ACO-UTR-74/2024

Processo - TC/001064/2011

Objeto - Recursos "ex officio" e da Procuradoria da Fazenda Municipal interpostos em face da R. Decisão da Primeira Câmara de 30/03/2022 – Subprefeitura Itaquera e Preserva Engenharia Ltda. – Acompanhamento – Execução contratual – Verificar se o Contrato 19/SP-IQ/Gab-ATJ/2010, cujo objeto é a execução de obra de contenção de talude em área de risco, localizada entre a Rua Vinte e a Avenida Gualtar – Trecho III, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. SUBPREFEITURA. Obra de contenção de talude em área de risco. Decisão que julgou irregular a execução do contrato por falhas de fiscalização e de indicação contábil. 1. Decorridos mais de cinco anos do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria ao marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível. Art. 2º, art. 5º, II e IV, art. 6º, I, 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. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. 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, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, com relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, e, quanto ao mérito declaratório, em negar-lhes provimento, uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar o Acórdão guerreado, mantendo-se, assim, pelos seus

próprios fundamentos jurídicos, seu conteúdo declaratório (irregularidade da execução do Contrato 19/SP-IQ/Gab-ATJ/2010), dada a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas, declarando prejudicado o processamento dos embargos de declaração opostos na peça 63 dos autos, pela perda superveniente do objeto.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, consoante declaração de voto apresentada, julgou extinto os presentes autos com determinação à Origem.

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

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

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 03/04/2024 09:02:14 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 03/04/2024 09:07:01 -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 1064/2011 – Recurso - Acompanhamento

Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 19/SP-IQ/Gab-ATJ/2010, cujo objeto é a execução de obra de contenção de talude em área de risco, localizada entre a Rua Vinte e a Avenida Gualtar - Trecho III, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste.

Interessadas: Subprefeitura Itaquera e Preserva Engenharia Ltda.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

Relatório

Cuida o TC 1064/2011 da análise de execução contratual do Contrato n° 019/SP-IQ/GAB-ATJ/2010, celebrado em 27.09.2010 entre a Subprefeitura Itaquera e a empresa Preserva Engenharia Ltda., tendo por objeto a execução de obra de contenção de talude em área de risco, localizada entre a Rua 20 e a Av. Gualtar (trecho III) (fl. 48), com prazo de execução de 90 (noventa) dias (fls. 53), a contar da data fixada na Ordem de Início, com valor de R$ 590.929,42 (data-base: setembro/2010).

À peça 37, consta a r. Decisão proferida pela Colenda Primeira Câmara deste Tribunal de Contas que, **por unanimidade**, julgou irregular a execução do Termo de Contrato 019/SP-IQ/Gab-ATJ/2010 e deixou de acolher os efeitos financeiros por considerar que as infringências constatadas pela Auditora impactam a equação econômico-financeira contratual. Também **à unanimidade**, determinou à Origem promover as medidas necessárias para ressarcimento ao erário dos valores considerados não justificados e irregulares, devidamente atualizados e, por fim, ainda **à unanimidade**, ante o tempo transcorrido, deixou de apenar os agentes públicos responsáveis quanto às sanções regimentais de competência do TCMSP.

Na atual fase processual, ocupa-se o presente processo da análise do **recurso *ex officio*** e do **Recurso Ordinário** interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 46), objetivando a reforma parcial daquela r. Decisão, a fim de que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais da execução do Contrato nº 019/SP-IQ/Gab-ATJ/2010, tendo em vista: (i) que os equívocos cometidos pela Origem de natureza formal devem ser relevados; (ii) que merece a especial atenção desta C. Corte de Contas o tempo decorrido desde a celebração do contrato, praticamente doze anos; (iii) que não se teve nos autos notícia de prejuízo ao erário; (vi) que não se pode afirmar que tenha havido um dano concreto à Administração Municipal, embora possam ser feitas ressalvas aos procedimentos adotados; (v) inexistência de dolo e má-fé dos agentes

públicos e em face da incidência no caso do princípio da segurança jurídica dos atos administrativos no tempo.

Regularmente cientificados da decisão (peças 39/41 e 44) a Subprefeitura Itaquera e a empresa Preserva Engenharia Ltda., deixaram de se manifestar no prazo assegurado para eventual interposição de recurso, conforme certidão à peça 47.

À peça 49, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo**, de início, se manifestou pela admissibilidade do recurso fazendário, eis que tempestivo e atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade, como também reconheceu que o julgado está submetido ao reexame necessário, consoante o disposto no artigo 137, parágrafo único, do Regimento Internos desta Corte.

Quanto ao mérito, concluiu ser irretocável a r. Decisão recorrida, pautada nos apontamentos da Auditoria. Quanto ao recurso apresentada pela PFM, afirmou que o apelo não dirigiu seus questionamentos ao mérito dos apontamentos que deram base à decisão atacada, não tendo, portanto, trazido elementos capazes de alterar seu entendimento que, na fase de instrução, acompanhou integralmente a Auditoria deste E. Tribunal.

Assim, opinou pelo conhecimento de ambos os recursos e, no mérito, pelo não provimento dos apelos. Sugeriu, por fim, fosse dada ciência da r. Decisão aos indicados como responsáveis pela Auditoria uma vez que, apesar de terem participado da instrução processual, não foram cientificados do resultado do julgamento.

À peça 53, a **PFM** requereu que os recursos interpostos fossem apreciados e providos. Alternativamente, em caso de indeferimento do pedido, requereu fossem providos, ao menos, no que concerne ao reconhecimento dos efeitos financeiros dos atos tratados nestes autos.

À peça 54, foi determinado que os agentes responsáveis fossem cientificados da r. Decisão proferida nestes autos.

À peça 63, consta a interposição de Embargos de Declaração por parte de Antônio Venâncio Neri.

À peça 66, em resposta ao ofício recebido deste Tribunal, a **Subprefeita de Itaquera** se manifestou informando que a Assessoria Jurídica dessa Subprefeitura informou ter ocorrido a prescrição da pretensão da Administração em reaver os valores indicados por esse E. Tribunal, entendimento com o qual expressou concordância.

À peça 67, consta certidão deste Tribunal de junção dos Embargos de Declaração interpostos por Antonio Venâncio Neri (peça 63), objetivando a reforma da Decisão de peça 37, considerando que os demais oficiados deixaram transcorrer *in albis* o prazo para eventual interposição de recurso, e que as comunicações processuais, em cumprimento ao despacho

contido na peça 54, foram expedidas aos interessados para ciência da referida Decisão conforme indicado na peça 60, encaminho os autos a Vossa Excelência, sugerindo posterior envio ao Excelentíssimo Senhor Conselheiro João Antonio, relator do decisório recorrido, para deliberação quanto ao prosseguimento do feito.

À peça 68, consta despacho desta Relatoria, dirigido ao Exmo. Sr. Conselheiro Corregedor, João Antônio, quanto a interposição dos Embargos de Declaração (peça 63), encaminhando o presente à Vossa Excelência na qualidade de Relator do decisório recorrido (peça 37).

À peça 71, consta **despacho desta Relatoria** determinando o encaminhamento dos autos à **AJCE** para que avalie eventual ocorrência de prescrição, nos termos da Resolução nº 10/2023, publicada em 07/06/2023, o entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal e nota recomendatória da ATRICON sobre a matéria.

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 72, 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 da análise de execução contratual do Contrato n° 019/SP-IQ/GAB-ATJ/2010, celebrado em 27.09.2010 entre a Subprefeitura Itaquera e a empresa Preserva Engenharia Ltda., tendo por objeto a execução de obra de contenção de talude em área de risco, localizada entre a Rua 20 e a Av. Gualtar (trecho III) (fl. 48), com prazo de execução de 90 (noventa) dias (fls. 53), a contar da data fixada na Ordem de Início, com valor de R$ 590.929,42 (data-base: setembro/2010).

À peça 37, consta a r. Decisão proferida pela Colenda Primeira Câmara deste Tribunal de Contas que, **por unanimidade**, julgou irregular a execução do Termo de Contrato 019/SP-

IQ/Gab-ATJ/2010 e deixou de acolher os efeitos financeiros por considerar que as infringências constatadas pela Auditora impactam a equação econômico-financeira contratual. Também **à unanimidade**, determinou à Origem promover as medidas necessárias para ressarcimento ao erário dos valores considerados não justificados e irregulares, devidamente atualizados e, por fim, ainda **à unanimidade**, ante o tempo transcorrido, deixou de apenar os agentes públicos responsáveis quanto às sanções regimentais de competência do TCMSP.

Na atual fase processual, ocupa-se o presente processo da análise do **recurso *ex officio*** e do **Recurso Ordinário** interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 46), objetivando a reforma parcial daquela r. Decisão, a fim de que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais da execução do Contrato nº 019/SP-IQ/Gab-ATJ/2010, tendo em vista: (i) que os equívocos cometidos pela Origem de natureza formal devem ser relevados; (ii) que merece a especial atenção desta C. Corte de Contas o tempo decorrido desde a celebração do contrato, praticamente doze anos; (iii) que não se teve nos autos notícia de prejuízo ao erário; (vi) que não se pode afirmar que tenha havido um dano concreto à Administração Municipal, embora possam ser feitas ressalvas aos procedimentos adotados; (v) inexistência de dolo e má-fé dos agentes públicos e em face da incidência no caso do princípio da segurança jurídica dos atos administrativos no tempo.

Sintetizadas as razões recursais, é caso de primeiramente enfrentar a questão **preliminar de mérito** da prescrição.

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

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos.*"[1]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[2]

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

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

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[3]

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[4] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)"*[5]

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)

> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

---

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

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

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 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***

[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

> ***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 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 à 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 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.

[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. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

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

A AJCE em sua manifestação (peça 72) dispôs que "*avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria de 14/06/2012 (páginas 37/52 da peça 33), até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 30/03/2022 (peça 37), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, e inciso II, c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023)."*

Consoante o exposto, a AJCE apontou que entre a ocorrência dos marcos interruptivos apontados decorreu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º da referida Resolução, sem a ocorrência de demais causas suspensivas ou interruptivas.

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas, afastando-se, por consequência, **a determinação à**

Origem a fim de que promova as medidas necessárias para ressarcimento ao erário dos valores considerados não justificados e irregulares, devidamente atualizados, nos termos deste voto., bem como, por consequência, o não reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seus pareceres citados, *"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, mas tão somente as determinações acima elencadas.

Tratada da preliminar de mérito da prescrição, é caso de analisar o mérito da pretensão recursal.

Nesse sentido, extrai-se do feito que a recorrente não apresentou novos elementos capazes de corroborar a alteração dos julgados, que devem ser mantidos naquilo em que não fulminados pela prescrição.

Ante o exposto, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, **CONHEÇO** dos Recursos interpostos.

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**, **NEGO-LHES PROVIMENTO** uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar a decisão do v. Acórdão guerreado, **mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, seu conteúdo declaratório (irregularidade a execução do Termo de Contrato 019/SP-IQ/Gab-ATJ/2010), dada a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas**.

Por consequência, diante da presente decisão, fica prejudicado o processamento dos embargos de declaração opostos na peça 63, por perda superveniente de objeto.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:50:28 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1064/2011 – RECURSO (ACOMPANHAMENTO)

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, me

parecendo 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 14:44:43 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

III – DECISÃO

Processo - TC/001064/2011
Contratante - Subprefeitura Itaquera
Contratada - Preserva Engenharia Ltda.
Acompanhamento da execução do Contrato 019/SP-IQ/Gab-ATJ/2010
Objeto - Verificar se o contrato, cujo objeto é a execução de obra de contenção de talude em área de risco, localizada entre a Rua Vinte e a Avenida Gualtar – Trecho III, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

342ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SUBPREFEITURA. Obra de contenção de talude em área de risco. 1. Falhas de fiscalização e de indicação contábil. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. DETERMINAÇÃO. Promover as medidas necessárias ao ressarcimento dos valores. Votação unânime.

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, nos termos de seu relatório e voto, e ROBERTO BRAGUIM, com declaração de voto, julgar irregular a execução do Termo de Contrato 019/SP-IQ/Gab-ATJ/2010.

DECIDEM, à unanimidade, não acolher os efeitos financeiros, haja vista que as infringências constatadas pela Área Auditora impactam na equação econômico-financeira contratual.

DECIDEM, à unanimidade, determinar à Origem que promova as medidas necessárias para ressarcimento ao erário dos valores considerados não justificados e irregulares, devidamente atualizados, nos termos deste voto.

DECIDEM, à unanimidade, diante do tempo transcorrido, deixar de apenar os agentes públicos responsáveis, quanto às sanções regimentais de competência do TCMSP.

DECIDEM, à unanimidade, determinar as comunicações de praxe.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda "ad hoc" FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de março de 2022.

EDUARDO TUMA – Vice-Presidente no exercício da Presidência
JOÃO ANTONIO – Relator
ROBERTO BRAGUIM – Conselheiro, com declaração de voto

/smv

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO JOÃO ANTONIO – RELATOR

TC/001064/2011

Trata o TC/001064/2011 Acompanhamento da Execução Termo de Contrato nº 019/SPIQ/GAB/ATJ/2010, celebrado entre a Subprefeitura Itaquera e a empresa Preserva Engenharia Ltda., para execução de obra de contenção de talude em área de risco, localizada entre a Rua 20 e a Av. Gualtar (Trecho III), pelo valor de R$ 590.929,42 (quinhentos e noventa mil, novecentos e vinte e e nove reais e quarenta e dois centavos).

A Coordenadoria III elaborou o Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual encartado às fls. 181 a 189, apresentando os seguintes apontamentos:

4.1 - As plantas do projeto básico encontravam-se desatualizadas à época da Tomada de Preços n° 01/SP-IQ/GAB-ATJ/2010. Além disso, não dispunham do nível de detalhamento previsto no artigo 6°, inciso IX da Lei Federal n° 8.666/93. O projeto executivo disponibilizado pela fiscalização acrescenta poucas informações ao projeto básico e também não contém todos os elementos necessários à execução dos serviços (subitem 3.3).

4.2 - Foram encontradas deficiências nas medições dos itens de serviço 13-01-06 (Estaca tipo raiz, 150 mm, com perfuração em rocha) e 13-01-05 (Estaca tipo raiz, 150 mm, com perfuração em solo):

a) As medições não estão devidamente instruídas com croquis de localização das estacas executadas e foram encontradas divergências entre as datas que constam dos boletins de estacas e o mês de sua efetiva medição (subitem 3.4.1.a);

b) Divergência entre a soma dos quantitativos medidos e a soma dos quantitativos que constam dos boletins de estacas (subitem 3.4.1.b);

c) Os quantitativos dos itens de serviço 13-01-06 e 13-01-05, referentes à 1ª medição, foram invertidos na respectiva planilha, resultando em uma diferença de ***R$ 14.601,32****, BDI incluso (subitem 3.4.1.c);*

d) A sondagem do terreno e os boletins de estacas não justificam a medição de estaca raiz com perfuração em rocha, de custo aproximadamente 3,5 vezes superior à perfuração de estaca em solo (subitem 3.4.1.d);

e) As estacas para o solo grampeado possuem, de acordo com o projeto, 120 mm de diâmetro e não 150 mm como remunerado (subitem 3.4.1.e);

f) Entende-se que necessita(m) de demonstração o(s) local(is) onde teriam sido executadas as estacas referentes ao solo grampeado (subitem 3.4.1.f).

4.3 - Foram encontradas deficiências nas medições dos itens de serviço 08-63-00 (Fornecimento e colocação de aço de protensão CP-190-RB 6 Ø = 1/2", incluindo bainha, protensão e injeção) e 08-66-00 (Ancoragem ativa série V-6 - Ø = 1/2"):

a) A medição do item 08-63-00, que prevê a utilização de cordoalhas, não se coaduna com o sistema de protensão utilizado na obra, composto por barras Dywidag (subitem 3.4.2.a);

b) Devido ao fato de não terem sido utilizadas cordoalhas, o sistema de ancoragem não se trata da ancoragem prescrita pelo item de serviço 08- 66-00 (subitem 3.4.2.b);

c) A vistoria ao local das obras evidenciou a medição de itens anteriormente às operações de protensão, em desacordo com o disposto na Tabela de Custos Unitários de Infra-Estrutura da SIURB – janeiro/2010 (subitem 3.4.2.c).

4.4 - Em relação ao item de serviço 10-07-02 (Fornecimento, preparo e aplicação de concreto projetado, medido no projeto – fck = 20 MPa), embora esteja previsto no projeto 7 cm de espessura, a memória de cálculo da 2ª medição considera 10 cm e na 3ª medição são considerados 18 cm (subitem 3.4.3.a).

4.5 - Não encontramos nos processos as justificativas por parte da prefeitura para que não fossem efetuadas as retenções do INSS e do IR (subitem 3.5.3.b).

4.6 - Não constam no extrato de empenho do SOF – Sistema de Orçamento e finanças – indicações de que foi efetivado o pagamento das medições à contratada

(subitem 3.5.4).

Ante o resultado da análise produzida pela Coordenadoria III, o Ilustre Conselheiro Relator determinou a intimação dos interessados para a apresentação de defesa, nos termos do disposto no inciso LV, do artigo 5º, do Texto Constitucional.

Diante da documentação acrescida, a Coordenadoria III ratificou os seus apontamentos iniciais, anotando, no entanto, algumas observações e modificando as conclusões apostas nos itens 4.5 e 4.6 do seu relatório inicial, que passou a ter a seguinte redação "ausência de retenção do INSS e do IR, em infringência à Instrução Normativa RFB nº 971/09, no caso do INSS, e ao Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), no caso do IR" e, "não atendimento ao determinado pela cláusula 6.6 do Contrato e ao § 1º do art. 13 do DM 51.194/10, nos casos da 1ª e 2ª medições (pagamento em prazo superior a 30 (trinta) dias da aprovação da medição da fiscalização)", respectivamente, como restou minudenciado na manifestação de fls. 349 a 356vº.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, fls. 360/363, entendeu que, seguindo a diretriz traçada pela área auditora, tais apontamentos constituem-se em impedimento ao acolhimento da execução contratual.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às 365/371, requereu o acolhimento da execução, ou ao menos, o reconhecimento dos efeitos econômicos dos atos em exame.

A Secretaria-Geral (fls. 373/378) opinou pelo não acolhimento da execução contratual.

Na sequência, foram intimados os Srs. Daniel Toledo (Supervisor Técnico de Projetos e Obras, à época) e Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador de Infraestrutura Urbana e Obras, à época).

Diante da documentação acrescida, a Coordenadoria III ratificou as

conclusões 4.1, 4.2 (alíneas "a" a "f"), 4.3 (alíneas "a" a "c") e 4.4 fl. 185vº/186 do relatório de acompanhamento da execução contratual, bem como as conclusões 4.5 e 4.6 não mencionadas nas defesas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 484/486, entendeu não remanescer questões jurídicas a serem resolvidas ou acrescidas, opinando pelo não acolhimento da Execução do Contrato nº 019/SPIQ/GAB/ATJ/2010 em razão das irregularidades constantes dos itens 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5 e 4.6, sem prejuízo das recomendações pertinentes.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, à fl. 490, reiterou sua anterior promoção encartada em fls. 365/371, requerendo o acolhimento dos efeitos econômicos dos atos examinados.

A Secretaria-Geral (fls. 492/497) opino pelo não acolhimento da execução do contrato n. 019/SPIQ/GAB/ATJ/2010 tangente às irregularidades postas nos itens 4.1, 4.2 (alíneas 'a' a 'f'), 4.3 (alíneas 'a' a 'c') e 4.4, fl. 185vº/186 do relatório de acompanhamento da execução contratual, bem como as conclusões constantes dos itens 4.5 e 4.6.

A Coordenadoria III, às fls. 500/501, considerou que a execução injustificada de estacas raiz com perfuração em rocha causou prejuízo ao Erário no valor de R$ 234.286,28, com referência ao mês de setembro de 2010.

Na sequência, o Chefe de Gabinete do Conselheiro Relator intimou os senhores Daniel Toledo, Kleiton Scalesse Ferreira, Antônio Venâncio Neri e Roberto Kazushi Tamura e a empresa contratada para tomarem ciência e se manifestarem acerca da última Manifestação da Auditoria, fls. 500/501, relativa ao questionamento do Conselheiro Domingos Dissei, fl. 499.

Todos os intimados, bem como a Subprefeitura de Itaquera, apresentaram defesa às fls. 552/554, 549/551, 565/570, 574/578, 518/532, 558/564 e 556/557. Fls. 580/582.

Diante da documentação acrescida, a Coordenadoria III reitera a Conclusão 4.2.d apontada no Relatório de Acompanhamento contratual e mantida nas manifestações subsequentes, fls. 186, 351v/352, 477/478 e 500/501, respectivamente. Por fim, ratificam-se as conclusões 4.1, 4.2 (alíneas 'a' a 'f'), 4.3 (alíneas 'a' a 'c') e 4.4 do Relatório de Acompanhamento da Execução do Contratual, fls. 185v/186v e 356/356v, bem como as conclusões 4.5 e 4.6 do Relatório de Acompanhamento da Execução do Contratual, alteradas na primeira Manifestação da Auditoria à fl. 356v e mantidas à fl. 482.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 584/586, entendeu que não restaram superadas todas as irregularidades indicadas, haja vista que os apontamentos 4.2.d, 4.1, 4.2 (alínea "a a f"), 4.3 (alíneas a a c") e 4.4, 4.5, 4.6 remanescem.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 588) requereu o acolhimento da execução ou, ao menos, o reconhecimento de seus efeitos financeiros.

A Secretaria-Geral ratificou suas conclusões anteriores, opinando, igualmente pelo não acolhimento da execução do contrato nº 019/SP-IQ/GAB/ATJ/2010.

É o relatório

VOTO

Em julgamento a Execução do Termo de Contrato nº 019/SPIQ/GAB/ATJ/2010, celebrado entre a Subprefeitura Itaquera e a empresa Preserva Engenharia Ltda., para execução de obra de contenção de talude em área de risco, localizada entre a Rua 20 e a Av. Gualtar (Trecho III).

A instrução processual revelou apontamentos que passo a examinar, mantendo-se a numeração apresentada pela Auditoria.

4.1 - As plantas do projeto básico encontravam-se desatualizadas à

época da Tomada de Preços n° 01/SP-IQ/GAB-ATJ/2010. Além disso, não dispunham do nível de detalhamento previsto no artigo 6°, inciso IX da Lei Federal n° 8.666/93. O projeto executivo disponibilizado pela fiscalização acrescenta poucas informações ao projeto básico e também não contém todos os elementos necessários à execução dos serviços (...)." (fl. 185v°).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura informa que os projetos foram devidamente atualizados, encaminhando a última revisão ***'As Built'***. Acrescenta que devido ao rompimento do talude e desmoronamento de casas, entre o período de contratação do projeto inicial até o inicio da execução da obra, houve a necesssidade de contratação de revisão do projeto.

A Contratada afirma que, embora verificado que as plantas representavam uma época passada, para efeito de procedimento licitatório e para que as licitantes pudessem compor preços, os projetos apresentados bastaram, tanto que ninguém promoveu qualquer impugnação, questionamento ou sequer apontamento de inconsistências.

Em relação ao Projeto Básico, em que pese a falta de elementos, alega que no desenvolvimento dos serviços fez realizar as adequações necessárias para que o Projeto Executivo tivesse o nível de detalhamento necessário à obra.

Para a Auditoria, a Origem relatou a necessidade de revisão do projeto básico e que houve acréscimo contratual de 24,89%, o que corrobora as deficiências apontadas no relatório.

Em relação ao *as built* encaminhado, ressalta que não reflete a obra efetivamente executada, mantendo, assim, o apontamento.

Verifico que a respeito do Projeto Executivo, a própria Origem afirma que tiveram ajustes e que o projeto revisado foi entregue no início da obra ocasionando alterações na planilha de custos, demonstrando que o projeto executivo inicial não estava de

acordo com o que seria realizado.

Todavia, diante da circunstância de análise da obra e dentro da previsão de alteração contratual fixada em limite razoável ante as dificuldades pela qual se encontrava o gestor, entendo, excepecionalmente, pela possibildiade de superação do apontamento.

4.2 - Foram encontradas deficiências nas medições dos itens de serviço 13-01-06 (Estaca tipo raiz, 150 mm, com perfuração em rocha) e 13- 01-05 (Estaca tipo raiz, 150 mm, com perfuração em solo): (...)."

O presente apontamento foi desdobrado na alíneas que seguem:

a) As medições não estão devidamente instruídas com croquis de localização das estacas executadas e foram encontradas divergências entre as datas que constam dos boletins de estacas e o mês de sua efetiva medição (...);" (fl. 185v°).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura encaminha todos os boletins de execução dos serviços de estacas e projeto com a localização dos serviços.

A Contratada informa que em reuniões com os Engenheiros da Contratante, foram identificadas medições com equívocos em relação a datas e, inclusive, em relação aos serviços realizados.

Alega que tais equívocos foram totalmente solucionados nas medições posteriores, com a adequada medição dos serviços efetivamente realizados em campo, após a devida atestação dos Engenheiros fiscais da Administração.

Em relação aos croquis de localização das estacas, junta as fotos da obra em desenvolvimento e acabada como forma de comprovar que todos os serviços contratados foram devidamente realizados.

Para a Auditoria, não foram apresentados os croquis de localização das estacas executadas, o que resulta na impossibilidade de se identificar os elementos que estão sendo apropriados em cada medição.

Quanto às divergências entre as datas que constam dos boletins de estacas e o mês de sua efetiva medição, considera que as mesmas foram admitidas pela contratada, mantendo, assim, o apontamento.

Verifico que os fatos ocorridos demonstram a deficiência nos controles efetuados pela fiscalização do contrato e na instrução dos processos de pagamento, de modo que mantenho o apontamento.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato) e Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador).

b) Divergência entre a soma dos quantitativos medidos e a soma dos quantitativos que constam dos boletins de estacas (...);" (fl. 185v° – 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura encaminha todos os boletins de execução dos serviços de estacas e projeto com a localização dos serviços.

Para a Auditoria, a soma de todos os comprimentos descritos nos boletins de estacas que constavam das 3 medições analisadas atingia 781,44m, valor esse em divergência com o quantitativo medido (839,07m).

Ressalta que a Origem apresentou um total de 109 boletins e que desses, 9 boletins não constavam dos processos de medição analisados anteriormente; 3 boletins que constavam daqueles processos não foram agora encaminhados pela defesa; e 100 boletins foram reapresentados com modificações, entre elas o aumento no comprimento de parte das estacas e a inclusão da palavra "entulho" na classificação do solo.

Acrescenta que nenhum dos 109 boletins estava assinado pela fiscalização e que não seria válida a alteração de dados constantes dos documentos que faziam parte dos processos de pagamento, mantendo, assim, o apontamento.

Verifico que os documentos encaminhados pela Origem não foram suficientes para permitir a superação do apontamento, de como que acompanho a manifestação da Auditoria.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato) e Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador).

c) Os quantitativos dos itens de serviço 13-01-06 e 13-01-05, referentes à 1ª medição, foram invertidos na respectiva planilha, resultando em uma diferença de R$ 14.601,32, BDI incluso (...);" (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura encaminha a planilha resumo de todas as medições, acrescentando que anteriormente houve uma inversão dos itens na memória de cálculo, todavia sem qualquer alteração no valor final da medição.

Para a Auditoria, tendo em vista que os quantitativos que constam dos documentos analisados estão, de fato, invertidos, permanece válida a conclusão.

Ressalta que a execução de estaca raiz com perfuração em rocha não estava demonstrado o montante calculado de R$ 14.601,32 (quatorze mil, seiscentos e um reais e trinta e dois centavos), de modo que acompanho a Auditoria para manter o apontamento.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto à medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato) e Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador).

d) A sondagem do terreno e os boletins de estacas não justificam a medição de estaca raiz com perfuração em rocha, de custo aproximadamente 3,5 vezes superior à perfuração de estaca em solo (...);" (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura informa que todas as estacas foram devidamente executadas conforme descrito nos boletins de execução das estacas.

A Contratada alega que o solo do local em que os serviços foram realizados possui muito entulho inerte, proveniente de construções, já que muitos vizinhos do entorno informaram que o entulho foi enterrado como uma forma de tentar evitar o deslizamento da encosta.

Assim, explica que o equipamento que faz a perfuração em solo não tem condições de ultrapassar barreiras como entulho inerte o que obriga a utilizar equipamento que realiza a estaca tipo raiz com perfuração em rocha.

Para a Auditoria, o entulho presente no local das obras foi removido e remunerado através de escavação manual em um total de 1.058,64m3; não houve comprovação nos processos de pagamento de que se fez necessária a perfuração em rocha; os boletins de estacas que constam das medições não mencionam a existência de entulho, mantendo, assim, o apontamento.

Verifico, de fato, que os boletins apresentados pela defesa neste momento não poderiam sofrer alteração em seu teor com a palavra "entulho", uma vez que faziam parte dos processos de pagamento, de modo que acompanho a Auditoria pela manutenção do apontamento.

Dessa forma, entendo que o quantitativo de estaca raiz em rocha (588,07m) deveria ter sido medido como estaca raiz em solo (item 13-01-05), o que evitaria o dispêndio de R$ 234.286,27 (duzentos e trinta e quatro mil, duzentos e oitenta e seis reais e vinte

e sete centavos) – BDI incluso.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato) e Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador).

e) As estacas para o solo grampeado possuem, de acordo com o projeto, 120 mm de diâmetro e não 150 mm como remunerado (...);" (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura encaminha o projeto ***'As Built'*** com todos os serviços executados discriminados.

A Contratada informa que após a realização de cálculos de estabilidade para contenção do escorregamento (projeto executivo) foi necessário a utilização de estacas com diâmetro de 150 mm.

Para a Auditoria, a substituição das estacas de 120mm de diâmetro, por estacas de 150mm, não está justificada nos processos de pagamento e tampouco neste momento foram apresentados os elementos técnicos que subsidiaram tal alteração, razão pela qual se reitera a presente conclusão.

Considerando que os elementos técnicos não propiciaram o reexame do apontamento, acompanho a manifestação da Auditoria.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato) e Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador).

f) Entende-se que necessita(m) de demonstração o(s) local(is) onde teriam sido executadas as estacas referentes ao solo grampeado (...)." (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura ressalta o encaminhamento do "***Projeto 'As Built'***.

Para a Auditoria, as plantas apresentadas não detalham a localização e o número de estacas referentes ao solo grampeado; não há identificação individual de cada estaca e não há correspondência entre as plantas e a vista geral da obra concluída.

Dessa forma, resta não comprovado o quantitativo de 564,25m, o que, considerando-se apenas perfuração em solo (haja vista que a perfuração em rocha está injustificada), resulta em R$ 90.322,71 (noventa mil, trezentos e vinte e dois reais e setenta e um centavos).

Considerando que os elementos técnicos não propiciaram o reexame do apontamento, acompanho a manifestação da Auditoria.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato) e Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador).

4.3 - Foram encontradas deficiências nas medições dos itens de serviço 08-63-00 (Fornecimento e colocação de aço de protensão CP-190-RB 6 Ø = 1/2", incluindo bainha, protensão e injeção) e 08-66-00 (Ancoragem ativa série V-6 - Ø = 1/2")" (fl. 186).

O presente apontamento foi desdobrado na alíneas que seguem:

a) A medição do item 08-63-00, que prevê a utilização de cordoalhas, não se coaduna com o sistema de protensão utilizado na obra, composto por barras Dywidag (...);" (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura informa que o

projeto básico não definiu qual o tipo de tirante, mas na revisão final estava devidamente descriminado. Alega que a tabela não prevê custo para este serviço, portanto foi utilizado preço da tabela (cordoalha), em face da urgência da obra e da dificuldade para montagem de tirantes de cabos.

A Contratada afirma que os tirantes utilizados são distintos daqueles previstos no projeto básico entregue às licitantes pela Administração e que o sistema Dywidag é o mais indicado tendo em vista a carga suportada, durabilidade e resistências maiores que o sistema de cordoalha.

Apenas para ilustrar, informa que o custo do serviço contratado na tabela da SIURB e estabelecido no orçamento da Administração é de R$ 90,06 por metro linear, pois considerou a barra tipo cordoalha. Para a barra tipo Dywidag em obras do DER, por exemplo, ressalta que o mesmo serviço tem custo de R$ 109,87, ou seja, pouco mais de 20% superior àquele pago pela Administração Municipal.

Sustenta, assim, que os valores dispendidos pela Administração ocorreram como se o sistema anterior tivesse sido aplicado.

Para a Auditoria, não foram apresentados o critério de medição e a composição de custos em relaçao à Tabela de Preços Unitários do DER/SP, de forma que a comparação com o serviço executado no local das obras restou prejudicada.

Ressalta, por fim, que na memória de cálculo das medições referente ao item de serviço 08-63-00 são detalhados os quantitativos de cordoalhas sem que as mesmas fossem utilizadas na obra, mantendo, assim, o apontamento.

Conforme atestado pela Auditoria, foi realizado um serviço que não constava no Contrato e **pago através de outra rubrica**, razão pela qual mantenho o apontamento.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato), Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador) e Antonio Venâncio Neri (Contador).

b) Devido ao fato de não terem sido utilizadas cordoalhas, o sistema de ancoragem não se trata da ancoragem prescrita pelo item de serviço 08- 66-00 (...);" (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura informa que para adoção do tirante tipo monobarra foi utilizada as tabelas de SIURB e do DER, com a descrição técnica em sua peça de defesa.

Para a Auditoria, os argumentos da defesa são os mesmos apresentados na alínea anterior, no entanto não há menção ao custo das ancoragens para barras Dywidag (efetivamente executadas) se comparado com o custo do item de serviço 08-66- 00.

Nesse sentido, acompanho a Auditoria, pois não seria admissível a execução de um determinado serviço e sua remuneração como se fosse outro, de modo que a falha fica mantida.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato), Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador) e Antonio Venâncio Neri (Contador).

c) A vistoria ao local das obras evidenciou a medição de itens anteriormente às operações de protensão, em desacordo com o disposto na Tabela de Custos Unitários de Infra-Estrutura da SIURB – janeiro/2010 (...)." (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura afirma que todos os serviços foram devidamente executados, conforme relatório fotoráfico anexo.

Para a Auditoria, a medição de itens anteriormente às operações de protensão, em desacordo com a Tabela da SIURB, foi observada na vistoria datada de 06.04.2011, não tendo sido contestada pelos defendentes.

Ressalta que tais itens foram medidos nos meses de novembro e dezembro de 2010, mas os serviços não estavam finalizados até o início de abril de 2011.

Verifico que os esclarecimentos prestados não foram suficientes para afastar a falha, de modo que mantenho o apontamento.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato) e Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador).

4.4 - Em relação ao item de serviço 10-07-02 (Fornecimento, preparo e aplicação de concreto projetado, medido no projeto – fck = 20 MPa), embora esteja previsto no projeto 7 cm de espessura, a memória de cálculo da 2ª medição considera 10 cm e na 3ª medição são considerados 18 cm (...)." (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura informa que devido às irregularidades encontradas na superfície do talude (ondulações e diferenças de níveis), com a colocação da tela, criaram-se diferentes vãos entre a tela e o talude, portanto, foi considerada a espessura média do concreto projetado aplicado.

A Contratada alega que foi constatada a irregularidade do terreno em algumas partes e que não seria possível manter a espessura prevista no projeto básico, sob pena de comprometer todo serviço contratado.

Para a Auditoria, o critério de medição do item 10-07-02 determina que o serviço seja medido no projeto, e que deveria ser feita a regularização da face do talude de modo a facilitar o ajuste da tela e minimizar o volume de concreto, ratificando-se a conclusão.

Neste apontamento entendo por razoável os argumentos da origem, uma vez que as irregularidades na superfície do talude são uma realidade posta e no caso concreto a precaução de melhor fixar o concreto a variação indicada revelou-se a melhor decisão a ser tomada pelo gestor público, razão pela qual supero o apontamento.

4.5 - Não encontramos nos processos as justificativas por parte da prefeitura para que não fossem efetuadas as retenções do INSS e do IR (...)." (fl. 186).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura informa que o procedimento adotado encontra amparo legal, fulcrado no art. 647, item 17 da RIR e art. 143, inciso XVI, da IN 971/2009.

Quanto a retenção do INSS, alega que não houve qualquer irregularidade fiscal, já que foram certificadas pelas notas fiscais expedidas pela empresa Preserva Engenharia LTDA.

Para a Auditoria, o artigo 142 da Instrução Normativa RFB nº 971/09 dispõe que, na construção civil, sujeita-se à retenção a prestação dos serviços discriminados no Anexo VII daquele documento. A seu turno, o Anexo VII estabelece que a subclasse "4299-5/99 Outras obras de engenharia civil não especificadas anteriormente (obra)" compreende a construção de estruturas com tirantes, as obras de contenção e a construção de cortinas de proteção de encostas e muros de arrimo. Considerando-se, portanto, que a presente obra se enquadra exatamente na descrição, a ausência de retenção do INSS configura infringência à Instrução Normativa RFB nº 971/09.

Sobre o IR, o artigo 647, item 17 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), dispensa de retenção os serviços de construção de estradas, pontes, prédios e obras assemelhadas. Tendo em vista que as obras de contenção de talude não se enquadram em nenhuma dessas classificações, tampouco podem ser consideradas obras assemelhadas àquelas, verifica-se infringência ao citado Regulamento.

O que se verifica das informações é que a ausência das retenções do INSS e do IR infringiram a legislação, de modo que mantenho o apontamento.

Para efeitos de individualização da conduta o apontamento quanto a medição e conferência são de responsabilidade dos agentes Daniel Toledo Supervisor (Fiscal do contrato), Kleiton Scalesse Ferreira (Coordenador) e Antonio Venâncio Neri (Contador).

4.6 - Não constam no extrato de empenho do SOF – Sistema de Orçamento e finanças – indicações de que foi efetivado o pagamento das medições à contratada (...)." (fl. 186 – 186v°).

Sobre esse apontamento, o Sr. Roberto Kazushi Tamura informa que, conforme enfatiza a Coordenadoria de Administração e Finanças da Subprefeitura de Itaquera, todos os pagamentos foram realizados.

Para a Auditoria, embora tenha considerado os pagamentos efetuados, nos casos da 1ª e 2ª medições, não foi respeitado o prazo de pagamento de 30 (trinta) dias a contar da aprovação da medição pela fiscalização, desatendendo a cláusula 6.6 do Contrato e ao § 1º do art. 13 do DM 51.194/10.

Em que pese o atraso verificado, entendo que foi efetivado o pagamento das medições à contratada, estando superado o apontamento.

O que se verifica dos apontamentos é que os esclarecimentos prestados pelos responsáveis não foram suficientes para afastar as irregularidades constatadas pelos órgãos técnicos deste Tribunal, restando a necessidade de recompor o erário diante dos prejuízos identificados.

Diante de todo o exposto, **JULGO IRREGULAR** a Execução do Termo de Contrato nº 019/SPIQ/GAB/ATJ/2010.

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Determino à Origem que promova as medidas necessárias para ressarcimento ao erário dos valores considerados não justificados e irregulares, devidamente atualizados, nos termos deste voto.

Diante do tempo transcorrido, deixo de apenar os agentes públicos responsáveis, quanto às sanções regimentais de competência do TCMSP.

Destaco, entretanto, que as irregularidades mantidas na fase de execução provieram de falhas de fiscalização e de regular indicação contábil; o gestor público ao receber as informações de servidores públicos designados as recebe sob a máxima da legitimidade e legalidade, donde se extrai a sua presunção de veracidade.

Assim, não caberia ao Subprefeito refazer os caminhos de seus subordinados, uma vez que esses também representam a Administração Pública, razão pela qual, para efeitos de individualização da conduta, destaco que dos apontamentos apresentados nenhum pode ser relacionado à pessoa de Kazushi Tamura, Subprefeito à época.

Após as comunicações de praxe, recorro de *officio*, nos termos do parágrafo único, do art. 137, do Regimento Interno deste Tribunal.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro

II – DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM

Processo:	**TC/001064/2011**
Interessadas:	SP-IQ – Subprefeitura Itaquera e Preserva Engenharia Ltda.
Objeto:	Execução Contratual – Contrato n° 019/SP-IQ/GAB-ATJ/2010 Execução de obra de contenção de talude em área de risco, Rua 20 e Av. Gualtar – Trecho III
Relator:	Conselheiro Presidente João Antônio

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ainda que possam ser superadas, excepcionalmente, as infringências referentes aos itens 4.1 e 4.4, as Defesas, cumprindo-se o axioma do contraditório, não lograram êxito em elidir as demais anomalias constatadas e firmadas nos relatórios de Auditoria – itens 4.2 (alíneas 'a' a 'f'), 4.3 (alíneas 'a' a 'c'), 4.5 e 4.6, encampadas pelas demais Áreas desta E. Corte de Contas no âmbito da instrução dos presentes autos, com destaque para deficiências nas medições de vários itens de serviços, com apontamento de prejuízo ao Erário, ao final deliberado no presente voto. Desta forma, harmonizando-me ao voto do Conselheiro Relator, julgo Irregular a Execução do Contrato n° 019/SP-IQ/GAB-ATJ/2010, cujo objeto consistiu na realização de obra de contenção de talude em área de risco, Rua 20 e Av. Gualtar – Trecho III, nos valores e períodos medidos.

Não acolho os efeitos financeiros, haja vista que as infringências constatadas pela Área Auditora, impactam na equação econômico-financeira contratual. Determino à Municipalidade que promova o competente procedimento visando ressarcimento ao Erário dos valores identificados, de forma atualizada, em harmonia ao ordenamento jurídico.

Deixo de aplicar multa aos responsáveis em razão do tempo decorrido do Ajuste e do acompanhamento de sua execução.

TCM, 30 de março de 2022.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Corregedor

ATHSC/RB.