ACO-UTR-127/2024

Processo	-	TC/000345/2005
Embargante	-	Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A.
Objeto	-	Embargos de declaração opostos em face do V. Acórdão de 04/09/2019 (São Paulo Transporte S.A. e Construcap – CCPS Engenharia e Comércio S.A. – Concorrência 011/1997 – Contrato 2002/023 – TAs 01/2002, 02/2002, 03/2003, 04/2003, 05/2003, 06/2003, 07/2004 e 08/2004) – Execução das obras de readequação do Sistema Viário para implantação do Corredor de Transporte Coletivo Pirituba – Trecho I – da Praça Pedro Corazza até a Rua Marina Ciufuli Zanfelice, referente ao Programa de Corredores e Terminais de Integração para a Cidade de São Paulo

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SPTRANS. Obras de readequação do Sistema Viário para implantação do Corredor de Transporte Coletivo. Opostos em face da decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. Decorridos mais de cinco anos do marco interruptivo consubstanciado no Relatório da Auditoria até a decisão condenatória recorrível proferida nos autos. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, II e IV, art. 6º, II, Res. TCMSP 10/2023. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDOS. PROVIDOS para aclarar o Acórdão, mantido o conteúdo declaratório e a decretação de irregularidade dos atos. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, nos termos do seu relatório e voto, DOMINGOS DISSEI – Revisor e RICARDO TORRES, em conhecer dos embargos de declaração, por preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no art. 140 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, por maioria, pelos mesmos votos, quanto ao mérito, em dar-lhes provimento apenas para aclarar o Acórdão guerreado, mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, o conteúdo declaratório do mesmo e a decretação de irregularidade dos atos examinados, reconhecida ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas.

Vencido, em parte, o Conselheiro JOÃO ANTONIO que, consoante declaração de voto apresentada, por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, aplicou ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, julgando extintos os presentes autos, com proposta de determinação à Origem.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer da ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP.

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

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

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 10:09:41 -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 13:56:42 -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 345/2005 – Embargos de Declaração

Objeto: Execução das obras de readequação do Sistema Viário para implantação do Corredor de Transporte Coletivo Pirituba - Trecho I - da Praça Pedro Corazza até a Rua Marina Ciufuli Zanfelice, referente ao Programa de Corredores e Terminais de Integração para a Cidade de São Paulo.

Interessadas: São Paulo Transporte S/A e Construcap - CCPS Engenharia e Comércio S.A.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente, nesta fase recursal, do julgamento dos **Embargos de Declaração** opostos pela empresa **Construcap - CCPS Engenharia e Comércio S/A**., em 23/06/2022 (peça 63), em face do V. Acórdão prolatado na 3.056ª Sessão Ordinária (peça 28 e fls. 1.342/61.342v - peça 69), que julgou irregulares a Concorrência nº 011/1997, o Contrato nº 2002/023 e seus Termos Aditivos nºs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, com aceitação dos efeitos financeiros, em caráter excepcional, consoante assim deliberado pelo Plenário:

> *"**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregulares a Concorrência 011/1997, o Contrato 2002/023 e seus aditivos.*
> *ACORDAM, ainda, à unanimidade, diante da ausência de notícias de prejuízo ao erário e do tempo decorrido, em acolher excepcionalmente os efeitos financeiros decorrentes.*
> *ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público Estadual, para instruir o Processo 355/04 – IC 86/06 – 5ª PJ."*

Devidamente intimada do Julgado, a Contratada opôs os embargos declaratórios com o objetivo de que sejam supridas as alegadas obscuridade e falta de precisão contidas no Aresto embargado, quanto aos fundamentos do julgado, posto que, no seu entender, o voto condutor do Relator teria adotado as conclusões do parecer exarado pela Secretaria Geral, que considerou superadas a maioria das irregularidades apontadas pela Subsecretaria de Controle Externo.

Assim, pretende que o v. Acórdão indique, a título de fundamentação para não acolher os atos analisados, "**apenas** as irregularidades relacionadas à suposta **ausência de processo administrativo**; **falta de demonstrativo relativo à composição de preços;** e **falta de publicação da autorização da contratação**" e, por conseguinte, a haja alteração da respectiva Ementa.

O Embargante, na defesa de sua argumentação sobre a prevalência do parecer da Secretaria Geral, baseia-se na parte dispositiva do Voto do Relator, assim redigida:

> *"Em face do exposto e **com base nas manifestações da Auditoria, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral,** cujos fundamentos adoto como razão de decidir, JULGO IRREGULARES A LICITAÇÃO, O CONTRATO 2002/023 E SEUS TERMOS ADITIVOS.*
> *Diante da ausência de notícias, nos autos, de prejuízo ao erário e do tempo decorrido, e com base nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Procuradoria da Fazenda Municipal, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, ACOLHO, EXCEPCIONALMENTE, os efeitos financeiros. Expeça-se Oficio ao Ministério Público Estadual informando o teor desta decisão, com a finalidade de instruir o Processo 355/04 – IC 86/06 – 5º PJ."*

Ao manifestar-se sobre os embargos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 73/74 – 13/10/2022), constatou estarem atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 144 do RITCMSP.

No mérito, observou que são distintas as infringências mencionadas pelos órgãos preopinantes para justificarem suas conclusões, motivo pelo qual entendeu que devem ser aclarados quais foram os apontamentos considerados pelo Pleno para deliberar pela irregularidade da Concorrência, do contrato e respectivos termos aditivos.

Dessa forma, opinou pelo conhecimento e provimento dos Embargos de Declaração.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 77 – 08/11/2022), com respaldo no parecer da AJCE, requereu que os Embargos de Declaração sejam conhecidos e providos.

A Secretaria Geral (peças 79/80 – 09/02/2023), opinou pelo conhecimento dos embargos declaratórios, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, igualmente posicionou-se pelo seu provimento, de modo a ser esclarecido na decisão quais as infringências conduziram ao julgamento pela irregularidade dos atos.

Em acréscimo, a Sra. Secretária Geral opinou pelo conhecimento dos aclaratórios, a fim do Aresto embargado ser ajustado para corrigir a obscuridade e falta de clareza mencionados, em razão de não estar suficiente claro o voto condutor que ensejou o v. Acórdão, considerando que as invocadas "manifestações da Auditoria, AJCE e SG, ...têm divergências entre si, não obstante a conclusão final pela irregularidade dos instrumentos."

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, por ser matéria de ordem pública.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo, que emitiu seu Parecer de peça 91, entendendo que incorreu a prescrição, no que foi acompanhada pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, cuida o presente, nesta fase recursal, do julgamento dos **Embargos de Declaração** opostos pela empresa **Construcap - CCPS Engenharia e Comércio S/A**., em 23/06/2022 (peça 63), em face do V. Acórdão prolatado na 3.056ª Sessão Ordinária (peça 28 e fls. 1.342/61.342v - peça 69), que julgou irregulares a Concorrência nº 011/1997, o Contrato nº 2002/023 e seus Termos Aditivos nºs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, com aceitação dos efeitos financeiros, em caráter excepcional.

Pois bem. Sintetizada as razões recursais no relatório, é caso de primeiramente enfrentar a questão preliminar de mérito da prescrição.

O processo foi devidamente instruído, com manifestação dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da Origem.

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]

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

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 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, 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*

---

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

> *ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

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

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

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

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 sede de repercussão geral, o STF reconheceu a existência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

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

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

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

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

---

[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

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

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

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

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

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

> *condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

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

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

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

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9], com efeito *erga omnes,* que determinou que a

[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

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 ser verificado dos precedentes colacionados abaixo:

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

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

---

consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.* ***II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

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

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

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

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

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em

07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

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

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

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

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

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

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

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

por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

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

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 91 dos autos *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria de 04/05/2006 (páginas 114/130 da peça 68), até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 04/09/19 (páginas 220/221 da peça 69), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV e inciso II, c/c art. 6º, inciso II, todos da Resolução 10/2023)."*

Frise-se que 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.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, *"conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)."*

Assim, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório do Acórdão guerreado, que deve ser mantido em sua integralidade, sendo certo que não foram impostas determinações de ressarcimento ou mesmo a aplicação de multa aos responsáveis. Ao contrário, foram aceitos os efeitos financeiros produzidos.

Nesse sentido, em relação ao mérito dos embargos declaratórios e nos termos expostos nos pareceres da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral, cumpre frisar que a ausência de processo administrativo (artigo 38 da Lei 8666/93), a falta de demonstração da composição dos preços (artigo 40, parágrafo 2º, inciso II da Lei Federal nº 8.666/93) e a falta de publicação da autorização para a contratação fundamentaram a decisão pela irregularidade dos atos examinados, inexistindo nos autos elementos aptos a corroborar a alteração do aresto impugnado.

Ante o exposto, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, **CONHEÇO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** opostos.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP.

Quanto ao **mérito declaratório**, **DOU-LHE PROVIMENTO** apenas para aclarar o Acórdão guerreado, mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, o conteúdo declaratório do Acórdão e a decretação de irregularidade dos atos examinados, reconhecida ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:51:38 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 345/2005 – Embargos de Declaração

Objeto: Execução das obras de readequação do Sistema Viário para implantação do Corredor de Transporte Coletivo Pirituba - Trecho I - da Praça Pedro Corazza até a Rua Marina Ciufuli Zanfelice, referente ao Programa de Corredores e Terminais de Integração para a Cidade de São Paulo.

Interessadas: São Paulo Transporte S/A e Construcap - CCPS Engenharia e Comércio S.A.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

DECLARAÇÃO DE VOTO

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo o tema da prescrição foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam

o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**".

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão,

que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das

pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado

pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, **ACOMPANHO** o voto proferido pelo eminente Conselheiro Relator **RECONHECENDO** a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal.

Em relação aos demais aspectos do julgamento, **DIVIRJO** do eminente Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, parecendo-me adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual **JULGO EXTINTO** os presentes autos.

Outrossim**,** proponho 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, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, e ciência das demais partes interessadas, com posterior arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente
por JOAO ANTONIO
DA SILVA FILHO
Data: 09/11/2023
14:45:01 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Processo	-	TC/000345/2005
Contratante	-	São Paulo Transporte S.A.
Contratada	-	Construcap – CCPS Engenharia e Comércio S.A.
Concorrência	-	011/1997
Contrato	-	2002/023 R$ 9.595.410,05
TA	-	01/2002 (red. R$ 2.866.852,52 – repactuação dos preços)
TA		02/2002 (prorrogação de prazo)
TA		03/2003 (prorrogação de prazo)
TA		04/2003 (recomposição de preços)
TA		05/2003 R$ 2.398.852,71 (prorrogação de prazo e acréscimo contratual)
TA		06/2003 (prorrogação de prazo)
TA		07/2004 (prorrogação de prazo)
TA		08/2004 (prorrogação de prazo)
Objeto	-	Execução das obras de readequação do Sistema Viário para implantação do Corredor de Transporte Coletivo Pirituba – Trecho I – da Praça Pedro Corazza até a Rua Marina Ciufuli Zanfelice, referente ao Programa de Corredores e Terminais de Integração para a Cidade de São Paulo

3.056ª Sessão Ordinária

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SPTRANS. Obras de readequação do Sistema Viário para implantação do Corredor de Transporte Coletivo. 1. Ausência de processo administrativo e de composição de preço. Art. 38, caput e art. 7º, § 2º, II, Lei 8.666/93. 2. Falta de justificativa quanto à vantajosidade da contratação. Art. 26, III, parágrafo único, Lei 8.666/93. 3. Falta de publicação da autorização para a contratação. Art. 10, § 2º, Lei Mun. 8.777/78. 4. Atraso no recolhimento da caução. 5. Alterações de preços unitários da planilha orçamentária do contrato. Art. 3º, Lei 8.666/93. 6. Inclusão de serviços fora do seu objeto. Arts. 3º e 54, § 1º, Lei 8.666/93. 7. Atraso na publicação. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02. 8. Acessoriedade. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregulares a Concorrência 011/1997, o Contrato 2002/023 e seus aditivos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, diante da ausência de notícias de prejuízo ao erário e do tempo decorrido, em acolher excepcionalmente os efeitos financeiros decorrentes.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público Estadual, para instruir o Processo 355/04 – IC 86/06 – 5ª PJ.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor "ad hoc" e MAURÍCIO FARIA.

Ausentou-se, momentaneamente, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO – Presidente
EDSON SIMÕES – Relator

/affo

Assinado digitalmente por EDSON EMANOEL SIMOES
Data: 21/10/2019 16:35:59 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 23/10/2019 09:28:31 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Cristiane Simões Gonçalves
Auxiliar de Apoio à Fiscalização
Gab EES

Processo TC. nº **72.000.345.05-41**

Interessado: **SÃO PAULO TRANSPORTE S/A – SPTRANS**
CONSTRUCAP CCPS ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A

Objeto: **Execução das obras de readequação do sistema viário para implantação do corredor de transporte coletivo Pirituba – Trecho I, da Praça Pedro Corazza à Rua Marina Ciufuli Zanfelice, referente ao programa de corredores e terminais de integração para Cidade de São Paulo.**

Relator: Consº Edson Simões

Relatório

Cuida o presente da análise da Concorrência nº 011/97, cujo objeto é Execução das obras de readequação do sistema viário para implantação do corredor de transporte coletivo Pirituba – trecho I, da Praça Pedro Corazza à Rua Marina Ciufuli Zanfelice, referente ao programa de corredores e terminais de integração para Cidade de São Paulo, bem como do contrato dela decorrente, Contrato nº 2002/023, e seus Termos Aditivos nº 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, no valor de R$ 9.595.410,85(nove milhões, quinhentos e noventa e cinco mil quatrocentos e dez reais e oitenta e cinco centavos).

A Coordenadoria V concluiu às fls. 751 a 788:

1. pela irregularidade do procedimento licitatório pela ausência de Processo Administrativo, infringindo o artigo 38, caput, da Lei nº 8.666/93, bem como por não haver demonstrativo relativo à composição de preço, infringindo o inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 8.666/93;

2. pela irregularidade do Contrato nº 2002/023, por decorrer de procedimento licitatório irregular, por falta de justificativa quanto à vantajosidade da contratação, conforme dispõe o inciso III, do parágrafo único, do artigo 26, da Lei nº 8.666/93, pela falta de publicação da autorização para a contratação, infringindo o parágrafo 2º, do artigo 10, da Lei Municipal nº 8.777/78 e pelo atraso no recolhimento da caução pela SPTrans, em desacordo com o subitem 10.3.1 do edital e cláusula 57ª, item I do contrato;

3. pela irregularidade do Termo Aditivo nº 1, por ser decorrente de contratação considerada irregular e por ter havido alterações de preços unitários da planilha orçamentária do contrato, infringindo o artigo 3º, da Lei nº 8.666/93;

4. pela irregularidade dos Termos Aditivos nº 2 e 3, vez que o contrato encontra-se irregular;

5. pela irregularidade do Termo Aditivo nº 4, por decorrer de contrato irregular, bem como pelo atraso no recebimento da caução pela SPTrans, em desacordo com o prazo estabelecido no subitem 10.3.1 do edital e cláusula 57ª do contrato;

6. pela irregularidade do Termo Aditivo nº 5, vez que o contrato foi considerado irregular, bem como por ter incluído a execução de serviços no trecho II, fora do seu objeto, infringindo o disposto nos artigos 3º e 54º, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.666/93 e por atraso no recebimento da caução pela SPTrans, em desacordo com o prazo estabelecido no subitem 10.3.1 do edital e cláusula 57ª do contrato;

7. pela irregularidade dos Termos Aditivos nº 6 e 7, vez que o contrato encontra-se irregular, bem como pelo atraso na publicação dos mesmos, infringindo o artigo 26, da Lei Municipal 13.278/02;

8. *pela irregularidade do Termo Aditivo nº 8, por decorrer de contrato irregular, bem como pelo atraso no recebimento da caução pela SPTrans, em desacordo com o prazo estabelecido no subitem 10.3.1 do edital e cláusula 57ª do contrato.*

Intimados acerca das conclusões supracitadas, a origem e os responsáveis apresentaram defesas.

A empresa CONSTRUCAP – CCPS Engenharia e Comércio S/A também apresentou defesa na qualidade de terceira interessada.

A Coordenadoria V se pronunciou acerca das defesas acostadas aos autos, ratificando as conclusões alcançadas no relatório anterior (fls. 1237/1328).

Instada a se manifestar, a Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou quesitos, requerendo a intimação da SPTrans para ciência das manifestações dos órgãos técnicos desta E. Corte de Contas e para que apresente suas justificativas (fls.1264).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do Contrato analisado, em face da ausência de Processo Administrativo e da falta de demonstrativo relativo à composição de todos os preços unitários e pela regularidade dos Termos de Aditamento dele decorrentes (fls. 1276/1278).

A empresa CONSTRUCAP se manifestou acerca do novo relatório apresentado pela Coordenadoria V.

O Ministério Público Estadual solicitou informações sobre o andamento dos presentes autos, com a finalidade de instruir o Processo nº 355/04 – IC nº 86/06 – 5º PJ, o qual foi atendido.

Novamente instada a se manifestar, a Procuradoria da Fazenda Municipal ratificou os termos do parecer anterior, bem como solicitou a intimação do Sr. Gilberto Azevedo Chaves.

Regularmente intimada, a Origem apresentou defesa.

Em manifestação acerca da defesa apresentada pela Origem, a Coordenadoria V ratificou os termos dos relatórios anteriores. (Fls. 1238)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, acompanhada pela D. Assessora Subchefe de Controle Externo, em manifestação ao acrescido pela Origem, opinou pela irregularidade dos ajustes, com o reconhecimento dos seus efeitos financeiros (fls. 1301/1304).

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento dos ajustes (1306).

A Secretaria Geral manifestou-se da seguinte forma (fls. 1308/13010):

> *"Das irregularidades apontadas no procedimento licitatório, bem como nos ajustes dele decorrentes, entendo que:*
>
> *1. Ausência de processo administrativo*
> *No procedimento licitatório em análise restou inequívoco que a Origem se furtou ao cumprimento das normas de procedimento estatuídas no artigo 38, da Lei Federal nº 8.666/93, vez que não autuou processo administrativo, devidamente protocolado. Isto porque, não há indicação do responsável pela juntada de cada folha aos autos, bem como a indicação do número do Processo Administrativo nestas folhas.*
>
> *Não há como aceitar a alegação da Origem, de que o processo administrativo foi formalizado de acordo com as normas internas vigentes, não havendo motivo para a repreensão de sua conduta apenas porque a forma de autuar o processo não é compatível com o procedimento deste Tribunal. Pois, o que se aponta no caso em tela, é o fato de que o procedimento de autuação do processo administrativo, exigido pelo artigo 38, da Lei nº 8.666/93, não ocorreu na forma determinada pelo artigo 166 e ss., do Código de Processo Civil e, não, por não ser compatível com o procedimento adotado por esta E. Corte de Contas.*
>
> *Sob esse ângulo, a SPTrans vem, costumeiramente, adotando tal procedimento, inadequado e ilegal, o que tem levado esta E. Corte de Contas julgar irregulares, sem reconhecimento dos seus efeitos financeiros, inúmeros contratos da empresa, entre outros, os que foram objeto de*

análise nos TC's nº 72-002.605.03-70 e 72-003.712.03-15.

A irregularidade mencionada constitui formalidade essencial do processo licitatório, posto que sua observância garante a lisura e a transparência do procedimento anteriormente à contratação.
Desta forma, entendo como irregular o procedimento adotado pela Origem.

2. Falta de demonstrativo relativo à composição de preços

Quanto à ausência de orçamento, detalhado em planilhas, que expressasse a composição de todos os custos unitários, contrariando o disposto no inciso II, parágrafo 2º, do artigo 7º, da Lei Federal nº 8.666/93, entendo que, tendo em vista os valores envolvidos em uma contratação de grande vulto, como no caso em tela, cujo preço estimado foi de R$ 9.733.397,65 (nove milhões, setecentos e trinta e três mil, trezentos e noventa e sete reais e sessenta e cinco centavos), era necessário que fosse providenciado um estudo de todos os elementos que contribuíram para a formação do valor máximo admissível para as propostas, constante no item 06, do anexo I e item 01, do anexo VI, do edital.

Além do mais, o orçamento detalhado deveria constituir um anexo do edital, conforme estabelece o inciso II do parágrafo 2º, do artigo 40, da Lei Federal nº 8.666/93.

Neste sentido entende o E. Tribunal de Contas da União:

"É importante notar que a pesquisa de preços não constitui mera exigência formal estabelecida pela Lei. Trata-se, na realidade, de etapa essencial ao processo licitatório, pois estabelece balizas para que a administração julgue se os valores ofertados são adequados. Sem os valores de referência confiáveis, não há como avaliar a razoabilidade dos preços dos licitantes". (AC. nº 1.450/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinicius Vilaça)

Também, neste sentido leciona Marçal Justen Filho: "Deve reputar-se que as exigências a que se subordina a instauração de uma licitação não se constituem em requisito de mera forma. Trata-se de redução do âmbito de liberdade de escolha da Administração. O estrito cumprimento das exigências do art. 7º elimina decisões arbitrarias ou nocivas".

Desta forma, irregular o procedimento licitatório, que não apresentou a composição de preços, contrariando o disposto no inciso II, parágrafo 2º, do artigo 7º, da Lei Federal nº 8.666/93.
3. Falta de justificativa quanto à vantajosidade da contratação

Em relação a justificativa da escolha da contratada e do preço, restou demonstrado no caso em tela que, a contratação da 2ª colocada na concorrência, se deu em conformidade com o disposto no artigo 64, parágrafos 2º e 3º, e artigos 78 e 79, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a urgência da implantação das melhorias reclamadas pela população, bem como foi realizada nas mesmas condições da 1ª colocada quando do certame, sem haver redução do objeto contratual.

Desta forma, restou demonstrada a vantajosidade e economicidade da contratação, motivo pelo qual poderá ser relevada a irregularidade apontada.

4. Falta de publicação da autorização para a contratação

A autorização para contratação condiciona o curso do procedimento posterior. Pois, somente será concedida autorização se estiverem presentes todos os requisitos previstos em Lei, sendo certo que a ausência de qualquer destes requisitos tornaria inválido o ato posterior.

A publicação do despacho autorizando a contratação, propicia a interposição de recurso pelas demais licitantes.

Ademais, o parágrafo segundo, do artigo 115 e artigo 116, da Lei Orgânica Municipal, determina a publicação dos atos administrativos de efeitos externos da administração indireta.

Desta forma, resta inquestionável a necessidade do despacho que autoriza a contratação, o

qual tem efeitos externos, não podendo ser considerado exigência de caráter formal, motivo pelo qual entendo pela irregularidade do ajuste em análise.

5. Atraso no recolhimento da caução

Em que pese tenha restado comprovado o atraso no recolhimento da caução no Contrato nº 2002/023, bem como nos TA's nº 4, 5 e 8, entendo que tal irregularidade pode ser relevada, tendo em vista o fato de que, ainda que a destempo, cumpriu a sua finalidade, assegurando os ajustes.

6. Alterações de preços unitários da planilha orçamentária do contrato após justificativas apresentadas pela Origem, a Coordenadoria V entendeu ter sido sanada tal irregularidade.

7. Inclusão de serviços do Trecho II no objeto do contrato (Trecho I)

A referida inclusão de serviços do Trecho II no objeto do contrato, em verdade, tratou-se da adequação do contrato às necessidade técnicas supervenientes, compatíveis com o seu objeto.

O artigo 65, da Lei nº 8.666/93, viabiliza a alteração unilateral do contrato, quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica dos seus objetivos.

Desta forma, tendo em vista a necessidade de adequação do contrato, bem como o fato desta ter ocorrido conforme autorizado por Lei, entendo que não houve a irregularidade apontada.

8. Atraso na publicação dos TA's

Tal irregularidade se reveste de caráter meramente formal e não lesou o interesse público. Desta forma, embora a destempo, cumpriu a sua finalidade, dando publicidade ao ajuste.
Neste sentido, ensina Marçal Justen Filho:

"O instrumento contratual somente produzirá efeitos, de regra, após publicado na imprensa oficial. A ausência de publicação do extrato não é causa de sua invalidade. O defeito não afeta a contratação. A publicação é condição para o contrato produzir efeitos. Na ausência ou no defeito da publicação, a situação se regularizaria com nova publicação".

De fato, a ausência de publicação não invalida o contrato, nem desfaz o vínculo, apenas é causa de sua ineficácia. Assim, tal irregularidade foi sanada com a publicação, ainda que extemporânea.

Este E. Tribunal, em diversos julgados, tem relevado este tipo de mácula.

Assim, entendo que a irregularidade pode ser relevada.

Diante do todo o exposto, opino pela irregularidade do procedimento licitatório Concorrência nº 011/97 e, consequentemente do Contrato nº 2002/023 e dos seus Termos Aditivos, ficando, entretanto, ao elevado critério de Vossa Excelência, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros."

É o Relatório.

Voto

De inicio cumpre informar que o Ministério Público Estadual solicitou informações sobre o andamento dos presentes autos, com a finalidade de instruir o Processo nº 355/04 – IC nº 86/06 – 5º PJ, o qual foi atendido.

Cuida o presente da análise da Concorrência nº 011/97, cujo objeto se refere à Execução das obras de readequação do sistema viário para implantação do corredor de transporte coletivo Pirituba – trecho I, da Praça Pedro Corazza à Rua Marina Ciufuli Zanfelice, referente ao programa de corredores e terminais de integração para a Cidade de São Paulo, bem como do contrato dela decorrente, Contrato nº 2002/023, e seus Termos Aditivos nº 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, no valor de R$ 9.595.410,85 (nove milhões, quinhentos e noventa e cinco mil quatrocentos e dez reais e oitenta e cinco centavos).

A Coordenadoria V concluiu pela Irregularidade da Licitação, do Contrato e dos Termos Aditivos, nos seguintes termos:

> *1. "pela irregularidade do procedimento licitatório pela ausência de Processo Administrativo, infringindo o artigo 38, caput, da Lei nº 8.666/93, bem como por não haver demonstrativo relativo à composição de preço, infringindo o inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 8.666/93;*
>
> *2. pela irregularidade do Contrato nº 2002/023, por decorrer de procedimento licitatório irregular, por falta de justificativa quanto à vantajosidade da contratação, conforme dispõe o inciso III, do parágrafo único, do artigo 26, da Lei nº 8.666/93, pela falta de publicação da autorização para a contratação, infringindo o parágrafo 2º, do artigo 10, da Lei Municipal nº 8.777/78 e, pelo atraso no recolhimento da caução pela SPTrans, em desacordo com o subitem 10.3.1 do edital e cláusula 57ª, item I do contrato;*
>
> *3. pela irregularidade do Termo Aditivo nº 1, por ser decorrente de contratação considerada irregular e por ter havido alterações de preços unitários da planilha orçamentária do contrato, infringindo o artigo 3º, da Lei nº 8.666/93;*
>
> *4. pela irregularidade dos Termos Aditivos nº 2 e 3, vez que o contrato encontra-se irregular;*
>
> *5. pela irregularidade do Termo Aditivo nº 4, por decorrer de contrato irregular, bem como pelo atraso no recebimento da caução pela SPTrans, em desacordo com o prazo estabelecido no subitem 10.3.1 do edital e cláusula 57ª do contrato;*
>
> *6. pela irregularidade do Termo Aditivo nº 5, vez que o contrato foi considerado irregular, bem como por ter incluído a execução de serviços no trecho II, fora do seu objeto, infringindo o disposto nos artigos 3º e 54º, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.666/93 e, por atraso no recebimento da caução pela SPTrans, em desacordo com o prazo estabelecido no subitem 10.3.1 do edital e cláusula 57ª do contrato;*
>
> *7. pela irregularidade dos Termos Aditivos nº 6 e 7, vez que o contrato encontra-se irregular, bem como pelo atraso na publicação dos mesmos, infringindo o artigo 26, da Lei Municipal 13.278/02;*
>
> *8. pela irregularidade do Termo Aditivo nº 8, por decorrer de contrato irregular, bem como pelo atraso no recebimento da caução pela SPTrans, em desacordo com o prazo estabelecido no subitem 10.3.1 do edital e cláusula 57ª do contrato."*

A Origem, a Contratada e os responsáveis foram intimados e apresentaram defesas.

A Coordenadoria V se pronunciou acerca das defesas acostadas aos autos, ratificando as conclusões alcançadas no relatório anterior.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade dos ajustes, com o reconhecimento dos seus efeitos financeiros (fls. 1301/1304).

A Secretaria Geral acompanhou a Auditoria e opinou *"pela irregularidade do procedimento licitatório Concorrência nº 011/97 e, consequentemente, do Contrato nº 2002/023 e dos seus Termos Aditivos"*.

Em face do exposto e com base nas manifestações da Auditoria, da Assessoria

Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, julgo irregulares a Licitação, o Contrato nº 2002/023 e seus Termos Aditivos.

Diante da ausência de notícias, nos autos, de prejuízo ao erário e do tempo decorrido, e com base nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Procuradoria da Fazenda Municipal, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, acolho, excepcionalmente, os efeitos financeiros.

Expeça-se Oficio ao Ministério Público Estadual informando o teor desta decisão, com a finalidade de instruir o Processo nº 355/04 – IC nº 86/06 – 5º PJ.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de setembro de 2019.

EDSON SIMÕES
Conselheiro Corregedor

Assinado digitalmente
por EDSON EMANOEL
SIMOES
Data: 06/09/2019
15:17:08 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo