conflito entre o princípio da licitação e o da supremacia do interesse público, observou, pela teoria da ponderação dos princípios, que o primeiro cedeu lugar ao segundo, na exata medida em que as alterações procedidas não comprometeram a essência do objeto e decorreram de fatores não imputáveis a qualquer das partes.

Mencionou também que o acolhimento das razões recursais produz como efeito a eliminação da causa que motivou a aplicação do princípio da acessoriedade, único fundamento adotado como razão de decidir pela irregularidade dos termos aditivos subsequentes.



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



1.3 A **Assessoria Técnica** (fls. 5129/5131) entendeu que as razões recursais são frágeis, tampouco apresentaram elementos aptos a remediar as ocorrências relatadas.

Por isso, manifestou-se pelo **conhecimento e desprovemento** do recurso.

1.4 No mesmo sentido o **Ministério Público de Contas** (fls. 5132/5133), que do cotejo entre a peça recursal e as justificativas apresentadas no contraditório de primeiro grau não vislumbrou elementos novos, uma vez que o Recorrente, na maioria das vezes, se limitou a repisar os argumentos já expendidos.

Assim, com fulcro em precedente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (AI-AgR 855561, Ministro Luiz Fux), considerou as razões insuficientes para infirmar a decisão combatida.

1.5 A **Secretaria-Diretoria Geral** (fls. 5134/5136) destacou a existência de explanação na doutrina que possibilita alteração acima dos limites previstos no artigo 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, desde que haja impossibilidade de se prever o fato e não a simples ausência de previsão ocasionada pelo planejamento imperfeito, já que a alteração qualitativa exige um conjunto de critérios e condições que caracterizem situação extraordinária, o que não é o caso destes autos.

Destarte, reforçou entendimento de que tanto as alterações qualitativas como as quantitativas estão sujeitas aos limites previstos no artigo 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93.

Em consequência, opinou pelo **conhecimento e desprovemento** do recurso.

1.6 A **Contratada** (fls. 5148/5154) apresentou razões complementares reforçando os argumentos expendidos pela Recorrente, as quais vieram acompanhadas de parecer do jurista Carlos Ari Sundfeld (fls. 5155/5193), emitido a pedido da Companhia, sobre a declaração de nulidade do 9º termo aditivo, decretada pelo Poder Judiciário em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado.



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



Por fim, requereu a retirada do processo da pauta da sessão de julgamento, a ser realizada em 1º-10-14, bem como a oitiva dos órgãos técnicos da Casa e, ao final da instrução, nova vista dos autos.

1.7 O pleito da Contratada foi indeferido (fl. 5196) porque as razões complementares apenas reforçam a tese desenvolvida pelo Recorrente e, principalmente, porque após as manifestações dos órgãos técnicos e do Ministério Público de Contas, foi-lhe concedida vista dos autos em duas ocasiões (fls. 5137/5141 e 5144/5147).

É o relatório.

2. VOTO PRELIMINAR

2.1 O v. acórdão foi publicado no DOE de 17-03-12 (fl. 5056).

O prazo para interposição do recurso ordinário foi suspenso a partir de 23-03-12 (fl. 5059) em razão da oposição de embargos de declaração, os quais foram rejeitados consoante acórdão publicado em 21-12-12 (fl. 5094).

Considerando a suspensão do expediente nesta Corte no período de 24-12-13 a 04-01-13, por força do Ato GP nº 02/2012, é, portanto, tempestivo o recurso protocolado em 14-01-13 (fl. 5098).

2.2 Satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade, voto pelo **conhecimento**.

3. VOTO DE MÉRITO

3.1 A despeito de bem fundamentadas, as razões recursais não têm força para abalar os fundamentos da decisão recorrida.

Não se desconhece a posição de alguns doutrinadores, a exemplo daqueles citados pelo Recorrente, os quais, por meio de interpretação extensiva do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, admitem a possibilidade de superação dos limites previstos em seu § 1º, quando haja alteração de natureza qualitativa nos contratos administrativos.



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



Contudo, tal interpretação encontra óbice no § 2º do mesmo dispositivo, que determina que **nenhum** acréscimo ou supressão poderá exceder os limites de 25%, nos casos de obras, serviços ou compras, e de 50%, tratando-se de reforma de edifício ou de equipamento.

Esse mesmo entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.021.851/SP, em que a Ministra Eliana Calmon assim discorreu:

“23) a questão relativa ao limite de 25% estabelecido pela Lei de Licitações é ainda mais singela, tratando-se, exclusivamente, de matéria de direito; por meio de aditivos elevou-se, paulatinamente, o valor da contratação, sendo que, até o aditivo de número 15º, o valor sofreu um aumento abusivo de R\$ 82.064.413, 62 para R\$ 162.799.653,57, o que representou um acréscimo da ordem de 93,38% do valor original, em inequívoco desrespeito ao comando insculpido no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93; o aumento acima de 25% é inequívoco, está plenamente documentado e não foi objeto de contestação;

24) a Lei 8.666/93 é clara e taxativa ao vedar acréscimos ou supressões nas obras, serviços ou compras fora do limite de 25%, não dando qualquer margem para exceções (art. 65, § 2º), sejam de ordem técnica, sejam referentes a quantitativos ou qualitativos; trata-se de norma geral sobre contratos administrativos, que prevalece sobre a lei local antecedente; (...);

25) os sucessivos aditamentos não apenas excederam em muito o limite legal, também funcionaram como artifício fraudulento para frustrar a concorrência pública; celebrou-se, por meio dos aditivos, outro contrato, sem que este fosse precedido da necessária licitação;”

Neste caso concreto, os autos indicam que a mudança no método de execução do objeto contratado, que passou de “convencional” para o de “flotação a ar dissolvido”, resultou em aumento da ordem de 90,25% do valor inicial do contrato.

Independentemente da conveniência do método utilizado, a mudança efetuada demonstra, na verdade, falha do projeto básico da licitação, já que a Administração deveria ter analisado e levantado as condições físico-químicas para a captação e distribuição da água antes de fazer a escolha do método a ser utilizado na execução do objeto.

Como não o fez na ocasião propícia, não poderia, durante o desenrolar da execução contratual, escolher um novo método e de consequência financeira muito distante daquela inicialmente pactuada, ao argumento de que a metodologia anteriormente escolhida seria ineficaz



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



para o atendimento do interesse público, especialmente porque a existência de algas no corpo d'água, motivo utilizado para a celebração do aditivo, não parece algo de tão difícil constatação ou capaz de impedir que a Administração fizesse a opção pelo método correto a ser utilizado na prestação dos serviços.

Essa constatação também foi feita na ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado, que tramitou na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba³, em cuja decisão foi reconhecida a nulidade do termo aditivo nº 09, da qual reproduzo trecho de interesse:

“As alegações trazidas pelos acionados para defender a legalidade do ajuste, como a prevalência do interesse público ou a existência de situação de excepcionalidade, imprevisível, de necessidade de melhor adequação técnica, ou de inviabilidade econômica de nova licitação não convencem.

Pondere-se que esta última assertiva sequer foi cogitada pela autarquia municipal quando da alteração do objeto do contrato. Nada indica, nestes autos, a existência de comparativos, pelo DAEA, sobre qual seria a opção mais vantajosa. Nesse sentido, basta que sejam cotejados os documentos de fls. 575/576. Observa-se ali que o responsável pelo Departamento de Planejamento e Obras destacou a existência de “outros métodos para este tipo de tratamento se caso se optar pela não adoção, tais como Dupla Filtração, ACTIFLO, etc. Gostaria de salientar que deve-se levar em consideração tanto o custo de implantação quando o custo de operação do sistema a ser implantando, para que depois o DAEA não fique prejudicado futuramente” (fls.575), resultando, contudo, na catabática decisão de fls. 576.

O juízo há de ratificar, portanto, a conclusão a que chegou o Tribunal de Contas do Estado que, analisando a questão, destacou:

“Sem adentrar no mérito acerca do processo de tratamento que melhor atenda às necessidades da Administração, o fato é que a majoração acima dos limites preconizados no art. 65, § 2º, da Lei 8.666/93 demanda, necessariamente, a realização de novo certame” (fls.309).

Finalizando, embora o descumprimento da legislação específica já seja causa de reconhecimento da nulidade, tem-se que as alegações

³ Processo nº 0010801-25.2013.8.26.0032, disponível para consulta no site <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/open.do>, do Tribunal de Justiça, acesso em 30-09-14. Da r. sentença proferida na ACP, pende de apreciação recurso de apelação.



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



trazidas pelos acionados, sobre a prevalência do interesse público ou necessidade de mudança de método, a ensejar o aumento do preço, não se mostra verossímil.

Destaque-se que o contrato foi assinado em dezembro/2003 (fls.291), com previsão expressa de que o “objeto contratual executado deverá atingir o fim a que se destina, com eficácia e qualidade requerida” (fls.274). Ou seja, a eficácia do método inicialmente previsto representava obrigação contratual assumida pela contratada.

Nessa mesma diretriz, o memorial descritivo de fls. 374 e seguintes, elaborado em setembro/2002, destacando as características do sistema explicita que “as principais características de ampliação são: a captação de água no lago formado pelo rio Tietê, através de um tubulão de aço com 2,00 metros de diâmetro e 18 metros de profundidade no local da tomada de água. A água poderá ser coletada em vários níveis em função da concentração e posicionamento das algas” (fls.376).

A alegação de situação imprevisível na época do aditamento impugnado, não aproveitaria, portanto, aos acionados.

*Isso posto **JULGO PROCEDENTE** esta **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra **DAEA AGÊNCIA REGULADORA, CONSTRUTORA OAS LTDA. e MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA**, acolhendo a pretensão inicial, declarando a nulidade do 9º aditivo do Contrato 78/2003. Dou por extinto o processo, com resolução do mérito, o que faço com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil. Sem custas, nem honorários (RJTJESP. 175/91-LEX).*

Portanto, permanece a ofensa ao artigo 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93.

3.2 Também não é possível a aplicação, a este caso concreto, do precedente colacionado pelo Recorrente —TC-0210812/026/06⁴—, por meio do qual foram julgados regulares termos aditivos cujos valores superaram o limite de 25% do valor inicial do contrato, porquanto nestes autos não estão presentes as mesmas circunstâncias que orientaram o convencimento do e. Conselheiro Julgador Singular.

⁴ Sentença do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, publicada por extrato no DOE de 12-10-12.



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



3.3 Com isso, desnecessária a análise das justificativas que teriam dado suporte à celebração dos aditivos subsequentes, que estão fulminados pelos mesmos vícios do termo julgado irregular.

3.4 Ante o exposto, acolho as manifestações unânimes dos órgãos opinativos e voto pelo **desprovemento** do recurso, mantendo-se, na íntegra, a decisão combatida.

Sala das Sessões, 1º de outubro de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO