ACO-UTR-142/2024

Processo	-	TC/010213/1994
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal, Secretaria Municipal de Habitação e Construtora OAS S.A.
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 05/04/2017 – Secretaria Municipal de Habitação e Construtora OAS Ltda. – TAs 2º/1994, 3º/1994 R$ 1.672.412,79, 4º/1994 R$ 2.992,00, 5º/1995, 6º/1995 R$ 8.174,41, 7º/1995, 8º/1995, 9º/1995, 10º/1995 R$ 5,21, 11º/1995 R$ 910.000,00, 12º/1995 R$ 826,20, 13º/1995, 14º/1995 R$ 1.157.438,50, 15º/1995, 16º/1995, 17º/1996, 18º/1996, 19º/1996, 20º/1996 R$ 2.397.329,89, 21º/1996, 22º/1996, 23º/1996, 24º/1996, 25º/1997, 26º/1997 e 27º/1998, relativos ao Contrato 02/1994-Habi (1º TA/1994), no valor de R$ 9.524.965,26, julgados em 28/02/1996 – Execução das obras de urbanização e verticalização das favelas: Jardim Maninos, Água Branca, Vila Nova Jaguaré, São Remo, Real Parque/Panorama e Real Parque/Luís de Bragança

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SEHAB. Obras de urbanização e verticalização de favelas. Decisão que julgou irregulares os ajustes por acréscimo contratual excedente, falta de planejamento e ausência de recolhimento de caução. 1. Decorridos mais de cinco anos do marco interruptivo, consubstanciado na Peça 49 dos autos. Art. 2º, art. 4º, III, art. 5º, art. 12, p.u., 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, consoante o 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, conforme o art. 13 da Resolução 10/2023.

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

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 04/04/2024 09:45:20 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/04/2024 10:09:21 -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 nº 10213/1994 – Recurso - Análise

Objeto: Contrato 02/1994-Habi (1º TA/1994), julgados em 28/02/1996 - Execução das obras de urbanização e verticalização das favelas: Jardim Maninos, Água Branca, Vila Nova Jaguaré, São Remo, Real Parque/Panorama e Real Parque/Luís de Bragança.

Interessados: Secretaria Municipal de Habitação e Construtora OAS Ltda.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma.

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o TC nº 10.213/1994 da análise do Contrato nº 002/94-HABI e seus aditamentos, celebrados entre a Superintendência de Habitação Popular – HABI e a empresa Construtora OAS Ltda., cujo objeto é a execução das obras de urbanização e verticalização das favelas Jardim Maninos, Água Branca, Vila Nova Jaguaré, São Remo, Real Parque/Panorama e Real Parque/Luiz de Bragança, com valor de **R$ 9.524.965,26** (nove milhões, quinhentos e vinte e quatro mil, novecentos e sessenta e cinco reais e vinte e seis centavos).

Concluída a instrução processual, foi prolatado o v. Acórdão na 2.917ª Sessão Ordinária do Pleno deste Tribunal de Contas, de 05.4.2017, que assim decidiu (peça 17):

> **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 2.831ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.
> **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, **à unanimidade**, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando que os serviços extracontratuais, indevidamente acrescidos, e o acréscimo a título de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, configuraram prejuízo ao erário, assim como os acréscimos superaram o limite legal de 25%, em afronta ao artigo 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, em **julgar irregulares** os Termos Aditivos 2º ao 27º, firmados entre a Superintendência de Habitação Popular e a empresa Construtora OAS Ltda.
> **ACORDAM**, ademais, **à unanimidade**, em determinar à Secretaria de Negócios Jurídicos providências administrativas ou judiciais para fins de ressarcimento dos valores indevidamente acrescidos, no montante total apurado de R$ 3.076.585,67 (três milhões, setenta e seis mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e sessenta e sete centavos), devidamente atualizado.

ACORDAM, ainda, **à unanimidade**, em determinar a expedição de ofício à Controladoria Geral do Município para ciência e acompanhamento das providências ora adotadas.
ACORDAM, afinal, **à unanimidade**, em determinar o arquivamento dos autos.
Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.
Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.
Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de abril de 2017.
ROBERTO BRAGUIM Presidente
JOÃO ANTONIO Relator

Contra referido Acórdão, foram interpostos **Embargos de Declaração** pela Construtora OAS Ltda, pretendendo sanar omissão alegada no aludido v. Acórdão, cuja publicação se deu na edição de 27.4.2017 do Diário Oficial da Cidade.

A suposta omissão invocada nas razões dos embargos refere-se à ausência de "(...) *uma análise detida dos elementos de defesa oferecidos à luz desse Emérito Julgador*". Sustenta a Embargante não ter havido pormenorização dos motivos que levaram à irregularidade dos termos de aditamento.

Devidamente processados os referidos Embargos, o Pleno desta Corte de Contas, em sua 3.039ª Sessão Ordinária, de 22.5.2019, proferiu decisão, **em unanimidade**, mantendo o v. Acórdão embargado em todos os seus termos, publicada no DOC de 20.8.2019, pág. 146 (peça 28)

Na etapa processual em curso, examina o presente TC os recursos interpostos pela **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM** (fls.1857/1864 da peça 52), pela **Secretaria Municipal da Habitação – SEHAB** (fls.1867/1913 da peça 52) e pela empresa **Construtora OAS Ltda**., à peça 55, todos objetivando a reforma do r. Julgado (referente ao 1º Acórdão), anexado à peça 17 e às fls.1840/1841 da peça 52.

À peça 62, a **Subsecretaria de Controle Externo – SCE** se manifestou sobre o recurso apresentado pela Construtora OAS Ltda. concluindo que as justificativas e esclarecimentos, trazidos aos autos pelo Recurso Ordinário apresentado pela Construtora OAS Ltda. (Contratada), não apresentaram fatos novos e/ou relevantes que modifiquem o decidido no v. Acórdão objeto do recurso, motivo pelo qual opinou pela sua integral manutenção.

À peça 64, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE** emitiu seu parecer sobre os recursos interpostos, "*pelo conhecimento dos recursos ordinários interpostos pela **Procuradoria da Fazenda Municipal**, pela **SEHAB**, e pela empresa **Construtora OAS Ltda**., por serem tempestivos e por preencherem os pressupostos de admissibilidade. Sobre a preliminar de **prescrição "normal"** arguida no recurso da **SEHAB**, de acordo com os marcos temporais previstos no art. 2º da Lei federal n. 9.873/99, informo que não verifiquei a ocorrência de outro marco interruptivo da prescrição entre a intimação da SEHAB (em 21/02/2000, fl. 1045, peça 49), a intimação da contratada (em 17/01/05, fls. 1249/1254) e o julgamento em primeira instância (em 05/04/17, fls. 1840/1841, peça 52), razão pela qual entendo, s.m.j., que deve ser*

*acolhida a prescrição alegada pela **Recorrente**, devido ao tempo decorrido. Quanto à preliminar de **prescrição intercorrente**, também ventilada no recurso da **SEHAB**, entendo que deva ser afastada, uma vez que não foi demonstrada, por parte da recorrente, a paralisação do processo de controle externo por mais de três anos, nos termos do §1º do art. 1º da Lei federal n. 9.873/99. E quanto ao mérito, opino, s.m.j., pelo improvimento dos recursos voluntários interpostos, mantendo-se o V. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos, com as considerações acima destacadas e sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro entender cabíveis."*

A **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** se manifestou à peça 68 nos seguintes termos:

> "*A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira da conclusão alcançada pela douta Assessora Jurídica de Controle Externo (peça 64), entende que deve ser reconhecida a prescrição alegada pela SEHAB, tendo em vista o tempo decorrido entre as intimações (da SEHAB e da Contratada) e a decisão de primeira instância.*
> *Na hipótese do não acolhimento da preliminar, esta Procuradoria requer o acolhimento dos recursos ordinários interpostos*."

A **Secretaria Geral – SG**, à peça 73, assim se manifestou:

> *"Nesse contexto, em que pesem os esforços empreendidos pelas Recorrentes, insta consignar que não foram apresentados novos elementos capazes de ensejar a modificação do r. julgado, subsistindo todos os apontamentos que culminaram no julgamento pela irregularidade dos Termos Aditivos 2º ao 27º.*
>
> *Válido pontuar quanto ao expendido pela PFM que a mera alegação de ausência de prejuízo ao erário, de dolo ou má-fé é incapaz de ensejar, por si só, a reforma do r. julgado, pois, como cediço, o respeito ao princípio da legalidade tem valor fundamental para o exercício da atividade administrativa.*
> *Em razão do demonstrado e, diante da semelhança das razões recursais aduzidas pelas Recorrentes, permito-me, s.m.j., acompanhar os órgãos técnicos desta Corte de Contas pela manutenção do V. Acórdão guerreado.*
> *Em conclusão, opino, sem prejuízo da manutenção quanto à parte dispositiva que julgou irregulares os Termos Aditivos 2º ao 27º, pelo conhecimento e provimento parcial dos recursos voluntários, com o fito de reconhecer a prescrição da pretensão de ressarcimento dos valores indevidamente acrescidos, em razão da transcorrência de prazo superior a cinco anos entre a data do último marco interruptivo (19.12.2000) e a decisão condenatória recorrível (05.04.2017), nos termos da Resolução nº 10/2023 desta Egrégia Corte de Contas, sem prejuízo de eventuais determinações que Vossa Excelência entender pertinentes."*

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 75, 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

Cuida o TC nº 10.213/1994 da análise do Contrato nº 002/94-HABI e seus aditamentos, celebrados entre a Superintendência de Habitação Popular – HABI e a empresa Construtora OAS Ltda., cujo objeto é a execução das obras de urbanização e verticalização das favelas Jardim Maninos, Água Branca, Vila Nova Jaguaré, São Remo, Real Parque/Panorama e Real Parque/Luiz de Bragança, com valor de **R$ 9.524.965,26** (nove milhões, quinhentos e vinte e quatro mil, novecentos e sessenta e cinco reais e vinte e seis centavos).

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:

> *"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*

---

[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.

> *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 pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *2. Agravo*

---

[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

> *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 75 dos autos:

> *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, para fins de cômputo do prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º, caput, da Resolução TCMSP nº 10/2023, verifica-se que, na espécie, o termo inicial é 14/12/1999 (peça 49, fls. 1043), nos termos de artigo 4º, III1 , c/c artigo 2º, III2 , da Ordem Interna SG/GAB nº 07, publicada em 28/08/2023.*
> *Por sua vez, os marcos interruptivos identificados no caso são os ilustrados na tabela abaixo:*
> *(...)*
> *De marco a marco, constata-se que, entre 19/12/2000 e 05/04/2017, decorreram mais de 05 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória no caso em tela."*

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.

---

[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.

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 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 10:50:35 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Processo	-	TC/010213/1994
Embargante	-	Construtora OAS Ltda.
Objeto	-	Embargos de Declaração opostos em face do V. Acórdão de 5/4/2017 – Relator Conselheiro João Antonio – Secretaria Municipal de Habitação e Construtora OAS Ltda. (TAs 2º/1994, 3º/1994 R$ 1.672.412,79, 4º/1994 R$ 2.992,00, 5º/1995, 6º/1995 R$ 8.174,41, 7º/1995, 8º/1995, 9º/1995, 10º/1995 R$ 5,21, 11º/1995 R$ 910.000,00, 12º/1995 R$ 826,20, 13º/1995, 14º/1995 R$ 1.157.438,50, 15º/1995, 16º/1995, 17º/1996, 18º/1996, 19º/1996, 20º/1996 R$ 2.397.329,89, 21º/1996, 22º/1996, 23º/1996, 24º/1996, 25º/1997, 26º/1997 e 27º/1998, relativos ao Contrato 002/1994-Habi e 1º TA/1994, no valor de R$ 9.524.965,26), julgados em 28/2/1996 – Execução das obras de urbanização e verticalização das favelas: Jardim Maninos, Água Branca, Vila Nova Jaguaré, São Remo, Real Parque/Panorama e Real Parque/Luís de Bragança

3.039ª Sessão Ordinária

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Decisão que julgou irregulares os ajustes com determinação. Execução de obras de urbanização de favelas. SEHAB. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos embargos de declaração opostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, e, quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, mantendo-se o V. Acórdão embargado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a redistribuição do feito para prosseguimento, tendo em vista os recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Origem.

Participaram do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.

Ausentou-se, momentaneamente, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda "ad hoc" CLAUDIA ADRI DE VASCONCELLOS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de maio de 2019.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
JOÃO ANTONIO – Relator

/mfc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 06/08/2019 17:58:39 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 07/08/2019 12:51:22 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

eTCM n° 010.213-1994

O TC nº 10.213.94-02 trata do Contrato nº 2/94, firmado entre a Superintendência de Habitação Popular e a empresa Construtora OAS Ltda, pelo valor de R$ 9.524.965,26 (nove milhões, quinhentos e vinte e quatro mil, novencentos e sessenta e cinco reais e vinte e seis centavos).

O objeto consistiu na execução de obras de urbanização nas favelas Real Parque Luiz de Bragança, Real Parque Jardim Panorama, São Remo, Jardim Maninos, Água Branca e Vila Nova Jaguaré.

Destaque-se que o contrato nº 2/94 e o Termo de Aditamento de 30/9/94 foram acolhidos por este Tribunal, conforme Acórdão de fl. 177.

Em julgamento, os seguintes Termos Aditivos:

2º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

3º TA – acréscimo de valor contratual de R$ 1.672.412,79 (um milhão, seiscentos e setenta e dois mil, quatrocentos e doze reais e setenta e nove centavos)

4º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo de R$ 2.992,00 (dois mil, novecentos e noventa e dois reais).

5º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

6º TA - adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo de R$ 8.174,41 (oito mil, cento e setenta e quatro reais e quarenta e um centavos).

7º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

8º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo de R$ 399,04 (trezentos e noventa e nove mil e quatro centavos).

9º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

10º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo contratual de R$ 5,21 (cinco reais e vinte e um centavos).

11º TA – acréscimo contratual de R$ 910.000,00 (novecentos e dez mil reais).

12º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo de R$ 826,20 (oitocentos e vinte e seis reais e vinte centavos).

13º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

14º TA – acréscimo contratual de R$ 1.157.438,50 (um milhão, cento e cinquenta e sete mil, quatrocentos e trinta e oito reais e cinquenta centavos).

15º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

16º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

17º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e prorrogação de prazo.

18º TA – adoção de novas planilhas orçamentárias.

19º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e prorrogação de prazo.

20º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro, prorrogação de prazo e acréscimo contratual de R$ 2.397.329,89 (dois milhões, trezentos e noventa e sete mil, trezentos e vinte e nove reais e oitenta e nove centavos).

21º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

22º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

23º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

24º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro, prorrogação de prazo e adoção de planilhas orçamentárias.

25º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

26º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

27º TA – retificação da cláusula quinta do 20º TA e da cláusula primeira do 24º TA para alterar a prorrogação do prazo contratual.

A equipe de engenharia elaborou o relatório de fls. 1000-1030, apresentando as seguintes conclusões:

a)A substituição desnecessária de serviços contratuais pelos extraordinários acarretou o acréscimo de R$ 255.172,07 (duzentos e cinquenta e cinco mil, cento e setenta e dois reais e sete centavos), data base julho/94;

E para os demais serviços extracontratuais, embora justificados, seus preços aprovados não refletem as mesmas condições do contrato e estão superavaliados em relação ao mercado, totalizando um acréscimo de R$ 1.009.147,17 (um milhão, nove mil, cento e quarenta e sete reais e dezessete centavos), data base julho/94.

Assim, verificou-se que os serviços extracontratuais, indevidamente acrescidos ao contrato, totalizaram R$ 1.264.319,24 (um milhão, duzentos e sessenta e quatro mil, trezentos e dezenove reais e vinte e quatro centavos), data base julho/94.

b)Foi acrescido indevidamente o valor de R$ 2.067.438,50 (dois milhões, sessenta e sete mil, quatrocentos e trinta e oito reais e cinquenta centavos), data base julho/94, a título de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

c)Houve extrapolação do limite legal de 25% para acréscimos em afronta ao artigo 65, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da equipe de engenharia e concluiu pela irregularidade dos Termos de Aditamento em análise, propondo a relevação das falhas de natureza formal.

Sob o ponto de vista contábil-orçamentário, a Divisão Técnica III manifestou-se pela regularidade dos Termos de Aditamento, ressalvando as seguintes impropriedades:

Publicação extemporânea: 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º e 27º TAs.

Remessa extemporânea: 2º ao 26º TA.

Não recolhimento da caucão complementar à época do acréscimo contratual: 3º, 4º, 6º, 8º, 11º, 12º, 14º e 20º TAs.

Oficiada, a Origem encaminha os documentos juntados às fls. 1062-1192 que em nada alteraram as conclusões alcançadas pela Auditoria e pela equipe de engenharia.

Foram intimados o representante legal da empresa contratada e os seguintes agentes responsáveis:

Maria Tereza Soares Silveira – TAs 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10º.

Manoel Ricardo Ribeiro Coelho – TA 3º.

Maria Tereza Soares Silveira – TAs 11º, 13º, 14º, 15º e 16º.

José Roberto Sérgio – TA 12º.

Maria Tereza Soares Silveira – TA 17º.

João Leopoldo Wernek de Camargo – TAs 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º e 27º.

A equipe de engenharia procedeu à análise de todos os recursos apresentados e elaborou o relatório de fls. 1612-1645, alcançando as conclusões, a seguir transcritas:

> "*Diante de todo o exposto, entendemos que as argumentações das defesas não apresentam fatos novos que modifiquem as manifestações às fls. 1.027 a 1.029 e considerações às fls. 1.203 a 1.207vo, confirmando-se as irregularidades já apontadas nos autos, que sintetizamos e destacamos abaixo, dentre outras constatações:*
>
> *3.1 - Ausência de critério técnico adequado para a elaboração do Termo de Aditamento no 12, de responsabilidade do Sr. José Roberto Sérgio.*
>
> *3.2 - Inexistência de respaldo para a justificativa de que diversos procedimentos irregulares apontados em nossas manifestações, e realizados pelos intimados no decorrer da execução do contrato, foram necessários devido a exigências do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. O BID é citado como o agente financeiro das obras, fato que não é confirmado em nenhum dos elementos da licitação analisados, não havendo informação em qualquer documento dos expedientes analisados que formalize e ateste a existência de tal financiamento internacional.*
>
> *3.3 - Existência de projeto básico insuficiente e falho, não elaborado nos termos do disposto no arts. 6º, IX e 7º, I e 40, §2º, I, da Lei Federal nº 8.666/93.*
>
> *3.4 - Existência de extrapolação indevida do percentual permitido para acréscimo de valor contratual, conforme prescreve o §1o, art. 65 da Lei Federal no 8.666/93. Acréscimo contratual de 71,67%.*
>
> *3.5 - Inexistência de justificativas admissíveis para o acolhimento do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro,*

que resultou no pagamento de um valor indevido de R$ 2.067.438,50 – data-base: jul/94 e na alteração contratual havida com a emissão pela Origem dos 11o e 14o Termos de Aditamento.

3.6 - Inexistência de fundamentos técnicos para as alterações de quantidades de serviços extracontratuais constantes em diversos dos Termos de Aditamento emitidos.

3.7 - Ausência de embasamento técnico para diversas substituições de serviços contratuais por outros extracontratuais, com preços unitários superavaliados ou em desacordo com o contrato, feitas em diferentes Termos de Aditamento emitidos, que resultaram na medição a maior nos montantes de R$ 1.264.319,24, se considerados todos os serviços da amostra ou R$ 1.160.670,40, caso os serviços considerados como desnecessários sejam aceitos.

3.8 - Exclusão total de diversos itens de serviço, incluídos anteriormente por meio de Termos de Aditamento, denotando o planejamento deficiente na gestão do empreendimento e a própria fragilidade do Projeto Básico.

3.9 - Inclusão de serviços com preços unitários não contemplados inicialmente na licitação, não se mantendo as mesmas condições do contrato quanto aos preços pactuados originalmente, ou seja, não se aplicando nenhum fator de redução, implicando em não se preservar a vantagem oferecida pela licitante vencedora. Desatendeu assim, ao determinado no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e o que prescrevem o §3o, combinado com o §1o, ambos do art. 65 da Lei Federal no 8.666/93, e também aos princípios da vantajosidade e o da isonomia estabelecidos no art. 3º dessa Lei."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da equipe técnica.

A Procuradoria da Fazenda Municipal elaborou uma série de quesitos e requereu fosse a Origem oficiada a fim de aclarar a instrução processual, o que foi deferido.

Instada a se manifestação, a Coordenadoria VI reiterou suas conclusões anteriores após verificar que os esclarecimentos da Origem e da Contratada não apresentaram fatos novos que modificassem as constatações.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da Auditoria.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, filiando-se aos esclarecimentos e justificativas prestados pela Origem, requereu o acolhimento dos instrumentos em exame ou, sucessivamente, o acolhimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, tendo em vista o tempo transcorrido e, principalmente, por não vislumbrar a existência de prejuízo ao Erário e nem dolo ou má fé por parte dos agentes públicos responsáveis.

A Secretaria Geral, em minuciosa manifestação de fls. 1748-1763, concluiu ao final pela regularidade dos Termos Aditivos examinados, à exceção do TA 20, na parte em que substituiu o revestimento interno contratualmente previsto.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento os Embargos de Declaração opostos pela Construtora OAS Ltda, em face do Venerando Acórdão de fls. 1840-1841 que, por unanimidade, julgou irregulares os Termos Aditivos 2º ao 27º, firmados entre a Superintendência de Habitação Popular e a empresa Construtora OAS Ltda.

Em suas alegações, ressalta que a decisão deste Tribunal foi omissa, por não haver pormenorização dos motivos que levaram à irregularidade dos termos de aditamento.

Preliminarmente, entendo que o recurso pode ser conhecido, pois preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, nota-se, que a Recorrente requer, de fato, a revisão da decisão proferida ao insistir que os termos aditivos são regulares, pois não teria ficado exposto no voto o motivo que levou o Relator a concluir pelo irregular acréscimo de serviços extracontratuais, bem como no tocante ao indevido equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Entendo, contudo, que a omissão alegada não procede, visto que a decisão levou em conta os apontamentos encontrados na instrução processual, precisamente no relatório elaborado pela equipe de engenharia de fls. 1786-1787, assim como do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo que acompanhou o entendimento da especializada.

Destaque-se, por oportuno, o recente precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre a eventual necessidade do Venerando

Acórdão discorrer sobre todos os elementos arguidos pela defesa nos autos do processo:

"(...) mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada" (STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi – Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região – julgado em 08.06.2016, Info 585).

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** dos Embargos de Declaração opostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se intacto o Venerando Acórdão embargado.

Determino a redistribuição do feito para prosseguimento, tendo em vista os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Origem, respectivamente.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de maio de 2019.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro

Assinado Digitalmente pelo sistema e-TCM -**JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO - 24/05/2019 09:56:01**
Para validar essa(s) assinatura(s) acesse https://portalassinatura.tcm.sp.gov.br e insira o codigo - 72EDFCFB9B7B17D48AE14ED46CC67E8A

EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-010.213.94-02

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. PLANILHAS ORÇAMENTÁRIAS. SEHAB. Execução de obras de urbanização de favelas. Publicação e remessa de documentação via SERI extemporâneas. Falta de planejamento. Ausência de recolhimento de caução. Acréscimo contratual excedente. Descumprimento do limite de 25%. IRREGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 81, II, Lei Mun. 10.544/88. Art. 65, § 1º, Lei 8.666/93.

2.917ª 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 2.831ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando que os serviços extracontratuais, indevidamente acrescidos, e o acréscimo a título de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, configuraram prejuízo ao erário, assim como os acréscimos superaram o limite legal de 25%, em afronta ao artigo 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, em julgar irregulares os Termos Aditivos 2º ao 27º, firmados entre a Superintendência de Habitação Popular e a empresa Construtora OAS Ltda.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria de Negócios Jurídicos providências administrativas ou judiciais para fins de ressarcimento dos valores indevidamente acrescidos, no montante total apurado de R$ 3.076.585,67 (três milhões, setenta e seis mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e sessenta e sete centavos), devidamente atualizado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à Controladoria Geral do Município para ciência e acompanhamento das providências ora adotadas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de abril de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

O TC 72-010.213.94-02 trata do Contrato 2/94, firmado entre a Superintendência de Habitação Popular e a empresa Construtora OAS Ltda., pelo valor de R$ 9.524.965,26 (nove milhões, quinhentos e vinte e quatro mil, novecentos e sessenta e cinco reais e vinte e seis centavos).

O objeto consistiu na execução de obras de urbanização nas favelas Real Parque Luiz de Bragança, Real Parque Jardim Panorama, São Remo, Jardim Maninos, Água Branca e Vila Nova Jaguaré.

Destaque-se que o contrato 2/94 e o Termo de Aditamento de 30/9/94 foram acolhidos por este Tribunal, conforme Acórdão de fl. 177.

Em julgamento, os seguintes Termos Aditivos:

2º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

3º TA – acréscimo de valor contratual de R$ 1.672.412,79 (um milhão, seiscentos e setenta e dois mil, quatrocentos e doze reais e setenta e nove centavos)

4º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo de R$ 2.992,00 (dois mil, novecentos e noventa e dois reais).

5º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

6º TA - adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo de R$ 8.174,41 (oito mil, cento e setenta e quatro reais e quarenta e um centavos).

7º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

8º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo de R$ 399,04 (trezentos e noventa e nove mil e quatro centavos).

9º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro. 10º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo contratual de R$ 5,21 (cinco reais e vinte e um centavos).

11º TA – acréscimo contratual de R$ 910.000,00 (novecentos e dez mil reais).

12º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e acréscimo de R$ 826,20 (oitocentos e vinte e seis reais e vinte centavos).

13º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

14º TA – acréscimo contratual de R$ 1.157.438,50 (um milhão, cento e cinquenta e sete mil, quatrocentos e trinta e oito reais e cinquenta centavos).

15º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

16º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

17º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e prorrogação de prazo.

18º TA – adoção de novas planilhas orçamentárias.

19º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro e prorrogação de prazo.

20º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro, prorrogação de prazo e acréscimo contratual de R$ 2.397.329,89 (dois milhões, trezentos e noventa e sete mil, trezentos e vinte e nove reais e oitenta e nove centavos).

21º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

22º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

23º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

24º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro, prorrogação de prazo e adoção de planilhas orçamentárias.

25º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

26º TA – adoção de novo cronograma físico-financeiro.

27º TA – retificação da cláusula quinta do 20º TA e da cláusula primeira do 24º TA para alterar a prorrogação do prazo contratual.

A Equipe de Engenharia elaborou o relatório de fls. 1000-1030, apresentando as seguintes conclusões:

a) A substituição desnecessária de serviços contratuais pelos extraordinários acarretou o acréscimo de R$ 255.172,07 (duzentos e cinquenta e cinco mil, cento e setenta e dois reais e sete centavos), data base julho/94;

E para os demais serviços extracontratuais, embora justificados, seus preços aprovados não refletem as mesmas condições do contrato e estão superavaliados em relação ao mercado, totalizando um acréscimo de R$ 1.009.147,17 (um milhão, nove mil, cento e quarenta e sete reais e dezessete centavos), data base julho/94.

Assim, verificou-se que os serviços extracontratuais, indevidamente acrescidos ao contrato totalizaram R$ 1.264.319,24 (um milhão, duzentos e sessenta e quatro mil, trezentos e dezenove reais e vinte e quatro centavos), data base julho/94.

b) Foi acrescido indevidamente o valor de R$ 2.067.438,50 (dois milhões, sessenta e sete mil, quatrocentos e trinta e oito reais e cinquenta centavos), data base julho/94, a título de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

c) Houve extrapolação do limite legal de 25% para acréscimos, em afronta ao artigo 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da Equipe de Engenharia e concluiu pela irregularidade dos Termos de Aditamento em análise, propondo a relevação das falhas de natureza formal.

Sob o ponto de vista contábil-orçamentário, a Divisão Técnica III manifestou-se pela regularidade dos Termos de Aditamento, ressalvando as seguintes impropriedades: Publicação extemporânea: 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º e 27º TAs. Remessa extemporânea: 2º ao 26º TA. Não recolhimento da caução complementar à época do acréscimo contratual: 3º, 4º, 6º, 8º, 11º, 12º, 14º e 20º TAs.

Oficiada, a Origem encaminha os documentos juntados às fls. 1062-1192 que em nada alteraram as conclusões alcançadas pela Auditoria e pela Equipe de Engenharia. Foram intimados o representante legal da empresa contratada e os seguintes agentes responsáveis: Maria Tereza Soares Silveira – TAs 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10º. Manoel Ricardo Ribeiro Coelho – TA 3º. Maria Tereza Soares Silveira – TAs 11º, 13º, 14º, 15º e 16º. José Roberto Sérgio – TA 12º. Maria Tereza Soares Silveira – TA 17º. João Leopoldo Wernek de Camargo – TAs 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º e 27º.

A Equipe de Engenharia procedeu à análise de todos os recursos apresentados e elaborou o relatório de fls. 1612-1645, alcançando as conclusões a seguir transcritas:

"Diante de todo o exposto, entendemos que as argumentações das defesas não apresentam fatos novos que modifiquem as manifestações às fls. 1.027 a 1.029 e considerações às fls. 1.203 a 1.207vo, confirmando-se as irregularidades já apontadas nos autos, que sintetizamos e destacamos abaixo, dentre outras constatações:

3.1 - Ausência de critério técnico adequado para a elaboração do Termo de Aditamento 12, de responsabilidade do Sr. José Roberto Sérgio.

3.2 - Inexistência de respaldo para a justificativa de que diversos procedimentos irregulares apontados em nossas manifestações, e realizados pelos intimados no decorrer da execução do contrato, foram necessários devido a exigências do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. O BID é citado como o agente financeiro das obras, fato que não é confirmado em nenhum dos elementos da licitação analisados, não havendo informação em qualquer documento dos expedientes analisados que formalize e ateste a existência de tal financiamento internacional.

3.3 - Existência de projeto básico insuficiente e falho, não elaborado nos termos do disposto no arts. 6º, IX e 7º, I e 40, § 2º, I, da Lei Federal 8.666/93.

3.4 - Existência de extrapolação indevida do percentual permitido para acréscimo de valor contratual, conforme prescreve o § 1º, art. 65 da Lei Federal no 8.666/93. Acréscimo contratual de 71,67%.

3.5 - Inexistência de justificativas admissíveis para o acolhimento do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, que resultou no pagamento de um valor indevido de R$ 2.067.438,50 – data-base: jul/94 e na alteração contratual havida com a emissão pela Origem dos 11o e 14o Termos de Aditamento.

3.6 -Inexistência de fundamentos técnicos para as alterações de quantidades de serviços extracontratuais constantes em diversos dos Termos de Aditamento emitidos.

3.7 - Ausência de embasamento técnico para diversas substituições de serviços contratuais por outros extracontratuais, com preços unitários superavaliados ou em desacordo com o contrato, feitas em diferentes Termos de Aditamento emitidos, que resultaram na medição a maior nos montantes de R$ 1.264.319,24, se considerados todos os serviços da amostra ou R$ 1.160.670,40, caso os serviços considerados como desnecessários sejam aceitos.

3.8 - Exclusão total de diversos itens de serviço, incluídos anteriormente por meio de Termos de Aditamento, denotando o planejamento deficiente na gestão do empreendimento e a própria fragilidade do Projeto Básico.

3.9 - Inclusão de serviços com preços unitários não contemplados inicialmente na licitação, não se mantendo as mesmas condições do contrato quanto aos preços pactuados originalmente, ou seja, não se aplicando nenhum fator de redução, implicando em não se preservar a vantagem oferecida pela licitante vencedora. Desatendeu assim, ao determinado no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e o que prescrevem o § 3º, combinado com o §1º, ambos do art. 65 da Lei Federal no 8.666/93, e também aos princípios da vantajosidade e o da isonomia estabelecidos no art. 3º dessa Lei."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da equipe técnica.

A Procuradoria da Fazenda Municipal elaborou uma série de quesitos e requereu fosse a Origem oficiada a fim de aclarar a instrução processual, o que foi deferido. Instada a se manifestar, a Coordenadoria VI reiterou suas conclusões anteriores após verificar que os esclarecimentos da Origem e da Contratada não apresentaram fatos novos que modificassem as constatações.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da Auditoria.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, filiando-se aos esclarecimentos e justificativas prestados pela Origem, requereu o acolhimento dos instrumentos em exame ou, sucessivamente, o acolhimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, tendo em vista o tempo transcorrido e, principalmente, por não vislumbrar a existência de prejuízo ao Erário e nem dolo ou má fé por parte dos agentes públicos responsáveis.

A Secretaria Geral, em minuciosa manifestação de fls. 1748-1763, concluiu ao final pela regularidade dos Termos Aditivos examinados, à exceção do TA 20, na parte em que substituiu o revestimento interno contratualmente previsto.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento os Termos de Aditamento 2º ao 27º, relacionados ao Contrato 2/94, firmado entre a Superintendência de Habitação Popular e a empresa Construtora OAS Ltda.

Na instrução processual, foram apontadas as seguintes irregularidades:

1) Publicação extemporânea dos ajustes, infringindo o parágrafo único do art. 79, da Lei Municipal 10.544/88, quanto aos seguintes Termos de Aditamento: 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º e 27º.

2) Remessa extemporânea dos documentos a este Tribunal, contrariando as Instrução 01/92 e Resolução 04/96 quanto aos Termos Aditivos 2º ao 26º.

3) Não recolhimento da caução complementar à época do acréscimo contratual, verificado nos Termos Aditivos: 3º, 4º, 6º, 8º, 11º, 12º, 14º e 20º.

4) Os serviços extracontratuais, indevidamente acrescidos ao contrato, totalizaram R$ 1.264.319,24 (um milhão, duzentos e sessenta e quatro mil, trezentos e dezenove reais e vinte e quatro centavos), data base julho/94. Desse total, R$ 255.172,07 (duzentos e cinquenta e cinco mil, cento e setenta e dois reais e sete centavos) refere-se à substituição desnecessária de serviços contratuais pelos extraordinários e R$ 1.009.147,17 (um milhão, nove mil, cento e quarenta e sete reais e dezessete centavos), refere-se a preços superavaliados em relação ao mercado.

5) Foi acrescido indevidamente o valor de R$ 2.067.438,50 (dois milhões, sessenta e sete mil, quatrocentos e trinta e oito reais e cinquenta centavos), data base julho/94, a título de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

6) Houve extrapolação do limite legal de 25% para acréscimos em afronta ao artigo 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, uma vez que os Termos Aditivos propiciaram uma elevação de 71,67 % ao contrato original, passando de R$ 9.524.965,26 (nove milhões, quinhentos e vinte e quatro mil, novecentos e sessenta e cinco reais e vinte e seis centavos) para R$ 16.351.804,96 (dezesseis milhões, trezentos e cinquenta e um mil, oitocentos e quatro reais e noventa e seis centavos), data-base julho/94.

Primeiramente, entendo que podem ser relevadas as infringências ao artigo 79, parágrafo único, da Lei Municipal 10.544/88 e às Instruções 01/92 e Resolução 04/96, em face, respectivamente, da publicação e remessa extemporâneas, pois mesmo que fora do prazo os atos foram efetivados.

Também relevo a falta de recolhimento da caução complementar, tendo em vista o término do contrato com sua execução integral pela contratada, acompanhando, ademais, decisões deste Tribunal nesse sentido.

Quanto aos serviços extracontratuais, indevidamente acrescidos, e o acréscimo a título de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, todas as intervenções da Origem, dos responsáveis e da contratada não foram suficientes para modificar as conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos, indicando, de fato, que houve o citado prejuízo e que os acréscimos superaram o limite legal de 25% em afronta ao artigo 65, § 1º, da Lei Federal 8.666/93.

Diante de todo o exposto, JULGO IRREGULARES os Termos Aditivos 2º ao 27º, firmado entre Superintendência de Habitação Popular e a empresa Construtora OAS Ltda.

Determino à Secretaria de Negócios Jurídicos providências administrativas ou judiciais para fins de ressarcimento dos valores indevidamente acrescidos a título de serviços extracontratuais e restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, no montante total apurado de R$ 3.076.585,67 (três milhões, setenta e seis mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e sessenta e sete centavos), devidamente atualizado.

Expeça-se ofício à Controladoria Geral do Município para ciência e acompanhamento das providências ora adotadas.

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

Após, arquivem-se os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente. (2.831ª S.O.)