ACO-UTR-509/2023

Processo - TC/001173/2008

Objeto - Recurso "ex officio" e da Procuradoria da Fazenda Municipal interpostos em face da R. Decisão da 2ª Sessão Não Presencial da Primeira Câmara de 19/09/2019 – Subprefeitura Butantã e Construtora Roy Ltda. – Acompanhamento – Execução contratual – Verificar se o Contrato 073/SP-BT/SF/2007, cujo objeto é a execução de serviços e obras visando à implantação das Áreas 03, 04 e 06 do Parque Linear do Córrego do Sapé – BT 028, está sendo executado conforme o pactuado

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. SUBPREFEITURA. Serviços e obras visando a implantação de áreas do Parque Linear do Córrego do Sapé. Decisão que julgou irregular a execução do contrato por utilização de mão de obra sem vínculo empregatício, medição de itens não contratados e outras irregularidades. RESPONSABILIDADE. PRESCRIÇÃO. PUNIBILIDADE. RESSARCIMENTO. 1. A regra geral é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um lapso temporal. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, Res. TCMSP 10/2023. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados, 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. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, nos termos do seu relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor designado, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO, com declaração de voto apresentada, em conhecer dos recursos "ex officio" e ordinário, uma vez que presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando a determinação de ressarcimento postulada no Acórdão recorrido.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar-lhe provimento, ficando mantida, integralmente, a R Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do relatório, voto e deste Acórdão aos interessados e à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do artigo 13 da Resolução 10/2023.

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 09:30:04 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:49:15 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

47ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 1173/2008 - Acompanhamento (Recurso)

Objeto: Recursos "ex officio" e da Procuradoria da Fazenda Municipal interpostos em face da r. Decisão da 2ª Sessão Não Presencial de Primeira Câmara de 19.9.2019 - Subprefeitura Butantã e Construtora Roy Ltda. (Acompanhamento da execução do Contrato 073/SP-BT/SF/2007) - Verificar se o contrato, cujo objeto é a execução de serviços e obras visando à implantação das Áreas 03, 04 e 06 do Parque Linear do Córrego do Sapé – BT 028, está sendo executado conforme o pactuado (FCCF)

Interessada: Secretaria Municipal das Subprefeituras - SMSUB

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Nesta fase processual cuida-se da apreciação do recurso "ex-officio", previsto no artigo 137, parágrafo único do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, e do recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal (Peça 18 e fls. 453/456 da peça 23), em face da Decisão da Primeira Câmara proferida em 19/09/2019 (peça 14), nos seguintes termos:

> *"DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar irregular a execução do Contrato 073/SP-BT/SF/2007, tendo em vista que as defesas apresentadas não foram suficientes para afastar as constatações.*
> *DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar à Subprefeitura Butantã que promova as medidas administrativas ou judiciais cabíveis a fim de cobrar da contratada o valor de R$ 87.638,91, devidamente atualizado, em razão de critérios diversos utilizados nas medições.*
> *DECIDEM, ademais, à unanimidade, diante do tempo decorrido entre a análise dos autos e o presente julgamento, deixar de apenar os responsáveis.*
> *DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.*
> *Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte. (...)"*

As razões que fundamentaram a r. Decisão encontram-se enunciadas no voto do Relator, a saber:

1 - Ausência na instrução do P.A. nº 2007-0.109.444-0 da documentação referente à sondagem (mesmo havendo na obra a previsão de construção de muros de contenção, quadras e estruturas para prática de skate).

2 - Os trabalhadores não usavam Equipamento de Proteção Individual – EPI (em desacordo com o item 9.4.1 do Contrato).

3 - Não constatação em nenhum trecho da obra de qualquer sistema de isolamento, colocando em risco a segurança de pedestres e moradores, que circulavam livremente pelos trechos onde havia serviços sendo executados.

4 - Falta de croquis complementando a memória de cálculo analítica, impossibilitando a conferência dos dados da medição.

5 - Falta de detalhamento na memória analítica dos valores apresentados.

6 - Medição de itens não contratados e itens em quantidade superior aos indicados na planilha.

7 - Falta de formalização por meio de Termo Aditivo de pagamentos de itens não previstos e de itens em valor superior ao previsto nas planilhas de orçamento.

8 - Recolhimento do IRRF realizado com utilização de alíquota em desacordo com o previsto no art. 647, § 1°, item 17 do Regulamento do Imposto de Renda.

9 - Utilização de subcontratação de empresas sem a anuência da Contratante (em desacordo com o Item 11.1 do Contrato).

10 - Utilização de mão-de-obra sem qualquer vínculo empregatício com a Contratada, caracterizando subcontratação informal.

O apelo interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal invoca o efeito devolutivo, decorrente do duplo grau de jurisdição, para defender que "*os judiciosos esclarecimentos, justificativas e documentos colacionados pelos responsáveis legais e pela Origem, quando da devida instrução em primeira instância, ... demonstraram com clareza os critérios da execução, bem como a regularidade da maioria dos procedimentos administrativos havidos*."

Entretanto, as razões recursais detêm-se no princípio da segurança jurídica em função dos efeitos produzidos pelos atos em análise, ao longo do tempo, e na alegação de inexistência de dolo ou má fé, motivo pelo qual a Recorrente pleiteia, tão somente, "*a reforma parcial do V. Acórdão recorrido, reconhecendo-se os efeitos financeiros e patrimoniais da execução em exame, tudo em homenagem ao princípio da segurança jurídica, em face decorrido [sic], ainda que mantida a determinação de cobrança havida*."

Por sua vez, a Subprefeitura Butantã, a empresa contratada - Construtora Roy Ltda. e, em momento posterior, os agentes responsáveis, Srs. Maria Rosa da Silva e Marcelo Souza Leite, devidamente cientificados da Decisão exarada, deixaram transcorrer "in albis" o prazo recursal, considerando, ainda, que o Sr. Mauricio de Oliveira Pinterich apenas declarou-se ciente, sem apresentar recurso (Peças 34 e 51).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (Peça 37 – 24/06/2021), ao manifestar-se na fase recursal, concluiu *"que os fundamentos do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pelo qual pretende a reforma do Acordão prolatado, não se relacionam com nenhuma das impropriedades constatadas no Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual do Termo de Contrato n° 073/SP-BT/SF/2007, as quais permanecem ratificadas, conforme a última Manifestação da Auditoria."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (Peças 39/40 – 08/10/2021) em seu parecer, ressaltou que o recurso "ex officio" é regimental e o recurso ordinário interposto pelo Órgão Fazendário, embora preencha os requisitos de admissibilidade, não apresenta razões relacionadas às impropriedades constatadas na execução do Contrato nº 073/SP-BT/SF/2007, as quais balizaram a r. Decisão recorrida.

Por conseguinte, opinou pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, "pelo não provimento de ambos, mantendo-se a r. Decisão de fls. 449/vº da peça 23, por seus próprios fundamentos."

A Procuradoria da Fazenda Municipal (Peça 54 – 20/12/2021) requereu a apreciação de todos os recursos deduzidos nos autos e seus provimentos ou, o reconhecimento dos efeitos financeiros dos atos analisados.

A Secretaria Geral (Peças 56/57 – 08/04/2022), preliminarmente destacou que o recurso "ex- officio" deve ser regularmente processado, posto que regimental, e conhecido o recurso ordinário por preencher os requisitos de admissibilidade.

No mérito, ressaltou que o recurso voluntário, ao somente reportar-se às questões devidamente apreciadas durante a fase de instrução e enfrentadas pela r. Decisão apelada, não trouxe qualquer elemento novo que possa contrariar ou afastar as irregularidades verificadas na execução contratual, motivos pelos quais posicionou-se pelo não provimento de ambos os recursos.

Pois bem

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023 que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral.

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

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer (peça número 61), entendendo que ocorreu nestes autos a prescrição quinquenal, no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

É o Relatório.

VOTO

Nesta fase processual, em julgamento o recurso "ex officio", processado nos termos dispostos no artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, e o recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, em face da r. Decisão da Primeira Câmara que, à unanimidade, julgou irregular a execução do Contrato nº 073/2007, firmado entre a Subprefeitura Butantã (SP-BT) e a Construtora Roy Ltda e determinou "*cobrar da contratada o valor de R$ 87.638,91 [oitenta e sete mil seiscentos e trinta e oito reais e noventa e um centavos], devidamente atualizado, em razão de critérios diversos utilizados nas medições.*"

O recurso apresentado pelo Órgão Fazendário, único de caráter voluntário, posto que as partes contratantes e os agentes responsáveis não apelaram da decisão, ratificou as justificativas apresentadas pela Origem e apreciadas na fase de instrução.

Sintetizada 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]

[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 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:

---

[2] Tratuce, 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 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

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

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

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

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

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

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.

---

[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*

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

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

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

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

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

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

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

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

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda***

> ***Pública***. *Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

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

Este entendimento não pode se manter, todavia, após a decisão concretizada no tema 899.

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

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

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9], com efeito *erga omnes,* que determinou 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 61) dispôs que "*entre a manifestação da Auditoria, ocorrida em 09/02/2009, marco interruptivo da prescrição, nos termos do art. 5º, II c.c. art. 6º, II da Resolução nº 10/2023 (peça 23 – fls. 27/31) e a Decisão da Primeira Câmara deste Tribunal de Contas proferida em 19/09/2019 (peça 23 – fls. 217/218), decorreram-se mais de cinco anos, ou seja, quando proferida a decisão, o prazo prescricional já havia se escoado.*"

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, o que, consequentemente, resulta no afastamento da determinação de pretensão ressarcitória prevista no Acórdão recorrido.

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.

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

No mérito, conforme exposto no Acórdão recorrido a Auditoria do Tribunal encontrou graves irregularidades na execução do contrato objeto deste TC, sendo que os argumentos recursais não foram suficientes para afastar referidas irregularidades constatadas.

De acordo com o relatado, os pareceres dos órgãos especializados deste Tribunal todos convergem, no tocante ao mérito, em opinar pelo não provimento dos recursos, mantendo-se a r. Decisão proferida por seus próprios e jurídicos fundamentos, ante a inexistência de razões aptas a ensejar a reforma do quanto decidido.

Diante de todo o exposto e de conformidade com os pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, **CONHEÇO** dos Recursos 'ex officio' e ordinário, posto que presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **afastando a determinação de ressarcimento postulada no Acórdão recorrido**.

Quanto ao mérito declaratório, **NEGO-LHES** provimento, ficando mantida, integralmente, a r. Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:44:42 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1173/2008

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 conhecidos 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 dolosos 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 Cons. Relator para conhecer dos trabalhos realizados nestes autos RECONHECENDO, quanto ao mérito, a incidência da prescrição nos presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal, com a extinção do feito e seu correspondente arquivamento, 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.

Outrossim**,** acompanho a Determinação quanto ao 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, com posterior arquivamento dos autos após as demais comunicações de praxe.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 10/10/2023 12:50:37 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Processo TC - TC/001173/2008
(Tramita em conjunto com o TC/000402/2008)
Contratante - Subprefeitura Butantã
Contratada - Construtora Roy Ltda.
Acompanhamento da execução do Contrato 073/SP-BT/SF/2007
Objeto - Verificar se o contrato, cujo objeto é a execução de serviços e obras visando à implantação das Áreas 03, 04 e 06 do Parque Linear do Córrego do Sapé – BT 028, está sendo executado conforme o pactuado

2ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SUBPREFEITURA. Serviços e obras visando à implantação de áreas do Parque Linear do Córrego do Sapé. 1. Ausência da documentação referente à sondagem. 2. Trabalhadores sem Equipamento de Proteção Individual. 3. Ausência de isolamento no local da obra. 4. Falta de croquis complementando a memória de cálculo. 5. Medição de itens não contratados. 5. Recolhimento do IRRF em desacordo. Art. 647, § 1º, Dec. 3000/99. 6. Utilização de mão-de-obra sem vínculo empregatício. IRREGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

D E C I S Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000402/2008 e TC/001173/2008, 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, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar irregular a execução do Contrato 073/SP-BT/SF/2007, tendo em vista que as defesas apresentadas não foram suficientes para afastar as constatações.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar à Subprefeitura Butantã que promova as medidas administrativas ou judiciais cabíveis a fim de cobrar da contratada o valor de R$ 87.638,91, devidamente atualizado, em razão de critérios diversos utilizados nas medições.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, diante do tempo decorrido entre a análise dos autos e o presente julgamento, deixar de apenar os responsáveis.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

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 EDSON SIMÕES.

São Paulo, 19 de setembro de 2019.

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

/hc

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 04/10/2019 10:07:35 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 04/10/2019 10:45:18 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

eTCM nº 000.402/2008

eTCM nº 001.173/2008

Trata o presente da análise da Concorrência n.º 01/SP-BT/2007 e do Contrato n.º 073/SP-BT/SF/2007, firmado entre Subprefeitura Butantã e a Construtora Roy Ltda., com o fim de prestar serviços de obras para a implantação das Áreas 3, 4 e 6 do Parque Linear do Córrego do Sapé-BT, localizado no Bairro do Jardim Maria Luiza, altura do km 15 da Rodovia Raposo Tavares. Valor contratado R$ 2.178.973,67.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 279/280, sintetiza suas conclusões nos seguintes termos:

- ***Licitação – Concorrência nº 01/SP-BT/2007 (fls. 269/273),*** *opinamos pela irregularidade por infringência aos itens* ***C.7*** *- ausência de assinatura nas plantas dos projetos de execução, nos projetos de engenharia, não sendo possível identificar o profissional responsável por sua elaboração, bem como a falta de recolhimento de ART-DREA referente à elaboração do projeto, em desacordo com as Leis Federais 5.194/1966 (art. 12 e 13) e 6.496/1977 (art. 1º e 2º, § 1º) bem como as resoluções do CONFEA 361/1991 (art 7º) e 425/1998 (art. 5º e 6º, parágrafo único) e o Acórdão do TCU nº 1.387/06, item 9.1.3 onde dispõe que o órgão contratante "colha a assinatura dos responsáveis por cada etapa do projeto básico (cadernos de especificações, de encargos, plantas, orçamentos, etc.) (...), como forma de evidenciar autorias e atribuir responsabilidades";* ***C.18*** *– a empresa vencedora apresentou a Certidão de Distribuições Cíveis da Comarca de São Paulo – Capital (fls. 189) datada de 23/10/2007 na qual constam dois pedidos de falência, em desacordo com o disposto nos itens 2.3.2 e 7.2.2 do edital.*
- ***Contrato nº 073/SP-BT/SF/2007 (fls.274/278),*** *opinamos pela irregularidade do ajuste em decorrência dos apontamentos precedentes quando da análise da licitação e também por infringência aos itens* ***C.10*** *– Certificado de Regularidade de Situação para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) apresentado fora da validade;* ***18 –*** *ausência de alguns documentos no momento da contratação em desacordo com o item 11.3 do edital tais como:*

indicação de preposto, cronograma físico-financeiro do ajuste atualizado, certidão de regularidade do FGTS valida e declaração do compromisso de utilização de produtos ou subprodutos de madeira de origem exótica, que tenha procedência legal, acompanhada das respectivas notas fiscais de aquisição, conforme previsto no item 11.3.9 e artigo 5º do Decreto nº 46.380/05.
Ressalvamos, ainda, a remessa extemporânea das informações ao SERI, em descumprimento ao disposto na Resolução TCMSP nº 05/02 e Instruções 01/02.

A Origem, às fls. 286/293, apresentou seus esclarecimentos e anexou documentação, estes foram analisados às fls. 297/300 pela SFC, que concluiu sanada apenas a irregularidade consistente na falta de recolhimento da ART-CREA referente à elaboração do projeto, no mais, manteve seu primeiro entendimento.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 303/308, posicionou-se da seguinte forma: sobre o certificado de regularidade de situação para com o FGTS (CRF) fora do prazo de validade – entende que tal irregularidade poderá ser relevada. No mais, acompanha Aud, concluindo pela irregularidade dos ajustes.

A Construtora Roy Ltda. e o Sr. Maurício de Oliveira Pinterich (subprefeito à época dos fatos) trouxeram seus argumentos aos autos fls. 344/346 e fls. 347/349.

Em seguida a SFC, às fls. 352/355, analisou as defesas encartadas, contudo manteve seu posicionamento exarado anteriormente.

Instada a se manifestar, a Assessoria Juridica às fls. 358/359 entendeu por reiterar suas conclusões antes postas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 362/369, requereu o acolhimento dos instrumentos ora analisados, relevando-se eventuais impropriedades, tendo em vista a ausência de prejuízo ao erário, bem como por não se vislumbrar a existência de dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos. Sucessivamente, ante a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano ao Erário, bem como por não se vislumbrar dolo, culpa ou má fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, requereu o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A Secetaria Geral, às fls. 375/380, se posicionou nos seguintes termos:

Sobre a falta de recolhimento da ART referente à elaboração do projeto, entende que restou sanada a irregularidade.

Com relação a apresentação de Certificado de Regularidade do FGTS – CRF fora do prazo de validade, concorda com a AJCE, assim, entendende ser relevável.

No que diz respeito a remessa extemporânea das informações ao SERI, entende que a referida infringência não tem o condão de macular a contratação, caracterizando-se como descumprimento de dever administrativo.

Sobre os demais pontos corrobourou com os técnicos, mantendo-os.

Por fim, opina pela irregularidade da Concorrência e do Contrato.

1) TC nº 72.001.173/08-76

Trata o presente do acompanhamento da execução do Termo de Contrato n.º 73/2007 celebrado entre a Construtora Roy Ltda. e a Subprefeitura do Butantã, objetivando a execução de obras de implantação das Áreas 3, 4 e 6 do Parque Linear do Córrego do Sapé, localizado no Bairro do Jardim Maria Luiza, altura do km 15 da Rodovia Raposo Tavares, no valor de R$ 2.178.973,67.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 268/286, expos as seguintes conclusões:

Do Projeto Executivo

- *Ausência na instrução do P.A. nº 2007-0.109.444-0 da documentação referente à sondagem, mesmo havendo na obra a previsão de construção de muros de contenção, quadras e estruturas para prática de skate (**Item 3.3.3**).*

Dos Serviços Realizados – Vistoria Técnica

- *Os trabalhadores não usavam Equipamento de Proteção Individual – EPI (foto 14), em desacordo com o item 9.4.1 do Contrato (**Item 3.3.5**).*
- *Não constatação em nenhum trecho da obra de qualquer sistema de isolamento, colocando em risco a segurança de pedestres e moradores, que circulavam livremente pelos trechos onde havia serviços sendo executados (**Item 3.3.5**).*

Dos Pagamentos

- *Falta de croquis complementando a memória de cálculo analítica, impossibilitando a conferência dos dados da medição (**Item 3.4.1**).*
- *Falta de detalhamento na memória analítica dos valores apresentados (**Item 3.4.1**).*
- *Medição de itens não contratados e itens em quantidade superior aos indicados na planilha (**Item 3.4.2**).*

- *Falta de formalização por meio de Termo Aditivo de pagamentos de itens não previstos e de itens em valor superior ao previsto nas planilhas de orçamento (**Item 3.4.2**).*
- *As retenções do INSS das 2ª e 3ª medições, que se utilizou exclusivamente de valores de mão-de-obra, estão incorretas, uma vez que foi considerado para fins de retenção 50% (cinqüenta por cento) do valor total do NF-e, em desacordo com a previsão da Portaria Intersecretarial 02/2005 (**Item 3.4.3-b**).*
- *Recolhimento do IRRF realizado com utilização de alíquota em desacordo com o previsto no art. 647, § 1°, item 17 do Regulamento do Imposto de Renda (**Item 3.4.3-c**).*

Da Utilização de Mão-de-Obra

- *Utilização de subcontratação de empresas sem a anuência da Contratante, em desacordo com o Item 11.1 do Contrato (**Itens 3.3.5 e 3.4.4**).*
- *Utilização de mão-de-obra sem qualquer vínculo empregatício com a Contratada, caracterizando subcontratação informal (**Itens 3.3.5 e 3.4.4**).*

A Origem, às fls. 293/311, apresentou seus argumentos.

A SFC, às fls. 316/320, analisou a documentação encartada, momento em que ratificou suas conclusões anteriores.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 323/325, nada acrescentou às conclusões da SFC.

A Construtora Roy Ltda. e o Sr. Maurício de Oliveira Pinterich (subprefeito à época dos fatos), após intimados apresentaram as informações de fls. 359/374 e fls. 375/382.

A SFC, às fls. 385/389, analisou os documentos concluindo nos seguintes termos:

Analisadas as defesas oferecidas pela Construtora Roy Ltda e pelo Sr. Mauricio de Oliveira Pinterich (subprefeito à época), ficam mantidas as conclusões do relatório de acompanhamento de execução contratual, à exceção do apontamento referente à retenção do INSS, haja vista que os valores retidos a menor foram compensados em medição posterior.
*Em relação à memória de cálculo das quantidades referentes às 3 primeiras medições, verifica-se que a utilização de critérios de medição diversos daqueles previstos na Tabela de Custos Unitários de Infra-Estrutura Urbana da SIURB ocasionou pagamentos a maior à contratada no valor de R$ 87.638,91 (11,4% do valor pago nas referidas medições) – subitem **2.3** desta manifestação.*

Novamente a AJCE nada acrescentou ao quanto expendido pela SFC.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 397/398, invocou o princípio da ampla defesa, requerendo a oitiva da Coordenadora de Projetos e Obras (Engenheira Maria Rosa da Silva) e do Fiscal do Contrato (Engenheiro Marcelo Souza Leite), indicados pela SFC às fls. 281 como responsáveis pelas áreas auditadas.

A Engenheira Maria Rosa da Silva e o Engenheiro Marcelo Souza Leite (às fls. 416/418), apresentaram seus argumentos.

Instada a se manifestar, a AJCE às fls. 421/427, reiterou seu parecer de fls. 392/394.

A PFM requereu o reconhecimento dos efeitos financeiros da execução ora analisada (fls. 429/433).

A Secretaria Geral, às fls. 435/438, entende que as constatações feitas pela SFC são de caráter fático e demonstram que a

execução contratual apresentou falhas que implicam na sua irregularidade, motivo pelo qual opino pelo seu não acolhimento.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento englobado a Concorrência nº 01/2007, o Contrato n.º 73/2007, firmado entre a Subprefeitura do Butantã e a Construtora Roy Ltda. e a e a execução do contratual.

O objeto da avença consistiu na execução de obras de implantação das Áreas 3, 4 e 6 do Parque Linear do Córrego do Sapé, localizado no Bairro do Jardim Maria Luiza, altura do km 15 da Rodovia Raposo Tavares, no valor de R$ 2.178.973,67 (dois milhões cento e setenta e oito mil e novecentos e setenta e três reais e sessenta e sete centavos).

Sobre a Concorrência, a instrução processual levada a efeito permite que se faça a seguinte avaliação:

1. Com relação ao apontamento consistente na falta de recolhimento da ART referente à elaboração do projeto, a Origem apresentou documentação comprobatória às fls. 291/292, sanando a irregularidade.

2. No que se refere a ausência de assinatura nas plantas dos projetos de execução, em que pese a Origem não ter comprovado nos autos a regularização do apontamento, há afirmação do responsável de que o arquiteto havia assinado as plantas, de modo que, excepcionalmente relevo a ausência de comprovação documental.

3. Já no que se refere à Certidão de Distribuições Cíveis da Comarca de São Paulo, a empresa vencedora apresentou a Certidão (fl. 189) datada de 23/10/2007 na qual constam dois pedidos de falência, o

que estaria em desacordo com os itens 2.3.2 e 7.2.2 do edital, segundo a nossa Auditoria.

Sobre essa questão, o Professor Marçal Justen Filho entende que "*Enquanto o Poder Judiciário não decidir a questão, não se pode presumir inidoneidade ou insolvência. A garantia ao direito de ação abrange o direito de ampla defesa (inclusive para presumir-se, enquanto não proferida sentença, que as partes encontram-se em situação de igualdade)*."

Diante da ausência nos autos de qualquer documento ou certidão que demonstre a decretação de falência da Contratada, afasto a impropriedade anotada, por entender que a Origem agiu de forma correta no caso.

Sobre o contrato:

- Com relação ao apontamento consistente na apresentação de Certificado de Regularidade do FGTS, na esteira do entendimento exarado pela AJCE e pela SG, entendo que a questão pode ser relevada dada a comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada na data da assinatura do ajuste.

- No que diz respeito a ausência de apresentação de documentos no momento da contratação, como indicação de preposto, cronograma físico financeiro do ajuste atualizado e Declaração conforme item 11.3.9 do Edital e do artigo 5º do Decreto n.º 46.380/05, as informações juntadas aos autos demonstram que tais irregularidades foram sanadas.

- Com relação a remessa extemporânea das informações ao SERI – Conforme reiterados julgados desta Colenda Corte, a infringência

em questão não tem o condão de macular a contratação, pois se trata de mera formalidade, de tal sorte que relevo o apontamento.

Quanto a execução do Contrato foram constatadas as seguintes irregularidades:

- Ausência na instrução do P.A. da documentação referente à sondagem;

- Trabalhadores sem Equipamento de Proteção Individual – EPI;

- Não constatação em nenhum trecho da obra de qualquer sistema de isolamento, colocando em risco a segurança de pedestres e moradores, que circulavam livremente pelos locais onde havia serviços sendo executados;

- Falta de croquis complementando a memória de cálculo analítica, impossibilitando a conferência dos dados da medição;

- Falta de detalhamento na memória analítica dos valores apresentados;

- Medição de itens não contratados e itens em quantidade superior aos indicados na planilha;

- Falta de formalização por meio de Termo Aditivo de pagamentos de itens não previstos e de itens em valor superior ao previsto nas planilhas de orçamento;

- Recolhimento do IRRF realizado com utilização de alíquota em desacordo com o previsto no Regulamento do Imposto de Renda;

- Utilização de subcontratação de empresas sem a anuência da Contratante, em desacordo com o Item 11.1 do Contrato;

- Utilização de mão-de-obra sem qualquer vínculo empregatício com a Contratada, caracterizando subcontratação informal.

A instrução processual ainda revelou que em relação à memória de cálculo das quantidades referentes às 3 primeiras medições, foram

utilizados critérios de medição diversos daqueles previstos na Tabela de Custos Unitários de Infraestrutura Urbana da SIURB ocasionando pagamentos a maior à contratada no valor de R$ 87.638,91 (11,4% do valor pago nas referidas medições).

Em sede de análise da execução do contrato, as defesas apresentadas não conseguiram afastar os apontamentos dos técnicos.

Diante do expoto, **JULGO REGULARES** a Concorrência nº 01/2007 e o Contrato n.º 73/2007, firmado entre a Subprefeitura do Butantã e a Construtora Roy Ltda.

Tendo em vista que as defesas apresentadas não foram suficientes para afastar as constatações, e, apoiado nos pareceres unânimes dos Órgãos Técnicos desta Corte, **JULGO IRREGULAR** a execução do referido Contrato.

DETERMINO à Origem que promova as medidas administrativas ou judiciais cabíveis a fim de cobrar da contratada o valor de R$ 87.638,91, devidamente atualizado, em razão de critérios diversos utilizados nas medições.

Diante o tempo decorrido entre a análise dos presentes autos e o presente julgamento deixo de apenar os responsáveis.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, xx de xxxxxx de 2019.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro

Assinado digitalmente
por JOAO ANTONIO
DA SILVA FILHO
Data: 20/09/2019
15:14:56 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo