ACO-UTR-115/2024

Processo	-	TC/005814/1996
Recorrente	-	Procuradoria da Fazenda Municipal
Objeto	-	Recurso interposto em face do V. Acórdão de 08/05/2015 – Secretaria Municipal de Habitação e Construtora Beter S.A. – Execução de obras de urbanização de favelas e de unidades habitacionais e de serviços complementares de acompanhamento social nas favelas: Jardim Manacás, Parque São José I e II, Vinte, Dezenove, Vila Rubi e Nova Guarapiranga – Lote II-A

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSO. PFM. SEHAB. Obras de urbanização de favelas e de unidades habitacionais e serviços complementares. Decisão que julgou irregulares os ajustes por apresentação de projeto básico inadequado, preços excessivos e sem justificativas. 1. Decorridos mais de cinco anos do marco interruptivo consubstanciado na decisão condenatória recorrível. Na data do julgamento, já havia transcorrido prazo superior a cinco anos a partir do marco interruptivo anterior. Art. 2º, art. 5º, II e IV, art. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. Art. 487, II, art. 15, CPC/2015. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, 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, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, e julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 12, parágrafo único do mesmo Diploma Legal.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia 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 desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

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

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/smv

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 04/04/2024 10:09:56 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 04/04/2024 14:02:49 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

48ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 5814/1996- Recurso - Análise

Objeto: Execução de obras de urbanização de favelas e de unidades habitacionais e de serviços complementares de acompanhamento social nas favelas: Jardim Manacás, Parque São José I e II, Vinte, Dezenove, Vila Rubi e Nova Guarapiranga - Lote II-A.

Interessadas: Secretaria Municipal de Habitação e Construtora Beter S.A.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

Relatório

Cuidam os autos, **nesta fase**, de **Recurso Ordinário** interposto pela **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 36 – fls. 13/23), em face do v., publicado no DOC de 8-5-2015, que decidiu, à unanimidade, julgar irregular o Termo de Aditamento 14/00 e, por conseguinte, os TAs 15/00 e 16/01, bem como o Termo de Retirratificação 1/01, referente à Execução de obras de urbanização de favelas e de unidades habitacionais e de serviços complementares de acompanhamento social nas favelas Jardins Manacás, Parque São José I e II, Vinte, Dezenove, Vila Rubi e Nova Guarapiranga, que compõem o lote II-A, nestes termos (peça 36 – fls. 3-4):

> *"(...) ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, consoante voto proferido em separado, em julgar irregular o Termo de Aditamento 14º/00, e, por sucessão, os TAs 15º/00 e 16º/01, bem como o Termo de Retirratificação 1º/01, tendo em vista que, no tocante ao 14º TA, de 4 de setembro de 2000:*
> *- a instrução processual revelou que o acréscimo foi decorrente da utilização de um projeto básico que não refletia a situação do local à época da licitação;*
> *- no caso do transporte de material saturado para bota-fora, o preço aprovado é excessivo e não há justificativa técnica para a sua aceitação, evidenciando que o valor aprovado de R$ 2,27/m³ km é cerca de 75% maior, em comparação com o preço unitário constante da Tabela da Secretaria de Vias Públicas;*
> *- no que se refere ao transporte de terra acima de 22 km, o preço deveria ser menor ou, no máximo, igual ao preço para transporte até 21 km, ou seja, R$ 0,93/m³ km, mas nunca R$ 1,71, conforme se verificou.*
> *ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor e MAURÍCIO FARIA, em não aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes e em determinar à Secretaria Municipal de Habitação – Sehab que adote providências no sentido do ressarcimento ao erário do valor medido a maior, no montante de R$ 1.903.671,99 (um milhão, novecentos e três mil, seiscentos e setenta e um reais e noventa e nove centavos), devidamente atualizado.*

Vencido, neste tópico, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que aceitou os efeitos financeiros produzidos.
ACORDAM, também, à unanimidade, em deixar de apenar os responsáveis à época, em razão do tempo decorrido.
ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à 4ª Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, encaminhando-se cópia deste Acórdão, em atendimento ao pedido formulado nos autos.
ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que se oficie às partes, para conhecimento, e, em seguida, que se arquivem estes autos".

Devidamente oficiadas e intimadas a Construtora Beter S.A. e a Secretaria Municipal de Habitação deixaram transcorrer *in albis* o prazo para interpor recurso.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal**, em suas razões recursais (peça 36 – fls. 13/23):

"(...) A Fazenda (...) entende (...) que a R. Decisão prolatada merece ser reformada, pois a existência de divergência técnica (adoção de critérios e premissas igualmente válidas) entre AUD e a Origem não autoriza o decreto de mácula tão gravosa quanto o julgamento de irregularidade.
(...) vale destacar que as manifestações de D. AJCE (fls. 2052) e do Ilustre Secretário-Diretor Geral (fls. 2085) sugeriram o acolhimento dos efeitos financeiros em nome do princípio da segurança jurídica.
Tais pareceres não passaram desapercebidos ao Nobre Conselheiro Domingos Dissei, que em seu voto destacou que os prejuízos ao erário apontados por AUD são meramente hipotéticos e, em consequência, aceitou os efeitos financeiros (fls. 2150/2151).
*'(...) Apesar de discordar da composição dos preços unitários, **a Especializada não adentrou na apreciação do mérito dos valores**.*
*(...) As planilhas que serviram de base para a análise formal referem-se à quantificação de serviços ainda não executados à época, isto é, apenas uma **quantificação** estimada, portanto, somente com indicação de uma potencialidade capaz de gerar prejuízos, mas **sem a devida comprovação do valor apontado como líquido e certo a ser devolvido aos cofres públicos,** partindo-se de uma mera **análise** formal baseada em **condicionais**.*
Ressalto que, somente por intermédio da análise da execução contratual e das respectivas medições seria possível apurar se houve ou não pagamento indevido à contratada, com o consequente julgamento pela devolução de tais valores [ao] *Erário'.*
(...) merece a especial atenção desta C. Corte de Contas o tempo decorrido desde a contratação (datada do ano 2000): já se passaram quase 15 (quinze) anos.
(...) requer a Fazenda, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, a reforma parcial do R. Julgado, para que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, nos termos do voto em separado exarado pelo Nobre Conselheiro Domingos Dissei".

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle manifestou-se quanto ao apelo da Fazenda, opondo-se aos argumentos de que se poderia afastar as irregularidades e impropriedades indicadas no relatório, mas acolheu a alegação de que o valor a ser ressarcido ao Erário deveria ser revisto (peça 36 – fls. 30/33).

Na primeira oportunidade de se manifestar nesta fase recursal, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (peça 36 – fls. 36/43) acompanhou as conclusões da Auditoria (mantendo-se as irregularidades) e, em consideração aos apontamentos do Nobre

Conselheiro Domingos, aos princípios de segurança e estabilidade das relações jurídicas, à jurisprudência desta E. Corte de Contas, em específico ao R. Julgado no TC nº 72.001.1734.06-20 e ao tempo decorrido, opinou de forma conclusiva:

> *"pelo parcial provimento dos apelos da Recorrente com o propósito de aceitar os efeitos financeiros dos ajustes".*

Diante da questão pendente quanto ao valor a ser devolvido aos cofres públicos, o então Conselheiro Relator requisitou à Coordenadoria VI a indicação precisa dos referidos valores, considerando as irregularidades acolhidas no V. Acórdão. E as conclusões do relatório da Especializada foram as seguintes:

> *"o valor a ser ressarcido à Municipalidade, em face das irregularidades apontadas por esta Auditoria e acolhidas pelo Plenário no Acórdão de fls. 2152-2154, é de R$ 1.739.080,04 (um milhão, setecentos e trinta e nove mil, oitenta reais e quatro centavos), valor na data base de 01.08.1995".*

Novamente instada a manifestar-se, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (peça 36 – fls. 180/184) sopesou os próprios argumentos anteriores, diante do relatório da Auditoria, alterando suas conclusões mediante os seguintes termos:

> *"(...) no que tange ao montante a ser devolvido aos cofres públicos, considerando a conclusão alcançada por AUD às fls. 2298/2301, quanto ao mérito, retifico, s.m.j., o meu posicionamento anteriormente alcançado de 'parcial provimento dos apelos da Recorrente com o propósito de aceitar os efeitos financeiros dos ajustes', para então opinar pela 'improcedência dos apelos da Procuradoria da Fazenda Municipal, devendo ser mantido o V. Acórdão guerreado por seus próprios e jurídicos fundamentos" (grifos conforme original).*

Em complemento, a Assessora Subchefe de Controle Externo, em sede de conclusão:

> *(...) em sede de Inspeção (fls. 2298/2301), (...) concluiu a especializada 'que o valor a ser ressarcido à Municipalidade, em face das irregularidades apontadas por esta Auditoria acolhidas pelo Plenário no Acórdão de folhas 2152/2154, é de R$ 1.739.080.04 (um milhão, setecentos e trinta e nove mil, oitenta e quatro reais e quatro centavos), valor na data base de 01.08.1995' (fl. 2300,vº), o que constata, desde logo, o prejuízo suportado pela Administração (grifos nossos).*
> *(...) opino, pelo parcial provimento do recurso em análise para a reforma do V. Acórdão em tela com a mudança do valor a ser ressarcido ao Erário de R$ 1.903.671,99 para R$ 1.739.080,04, sugerindo, ainda, a intimação da Origem, da contratada, dos responsáveis, para conhecimento e manifestação acerca do referido valor obtido em sede de Inspeção.*
> *Ante todo o exposto, opino pelo conhecimento do Recurso interposto e, no mérito, opino pelo seu parcial provimento, para que seja alterado o valor constante no V. Acórdão recorrido de R$ 1.903.671,99 para R$ 1.739.080.04, mantendo-o quanto às irregularidades e à não aceitação dos efeitos financeiros por seus próprios fundamentos" (grifos e destaques nossos).*

A Procuradoria da Fazenda Municipal, alicerçada no princípio insculpido no art. 1.013 do Código de Processo Civil, de que não pode a parte "impugnar senão aquilo que foi decidido na sentença, nem cabe à instância '*ad quem*' inovar a causa, com invocação de outra '*causa petendi*'", referindo-se ao "superveniente 'Relatório de Inspeção' produzido por AUD em cumprimento à ordem de serviço nº 2016.08.852.9, entendeu que:

> *"Claramente o referido estudo abordou questões novas, que não haviam sido discutidas anteriormente pelas partes, adentrando inclusive em seara atinente à execução do contrato (análise de medições, por exemplo) e alcançando, para o suposto 'prejuízo', um novo valor baseado em novas premissas e elementos.*
> *(...) Caso essa E. Corte de Contas opte por levar em conta (...) os novos elementos trazidos por AUD), (...) a futura decisão padecerá de vício insanável, comprometendo a higidez do eventual título executivo originado a partir dela.*
> *(...) requer este órgão fazendário, alternativamente, seja o julgamento convertido em diligência para que, à luz da ponderação trazida pela D. AJCE às fls. 2307, seja preliminarmente determinada a intimação da Origem, da contratada e dos responsáveis a fim de que, em cumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, manifestem-se sobre o novo relatório de AUD (fls. 2298/2301)".*

Após, na medida em que a Origem deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação, a Secretaria Geral foi instada a manifestar-se, tendo acompanhado os pareceres finais dos Órgãos Técnicos de E. Tribunal, mas divergido do que restou apontado pela Procuradoria da Fazenda Municipal, sob esta dicção:

> *"(...) acompanho os órgãos técnicos deste E. Tribunal, ao entenderem que, de fato, assistia razão à PFM, no sentido de que o valor que deveria ser ressarcido ao erário estabelecido no V. Acórdão havia sido calcado na análise dos TA's e não nas medições dos serviços, efetivamente executados (fl.2.173vºe 2.178/2178vº).*
>
> *(...) ante as observações realizadas pela Procuradoria da Fazenda Municipal em seu recurso ordinário a fl. 2.158/2.168, cumpre arredar, incontinenti as argumentações a fl. 2.309/2.311.*
> *Foi, exatamente em face das observações realizadas pelo Órgão Fazendário que a Especializada diante da r. determinação a fl. 2.180, através do relatório de inspeção não inovou e, tampouco, trouxe matéria nova.*
> *Ao revés, as matérias analisadas restaram todas calcadas no PA n.1995.0.008.320.5 concernente ao contrato n. 12/96-SEHAB, sendo certo, inclusive que as 79 medições eram relativas ao contrato retronomeado, bem assim as notas fiscais e autorizações, sublinhando-se, outrossim, que os TA's eram acessórios daquele contrato, todos imbicados entre si, sem qualquer inovação como fora alegado pela PFM.*
> *Reitero que a atuação deste E. Corte de Contas se pautou pela processualidade, ou seja, por meio do processo administrativo.*
> *Nele, importa buscar a verdade real, o que autoriza esta E. Corte de Contas a perseguir a verdade que resulta, efetivamente dos fatos que a constituíram.*
> *Nessa senda, em atenção, portanto, ao princípio da verdade material e da oficialidade, na qual se fundamentam/ justificam a busca do interesse público. Nesse sentido, entendo que não é somente possível, porém, devido que este E. Tribunal apure os valores que deverão ser devolvidos ao erário, dada a ocorrência de prejuízo já constatado.*
> *(...) no que respeita ao montante do valor a ser devolvido, o recurso merece provimento, motivo por que opino pelo parcial provimento, acompanhando a conclusão da AJCE a fl. 2.307, quanto à alteração do valor constante do V. Acórdão recorrido de R$ 1.903.671,99 para R$ 1.739.080,04, bem como a mantença de seus efeitos financeiros".*

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023 que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte,

seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral.

Em face desta normatização, tornou-se direito subjetivo do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de ofício em qualquer fase do processo.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peça 45, entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda municipal e pela Secretaria Geral desta corte de contas.

É o Relatório.

VOTO

Cuidam os autos, nesta fase, de Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 2159/2168) em face do v. Acórdão de fls. 2152-2153, publicado no DOC de 8-5-2015, p. 101, que decidiu, à unanimidade, julgar irregular o Termo de Aditamento 14/00 e, por conseguinte, os TAs 15/00 e 16/01, bem como o Termo de Retirratificação 1/01, referente à Execução de obras de urbanização de favelas e de unidades habitacionais e de serviços complementares de acompanhamento social nas favelas Jardins Manacás, Parque São José I e II, Vinte, Dezenove, Vila Rubi e Nova Guarapiranga, que compõem o lote II-A.

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.*"[1]

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*."[2]

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

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[2] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.

> *"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."*[3]

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 imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[4] 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 (...)"*[5]

Historicamente no tema 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***

[3] 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.
[4] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[5] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> ***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.

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[6], 897[7], 899[8] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do art. 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)

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 art. 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

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

é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante 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.)

Este entendimento não pode se manter, todavia, 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.)

Todavia, 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[9], com efeito *erga omnes,* que determinou

[9] 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.

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.

Antes da referida ADI a jurisprudência do STF já vinha se posicionando neste sentido como pode se verificar 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*

(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)

> *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 se tornou 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 de Controle Externo na peça 45 dos autos *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, no que se referee às Análises dos Termos de Aditamento nº 14, nº 15 e nº 16, verificamos que, do último marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, em 12.11.14 (fl. 2153 da peça 36) até a presente data, decorreram mais de "5" anos (art. 5º, caput, inciso IV da Resolução 10/2023). Observo que, na data do julgamento, já havia transcorrido prazo superior a "5" anos a partir do marco interruptivo anterior, a manifestação da Auditoria após a defesa, em 29.08.02 (fls. 2063/2072 da peça 35), de acordo com o art. 5º, caput, inciso III, c/c art. 6º, caput, inciso I, da Resolução 10/2023. No que se refere à Inspeção realizada nos autos, não verificamos marco interruptivo após o marco inicial, consubstanciado na Síntese de Relatório de Inspeção, em 24.08.16 (fl. 2301 da peça 36), definida no art. 4º, caput, inciso III, da Resolução 10/2023."*

Frise-se que quanto no caso vertente, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral acompanharam a Assessoria Jurídica de Controle Externo 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[10] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[11] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[12] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[13] 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

[10] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.
[11] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[12] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[13] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:52:10 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72.005.814.96-65

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS E DE RETIRRATIFICAÇÃO. SEHAB. Obras de urbanização de favelas e de unidades habitacionais. Serviços complementares de acompanhamento social em favelas. Projeto básico inadequado. Preços excessivos e sem justificativas. IRREGULARES. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

2.777ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI, após vista que lhe fora concedida na 2.747ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, consoante voto proferido em separado, em julgar irregular o Termo de Aditamento 14º/00, e, por sucessão, os TAs 15º/00 e 16º/01, bem como o Termo de Retirratificação 1º/01, tendo em vista que, no tocante ao 14º TA, de 4 de setembro de 2000:

– a instrução processual revelou que o acréscimo foi decorrente da utilização de um projeto básico que não refletia a situação do local à época da licitação;

– no caso do transporte de material saturado para bota-fora, o preço aprovado é excessivo e não há justificativa técnica para a sua aceitação, evidenciando que o valor aprovado de R$ 2,27/m³ km é cerca de 75% maior, em comparação com o preço unitário constante da Tabela da Secretaria de Vias Públicas;

– no que se refere ao transporte de terra acima de 22 km, o preço deveria ser menor ou, no máximo, igual ao preço para transporte até 21 km, ou seja, R$ 0,93/m³ km, mas nunca R$ 1,71, conforme se verificou.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor e MAURÍCIO FARIA, em não aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes e em determinar à Secretaria Municipal de Habitação – Sehab que adote providências no sentido do ressarcimento ao erário do valor medido a maior, no montante de R$

1.903.671,99 (um milhão, novecentos e três mil, seiscentos e setenta e um reais e noventa e nove centavos), devidamente atualizado.

Vencido, neste tópico, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que aceitou os efeitos financeiros produzidos.

ACORDAM, também, à unanimidade, em deixar de apenar os responsáveis à época, em razão do tempo decorrido.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à 4ª Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, encaminhando-se cópia deste Acórdão, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que se oficie às partes, para conhecimento, e, em seguida, que se arquivem estes autos.

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

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de novembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Objeto: O processo TC nº 72.005.814.96-65 cuida do Contrato nº 12/96/SEHAB/Guarapiranga, firmado entre a Prefeitura de São Paulo e a Construtora Beter S/A, pelo valor de R$ 8.099.999,94 (oito milhões, noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa e quatro centavos), data base agosto de 1995.

O objeto consiste na execução de obras de urbanização de favelas e de unidades habitacionais e de serviços complementares de acompanhamento social nas favelas Jardim Manacás, Parque São José I e II, Vinte, Dezenove, Vila Rubi e Nova Guarapiranga - que compõem o Lote II-A.

Destaca-se que o Contrato, o Termo de Retirratificação ao Contrato, os primeiros treze Termos de Aditamento e o Termo de Retirratificação ao 7º Termo Aditivo já foram julgados e acolhidos por este Tribunal.

Nesta fase processual, analisam-se os Termos de Aditamento de números 14, 15 e 16 ao mencionado contrato.

A Divisão Auditora, ao proceder à análise do 14º Termo de Aditamento, concluiu pela regularidade formal do instrumento sob exame, entretanto, constatou um acréscimo de 84,56 % (oitenta quatro vírgula cinquenta e seis por cento), solicitando parecer jurídico sobre essa questão.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo ponderou que foram realizados reforços ao valor contratual para atender à demanda dos serviços insuficientemente dimensionados originalmente em quantitativos, redundando no referido acréscimo.

Por esse motivo, entendeu irregular o Termo de Aditamento nº 14. Contudo, salientou que o aditivo em exame gerou efeitos fáticos impossíveis de serem desfeitos e pagamentos feitos à contratada de boa- fé.

Propôs, assim, o acolhimento dos efeitos financeiros com amparo em decisões anteriores desta Corte de Contas para salvaguarda dos princípios da segurança e estabilidade das relações jurídicas produzidas.

Posteriormente, os autos retornaram à Subsecretaria de Fiscalização e Controle para análise da Equipe de Engenharia, que se manifestou na seguinte conformidade:

Décimo-quarto Termo de Aditamento, de 04 de setembro de 2000:

“Por este Termo Aditivo, foram acrescidos R$ 5.052.448,18 (cinco milhões, cinquenta e dois mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e dezoito centavos), representando 62 % (sessenta e dois por cento) do valor contratual.

Além disso, aprovou mais dois preços unitários extracontratuais da Tabela da Secretaria de Vias Públicas, quais sejam: fornecimento e assentamento de tubo de concreto CA-3, diâmetro 1,50 m e execução de concreto projetado”.

Décimo-quinto Termo de Aditamento, de 19 de outubro de 2000:

“Este Termo foi lavrado para adequar as planilhas contratuais. Apesar das alterações havidas em vários quantitativos, o valor global da obra não sofreu alteração”.

Décimo-sexto Termo de Aditamento, de 23 de fevereiro de 2001:

"Este Termo teve como objetivo a prorrogação do prazo contratual em mais 6 (seis) meses (02.03.2001 a 01.09.2001), em nada afetando o valor global da obra".

Em sua conclusão, a equipe técnica aduziu que até a aprovação do 16º Termo Aditivo houve um acréscimo de R$ 6.849.034,65 (seis milhões, oitocentos e quarenta e nove mil, trinta e quatro reais e sessenta e cinco centavos), que representa 84,56 % (oitenta e quatro vírgula cinquenta e seis por cento) do valor contratual. Desse total, 13,44 % (treze vírgula quarenta e quatro por cento) são relativos à manutenção do canteiro de obras, como decorrência das várias prorrogações, e 71,12 % (sententa e um vírgula doze por cento) são devidos a aumentos de quantidades de serviços contratuais ou inclusão de novos serviços.

Concluiu, ainda, a Especializada que o acréscimo contratual foi decorrente da utilização de um projeto básico que não refletia a situação do local à época da licitação e da aprovação dos preços unitários do transporte de material saturado para bota-fora e do transporte de terra acima de 22 km, preços esses sem justificativa técnica, e que não foram objeto de Termo de Aditamento.

Conforme demonstrado no parecer de folhas 2063-2072, houve uma medição a maior de R$ 1.903.671,99 (um milhão, novecentos e três mil, seiscentos e setenta e um reais e noventa e nove centavos) referente a serviços extracontratuais.

No caso do transporte de material saturado para bota-fora, segundo a fórmula proposta pela EMURB[1], com o preço unitário do caminhão basculante da Secretaria de Vias Públicas[2], o preço aprovado de R$ 2,27 / m³ km (dois reais e vinte sete centavos o metro cúbico por quiômetro) é cerca de 75 % (setenta e cinco por cento) maior, uma vez que o preço unitário deveria girar em torno de R$ 1,30 / m³ km (um real e trinta centavos o metro cúbico por quilômetro). Entende a Engenharia que **"o preço aprovado é excessivo e não há justificativa técnica para a sua aceitação"**.

No que se refere ao transporte de terra, afirma a Engenharia que "**o preço para transporte acima de 22 km deveria ser menor ou, no máximo, igual ao preço para transporte até 21 km, ou seja, R$ 0,93 / m³ km (**noventa e três centavos o metro cúbico por quilômetro**), mas nunca R$ 1,71 / m³ km (**um real e setenta e um centavos o metro cúbico por quilômetro**)**", segundo consta da Tabela do Departamento de Edificações da Secretaria de Serviços e Obras – SSO/EDIF.

Além disso, considerou que a Planilha de Revisão Orçamentária relativa ao 15º Termo Aditivo não apresenta consistência,

[1] EMURB – Empresa Municipal de Urbanização.
[2] SVP – Secretaria de Vias Públicas.

apresentando quantificação em duplicidade do volume de terra transportado duas vezes à distância de 42 km: uma como terra e outra como material saturado.

Em nova manifestação nos autos a fim de se apurar o montante dos valores pagos por equívoco, a pedido do Nobre Conselheiro Revisor Roberto Braguim, a Auditoria assim se pronunciou: "**As Planilhas analisadas referem-se à quantificação de serviços ainda não executados, à época, que serviram de base para a adoção de novas planilhas gerais, não havendo, dessa forma, nenhuma constatação, por parte da Engenharia, com relação a pagamentos em duplicidade**".

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** reiterou seu pronunciamento.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** requereu o acolhimento dos aditamentos em exame ou, sucessivamente, o acolhimento de seus efeitos financeiros.

A **Secretaria Geral**, acompanhando a Assessoria Jurídica de Controle Externo, manifestou-se pela irregularidade dos ajustes, acolhendo os efeitos já produzidos, em atenção aos princípios da estabilidade e segurança das relações jurídicas.

É o relatório

VOTO

O Contrato nº 012/96 e seus aditamentos integram a segunda fase do "Programa Guarapiranga", desenvolvido em conjunto com o Governo do Estado de São Paulo, com financiamento do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, cujo objetivo principal é o de sanear, preservar e garantir a qualidade das águas da Represa Guarapiranga, como manancial de água potável.

A contratação para o período de 15.07.1996 a 14.05.1997, compreendendo 10 (dez) meses foi ampliada para 60 (sessenta) meses até o 16º Termo de Aditamento, devido à escassez de recursos financeiros.

Uma obra projetada para ser executada e concluída em dez meses, prorrogada por mais 50 meses, além de trazer transtornos para os habitantes do local, representa um dispêndio adicional de recursos para o Erário, na medida em que a diferença de valores despendida para o item "Manutenção do Canteiro", por força contratual, importa em uma despesa que não seria necessária caso a obra tivesse seguido o ritmo planejado.

Somente com a manutenção do canteiro de obras, a Administração gastou R$ 1.088.530,00 (um milhão, oitenta e oito mil, quinhentos e trinta reais) a mais que o valor proposto na planilha original.

No tocante aos ajustes examinados nos autos, a instrução processual revelou que o **14º Termo de Aditamento, de 04 de setembro de 2000,** acresceu à obra o valor de R$ 5.052.448,18 (cinco milhões, cinquenta e dois mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e dezoito centavos), representando 62 % (sessenta e dois por cento) do valor contratual.

Segundo a Auditoria, esse acréscimo foi decorrente da utilização de um projeto básico que não refletia a situação do local à época da licitação.

Conforme demonstrado no parecer de folhas 2063-2072, houve uma medição a maior de R$ 1.903.671,99 (um milhão, novecentos e três mil, seiscentos e setenta e um reais e noventa e nove centavos) referentes a serviços extracontratuais.

No caso do transporte de material saturado para bota-fora, o preço aprovado é excessivo e não há justificativa técnica para a sua aceitação, evidenciando que o valor aprovado de R$ 2,27 / m³ km (dois reais, vinte e sete centavos o metro cúbico por quilômetro) é cerca de 75 % (setenta e cinco por cento) maior, em comparação com o preço unitário constante da Tabela da Secretaria de Vias Públicas.

No que se refere ao transporte de terra acima de 22 km, o preço deveria ser menor ou, no máximo, igual ao preço para transporte até 21 km, ou seja, R$ 0,93 / m³ km (noventa e três centavos o metro cúbico por quilômetro), mas nunca R$ 1,71 (um real e setenta e um centavos), conforme se verificou.

O 15º Termo de Aditamento, de 19 de outubro de 2000 foi lavrado para adequar as planilhas contratuais. E o 16º Termo de Aditamento, de 23 de fevereiro de 2001, teve como objetivo a prorrogação do prazo contratual, ambos em nada afetando o valor global da obra.

Por todo o exposto, **JULGO IRREGULAR o Termo de Aditamento nº 014/SES/00** e, por sucessão, os de números **015/SES/00 e 016/SES/01.**

Determino à Municipalidade providências no sentido de ressarcimento ao Erário do valor medido a maior, no montante de R$ 1.903.671,99 (um milhão, novecentos e três mil, seiscentos e setenta e um reais e noventa e nove centavos), devidamente atualizado.

Em razão do tempo decorrido, deixo de apenar os responsáveis à época.

Expeça-se ofício à 4ª Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo encaminhando-se cópia da decisão a ser alcançada pelo Plenário, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

Após, oficiem-se as partes para conhecimento e, em seguida, arquivem-se os autos. **(2.747ª S.O.)**

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Sr. Presidente, tenho voto divergente daquele proferido pelo nobre Conselheiro Relator.

Na esteira das manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que ficam incorporadas neste voto, **julgo IRREGULARES os Termos de Aditamento 14 e 15/2000, 16/2001 e o Termo de Retirratificação 01/2001, relativos ao Contrato 12/1992, com aceitação dos efeitos financeiros produzidos** e, ainda aduzo, as seguintes ponderações:

1. a área de Engenharia desta Corte centralizou sua análise no transporte de material saturado para bota-fora e no transporte de terra acima de 22 km, por constituírem os serviços mais representativos dos preços extracontratuais.

A conclusão alcançada foi a de que o acréscimo devido a serviços "imprevistos" decorreu de contratação sem a devida análise dos locais vigentes, como, por exemplo, a distância de bota-fora.

Apesar de discordar da composição dos preços unitários, a especializada não adentrou na apreciação do mérito dos valores. Pelo contrário, à fl. 2070 verso, elucidou que os preços foram aprovados pela autoridade competente para tanto e deveriam ter oportuna avaliação de mérito, posto que são os principais responsáveis pelo acréscimo de valor verificado no ajuste.

2. entendeu, ainda, a área técnica de Engenharia deste Tribunal, que o elevado acréscimo ao valor contratual decorrente da manutenção do canteiro de obras, em razão das várias prorrogações contratuais, aumento de quantidades de serviços eventuais ou inclusão de novos serviços imprevistos foi decorrente da utilização de um projeto básico que não refletia a situação do local, à época da licitação.

3. de tudo quanto apurado, ressaltou a especializada que, somente os serviços transporte de material saturado para bota-fora e transporte de terra acima de 22 km **IMPLICARIAM** uma medição a maior de R$ 1.903,671,99, considerando os quantitativos da última planilha orçamentária.

Ato contínuo, o Sr Subsecretário de Fiscalização e Controle passou a considerar que o valor com itens apreciados pela AT-Engenharia **IMPLICARAM** medição a maior.

Ao mudar o tempo verbal de "**implicariam**" para "**implicaram**", houve uma alteração da conclusão apresentada, tanto que, por

sugestão do nobre Conselheiro Revisor, os autos retornaram à SFC para que fosse apurado o montante dos valores pagos por equívoco, mesmo sem ter havido qualquer medição.

Como não poderia ser diferente, a área de Engenharia esclareceu que as análises relativas a duplicidades foram feitas em relação às Planilhas Orçamentárias que embasaram as justificativas para a lavratura dos Aditivos 9º e 15º, não havendo menção a pagamentos em duplicidade.

Noutros termos, as planilhas referem-se à quantificação de serviços não executados à época, que serviriam de base para a adoção de novas planilhas orçamentárias gerais, não havendo nenhuma constatação com relação a pagamentos em duplicidade.

Como se observa, nobres Conselheiros, a colocação da forma verbal no condicional – **IMPLICARIAM** -, indica apenas uma possível e eventual constatação que só poderia ser esclarecida se houvesse o **Acompanhamento da Execução Contratual**, com as devidas medições dos serviços executados e pagos, **o que não ocorreu no caso dos autos**.

E mais. As planilhas que serviram de base para a análise formal referem-se à quantificação de serviços ainda não executados à época, isto é, apenas uma quantificação estimada, portanto, somente com indicação de uma potencialidade capaz de gerar prejuízos, mas sem a devida comprovação do valor apontado como líquido e certo a ser devolvido aos cofres públicos, partindo-se de uma mera análise formal baseada em condicionais.

Ressalto que, somente por intermédio da análise da execução contratual e das respectivas medições seria possível apurar se houve ou não pagamento indevido à contratada, com o consequente julgamento pela devolução de tais valores Erário.

É como voto, Sr. Presidente.