ACO-UTR-197/2025

Processo	-	TC/001964/2003
Contratante	-	Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras (atual Secretaria Municipal das Subprefeituras)
Contratada	-	Delta Construções S.A.
Concorrência	-	03/SIS/Cogel/2002
Ata de RP	-	69/SMSP/Cogel/2002
Contrato	-	02/SP-IQ/SF/2003 R$ 540.252,00
Objeto	-	Serviços de conservação de pavimentos viários mediante fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura de ligação

61ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SMSUB. CONSERVAÇÃO DE PAVIMENTOS VIÁRIOS. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto da ação. Art. 13, Res TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em reconhecer a ocorrência da prescrição, referente à Concorrência 03/SIS/Cogel/2002, à Ata de RP 69/SMSP/Cogel/2002 e ao Contrato 02/SP-IQ/SF/2003, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, e em julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 12, parágrafo único, da mesma resolução.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto da ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, arquivando-se os autos após o cumprimento das formalidades legais.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 18 de dezembro 2024.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 26/03/2025 18:58:35 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 31/03/2025 15:17:08 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

61ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL
Item 32 – Pleno

TC 1964/2003 – Análise
Objeto: Concorrência 03/SIS/Cogel/2002 - **Ata de RP 69/SMSP/Cogel/2002** - **Contrato 02/SP-IQ/SF/2003 R$ 540.252,00** - Serviços de conservação de pavimentos viários mediante fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura de ligação (CAV)
Interessados: Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras (atual Secretaria Municipal das Subprefeituras) e Delta Construções S. A.
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o TC 1.964/2003 de análise da Concorrência nº 03/SIS/COGEL/2002, cujo objeto é o Registro de Preços para a prestação de serviços à PMSP de conservação de pavimentos viários e do Contrato nº 002/SP-IQ/SF/2003, celebrado em 18.3.2003 entre a Secretaria de Implementação das Subprefeituras e a empresa Delta Construções S.A., cujo objeto é a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários mediante fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura de ligação, com 01 (uma) frente de trabalho, por um período de 08 (oito) meses, de acordo com a ARP nº 68/SMSP/COGEL/02, com o valor de **R$ 540.252,00** (quinhentos e quarenta mil, duzentos e cinquenta e dois reais) (peça 29, fls. 178).

Ultimada a instrução do presente processo, foi proferido o v. Acórdão pelo Pleno desta Egrégia Corte der Contas, na sua 2.624ª Sessão Ordinária, de 11.07.2012, (peça 30, fls. 341/342) que julgou, **à unanimidade**, **regular** a Concorrência nº 03/SIS/COGEL/02, da qual derivou a Ata de Registro de Preços nº 68/SMSP/COGEL/2002, e **irregular** o Termo de Contrato nº 002/SPIQ/SF/2003, sem aceitação dos efeitos financeiros gerados pelo ajuste e aplicando multa ao Ordenador da Despesa e Signatário do contrato, dentre outras determinações.

Após a decisão, apresentaram recursos a **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** (peça 30, fls. 114/121) e a empresa Delta Construções S.A. (peça 30, fls. 152/180).

Em 04.08.2021 foi proferido Acordão conhecendo, por unanimidade, os recursos interpostos e, quanto ao mérito, **por maioria, dado provimento ao recurso** da empresa Delta Construções S.A., acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa e determinando o refazimento da instrução processual (peça 11).

Devidamente oficiada, a empresa Salgueiro Construções S.A. (antiga Delta Construções S.A.) apresentou defesa às peças 42/45, requerendo o reconhecimento da prescrição quinquenal ou o julgamento pela regularidade do contrato.

À peça 50, consta despacho desta Relatoria encaminhando os autos à **Assessoria Jurídica** para avaliar eventual ocorrência de prescrição, nos termos da Resolução nº 10/2023, publicada em 07.06.2023, o entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal e nota recomendatória da ATRICON sobre a matéria.

À peça 51, a **AJ** apresentou parecer no qual entendeu ter ocorrido a prescrição ante os fundamentos seguintes:

> *"Destaca-se que a temática da prescritibilidade da pretensão punitiva e ressarcitória no âmbito da atividade do controle externo sofreu evolução interpretativa pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento dos precedentes RE 669.069 (tema 666), RE 852.475 (tema 897) e RE 636.886 (tema 899), bem como da ADI 5.509-CE, que reconheceu a incidência dos marcos interruptivos/suspensivos da Lei 9.873/1999 aos processos de controle externo, com efeito erga omnes.*
> *A partir de então, o Tribunal de Contas da União-TCU, revendo posicionamento anterior, editou a Resolução nº 344, de 11 de outubro de 2022, e a AtriconIRB-Abracom-CNPTC editaram, conjuntamente, a Nota recomendatória nº 02, de 25 de abril de 2023, trazendo diretrizes de encaminhamento da matéria aos Tribunais de Contas. No âmbito deste Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM/SP), a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento foi regulamentada por meio da Resolução nº 10/2023, publicada em 12/06/23, e Ordem Interna 07/2023.*
> *Assim, avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do último marco interruptivo, consubstanciado na **decisão condenatória recorrível** de 11/07/2012 (páginas 49/50 da peça 30), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, todos da Resolução 10/2023).*
> *Saliente-se, de toda sorte, que, conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)* [1].
> *Por fim, observa-se que o eventual reconhecimento da prescrição – nos matizes ressarcitório e sancionatório – em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem, para fins de apuração de atos de improbidade – cujas ações de reparação são imprescritíveis, nos termos do Tema 897 de repercussão geral - e/ou criminais."*

[1] **Art. 13.** O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento do processo, a expedição de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

À peça 53, a **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** se manifestou informando nada ter a se opor quanto ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e/ou de ressarcimento, exclusivamente no âmbito do controle externo, nos termos da Resolução nº 10/2023 e em conformidade com os entendimentos dos órgãos técnicos e especializados dessa E. Corte de Contas.

À peça 54, foram encaminhados os autos à **Secretaria Geral – SG** para opinar sobre a eventual ocorrência de prescrição, também nos termos da Resolução nº 10/2023, publicada em 07/06/2023, consoante entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal e nota recomendatória da ATRICON sobre a matéria.

À peça 55, a **SG** se manifestou como segue:

> *"(...) no ano de 2023, com o advento do julgamento da ADI 5.509 pelo STF, se reconheceu a aplicação da Lei Federal nº 9.873/1999 para fins de contagem do prazo prescricional aos processos de controle externo, considerando-se a aplicação do prazo quinquenal, além das causas interruptivas e suspensivas previstas no referido normativo.*
>
> *De modo a compatibilizar seu entendimento à jurisprudência do STF, o TCU aprovou a Resolução nº 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, ao passo que a ATRICON, em 24.04.2023, por meio da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, estabeleceu diretrizes aplicáveis no âmbito da atuação finalística dos Tribunais de Contas para conformar a aplicação dos institutos da prescrição e da decadência à atual posição do STF quanto ao tema.*
>
> *No âmbito deste TCMSP, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento foi regulamentada por meio da Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, e por meio da Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023.*
>
> *No caso vertente, observa-se que do último marco interruptivo **11.07.2012** consubstanciada na decisão condenatória recorrível (fls. 49/50 – peça 30), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso II, c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023), de modo que eventuais pretensões ressarcitórias e punitivas teriam sido fulminadas pelo instituto da **prescrição quinquenal**, nos termos do art. 2º, caput, c/c art. 5º, incisos II e IV, § 2º c/c art. 6º, inciso I, da Resolução 10/2023.*
>
> *Não obstante, sem prejuízo de eventual acolhimento da tese prescricional descrita no parágrafo anterior, entendo que, a critério dos Nobres Conselheiros, com amparo nos artigos 12 e 13 da Resolução 10/2023, poderá ser dada continuidade ao processo em relação aos demais aspectos da instrução ou do julgamento, observados os critérios de materialidade, risco e relevância dos envolvidos ou, em hipótese de deliberação pela não continuidade do mesmo, deverá se proceder a sua extinção por decisão do Pleno.*
>
> ***DO MÉRITO***

Da análise do conteúdo dos autos, verifica-se que a Auditoria apontou irregularidades na execução no Termo de Contrato nº 002/SP-IQ/SF/2003.

A Contratada apresentou defesa requerendo o reconhecimento da prescrição quinquenal ou o julgamento pela regularidade do contrato (peça 42).

Reitero o parecer anterior desta Secretaria Geral que acompanhou os Órgãos Técnicos e a Assessoria Jurídica de Controle Externo, entendendo que a contratação foi efetuada fora dos parâmetros de mercado, motivo pelo qual opinou pelo não acolhimento do ajuste com a aceitação dos efeitos financeiros, uma vez que considerou que as evidências disponíveis não possibilitaram afirmar que a contratação tenha sido anti-econômica, bem como por não restar caracterizado nos autos, a existência de dolo, má fé ou prejuízo ao erário (peça 30 – fls. 35/36).

Importante destacar que a Origem deixou de proceder a pesquisa de mercado à época da contratação conforme determinado no art. 34 do Decreto n. 41.772/02.

Outrossim, a simples substituição do valor unitário constante na Ata de Registro de Preços, sem a devida pesquisa de mercado, viola o inciso XXI do artigo 37 da CF que prevê que a contratação deve conter cláusulas efetivas da proposta.

Diante do exposto entendo que eventuais pretensões ressarcitórias e punitivas teriam sido fulminadas pelo instituto da prescrição quinquenal, nos termos do art. 2º, caput, c/c art. 5º, incisos II e IV, § 2º c/c art. 6º, inciso I, da Resolução 10/2023 e no mérito opino pela não acolhimento do Termo de Contrato nº 002/SP-IQ/SF/2003."

É o relatório.

VOTO

Cuida o TC 1.964/2003 de análise da Concorrência nº 03/SIS/COGEL/2002, cujo objeto é o Registro de Preços para a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários e do Contrato nº 002/SP-IQ/SF/2003 à PMSP, celebrado em 18.3.2003 entre a então Secretaria de Implementação das Subprefeituras e a empresa Delta Construções S.A., cujo objeto é a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários mediante fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura de ligação, com 01 (uma) frente de trabalho, por um período de 08 (oito) meses, de acordo com a ARP nº 68/SMSP/COGEL/02, com o valor de **R$ 540.252,00** (quinhentos e quarenta mil, duzentos e cinquenta e dois reais) (peça 29, fls. 178).

Ultimada a instrução do presente processo, foi proferido o v. Acórdão pelo Pleno desta Egrégia Corte de Contas, na sua 2.624ª Sessão Ordinária, de 11.07.2012, (peça 30, fls. 341/342) que julgou, **à unanimidade**, **regular** a Concorrência nº 03/SIS/COGEL/02, da qual derivou a Ata de Registro de Preços nº 68/SMSP/COGEL/2002, e **irregular** o Termo de Contrato nº 002/SPIQ/SF/2003, sem aceitação dos efeitos financeiros gerados pelo ajuste e aplicando multa ao Ordenador da Despesa e Signatário do contrato, dentre outras determinações.

Após a decisão, apresentaram recursos a **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** (peça 30, fls. 114/121) e a empresa Delta Construções S.A. (peça 30, fls. 152/180).

Em 04.08.2021 foi proferido Acordão conhecendo, por unanimidade, os recursos interpostos e, quanto ao mérito, **por maioria, dado provimento ao recurso** da empresa Delta Construções S.A., **acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa e determinando o refazimento da instrução processual** (peça 11).

Devidamente oficiada, a empresa Salgueiro Construções S.A. (antiga Delta Construções S.A.) apresentou defesa às peças 42/45, requerendo o reconhecimento da prescrição quinquenal ou o julgamento pela regularidade do contrato.

Examina-se no presente estágio processual, a incidência de prescrição neste TC.

Ensina a Professora Maria Helena Diniz que a prescrição é um **fato jurídico *stricto sensu***, independente de vontade humana:

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos."*[2]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[3]

Explica o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal que:

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[4]

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas, explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser*

2 Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.

3 Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.

4 RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.

imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição."[5]

Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)*"[6]

Historicamente, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União era firme no sentido de que não se aplicava o instituto da prescrição nas pretensões ressarcitória de suas tomadas de contas especial, em razão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)
>
> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

Este posicionamento, inclusive já havia sido referendado pelo Supremo Tribunal Federal na época:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

Não obstante este entendimento, interessante pontuar que o TCU, no art. 6º, inciso II, da instrução Normativa TCU º 71/2012, dispôs que ficava dispensada a instauração da tomada de contas especial na hipótese houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

5 Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620

6 Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

Quanto a prescrição das pretensões de natureza sancionatórias, como a de multa, o Tribunal de Contas da União aplicava por analogia as disposições da prescrição decenal do Código Civil.

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Ao aplicar o prazo geral prescricional do Código Civil, o Tribunal de Contas mantinha claro que a matéria era sujeita a reserva legal, todavia não havia lei especifica:

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*." (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[7], 897[8], 899[9], em sede de repercussão geral, o STF reconheceu a existência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do artigo 37, da Constituição Federal prevê que "*a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário,* ***ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento****.*" (grifos nossos)

[7] *É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*
[8] *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*
[9] *É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*

No tema 666, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não obstante não ter entrado no mérito de ações do Tribunais de Contas, discutiu o alcance da última disposição da norma constitucional citada acima. O relator do caso, o Emérito Ministro Teori Zavascki, entendeu em seu voto vencedor que:

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra* ***a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais***." (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

Como pode ser visto, o Plenário do STF, por maioria (vencido o Ministro Edson Fachin) decidiu que a disposição final do §5º, do artigo 37, da Carta Magna tem alcance limitado para apenas as ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Ou seja, por interpretação não alcança pretensões dos Tribunais de Contas.

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897, em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin, de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante é que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando*

> *constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

Finalmente, no julgamento do Tema 899, o Plenário do Excelso Pretório enfrentou a questão da prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas, decidindo por unanimidade que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. Conforme o Ministro Relator Alexandre de Moraes, as decisões dos temas anteriores 666 e 897 levaram a seguinte conclusão:

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

Antes do julgamento do tema 899 em 24/06/2020, o Tribunal de Contas da União entendia que o disposto no tema 666 não aplicava a suas pretensões ressarcitórias:

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica*

> *apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

Todavia, este entendimento não pode ser mantido após a decisão concretizada no tema 899.

Embora tenha sido firmado inequivocamente a prescritibilidade das ações de ressarcimento, ainda existia o problema de ausência de prazo legal. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Tema 899 adentrou nesta questão entendendo que:

> "*Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cômputos.*" (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Gilmar Mendes, p.25; p. 53 do Acórdão. Grifos nossos.)

Inobstante, após esta manifestação, o Ministro Roberto Barroso interviu argumentando que a questão do prazo aplicável não era pertinente a matéria em discussão, que se limitava a questão da prescritibilidade.

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[10], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99, por analogia.

10 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

Antes da referida ADI a jurisprudência do STF já vinha se posicionando neste sentido como pode ser verificado dos precedentes colacionados abaixo:

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

Inclusive no que tangia a aplicação das causas interruptivas da mesma Lei Federal:

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos**. **II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em***

> ***consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI º5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de competência do Tribunal de Contas. A atividade de controle externo equipara-se, para fins de contagem do prazo prescricional, ao poder de polícia do Estado e, como tal, nos termos do art. 1º da Lei 9.873, de 1999, "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*"." (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Voto Relator Ministro Edson Fachin p. 16, Acórdão p. 24)

Perante esta consolidação do entendimento jurisprudencial do STF, o TCU resolveu normatizar em 11/10/2022 a Resolução nº 344/2022, que disciplinou o instituto da prescrição na Corte considerando expressamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509.

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em 07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

Citada Resolução desta Corte de Contas Municipal acompanha o modelo da Resolução do TCU e o entendimento do STF ao expor em seu art. 1º que:

> **"*Art. 1º*** *A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões.*"

Pois bem. Vigente a resolução normatizando a prescrição nesta Corte, tornou-se obrigatório analisar se os processos que tramitam em sua jurisdição estão prescritos.

Mencionada obrigação deve ser cumprida independente do momento processual, dado a natureza de matéria de ordem pública da prescrição, exceto os que já estão transitados em julgado (regra do art. 17 da Resolução TCMSP nº 10/2023), de acordo com o que já firmou a jurisprudência do TCU:

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em tramitação no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).*" (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Complementarmente, por ser, reitera-se, matéria de ordem pública, o TCU também já se posicionou que a matéria da prescrição pode ser revista de ofício até em casos em que já houve decisão a negando anterior a entrada da resolução normativa:

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)
>
> A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Feito estas considerações gerais acerca do histórico e consolidação do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas é caso de analisar o caso concreto.

No que tange ao caso em tela, devem ser identificados primeiramente os marcos temporais em que pretensamente ocorreu decurso do lapso temporal prescricional.

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica em seu parecer na peça dos autos, *"(...) do último marco interruptivo, consubstanciado na **decisão condenatória recorrível** de 11/07/2012 (páginas 49/50 da peça 30), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, todos da Resolução 10/2023).*

Frise-se que no caso vertente, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral acompanharam a Assessoria Jurídica no sentido de que o presente processo foi fulminado pelo instituto da prescrição, nos termos do art. 4º c/c art. 5º da Resolução nº 10/23.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14 da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15 do mesmo diploma legal.

À vista do exposto, voto pelo **RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **JULGO EXTINTO** o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma.

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do artigo 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 15/01/2025 11:28:15 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1.964/2003 – <u>ANULADO 1º JULGADO</u>[1]

2º Julgado – 3.166ª Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato por preço superior ao da ata, ausência de pesquisa de preço, autuação incorreta do processo administrativo. Serviços de conservação de pavimentos viários, mediante fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura. SMSUB. 1. Preliminar de nulidade. Ausência de intimação da contratada. Cerceamento de defesa. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDO para acolher a preliminar e promover a anulação do julgado. PREJUDICADOS os demais argumentos de mérito. DETERMINAÇÃO. 1. Refazimento da instrução processual, para oportunizar a empresa Delta Construções S.A. o exercício do contraditório e ampla defesa. Votação por maioria.

1º Julgado - 2.624ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. ATA DE RP. CONTRATO. SMSP. Serviços de conservação de pavimentos viários, mediante fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura. Art. 38, Lei 8.666/93; art. 34, Dec.Mun. 41.772/02; art. 37, XXI, CF; art. 5º, III, Dec. Mun. 31.819/92. Preço superior ao da ata, ausência de pesquisa de preço, autuação incorreta do processo administrativo. Concorrência e Ata de RP REGULARES. Contrato IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.
Legislação citada: Art. 34, Dec Mun. 41.772/02; Art. 5º, III, Dec. Mun. 31.819/92, revogado pelo Dec. Mun. 49.286/08; Art. 38, Lei 8666/93 e Art. 37. XXI, CF.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

[1] Anulado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC 1.964/2003, Rel. Conselheiro Maurício Faria, Pleno, Sessão 3.166ª, 04/08/2021.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer dos recursos voluntários interpostos por presentes os requisitos regimentais de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório e voto, e EDUARDO TUMA, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO 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 dar provimento ao recurso da empresa Delta Construções S.A., para o fim de acolher a preliminar de cerceamento de defesa aduzida pela interessada e promover a anulação do julgado.

ACORDAM, por maioria, pelos mesmos votos, em declarar prejudicados os demais argumentos de mérito constantes dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Delta Construções S.A. e em determinar o **refazimento da instrução processual**, para oportunizar à empresa Delta Construções S.A. o exercício do contraditório e ampla defesa como garantia constitucional.

Vencidos os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, este com declaração de voto apresentada, que rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram provimento parcial aos recursos, apenas para aceitar os efeitos financeiros dos atos praticados.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de ofício acompanhado de cópia da íntegra do relatório e voto do Relator e deste julgado, a todos os interessados elencados no Acórdão original de fls. 341/342, para ciência.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após os trâmites regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI –Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de agosto de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente, com voto

MAURÍCIO FARIA
Relator

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro, com declaração de voto

RELATÓRIO

Cuida o presente feito, nesta oportunidade, da análise de recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal às fls. 389/396 e pela empresa contratada Delta Construções S/A, fls. 417/445, contra o v. Acórdão proferido por esta Egrégia Corte em 11.07.2012, acostado às fls. 341/342, que julgou, à unanimidade, regular a Concorrência nº 03/SIS/COGEL/02, da qual derivou a Ata de Registro de Preços nº 68/SMSP/COGEL/2002, e irregular o Termo de Contrato nº 002/SPIQ/SF/2003, por ter sido firmado por preço superior àquele consignado na aludida Ata de Registro de Preço, representando elevação do valor na ordem de 26% (vinte e seis por cento), sem a necessária pesquisa de preço, não aceitando os efeitos financeiros gerados pelo ajuste e aplicando multa ao Ordenador da Despesa e Signatário do contrato, dentre outras determinações.

Em apertada síntese, argumenta a Procuradoria da Fazenda que, em que pese o procedimento utilizado pela Origem na formalização do Ajuste não tenha sido o mais adequado, na medida em que deixou de observar a regra contida no art. 34 do Decreto Municipal n° 41.772/05, fato é que eventual nova pesquisa de preço provavelmente viria com valores majorados, em razão dos frequentes aumentos dos preços derivados de petróleo ocorridos na ocasião, e que repercutiram no valor do serviço, a exemplo da readequação procedida no preço registrado pela Ata, destacando que não houve comprovação de que a contratação em exame tenha sido antieconômica, não se vislumbrando também a existência de dolo ou má-fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis.

Por sua vez, quanto às razões recursais da empresa Delta Construções S/A, destaca, em preliminar, a existência de vicio de nulidade insanável consubstanciado em ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, protegidos constitucionalmente, nos termos dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, diante do fato de não ter sido intimada desde o início da presente fiscalização, na qualidade de parte diretamente interessada no deslinde do feito. Ademais, argumenta pela decadência do direito de emitir determinações sancionatórias, com fulcro no artigo 54 da Lei Federal nº 9.784/99 e, quanto ao mérito propriamente dito, argumenta pela improcedência dos apontamentos considerando a realização de pesquisa de mercado prévia pela Subprefeitura, bem como acerca da economicidade da contratação e do necessário acolhimento dos efeitos financeiros decorrentes.

Em parecer de fls. 458/467, a Auditoria manifestou-se pela inexistência de novos elementos no recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal, concluindo pelo seu não acolhimento. Quanto ao recurso da Delta Construções S/A, destaca que o resultado do Acórdão em exame afeta diretamente à empresa contratada. Com isso, alerta que a combinação do disposto no artigo 121 com o § 3º do art. 116 do Regimento Interno deste Tribunal (RITCMSP), assegurada às partes em todas as etapas do processo a ampla defesa, razão pela qual, opina pelo acolhimento da alegação da recorrente neste ponto, a pela manutenção do julgado quanto às razões de mérito.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em alentado parecer de fls. 470/514, opina pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, também pelo provimento do recurso da empresa contratada em homenagem ao princípio constitucional do devido processo legal e às garantias que lhe são inerentes, reiterando a existência de ações judiciais visando à nulidade de decisões proferidas no âmbito desta E. Corte de Contas, com base nos mesmos fundamentos. Não obstante, afasta o argumento de decadência do direito de emitir determinações sancionatórias, destacando a existência do TC/000734/2014, que tem por objeto o estudo da matéria no âmbito deste Tribunal, ainda pendente de apreciação final. Quanto aos demais argumentos de ambos os recursos interpostos, ressalta que os mesmos não trouxeram fatos novos aptos a justificar o provimento dos Recursos.

Instada a se manifestar nos termos regimentais, a Procuradoria da Fazenda Municipal declara sua ciência do acrescido, e requer o provimento dos recursos.

Por sua vez, o Sr. Secretário-Geral, contrariando parecer precedente da I. Assessora opinante quanto o provimento da preliminar de nulidade processual, opina no sentido de que "a concessão à parte interessada do direito de apresentar defesa, apesar de ser conduta regimental, não pode ser confundida com a fase instrutória dos autos, onde os Auditores realizam diligências para a coleta de dados contábeis e financeiros, são ouvidas autoridades e reunidas as informações existentes sobre determinado procedimento administrativo." Com isso, afasta a preliminar de nulidade processual e, no mérito, opina pelo não provimento dos recursos, encerrando a instrução processual.

É o relatório.

VOTO

Trago a julgamento recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal às fls. 389/396 e pela empresa contratada Delta Construções S/A, fls. 417/445, contra o v. Acórdão proferido por esta Egrégia Corte em 11.07.2012, acostado às fls. 341/342, que julgou, à unanimidade, regular a Concorrência nº 03/SIS/COGEL/02, da qual derivou a Ata de Registro de Preços nº

68/SMSP/COGEL/2002, e irregular o Termo de Contrato nº 002/SPIQ/SF/2003, sem aceitação dos efeitos financeiros gerados pelo ajuste e aplicando multa ao Ordenador da Despesa e Signatário do contrato, dentre outras determinações.

Conheço dos recursos voluntários interpostos, posto que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 138 do Regimento Interno e no art. 46 da Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas.

De início, analiso a matéria apresentada em sede de preliminar pela empresa contratada DELTA CONSTRUÇÕES S/A, posto que prejudicial à análise de mérito dos recursos, e que merece enfrentamento pelo E. Tribunal Pleno, dada sua natureza constitucional.

A situação estampada no exame do caso concreto, semelhante àquela já apreciada por esta Corte quando do julgamento do TC/000482/2006 e do TC/000481/2006, evidencia que a Recorrente não foi intimada na fase processual instrutória, para efeito do exercício da ampla e prévia defesa, vindo a tomar conhecimento do quanto processado somente quando de sua intimação para conhecer do v. Acórdão de fls. 335/342, que julgou, à unanimidade, regular a Concorrência n° 03/SIS/COGEL/2002, da qual derivou a Ata de Registro de Preços 68/SMSP/COGEL/2002, e irregular o Contrato 002/SP-IQ/SF/2003, sem aceitação dos efeitos financeiros decorrentes, aplicando multa aos responsáveis, dentre outras determinações.

Conforme entendimento por mim já fixado naquela oportunidade, e com base nos pareceres exarados pela Auditoria, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Sra. Assessora opinante da Secretaria Geral, não há como afastar o entendimento de que o exercício da ampla defesa tem referência expressa no artigo 121 cc o § 3º do art. 116 do Regimento Interno deste Tribunal (RITCMSP), a par de ser um direito previsto constitucionalmente, enquanto garantia assegurada às partes em todas as etapas do processo, de forma que a oportunidade de apresentação de alegações de defesa ou justificativas de prática do ato deve ser concedida aos responsáveis tão logo apontada pelos órgãos técnicos, pela Procuradoria da Fazenda Municipal ou pela Secretaria Geral deste Tribunal, qualquer irregularidade ou ilegalidade (arts. 122 e 123 do Regimento Interno).

Esse é o entendimento que vem sendo firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em casos similares de decisões proferidas por esta Corte, a exemplo dos TCs 7756/1999, 5335/2002, 2359/2002, 7846/1999, dentre outros, bem como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

- Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes

administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. (RMS 28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 30.04.2014)

Desta feita, em que pesem os esforços do Sr. Secretário-Geral em argumentar no sentido de que, em sede de recurso, o interessado poderá promover as razões de defesa que entender cabíveis, assegurando-lhe, com isso, o direito constitucional da ampla defesa, reitero meu entendimento de que tal tese não encontra amparo constitucional, conforme recente jurisprudência invocada nesse voto.

Diante do exposto e reconhecendo que a oportunidade de oferecimento de defesa deve anteceder a decisão que sucede à instrução, **voto pelo provimento do recurso apresentado pela empresa Delta Construções S/A para o fim de acolher a preliminar de cerceamento de defesa** aduzida pela interessada e promover a anulação do julgado.

Por estas razões, em função do reconhecimento da ocorrência de nulidade, dou **por prejudicada a apreciação dos demais argumentos de mérito constantes dos recursos** interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Delta Construções S/A. E determino o refazimento da instrução processual para oportunizar à Delta Construções S/A o exercício do contraditório e ampla defesa como garantia constitucional.

Caso vencido na preliminar de nulidade do Acórdão recorrido, voto, quanto ao mérito, pelo não acolhimento da pretensão recursal.

Dê-se ciência do presente julgado a todos os interessados elencados no Acórdão original de fls. 341/342, encaminhando-se novo ofício com cópia da integra deste relatório, voto e Acórdão final.

Após os trâmites regimentais, arquivem-se os autos.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Conheço dos Recursos, uma vez que são tempestivos e preenchem os requisitos de admissibilidade.

Rejeito as Preliminares deduzidas pela empresa Recorrente e fundamento: Como sempre me manifesto e perfilho do entendimento exarado pelo Sr. Secretário Geral na análise destes Recursos, não vejo afronta ao exercício do contraditório e da ampla defesa da Recorrente por não ter sido chamada aos autos na fase instrutória, momento esse em que se apuram os dados

contábeis e financeiros do procedimento administrativo e se buscam as informações dos Agentes Públicos envolvidos sobre a questão analisada, sendo certo que, após o julgamento desta fase, a Recorrente foi devidamente intimada e pôde oferecer a sua defesa, sem qualquer prejuízo ao seu direito tutelado Constitucionalmente.

Rejeito, outrossim, a arguição de decadência, isto porque, o invocado fundamento legal disposto na Lei nº 9.784/99, artigo 54, tem abrangência em processo administrativo de âmbito Federal, ao passo que nesta Municipalidade, os processos administrativos são regidos pela Lei nº 14.141/06 e Decreto Municipal nº 51.714/10, cujo Decreto estabelece, em seu art. 106 que: "a Administração, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, anulará seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem inválidos, salvo se: I - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos, contados de sua produção; II – da irregularidade não resultar qualquer prejuízo; III - forem passíveis de convalidação". Sendo assim, considerando que o dispositivo legal invocado pela Recorrente tem viés diferente daquele aplicado pelo Município para esta finalidade, e que a competência para eventual anulação do ato é exclusiva da Administração Pública e não desta Corte de Contas, há que se rejeitar esta Preliminar, pois inaplicável à espécie.

No mérito, os Recorrentes não trouxeram qualquer elemento ou fundamentação nova que pudesse combater o V. Acórdão Recorrido.

Entretanto, considerando o tempo decorrido e o fato de não ter sido apurado danos ou prejuízos ao Erário, dou provimento parcial aos Recursos, apenas para aceitar os efeitos financeiros dos atos praticados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, mantendo-se o V. Acórdão nos demais itens.

É como voto.

1º Julgado

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 regular a Concorrência 03/SIS/COGEL/2002, da qual derivou a Ata de Registro de Preços 68/SMSP/COGEL/2002.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em julgar irregular o Termo do Contrato 002/SP-IQ/SF/2003, por ter sido firmado por preço superior àquele consignado na aludida ata de registro de preço, representando elevação do

valor na ordem de 26% (vinte e seis por cento), sem a necessária pesquisa de preço.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros gerados pelo ajuste.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em decorrência das irregularidades mencionadas, decorrentes da violação do disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, no artigo 34 do Decreto Municipal 41.772/02, no inciso III do artigo 5º do Decreto Municipal 31.819/92 e no artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, em aplicar ao Ordenador da Despesa e Signatário do contrato (folhas 24 e 44/49), a multa no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras – SMSP que, em futuras contratações, realize a prévia pesquisa de preços, mantendo-a devidamente atualizada e juntada aos autos do processo administrativo, consoante exige a legislação, bem como observe, rigorosamente, os critérios vigentes para a readequação de preços contratados ou registrados.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em atenção ao solicitado pelo Senado Federal, no Ofício 223/2012 – CPMI – Vegas, recebido neste Tribunal de Contas em 04/06/2012, em determinar a remessa de ofício ao Presidente da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada pelo Requerimento 1, de 2012-CN – destinada a investigar práticas criminosas do Senhor Carlos Augusto Ramos, conhecido como Carlinhos Cachoeira, encaminhando cópia reprográfica da íntegra do relatório e voto e do presente Acórdão.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício, dando ciência do inteiro teor do relatório e voto e do presente Acórdão ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, visando à adoção de providências que se mostrarem pertinentes, no âmbito de sua competência, com o arquivamento dos autos, após o cumprimento das formalidades legais.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de julho de 2012.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES
Relator.

RELATÓRIO

Trata o presente da análise da licitação na modalidade Concorrência nº **03/SIS/COGEL/2002**, realizada pela então denominada Secretaria de Implementação das Subprefeituras, da qual se originaram 03[2] (três) Atas de Registro de Preços, dentre as quais a de nº **68/SMSP/COGEL/2002**, figurando como detentora a empresa Delta Construções S/A para os Agrupamentos III, VII e VIII, respectivamente com Preços Unitários de R$ 116,01 (cento e dezesseis reais e um centavo), R$ 118,10 (cento e dezoito reais e dez centavos) e R$ 119,08 (cento e dezenove reais e oito centavos) (folhas 05/49).

Também em exame o Termo de Contrato **002/SP-IQ/SF/2003**, decorrente da supra referida Ata de Registro de Preços **68/SMSP/COGEL/2002**, celebrado pela **Subprefeitura Itaquera** com a empresa **Delta Construções S.A.**, objetivando a execução de serviços de conservação de pavimentos viários mediante fornecimento e aplicação de concreto asfáltico e pintura de ligação, com uma frente de trabalho, por um período de 08 (oito) meses, no valor de R$ 540.252,00 (quinhentos e quarenta mil e duzentos e cinquenta e dois reais) (folhas 166/167).

O procedimento licitatório e o ajuste, acima mencionados, foram analisados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, gerando relatórios individuais conclusivos pela regularidade do certame, quanto ao aspecto contábil/orçamentário e legal.

No tocante ao Contrato, a Auditoria reputou-o irregular, tendo em vista a falta de realização de pesquisa de mercado, infringindo o determinado no artigo 34[3] do Decreto Municipal nº 41.772/02, observando que, embora o preço unitário para o Agrupamento VIII, consignado na Ata de Registro de Preço tenha sido o de R$ 119,08 (cento e dezenove reais e oito centavos), o contratado foi de R$ 150,07 (cento e cinquenta reais e sete centavos), com base na Deliberação nº 03/2003, da Comissão Municipal de Controle de Preços para Materiais e Serviços – COMPREMS (fl. 146, 176/180).

---

[2] ATAS assinadas por Jilmar Augustinho Tatto: ARP 68/2002 – Contratada: Delta Construções S.A. (fls. 79/93); ARP 69/2002 – Contratada: Potenza Engenharia e Construção Ltda. (fls. 100/115); e ARP 72/2002 – Contratada: S.A. Paulista de Construções e Comércio (fls. 132/145)

[3] **Art. 34** - A celebração dos contratos decorrentes das atas de registro de preços deverá ser precedida de prévia pesquisa de preços, que revele a conveniência da contratação, na forma do artigo 4º deste decreto.

Oficiada para apresentar esclarecimentos acerca da irregularidade apontada, a Subprefeitura Itaquera encaminhou três propostas para a execução dos serviços contratados, datadas de novembro de 2002 e com validade entre 30 (trinta) e 60 (sessenta) dias, justificando que, por um lapso, encontravam-se arquivadas na pasta, cópia do correspondente processo administrativo (folhas 187/192).

Analisando as referidas cotações de preços, a Especializada manteve a conclusão pela irregularidade do contrato em questão, alterando, entretanto, a fundamentação legal para constar a inobservância do disposto no artigo 28 do Decreto Municipal nº 41.772/02, em razão da não contratação pelo menor preço revelado na pesquisa de mercado, no caso, R$ 128,43 (cento e vinte e oito reais e quarenta e três centavos) (folha 190; folhas 196/197).

Ao manifestar-se nos autos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo compartilhou do entendimento exposto pela Área de Fiscalização, no sentido da irregularidade da contratação, ponderando, todavia, que embora caracterizada a sua antieconomicidade, mereceria análise técnica por Engenheiro deste Tribunal de Contas (folhas 199/205).

Nessa fase, foi intimado o Ordenador da Despesa[4] para fins de apresentar defesa, que justificou estarem as cotações de preços com suas validades vencidas à época da contratação, acrescido do fato de haver alteração posterior quanto à quantidade do produto e aos valores, bem como ter sido publicada a Deliberação nº 03, pela Comissão Municipal de Controle de Preços para Materiais e Serviços – COMPREMS, adequando "os preços às atuais condições do mercado" (folhas 211/246).

Em nova manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle entendeu que a documentação trazida pela defesa não justificava a contratação do objeto por preço maior do que aquele revelado na pesquisa de preço, mantendo, assim, sua conclusão quanto à irregularidade do contrato em exame, aliado ao fato da pesquisa de mercado não constar do Processo Administrativo, com a devida referência ao número deste e das folhas correspondentes, desrespeitando, por analogia, procedimento previsto no artigo 38[5] da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12[6] do Decreto Municipal nº 41.772/02 (folhas 250/251).

---

[4] Antonio Edson Ferrão – Subprefeito de Itaquera (folhas 153 – 156 e 166/167)

[5] **Art. 28** - O registro de preços, elaborado na forma do artigo 27 deste decreto, será obrigatoriamente utilizado por todos os órgãos municipais da administração direta, salvo quando a contratação revelar-se antieconômica ou quando houver necessidade específica devidamente justificada. **Parágrafo único** - Na hipótese de a utilização do registro revelar-se antieconômica, a secretaria interessada deverá comunicar o fato ao gerenciador da ata.

[6] **Art. 12** - Nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, deverá ser autuado processo especial, visando à formalização da contratação direta, mediante a perfeita caracterização da exceção prevista em lei, fundamentadas razões para escolha do contratado e justificativa do preço.

Retornando os autos à Área Jurídica para análise da documentação adicionada, reiterou-se o posicionamento quanto à irregularidade do ajuste (folhas 253/258).

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pela regularidade do contrato, visto que não ficou devidamente registrado qualquer prejuízo ao erário, propondo que fosse relevada a impropriedade formal apontada, com recomendação à Origem para a estrita observação da legislação (folhas 260/264).

Encaminhados os autos à Secretaria Geral, esta acompanhou os Órgãos Técnicos e a Assessoria Jurídica de Controle Externo, entendendo que a contratação foi efetuada fora dos parâmetros de mercado, motivo pelo qual opinou pelo não acolhimento do ajuste, deixando ao elevado critério do Relator as recomendações e determinações julgadas cabíveis, à vista das ressalvas apontadas no tocante à falta de economicidade do preço pactuado (folhas 266/268).

Determinada a análise técnica do valor contratado, a Coordenadoria III constatou que a readequação procedida no preço registrado na Ata levou em consideração a majoração de preço dos derivados de petróleo ocorrida a partir da data de apresentação das propostas, não havendo, entretanto, evidências disponíveis que possibilitassem afirmar que a contratação tenha sido antieconômica.

Finalizou sua manifestação concluindo que permanecia a irregularidade da contratação devido à falta de juntada, ao respectivo processo administrativo, das pesquisas de mercado e também por não ter sido realizada nova pesquisa, quando expirado o prazo de validade daquelas apresentadas (folhas 271/317).

A Área Jurídica entendeu pela irregularidade do ajuste, pois não fora realizada pesquisa de mercado, tal qual exige o artigo 34[7] do Decreto Municipal nº 41.772/02, ressaltando que a ausência de evidências disponíveis, que impedem a afirmação de que a contratação tenha sido antieconômica, não afasta a desídia da Administração na adoção de procedimentos preliminares à contratação por meio da Ata de Registro de Preços. Quanto à Concorrência nº 03/2002, opinou pelo seu acolhimento (folhas 321/323).

O Órgão Fazendário reiterou sua manifestação de folhas 260 a 264, acrescentando às suas razões a conclusão da Especializada, interpretando que o valor adotado na contratação não foi antieconômico, propugnando pela regularidade de ambos os atos em análise (folhas 327/329).

Finalizando a fase de instrução, a Secretaria Geral reiterou seu pronunciamento precedente, no qual se posicionou pelo não

[7] **Art. 34 -** A celebração dos contratos decorrentes das atas de registro de preços deverá ser precedida de prévia pesquisa de preços, que revele a conveniência da contratação, na forma do artigo 4º deste decreto.

acolhimento do ajuste; todavia, em face dos elementos acrescidos a este processo, sugeriu que fossem aceitos os efeitos financeiros decorrentes do contrato[8] (folhas 331/332).

VOTO

O Subprefeito de Itaquera, em 29/01/2003, proferiu despacho autorizando a contratação dos serviços especificados na Ata de Registro de Preços 68/SMSP/COGEL/2002, que consignava o preço unitário de R$ 119,08 (cento e dezenove reais e oito centavos) (folha 153).

Tal despacho foi retificado em 18.02.2003, para:

(1) diminuir de 02 (duas) para 01 (uma) frente de trabalho;

(2) reduzir o trabalho de 09 (nove) meses para 08 (oito) meses;

(3) excluir parte do total de material de 5.148 (cinco mil e cento e quarenta e oito) toneladas para 3.600 (três mil e seiscentas) toneladas;

(4) elevar o preço unitário de R$ 119,00 (cento e dezenove reais) para R$ 150,07 (cento e cinquenta reais e sete centavos), com base na Deliberação nº 03 expedida pela Comissão Municipal de Controle de Preços para Materiais e Serviços – COMPREMS; e,

(5) alterar o valor total inicial de R$ 613.023,84 (seiscentos e treze mil, vinte e três reais e oitenta e quatro centavos) para R$ 540.252,00 (quinhentos e quarenta mil e duzentos e cinquenta e dois reais), resultante da diminuição de quantitativo e elevação do preço unitário.

O valor de R$ 150,07 (cento e cinquenta reais e sete centavos), por tonelada, adotado no contrato em exame, celebrado em 18/03/2003, teve por fundamento a referida Deliberação nº 03, publicada no Diário Oficial do Município no dia 17/01/2003 que, citando, expressamente, a Ata de Registro de Preços nº 68 em foco, deliberou readequar os preços às então condições de mercado, com base na variação do preço do produto, observado o diferencial apurado à época da licitação e a participação dos insumos no preço final.

[8] Com base diante do parecer exarado pela Coordenaria III, no qual considerou que as evidências disponíveis não permitem concluir pela antieconomicidade do valor contratado.

Entretanto, o valor deliberado pela COMPREMS não poderia ser aplicado de forma linear, consoante estabelece o inciso III do artigo 5º do Decreto Municipal nº 31.819/92, vigente à época da contratação e, posteriormente, revogado pelo Decreto nº 49.286/08.

Com efeito, esse dispositivo dispunha que "*o resultado da pesquisa não será necessariamente aplicado aos preços vigentes, devendo sempre ser mantidos os descontos, prazos, marca do produto e demais condições e especificações constantes da proposta da empresa, na ocasião da lavratura dos contratos ou das atas de registro de preços*."

E a própria Ata de Registro de Preços[9], na cláusula 3.2.1.1, determinava as condições para que fosse considerada a readequação de preços com base na análise da mencionada Comissão Municipal, que servia para a definição do "quantum" a ser repassado. Deveria ser considerado o diferencial inicial da proposta em relação ao mercado à época da licitação, em face dos preços atuais de mercado, mantidos os demais insumos integrantes do preço do material fornecido por ocasião da assinatura da Ata de Registro de Preços pela detentora.

Consoante demonstrado no curso da instrução deste processo, a Origem não considerou os fatores acima, eis que deixou de proceder à pesquisa de mercado à época da contratação, conforme determina o artigo 34 do Decreto nº 41.772/02 e de aplicar a fórmula indicada tanto no Decreto nº 31.818/92 quanto na citada Ata, necessária para se apurar o "quantum" a ser transferido ao preço contratado, pois, o valor apurado pela COMPREMS é um balizador e não valor absoluto que, obrigatoriamente, deva ser adotado.

Ademais, as pesquisas apresentadas pela Subprefeitura Itaquera, com seu prazo de validade vencido, reforçam a necessidade de diligenciar-se, ao tempo da celebração do contrato, a renovação da consulta de preços de modo a aferir a observância ao princípio da economicidade.

---

[9] Ata de Registro de Preços nº 68/2002 – cláusulas:
3.2: *"O preço registrado poderá ser alterado mediante adequação, pela DGS/COMPREMS, do preço da parcela correspondente ao material a ser fornecido, observadas as seguintes condições:*
3.2.1 – Para os insumos derivados de petróleo (parcela B da planilha de composição de custos) serão obedecidas as normas vigentes para os produtos da espécie no âmbito do governo federal que autorizam a variação de preços, podendo o preço:
3.2.1.1. – Ser majorado mediante pedido da detentora devidamente acompanhado da tabela de preços da Unidade Produtora que comprove o aumento autorizado pelo Governo Federal e análise da DGS/COMPREMS do reflexo do aumento da matéria prima, a fim de definir o "quantum" a ser repassado, mantido o diferencial inicial da proposta em relação ao mercado à época da licitação, em face dos preços atuais de mercado, mantidos os demais insumos integrantes do preço do material fornecido por ocasião da assinatura da Ata de Registro de Preços pela detentora.
(...)"
Quanto à validade dos preços readequados pela COMPREMS, a cláusula 3.2.3. da mesma Ata de Registro de Preços, estabelece que: "*o novo preço dos insumos só será válido para efeito de alteração do preço registrado, após a publicação no DOM (Diário Oficial do Município), retroagindo à data da formulação do pedido pela detentora, para efeito dos serviços prestados entre a data de tal pedido e da publicação, ou ao momento da constatação de eventual redução de preços*."

Assim, a mera substituição do valor unitário constante na Ata de Registro de Preços, pelo da Comissão de Controle de Preços, a título de majoração do valor dos insumos, sem a devida pesquisa de mercado, além de infringir os dispositivos legais acima declinados, também violou de forma flagrante o mandamento constitucional contido no inciso XXI (vinte e um) do artigo 37 da Constituição Federal, prevendo que a contratação deve conter cláusulas que estabeleçam as obrigações de pagamento, "*mantidas as condições efetivas da proposta*".

Outra impropriedade persiste no procedimento da Origem, ao deixar de juntar, ao respectivo processo administrativo, as pesquisas de mercado apresentadas, pois, mesmo caducas, deveriam estar devidamente encartadas e numeradas, tal qual exige o artigo 38[10] da Lei Federal nº 8.666/93, assim comentado por Marçal Justem Filho[11]:

> *"A autuação, o protocolo e a numeração destinam-se a assegurar a segurança e confiabilidade da atividade administrativa. A documentação por escrito e a organização dos documentos em um único volume asseguram a fiscalização e o controle da legalidade do procedimento."*

Em igual sentido a preleção da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha[12], ao discorrer sobre os princípios que norteiam o processo administrativo :

> *"O processo administrativo é que estampa a responsabilidade administrativa e permite que o exercício dessa atividade seja controlada em sua juridicidade e em sua legitimidade, pelo que não pode se dar o seu desempenho de maneira informal".*

Dessa forma, resta patente que a autuação incorreta do processo administrativo desvirtuou-se da legislação de regência, configurando um fator a mais a macular a contratação em exame.

Em assim sendo, com base nos pareceres proferidos pelos Órgãos Técnicos e pela Secretaria Geral, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, JULGO REGULAR a Concorrência 03/SIS/COGEL/2002, da qual derivou a Ata de Registro de Preços (ARP) 68/SMSP/COGEL/2002 e IRREGULAR o Termo de Contrato 002/SP-IQ/SF/2003, por ter sido firmado por valor superior

---

[10] **Art. 38** – O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[11] In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Dialética – 13ª ed. 2009 - p. 500

[12] In "Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro" – Revista de Direito Administrativo – RDA nº 209 (julho/setembro-1997) - p. 201 – Ed. Renovar – Fundação Getúlio Vargas

àquele consignado na aludida Ata de Registro de Preço, representando elevação do valor na ordem de 26%[13] (vinte e seis por cento), sem a necessária pesquisa de mercado.

Por conseguinte, não aceito os efeitos financeiros gerados pelo contrato em julgamento.

E, em decorrência das irregularidades acima mencionadas, decorrentes da violação do disposto no inciso XXI[14] do artigo 37 da Constituição Federal, no artigo 34 do Decreto nº 41.772/02, no inciso III do artigo 5º[15] do Decreto Municipal nº 31.819/92 e no artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93, APLICO ao Ordenador da Despesa e Signatário do Contrato[16] (folhas 24 e 44/49) a multa de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), nos termos do inciso II do artigo 52[17] da Lei Municipal nº 9.167/80.

DETERMINO à Origem para que, em futuras contratações, realize a prévia pesquisa de preços, mantendo-a devidamente atualizada e juntada aos autos do processo administrativo, consoante exige a legislação, bem como observe, rigorosamente, os critérios vigentes para a readequação de preços contratados ou registrados.

Em atenção ao solicitado pelo Senado Federal, no Ofício nº 223/2012 – CPMI-Vegas, recebido neste Tribunal de Contas, em 04/06/2012, OFICIE-SE ao **Presidente[18] da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito[19]**, *"criada pelo Requerimento nº 1, de 2012-CN – destinada a investigar práticas*

---

[13] Preço unitário da ARP: 119,08 . Preço unitário do Contrato: R$ 150,07 (150,07: 119,08 = 26,02%)
Considerando a quantidade de 3.600 toneladas, de acordo com a ARP o valor contratual seria de R$ 428.688,00 e não o de R$ 540.252,00

[14] **Artigo 37** – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(....)
XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[15] ***Art. 5º*** **-** Na atualização dos preços contratados, que se fará pelos padrões do mercado, serão observados os seguintes procedimentos:
III – O resultado da pesquisa não será necessariamente aplicado aos preços vigentes, devendo sempre ser mantidos os descontos, prazos, marca do produto e demais condições e especificações constantes da proposta da empresa, na ocasião da lavratura dos contratos ou das atas de registro de preços;

[16] Ordenador da Despesa: Antonio Edson Ferrão – Subprefeito de Itaquera

[17] **Art. 52** - As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções:
I **-** Advertência.
II - Multa.

[18] Senador Vital do Rêgo

[19] "*Criada pelo Requerimento nº 1, de 2012-CN – Destinada a investigar práticas criminosas do Senhor Carlos Augusto Ramos, conhecido como Carlinhos Cachoeira, desvendadas pelas operações "Vegas" e "Monte Carlo", da Polícia Federal, nos termos que especifica*"

criminosas do Senhor Carlos Augusto Ramos, conhecido como Carlinhos Cachoeira", encaminhando cópia reprográfica da íntegra do relatório, do voto e do Acórdão a ser proferido pelo Pleno, no presente feito.

Expeça-se OFÍCIO, dando ciência do inteiro teor deste voto e da decisão a ser prolatada pelo Pleno:

1 – ao Senhor Prefeito do Município de São Paulo; e

2 – ao Ministério Público do Estado de São Paulo, visando à adoção de providências que se mostrarem pertinentes, no âmbito de sua competência.

Cumpridas as formalidades legais, ARQUIVEM-SE os autos.