ACO-UTR-172/2025

Processo	-	TC/001692/2012 (Tramitam em conjunto os processos TC/001692/2012 e TC/001693/2012)
Recorrente	-	Procuradoria da Fazenda Municipal
Objeto	-	Recurso interposto em face do Acórdão de 03/03/2021 – Subprefeitura M'Boi Mirim e Este-Reestrutura Engenharia Ltda. – Concorrência 02/SPMB/2011 – Contrato 13/SPMB/2011 (TA 1º/2012) – Contratação de empresa para a execução de obras e serviços para a contenção de talude em área de risco na Rua Agamenon Pereira da Silva, Jardim Nakamura

61ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSO. SUBPREFEITURA. CONTENÇÃO DE TALUDE. 1. Reconhecido o conteúdo declaratório da irregularidade da Concorrência, do Contrato e Termo de Aditamento, exclusivamente para dar eficácia ao conteúdo reorientador da Administração Pública, sob o viés pedagógico. CONHECIDO. PARCIALMENTE PROCEDENTE. PRESCRIÇÃO. EFEITOS JURIDICOS E FINANCEITOS ACEITOS. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/001692/2012 e TC/001693/2012, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto, uma vez que preenche os requisitos regimentais de admissibilidade, e, no mérito, em dar-lhe parcial provimento para determinar a aplicação da Resolução 10/2023 no presente feito, com o reconhecimento da prescrição quinquenal, afastando qualquer pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte e, em nome da segurança jurídica e da estabilização das relações jurídicas, aceitar todos os demais efeitos jurídicos e financeiros, com a subsequente extinção do feito com relação aos responsáveis e demais envolvidos.

ACORDAM, à unanimidade, em preservar o reconhecimento do conteúdo declaratório da irregularidade da Concorrência 02/SPMB/2011, do Contrato 13/SPMB/2011 e do TA 1º/2012, exclusivamente para dar eficácia ao conteúdo reorientador da

Administração Pública, sob o viés pedagógico, determinando o encaminhamento de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem, para adoção das medidas que julgar necessárias, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 18 de dezembro 2024.

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

/cv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 26/03/2025 16:39:29 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 26/03/2025 17:03:09 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

61ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL
Itens 05 e 06 – Pleno

TC 1.692/2012 – Análise (fase recursal)
Objeto: Análise Concorrência nº 02/SMPB/2011, o Contrato nº 13/SPMB/2011 e o Termo de Aditamento nº 01/2012, celebrados entre a Subprefeitura de M'Boi Mirim e a empresa Este Reestrutura Engenharia Ltda., tendo por objeto a execução de obras e serviços para contenção de talude em área de risco na Rua Agamenon Pereira da Silva – Jardim Nakamura.
Interessados: Subprefeitura de M'Boi Mirim e Este Reestrutura Engenharia Ltda.

TC 1.693/2012 - Análise da execução contábil e financeira (fase recursal)
Objeto: Análise da execução contábil e financeira do Termo de Contrato nº 13/SPMB/2011, celebrado entre a Subprefeitura de M´Boi Mirim e a empresa Este Reestrutura Engenharia Ltda., cujo objeto é a execução de obras e serviços para contenção de talude em área de risco na Rua Agamenon Pereira da Silva – Jardim Nakamura.
Interessados: Subprefeitura de M'Boi Mirim e Este Reestrutura Engenharia Ltda.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Nesta fase processual, cuida-se da apreciação conjunta dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, em face dos Acórdãos prolatados em sede dos TCs 1.692/2012 e 1.693/2012, julgados de forma englobada, devido à conexão de seus objetos, relacionados à contratação de obras e serviços para contenção de talude em área de risco na Rua Agamenon Pereira da Silva – Jardim Nakamura.

Os referidos processos tratam, respectivamente, da análise da Concorrência nº 02/SMPB/2011 e dos ajustes dela decorrentes, e do acompanhamento da execução contábil e financeira do Contrato nº 13/SPMB/2011 celebrado entre a Subprefeitura de M´Boi Mirim e a empresa Este Reestrutura Engenharia Ltda.

TC 1.692/2012

No presente, cuida-se da análise da Concorrência nº 02/SMPB/2011, do Contrato nº 13/SPMB/2011, dela decorrente, bem como do Termo de Aditamento nº 01/2012, formalizados celebrados entre a Subprefeitura de M´Boi Mirim e a empresa Este Reestrutura Engenharia Ltda, e julgados irregulares pelo Plenário deste Tribunal de Contas que, em 03/03/2021 (3.129ª Sessão Ordinária), prolatou o Acórdão, nos seguintes termos *(peças 18/19):*

> *"Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/001692/2012 e TC/001693/2012, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 3.021ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator.*
> *ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, nos termos de seu relatório e voto, MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM, com declaração de voto, e EDUARDO TUMA, em julgar irregulares a Concorrência 02/SMPB/2011, o Contrato 13/SPMB/2011 e o Termo de Aditamento 01/2012, tendo em vista que, da instrução dos autos, se verificam apontamentos de irregularidades que não restaram superados mesmo após as defesas apresentadas, levando todos os Órgãos Técnicos desta Corte a se manifestarem pela irregularidade dos atos em exame.*
> *ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após as providências regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.*
> *(...)."*

Os fundamentos do Julgado consistem no rol de irregularidades especificadas nas manifestações dos Órgãos deste Tribunal, referidas no voto do Relator, a partir dos relatórios de análise elaborados pela Auditoria, os quais concluíram pela irregularidade dos atos examinados, devido aos seguintes apontamentos (*peça 15)*:

> **I – quanto à Concorrência:**
> *"1. Apresentação incompleta do projeto básico;*
> *2. Ausência de memória de cálculo que justificasse os quantitativos previstos na planilha orçamentária;*
> *3. Ausência de Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) referente às plantas do projeto básico; 4. Ausência de aprovação do projeto básico pela autoridade competente; 5. Ausência do cronograma físico-financeiro;*
> *6. Não foi estabelecido o critério de aceitabilidade dos preços unitários;*
> *7. Exigência constante do item 8.3.1. do Edital, para indicação do Sindicato na proposta, seria irrelevante para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração;*
> *8. A exigência de que o muro de arrimo atirantado seja apoiado em tubulão, estruturado com perfis metálicos e placa de concreto armado, com execução de grama armada, seria restritiva, pois exigiria que a licitante tivesse executado um tipo de obra específica. A restritividade também se verifica em relação à exigência de que o muro seja para a contenção de encostas em áreas de risco, dado irrelevante para a execução do futuro contrato;*
> *9. Não constaria do processo administrativo justificativa para a exigência do índice de capacidade econômico-financeira.*
>
> **II. Quanto ao Contrato:**
> *"1. Ausência de definição, prévia e expressa, do índice utilizado em caso de reajuste;*
> *2. Emissão da Nota de Empenho após a data de assinatura do contrato;*
> *3. Disposição contratual sobre a liberação da medição contraria o disposto no §2° do artigo 13, do Decreto Municipal n° 52.087/11, e item III da Portaria SMSP n° 043/2004."*
>
> **III. Quanto ao Termo de Termo de Aditamento**:

> *1. Ausência da memória de cálculo que deveria demonstrar matematicamente as alterações propostas, não se comprovando o atendimento ao artigo 7°, §4°, da Lei 8.666/93;*
> *2. Ausência de composição de custos unitários dos itens extracontratuais, em infringência ao artigo 7°, §2°, inciso II, da Lei 8.666/93;*
> *3. Não foi observado, quanto aos itens extracontratuais constantes das Tabelas de Siurb, o disposto no subitem 3.3 do Contrato, provocando um aditamento a maior no valor de R$ 4.086,50;*
> *4. O montante acrescido ao Contrato totaliza R$ 592.837,61, o que equivale a 42,2% do valor do ajuste, extrapolando o limite de 25% estabelecido na Lei 8.666/93;*
> *5. A parcela de R$ 230.559,47, equivalente a 16,4% do valor global do Contrato, seria composta de itens de serviço que não fariam parte da planilha orçamentária, não tendo sido avaliada no momento da concorrência."*

A despeito de a Origem, a empresa Contratada e os agentes responsáveis serem cientificados do Acórdão proferido, deixaram transcorrer "in albis" o prazo recursal (peças 52 e 66).

Nesta fase recursal, aprecia-se o recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal à peça 25, objetivando "a reforma parcial do V. Acórdão prolatado" e, dentro desse limite, pretende que o seu apelo "seja conhecido e provido para que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais da licitação e do contrato examinados", ao argumento de que os atos analisados não "envolveram desvio de recursos públicos, inexecução do objeto contratual, prejuízo ao erário, dolo ou má-fé de servidores", acrescido da invocação do princípio da segurança jurídica, em razão do tempo decorrido.

Ao analisar o apelo, a **Assessoria Jurídica** (peças 36/37 – 06/07/2022) opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, posto que as razões apresentadas não foram suficientes para alterar o quanto prolatado no Aresto recorrido que, por seus próprios fundamentos, permanece íntegro.

Em virtude da observação da AJ no sentido de complementar o rol de intimações, todos os responsáveis que participaram da fase de instrução foram cientificados do Acórdão publicado em 25/03/2021; contudo, deixaram de interpor recurso (peças 52 e 66).

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 69 – 13/02/2023) reiterou a pretensão de que seu recurso seja provido para fins específicos de reconhecimento dos efeitos financeiros dos atos analisados.

A **Secretaria Geral** (peças 71 – 29/06/2023), entendeu pela admissibilidade do recurso ordinário em pauta, por observar os requisitos regimentais.

Abordando a questão prescricional das pretensões punitivas e de ressarcimento, à luz da Resolução nº 10/2023 (TCMSP), concluiu que, neste feito, a

prescrição quinquenal não incide, devido ao viés declaratório do resultado da análise formal dos atos.

Por essa razão, acrescentou que essa matéria deve ser apreciada no âmbito do TC 001.693/2012, que trata da análise da execução contábil/financeira do ajuste em comento.

No mérito, a SG opinou pelo não provimento do apelo e manutenção do Acórdão, nos termos em que proferido, posto que a Recorrente, ao circunscrever seu pleito recursal ao reconhecimento dos efeitos financeiros dos atos analisados, questão atinente à execução contratual, deixou de apresentar argumentos técnicos ou jurídicos capazes de descaracterizar as irregularidades constatadas.

Os autos retornaram à **Assessoria Jurídica** (peça 73 – 25/09/2023) para manifestação sobre a eventual aplicação do instituto da prescrição, cujo entendimento foi no sentido de não incidir tal hipótese, posto que não alcança decisões de natureza declaratória, tal como o Acórdão recorrido, em que não houve imposição de ressarcimento ou de penalidade.

Por fim, o **Órgão Fazendário** (peça 76 – 10/10/2023) reiterou sua promoção de peça 69.

É o relatório do TC 1.692/2012.

TC 1.693/2012

Neste procedimento fiscalizatório, o objeto de julgamento é a execução contábil e financeira do Termo de Contrato nº 13/SPMB/2011, compreendendo o período de abrangência de outubro/2011 a março/2012.

O ajuste, formalizado entre a Subprefeitura de M'Boi Mirim e a empresa Este Reestrutura Engenharia Ltda., tem por escopo a realização de obras e serviços para contenção de talude em área de risco na Rua Agamenon Pereira da Silva – Jardim Nakamura.

Nos termos do Acórdão prolatado em 03/03/2021 (3.129ª Sessão Ordinária), o Pleno julgou irregular os atos analisados, consoante assim deliberado (peça 17):

> *"Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/001692/2012 e TC/001693/2012, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 3.021ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator.*
> *ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular a execução contábil e financeira realizada – sem aplicação de multa, por maioria –, tendo em vista que, da instrução dos autos, se verificam apontamentos*

> *de irregularidades que não restaram superados mesmo após as defesas apresentadas, levando todos os Órgãos Técnicos desta Corte a se manifestarem pela irregularidade dos atos examinados. Vencido, em parte, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que, consoante declaração de voto apresentada, aplicou multas e exarou determinações.*
> *ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após as providências regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos. (...)"*

Os fundamentos do Aresto reportam-se ao voto do Relator e também ao respectivo relatório, no qual estão especificadas as irregularidades constatadas pela Secretaria de Controle Externo, em sua análise inicial (peça 1) e não afastadas pelas defesas apresentadas na fase de instrução; quais sejam:

> *a) Descumprimento do prazo para liberação das medições nas 2ª, 3ª, 4ª e 5ª medições, cujos pagamentos ocorreram em prazo superior a 30 (trinta) dias;*
> *b) O valor de R$ 169.473,08 pago na 5ª Medição é inferior ao valor atestado na medição e na Nota Fiscal respectiva, de R$ 170.626,25;*
> *c) Ausência da licença de operação do empreendimento responsável pela extração dos produtos de mineração. Não foram verificados nos processos administrativos e de pagamentos evidências da entrega, pela Contratada, da última licença de operação do empreendimento responsável pela extração dos produtos de mineração, exigida pelo inciso I, do artigo 6º do Decreto Municipal nº 48.184/07, devido à execução de itens com produtos de empreendimentos minerários;*
> *d) Caracterização de contrato verbal. Houve a medição de serviços que haviam sido suprimidos pelo Primeiro Termo de Aditamento, a medição de um item de serviço que em nenhum momento fez parte do contrato (item 10-07-04) e a medição de serviços cujas quantidades superam aquelas contratadas em até 756,7% foi processada em desacordo com as formalidades necessárias, infringindo o caput do artigo 60 da Lei Federal n° 8.666/93 e o artigo 49 do Decreto Municipal n° 44.279/03. Ademais, essa conduta caracteriza um contrato verbal, o que é coibido pelo parágrafo único do artigo 60, combinado com o artigo 66 da Lei Federal n° 8.666/93;*
> *e) Remuneração de BDI superior ao pactuado no contrato. A Subprefeitura M'Boi Mirim aprovou e processou todas as medições utilizando BDI de 37,00%, quando o BDI pactuado contratualmente foi de 35,00%. Essa diferença ocasionou remuneração indevida à contratada e prejuízo ao Erário no montante de R$ 25.478,16;*
> *f) Não constam dos processos analisados os ensaios de arrancamento e os boletins de execução dos grampos, restando sem comprovação o atendimento ao disposto nas plantas do projeto básico;*
> *g) Ausência de croquis que demonstrem as quantidades que constam das medições;*
> *h) Apresentação de as built incompleto e com divergências em relação à obra efetivamente executada;*
> *i) Alteração no projeto básico sem justificativa técnica;*
> *j) Irregularidades detectadas na comparação entre os serviços executados e os serviços medidos abaixo especificados:*
> *•Ausência de memória de cálculo das quantidades e medição do item de serviço "08-07-00 - Fornecimento e cravação de estaca metálica – perfil de aço laminado*

W 310 x 52" de forma inadequada, ocasionando prejuízo ao Erário no montante de R$ 93.474,54;
•Ausência de memória de cálculo das quantidades e medição do item de serviço "10-07-04 - Fornecimento, preparo e aplicação de concreto projetado, medido no projeto – fck = 30 MPa – em obras de contenção" inadequada, ocasionando prejuízo ao Erário no montante de R$ 157.363,21;
•Não há memória de cálculo nem outros elementos que embasem os quantitativos apropriados pela fiscalização, razão pela qual o montante de R$ 425.766,49 (sem BDI) referente aos itens de serviço 02-03-11, 02-01-34, 02- 01-20, 08-20-00 e 08-56-00 encontra-se injustificado;
•Ausência de memória de cálculo das quantidades e medição do item de serviço "04-60-00 - Remoção de terra além do 1°km" inadequada, ocasionando prejuízo ao Erário no montante de R$ 27.403,94;
•A medição dos itens de serviço "01-01-06 - Carga manual e remoção de entulho, inclusive transporte até 1 km" e "01-01-07 - Remoção de entulho com caçamba metálica, inclusive carga manual e descarga em bota-fora" foram inadequadas e ocasionaram prejuízo ao Erário no montante de R$ 39.931,71;
k) Evidências de medição antecipada. A auditoria aponta que houve pagamentos à contratada sem a respectiva prestação dos serviços à época.

Embora devidamente cientificados do Julgado publicado em 25/03/2021, a Origem, a empresa Contratada e os agentes responsáveis deixaram transcorrer "in albis" o prazo recursal (peças 52 e 85).

Somente a Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs recurso (peça 25), por meio do qual busca o seu conhecimento e provimento e reforma parcial do Julgado, "para que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais da licitação e do contrato examinados", ao argumento de que os atos analisados não "envolveram desvio de recursos públicos, inexecução do objeto contratual, prejuízo ao erário, dolo ou má-fé de servidores", acrescido da invocação do princípio da segurança jurídica, em razão do tempo decorrido.

Ao analisar o apelo, a **Assessoria Jurídica** (peças 35/36 – 06/07/2022) opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, posto que as razões apresentadas não enfrentaram os fundamentos do Acórdão relacionados a ofensas às legislações pertinentes e a descumprimentos de normas pactuadas no ajuste, ressaltando, ainda, a inércia recursal dos entes oficiados.

No tocante à pleiteada aceitação dos efeitos financeiros, ponderou "que sua apreciação está a cargo exclusivo dos Exmos. Julgadores, pois reclama juízo de ponderação no caso concreto, sobre a natureza das irregularidades apuradas na fase de execução dos ajustes e as consequências dela resultante."

Em virtude da observação da AJ, no sentido de complementar o rol de intimações, todos os responsáveis que participaram da fase de instrução foram cientificados do Acórdão publicado em 25/03/2021; contudo, deixaram de recorrer (peça 68).

A **Secretaria Geral** (peças 72 – 29/06/2023) entendeu pela admissibilidade do recurso ordinário em pauta, por observar os requisitos regimentais.

Abordando a questão prescricional das pretensões punitivas e de ressarcimento, à luz da Resolução nº 10/2023 (TCMSP) verificou ter ultrapassado o lapso de cinco anos entre o último marco interruptivo ocorrido em 09.09.2013, quando reiniciada a contagem do prazo prescricional quinquenal, e a decisão que julgou irregular a execução contábil/financeira foi prolatada em 03.03.2021 (peça 17).

Todavia, ressaltou que, mesmo o Acórdão não fazendo menção expressa quanto aos efeitos financeiros dos atos analisados, "estariam prescritas eventuais consequências oriundas da não aceitação dos mesmos" e seu reconhecimento ou não compete depende de juízo de ponderação por parte dos Julgadores.

No mérito, opinou pelo não provimento do apelo, ante o cunho genérico das razões recursais, que não abordaram diretamente nenhuma das irregularidades identificadas pela Auditoria e elencadas no relatório do voto condutor do Relator, devendo ser mantido o decisum recorrido, em sua integralidade.

Em nova manifestação, a **Assessoria Jurídica** peça 73 – 26/09/2023), tratou da questão prescricional, cujo entendimento foi no sentido de não incidir tal hipótese, posto que não alcança decisões de natureza declaratória, tal como o Acórdão recorrido, em que não houve imposição de ressarcimento ou de penalidade.

Por fim, a **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 74 – 10/10/2023), **ratificou** os termos do recurso por ela interposto, propugnando pelo seu provimento visando ao reconhecimento dos efeitos financeiros dos atos em exame.

É o Relatório do TC 1.693/2012.

VOTO

Nesta fase processual, em julgamento os Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, em face dos Acórdãos prolatados em 03/03/2021, no âmbito dos Processos TCs 1.692/2012 e 1.693/2012, apelos esses que preenchem os requisitos regimentais de admissibilidade e assim são conhecidos.

Preliminarmente, verifica-se que, em ambos os processos, não há incidência da prescrição quinquenal, considerando que os Julgados, de cunho declaratório, não contemplam imposição de penalidade nem de ressarcimento, consoante o disposto no art. 2º combinado com o art. 13 da Resolução nº 10/2023 deste Tribunal de Contas.

I. HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DA PRESCRIÇÃO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

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

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

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

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

> "Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança 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]

---

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[2] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[3] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.
[4] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[5] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

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

> "A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão." (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)
>
> "Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de 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 à 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, o panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos 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

[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*

> 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, a 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.

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**

[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)

> **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)

Feitas estas considerações gerais acerca do histórico e consolidação do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas, é possível analisar que houve evolução jurisprudencial acerca do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas durante esses dois últimos anos desde o julgamento do Tema 899 do STF. Assim, podemos passar para o desempate.

II. Do Reconhecimento da Aplicação da Resolução nº 10, de 2023, no presente caso

Inicialmente, afasto, com o devido respeito e acatamento, a afirmação do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido de que as regras da Resolução nº 10, de 2023, não se aplicam aos presentes casos pelo único fato de a Decisão recorrida não possuir conteúdo punitivo ou ressarcitório, limitando-se a declarar a irregularidade do contrato, considerando as particularidades do caso concreto.

Nota-se que, ocorreu a prescrição quinquenal nestes autos, uma vez que observa-se que entre o penúltimo marco interruptivo, consubstanciado no relatório de Auditoria após defesa dos interessados (peça 5), elaborado em 10.09.2013, e a decisão recorrível (peça 23) proclamada em 03.03.2021, teria decorrido mais de 05 anos, de modo que eventuais pretensões ressarcitórias e punitivas teriam sido fulminadas pelo instituto da prescrição, nos termos do art. 2º, caput, c/c art. 5º, incisos II e IV, § 2º c/c art. 6º, inciso I, da Resolução 10/2023.

Em meu entender, ainda que o Acórdão recorrido não detenha claro comando punitivo ou ressarcitório, a natureza de um processo de Análise de Contrato de Concorrência, por si só, arrasta consigo um viés declaratório-condenatório, de forma a atrair a incidência da Resolução 10/2023, considerando as possíveis externalidades negativas decorrentes do conteúdo declaratório de um contrato irregular.

Nesse sentido, não se pode olvidar que o julgamento de irregularidade do contrato demonstra indubitável repercussão negativa na esfera jurídica dos indicados como responsáveis, por carregar conteúdo de reprovação a respeito dos atos praticados, com eventuais desdobramentos possíveis para além da determinação exarada à Origem com o viés pedagógico.

Nesse contexto, entendo como boa prática, em todos processos dessa natureza, a aplicação da Resolução nº 10, de 2023, que, no presente caso concreto, leva ao reconhecimento da prescrição.

A Incidência do instituto da prescrição é matéria nova no âmbito das Cortes de Contas e envolve construção jurisprudencial a partir da maturação das situações concretas examinadas, sem descurar das particularidades do processo de controle externo.

Nesse diapasão, já expressei em julgados anteriores o entendimento de que não parece haver relevância em prolongar a continuidade de um processo com pretensões ressarcitórias ou punitivas prescritas, em observância ao princípio da economicidade, especialmente em relação a fatos antigos, aplicando-se o artigo 12, parágrafo único, da Resolução nº 10/2023.

No que se refere a prescrição em fase recursal recentemente o plenário do TCU vem consolidando sua jurisprudência no sentido a mera existência de uma decisão proferida pela Corte em 1ª instância não é suficiente, por si só, para satisfazer o critério de relevância e afastar os efeitos extintivos da prescrição. Nessa linha, confira-se trecho do dispositivo do Acórdão 1347/2024 do TCU relatado pelo ministro Augusto Nardes, acolhido pelo Plenário na sessão de 10 de julho deste ano de 2024:

> "8. Assim, acolho os pareceres nos autos para reconhecer a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória do Tribunal, **considerar insubsistente o Acórdão 7364/2021-TCU-Segunda Câmara e arquivar o presente processo, nos termos do art. 11 da Resolução TCU 344/2022**. (...) Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal acolha o acórdão cuja minuta submeto à deliberação deste colegiado." (Acórdão 1347/2024 – PLENÁRIO/ Relator AUGUSTO NARDES/ Processo 028.345/2020-7/ TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE)/ Data da sessão 10/07/2024)

Ainda que a Resolução nº 10/2023 não apresente redação idêntica à Resolução nº 344/2022 do TCU no que tange ao critério de relevância, não se pode olvidar os esforços de alinhamento de entendimento sobre o instituto da prescrição entre todos os Tribunais de Contas, sendo, portanto, imprescindível a reflexão acerca do acima mencionado, que direciona no sentido de que o critério de relevância para a continuidade do processo não pode ser presumido, devendo ser comprovado por meio de ponderação de elementos concretos presentes nos autos.

A exemplo da interpretação do critério de relevância na prática, cito a decisão acordada unanimemente por este Plenário, no TC nº 002314/2008 no qual decidiu-se o seguinte:

> "Todavia, embora se trate de recursos em face de Decisão do julgamento da análise formal do ajuste, sem determinação de penalidade ou de ressarcimento, considerando que o contrato objeto do julgamento foi firmado em 2008, portanto há cerca de 16 anos, e que, compulsando os autos do TC/002470/2008, que cuida do acompanhamento de sua execução, ainda não julgado, verifica-se já conter manifestações da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral no sentido da prescrição de eventuais pretensões punitiva e indenizatória e, também, que o então Subprefeito indicado como responsável, Sr. Marcelo Bruni, já é falecido, voto, excepcionalmente, pela extinção deste processo".(TC nº 002314/2008; Relator Conselheiro Domingos Dissei; Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de setembro de 2024.)

No que tange a prescrição, seu critério de relevância e seus efeitos dispõe os artigos 12 e 13 da Resolução nº 10, de 2023 o seguinte:

> "Art. 12. Aferida a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória em relação à totalidade das irregularidades, a decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno pronunciará explicitamente sobre a continuidade ou não do processo em relação aos demais aspectos da instrução ou do julgamento,

> observados os critérios de materialidade, risco e relevância envolvidos, para os fins do previsto no art. 13.
>
> Parágrafo único. Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.
>
> Art. 13. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento do processo, a expedição de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa."

Observando as normas citadas, reconhecida a prescrição no presente caso, em face dos elementos até então expostos, antevejo duas dimensões decorrentes da decisão, a promover inarredável cisão dos seus efeitos, consistentes especificamente (i) na manutenção do conteúdo declaratório no presente caso, exclusivamente quanto ao conteúdo reorientador da Administração Pública, sob o viés pedagógico, (ii) e na aceitação dos efeitos jurídicos do ato e extinção do feito com relação aos responsáveis e demais envolvidos.

De fato, diante dos apontamentos levantados durante a ação fiscalizatória, representando o austero trabalho realizado pela auditoria desta Casa com relação aos atos praticados, mostra-se relevante a manutenção do reconhecimento da irregularidade, com efeitos especificamente voltados à esfera da Administração Pública, como forma de orientar o gestor público na sua atuação.

Na dimensão voltada para a Administração Pública, na qual o objetivo não é punir ou exigir reparações financeiras, mas sim orientar a boa governança, a prescrição não deve obstar a expedição de recomendações que visem corrigir procedimentos ou prevenir novos desvios. Isso porque tais orientações são instrumentos fundamentais para a preservação do interesse público.

Destaco que a manutenção da parte declaratória do acórdão, especialmente no tocante às irregularidades constatadas, deve subsistir unicamente como elemento orientador da atuação dos gestores públicos. O reconhecimento da prescrição não pode impedir, em casos de relevância, a atuação pedagógica do Tribunal de Contas, que, ao expedir recomendações, contribui para a melhoria dos processos administrativos e para o fortalecimento da gestão pública.

Embora, a princípio, possa aparentar que estou me afastando da aplicação da prescrição, diante da manutenção do provimento declaratório, destaco que, a explicitação de sua dimensão relacionada à Administração, com viés pedagógico e reorientador, vai ao encontro, no mérito, da previsão contida no artigo 13 da Resolução, que será concretizada nos seguintes termos no dispositivo deste voto:

> "**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 dos atos de sua competência, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023."

Pondero, nesse sentido, que a sobredita manutenção (do provimento declaratório) guarda consonância com a orientação prevista na Resolução vigente e milita em favor da função de orientação pedagógica dos Tribunais de Contas, que é peculiar à atuação do controle externo, e mostra-se de extrema relevância para o aprimoramento da Administração Pública como um todo.

Inclusive, também se dará nos termos propostos em precedentes deste Plenário, como por exemplo o TC nº 2.865/2013 no qual foi acolhida a incidência da prescrição nos autos em fase recursal, contudo o feito não foi extinto como um todo sendo, nos termos do art. 13, determinado o envio do relatório, voto e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada às execuções contratuais. Confira:

> **"ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos trabalhos realizados e em reconhecer a incidência da prescrição nestes autos, em conformidade com a Resolução 10/2023 deste Tribunal, deixando de apreciar, por maioria, por via de consequência, o mérito dos fatos analisados no presente.
>
> **ACORDAM**, à unanimidade, em determinar o envio do relatório, voto e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada às execuções contratuais, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, bem como, após as demais comunicações de praxe, o arquivamento dos autos."

De outra parte, contudo, para além da manutenção do reconhecimento de irregularidade com vistas ao aperfeiçoamento da atuação da Administração Pública, mostra-se essencial consolidar, de forma expressa, que o decurso do prazo e reconhecimento da prescrição alcançam todos os demais efeitos da decisão e implicam, em última instância, na extinção do feito para os responsáveis e demais envolvidos, nos termos do parágrafo único do artigo 12 da Resolução nº 10, de 2023.

Conforme explicitado anteriormente, o reconhecimento da prescrição no presente caso decorre do reconhecimento da repercussão da irregularidade na esfera jurídica dos responsáveis e envolvidos na contratação, fazendo-se necessária, ante à manutenção da irregularidade para fins de reorientação da Administração Pública, a

previsão expressa de quais são os efeitos da decisão em relação aos demais envolvidos, como expressão do princípio da segurança jurídica.

De fato, como explicou o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal:

> "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."[10]

Dessa forma, conforme demonstra a *ratio decidendi* da jurisprudência recentemente consolidada do STF, exposta no histórico deste voto, os atos dos Tribunais de Contas não se escusam dos ditames do princípio da segurança jurídica, até nos casos de ausência de lei específica, como é o da prescrição nas pretensões de controle externo, especialmente para garantir a calculabilidade.

Define o Professor Titular da Universidade de São Paulo Humberto Ávila que "a calculabilidade foi definida como a capacidade de antecipar o espectro alternativamente aplicáveis a atos ou fatos **e o espectro de tempo dentro qual a consequência será efetivamente aplicada.**"[11]

Nessa linha, a prescrição garante calculabilidade, em sua dimensão temporal da segurança jurídica, na medida em que limita o espectro de tempo para haver a confirmação de consequências normativas atribuíveis a atos e fatos.

Consigno ainda, quanto a argumentação deste voto, fala do Ministro Luís Roberto Barroso no teor de seu voto no tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, na qual refletiu que a segurança jurídica deve ser utilizada como vetor interpretativo na análise de dispositivos normativos:

> "Os sistemas jurídicos gravitam em torno de dois grandes eixos: a justiça e a segurança. A prescrição é um instituto diretamente associado à ideia de segurança jurídica. Logo, se há uma ambiguidade no dispositivo, o princípio da segurança jurídica é um bom vetor interpretativo para escolher o melhor sentido e o melhor alcance para aquela norma."[12]

---

[10] 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.

[11] **ÁVILA**, Humberto, Segurança Jurídica entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário, 2ª Edição, Edª Malheiros, São Paulo, 2012 p. 596

[12] 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. p. 03 do Acórdão.

Ressalto, adicionalmente, que a medida proposta de aplicar o art. 13 para fins pedagógicos está em consonância com a atuação do TCU, conforme sua jurisprudência, o que se evidencia no julgamento do Acórdão 165/2023 do Plenário, referente ao Relatório de Auditoria 011.479/2015-9:

> "**30. Nesse sentido, ainda que tenha proposto o arquivamento deste processo pela ocorrência da prescrição, entendo que deve ser proposta ciência ao Instituto Estatual do Ambiente (Inea-RJ) acerca da alteração do objeto e do valor do Contrato 03/2013-Inea.**
>
> (...)
>
> 33. Portanto, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes, proponho dar ciência ao Inea acerca da alteração irregular do objeto e do valor do Contrato 03/2013-Inea por meio do 1º Aditivo, de 10/12/2014, em percentual superior ao pelo art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993 e pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário.
>
> Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado." (Acórdão 165/2023 – PLENÁRIO/ Relator AROLDO CEDRAZ/ Processo: 011.479/2015-9/ RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)/ Data da sessão 10/07/2024)

Por fim, consigno que este Plenário pacificou o entendimento exarado neste voto durante o julgamento do TC nº 366/2011, na 3.335ª Sessão Ordinária:

> "**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso ex officio, por regimental.
>
> **ACORDAM**, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros RICARDO TORRES – Relator e JOÃO ANTONIO, votando o Conselheiro Presidente EDUARDO TUMA para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em aplicar a Resolução 10/2023 para reconhecer a prescrição intercorrente e julgar extinto o presente feito com relação aos responsáveis e demais envolvidos, com a aceitação de todos os demais efeitos jurídicos e financeiros.
>
> **ACORDAM**, por maioria, consoante voto de desempate do Conselheiro Presidente EDUARDO TUMA, em preservar o reconhecimento do conteúdo declaratório da irregularidade da execução contratual, exclusivamente para dar eficácia ao conteúdo reorientador da Administração Pública, sob o viés pedagógico, na forma da determinação exarada no voto do Relator, de encaminhamento, à Origem, de cópia do relatório, votos e deste Acórdão, para adoção das medidas que julgar necessárias, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.
>
> O voto de desempate contou com a anuência dos Conselheiros RICARDO TORRES – Relator, JOÃO ANTONIO e DOMINGOS DISSEI – Revisor, que declarou sua

adesão. Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que negou provimento ao recurso ex officio, mantendo inalterada a decisão original, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, com as cautelas de praxe, o arquivamento dos autos." (peça 56, TC nº 366/2011).

Consoante o exposto, conheço dos recursos ordinários para **JULGA-LOS PARCIALMENTE PROCEDENTES**, determinando a aplicação da Resolução nº 10, de 2023, no presente feito, com o reconhecimento da prescrição quinquenal, **afastando qualquer pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte**. Portanto, em nome da segurança jurídica e da estabilização das relações jurídicas, ficam aceitos todos os demais efeitos jurídicos e financeiros, com a subsequente **EXTINÇÃO DO FEITO COM RELAÇÃO AOS RESPONSÁVEIS E DEMAIS ENVOLVIDOS.**

Por fim, fica **preservado o reconhecimento do conteúdo declaratório da irregularidade da Concorrência 02/SMPB/2011, o Contrato 13/SPMB/2011 e o Termo de Aditamento 01/2012, exclusivamente para dar eficácia ao conteúdo reorientador da Administração Pública**, sob o viés pedagógico, na forma da determinação exarada, nos termos do voto do Revisor, com o encaminhamento, à Origem, do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário para adoção das medidas que julgar necessárias, 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: 15/01/2025 11:27:52 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1.692/2012

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SUBPREFEITURA. Obras e serviços para a contenção de talude em área de risco. IRREGULARES. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 1.692/2012, 1.693/2012.

3.129ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/001692/2012 e TC/001693/2012, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 3.021ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, nos termos de seu relatório e voto, MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM, com declaração de voto, e EDUARDO TUMA, em julgar irregulares a Concorrência 02/SMPB/2011, o Contrato 13/SPMB/2011 e o Termo de Aditamento 01/2012, tendo em vista que, da instrução dos autos, se verificam apontamentos de irregularidades que não restaram superados mesmo após as defesas apresentadas, levando todos os Órgãos Técnicos desta Corte a se manifestarem pela irregularidade dos atos em exame.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após as providências regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de março de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro, com declaração de voto

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento nos autos do TC 1.692/12-20, a Concorrência nº 02/SMPB/2011, o Contrato nº 13/SPMB/2011 e o Termo de Aditamento nº 01/2012, celebrado entre a Subprefeitura de M'Boi Mirim e a empresa Este Reestrutura Engenharia Ltda., tendo por objeto a execução de obras e serviços para contenção de talude em área de risco na Rua Agamenon Pereira da Silva – Jardim Nakamura.

Analisa-se, ainda, no TC 1.693/12-92, a execução do mencionado ajuste.

Em relação à análise formal, a Coordenadoria III concluiu pela irregularidade da Concorrência em razão dos seguintes apontamentos:

1. Apresentação incompleta do projeto básico;

2. Ausência de memória de cálculo que justificasse os quantitativos previstos na planilha orçamentária;

3. Ausência de Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) referente às plantas do projeto básico;

4. Ausência de aprovação do projeto básico pela autoridade competente;

5. Ausência do cronograma físico-financeiro;

6. Não foi estabelecido o critério de aceitabilidade dos preços unitários;

7. Exigência constante do item 8.3.1. do Edital, para indicação do Sindicato na proposta, seria irrelevante para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração;

8. A exigência de que o muro de arrimo atirantado seja apoiado em tubulão, estruturado com perfis metálicos e placa de concreto armado, com execução de grama armada, seria restritiva, pois exigiria que a licitante tivesse executado um tipo de obra específica. A restritividade também se verifica em relação à exigência de que o muro seja para a contenção de encostas em áreas de risco, dado irrelevante para a execução do futuro contrato;

9. Não constaria do processo administrativo justificativa para a exigência do índice de capacidade econômico-financeira.

Já com relação ao Contrato, foram apontadas as seguintes irregularidades:

1. Ausência de definição, prévia e expressa, do índice utilizado em caso de reajuste;

2. Emissão da Nota de Empenho após a data de assinatura do contrato;

3. Disposição contratual sobre a liberação da medição contraria o disposto no §2° do artigo 13, do Decreto Municipal n° 52.087/11, e item III da Portaria SMSP n° 043/2004.

Ainda, em relação ao Termo de Aditamento n° 01/2012, a Coordenadoria III apontou as seguintes irregularidades:

1. Ausência da memória de cálculo que deveria demonstrar matematicamente as alterações propostas, não se comprovando o atendimento ao artigo 7°, §4°, da Lei 8.666/93;

2. Ausência de composição de custos unitários dos itens extracontratuais, em infringência ao artigo 7°, §2°, inciso II, da Lei 8.666/93;

3. Não foi observado, quanto aos itens extracontratuais constantes das Tabelas de Siurb, o disposto no subitem 3.3 do Contrato, provocando um aditamento a maior no valor de R$ 4.086,50;

4. O montante acrescido ao Contrato totaliza R$ 592.837,61, o que equivale a 42,2% do valor do ajuste, extrapolando o limite de 25% estabelecido na Lei 8.666/93;

5. A parcela de R$ 230.559,47, equivalente a 16,4% do valor global do Contrato, seria composta de itens de serviço que não fariam parte da planilha orçamentária, não tendo sido avaliada no momento da concorrência.

Foram intimados o Subprefeito de M' Boi Mirim, os demais agentes públicos apontados como responsáveis pelos atos analisados e o representante legal da empresa contratada.

Apresentaram defesas a Senhora Cleide Pandolfi, Coordenadora de Projetos e Obras à época e a empresa contratada. Deixaram transcorrer "in albis" o prazo para oferecimento de defesa os Senhores Edilberto Ferreira Beto Mendes, Paulo de Oliveira Pereira e Ayrton José Bortotti de Almeida.

As defesas ofertadas não abordaram todos os apontamentos da Auditoria. Buscaram, porém, afastar os questionamentos relativos ao Projeto Básico, ao critério de aceitabilidade dos preços unitários, à qualificação técnica – na licitação, ao índice de reajuste econômico, à nota de empenho, ao prazo para liberação das medições pela fiscalização – no Contrato, e às condições da prorrogação contratual – no Aditivo.

Quanto à execução contratual tratada no TC 1.693/12-92, a Coordenadoria III concluiu pela sua irregularidade em razão dos seguintes apontamentos:

a) Descumprimento do prazo para liberação das medições nas 2ª, 3ª, 4ª e 5ª medições, cujos pagamentos ocorreram em prazo superior a 30 (trinta) dias;

b) O valor de R$ 169.473,08 pago na 5ª Medição é inferior ao valor atestado na medição e na Nota Fiscal respectiva, de R$ 170.626,25;

c) Ausência da licença de operação do empreendimento responsável pela extração dos produtos de mineração. Não foram verificados nos processos administrativos e de pagamentos evidências da entrega, pela Contratada, da última licença de operação do empreendimento responsável pela extração dos produtos de mineração, exigida pelo inciso I, do artigo 6º do Decreto Municipal nº 48.184/07, devido à execução de itens com produtos de empreendimentos minerários;

d) Caracterização de contrato verbal. Houve a medição de serviços que haviam sido suprimidos pelo Primeiro Termo de Aditamento, a medição de um item de serviço que em nenhum momento fez parte do contrato (item 10-07-04) e a medição de serviços cujas quantidades superam aquelas contratadas em até 756,7% foi processada em desacordo com as formalidades necessárias, infringindo o caput do artigo 60 da Lei Federal n° 8.666/93 e o artigo 49 do Decreto Municipal n° 44.279/03. Ademais, essa conduta caracteriza um contrato verbal, o que é coibido pelo parágrafo único do artigo 60, combinado com o artigo 66 da Lei Federal n° 8.666/93;

e) Remuneração de BDI superior ao pactuado no contrato. A Subprefeitura M'Boi Mirim aprovou e processou todas as medições utilizando BDI de 37,00%, quando o BDI pactuado contratualmente foi de 35,00%. Essa diferença ocasionou remuneração indevida à contratada e prejuízo ao Erário no montante de R$ 25.478,16;

f) Não constam dos processos analisados os ensaios de arrancamento e os boletins de execução dos grampos, restando sem comprovação o atendimento ao disposto nas plantas do projeto básico;

g) Ausência de croquis que demonstrem as quantidades que constam das medições;

h) Apresentação de as built incompleto e com divergências em relação à obra efetivamente executada;

i) Alteração no projeto básico sem justificativa técnica;

j) Irregularidades detectadas na comparação entre os serviços executados e os serviços medidos abaixo especificados:

•Ausência de memória de cálculo das quantidades e medição do item de serviço “08-07-00 - Fornecimento e cravação de estaca metálica – perfil de aço laminado W 310 x 52” de forma inadequada, ocasionando prejuízo ao Erário no montante de R$ 93.474,54;

•Ausência de memória de cálculo das quantidades e medição do item de serviço “10-07-04 - Fornecimento, preparo e aplicação de concreto projetado, medido no projeto – fck = 30 MPa – em obras de contenção” inadequada, ocasionando prejuízo ao Erário no montante de R$ 157.363,21;

•Não há memória de cálculo nem outros elementos que embasem os quantitativos apropriados pela fiscalização, razão pela qual o montante de R$ 425.766,49 (sem BDI) referente aos itens de serviço 02-03-11, 02-01-34, 02-01- 20, 08-20-00 e 08-56-00 encontra-se injustificado;

•Ausência de memória de cálculo das quantidades e medição do item de serviço “04-60-00 - Remoção de terra além do 1°km” inadequada, ocasionando prejuízo ao Erário no montante de R$ 27.403,94;

•A medição dos itens de serviço “01-01-06 - Carga manual e remoção de entulho, inclusive transporte até 1 km” e “01-01-07 - Remoção de entulho com caçamba metálica, inclusive carga manual e descarga em bota-fora” foram inadequadas e ocasionaram prejuízo ao Erário no montante de R$ 39.931,71;

k) Evidências de medição antecipada. A auditoria aponta que houve pagamentos à contratada sem a respectiva prestação dos serviços à época.

Devidamente intimada, a Origem alegou tratar-se de obra realizada em área de risco aos transeuntes, veículos e residências e que em razão dos deslizamentos que ocorreram no local, verificou-se o surgimento de cavidades negativas tanto no corpo do talude como abaixo da região do topo.

Salientou, ainda, que todos os fornecedores detinham todas as licenças necessárias; que não ocorreu contrato verbal; admitiu que a remuneração de BDI foi superior ao pactuado no Contrato, propondo a devolução

da diferença do valor apurado e juntou aos autos os ensaios de arrancamento e os boletins de execução dos grampos.

Quanto aos itens de serviços medidos, esclareceu que as estacas superiores são de 25 metros, totalizando 650 metros e as inferiores possuem 15,4 metros, totalizando 370 metros, restando comprovado o total de 1.020 metros medidos e que constaram do as biult da obra.

Em relação a esse questionamento, a empresa contratada acrescentou que os quantitativos são apurados em conformidade com a "nega" no momento da cravação, podendo-se, no projeto básico, estimar-se apenas a profundidade, se e desde quando disponíveis sondagens de solo da área.

Ademais, alterações climáticas, interferências humanas ou de fatores da natureza, podem implicar alterações e acréscimos nos quantitativos, como de fato, no presente contrato administrativo veio a ocorrer; sendo os quantitativos atualizados no as built, como, via de regra, é de rigor em Obras Civis, não havendo, portanto, falar-se em prejuízos à Administração Pública, como quis fazer crer a fiscalização.

A Origem destacou que o concreto projetado não foi somente aquele utilizado para revestimento do talude e sim para execução da cortina inferior (com 30 cm de espessura) e para preenchimento dos vazios deixados pelos deslizamentos pretéritos embaixo das casas, no topo, laterais e preenchimento no talude.

A empresa contratada, por sua vez, argumentou que a Auditoria não se atentou à justificativa já apresentada pela Administração Pública de que fortes chuvas e interferências naturais causaram deslizamentos pretéritos das casas no topo, fazendo-se necessária a utilização do concreto projetado, o que de fato, restou documentado junto à Caderneta de Obras e demais documentações contratuais, constando, inclusive, do respectivo aditamento contratual.

A Origem informou que houve perfurações para tirantes e grampos provisórios, necessária à estabilização do talude durante a execução da obra para garantir a segurança das habitações existentes no topo do talude e que o bota-fora Porto de Areia Sete Praias Ltda. encontrava-se fechado pela CETESB, razão pela qual foi utilizado um bota-fora mais distante.

Em sua defesa, a contratada confirmou a necessidade da execução dos tirantes e grampos, apurada à época em informações e verificações in loco ao tempo da execução das obras, bem como reforçou a informação de que o bota-fora Porto de Areia Sete Praias Ltda. encontrava-se fechado pela CETESB.

A Origem destacou que a remoção de entulho com caçamba metálica, foi utilizada em razão da falta de local adequado, pelo fato de se tratar de via estreita e com trânsito intenso de pedestres.

Relativamente a esse ponto, a contratada asseverou que as caçambas metálicas foram utilizadas somente nos casos em que impossibilidades técnicas impediam a remoção de entulhos diretamente em caminhões.

Por fim, a empresa contratada argumentou que as irregularidades apontadas não poderiam ser a ela imputadas.

A Auditoria, em análise às defesas apresentadas, manteve, na íntegra, suas conclusões pela irregularidade do procedimento licitatório, dos ajustes dele decorrente e do acompanhamento da execução contratual.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo asseverou que as defesas apresentadas não trouxeram as devidas justificativas, manifestando-se pela irregularidade da Concorrência, do Contrato, do Termo Aditivo e da execução contratual.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, considerando o teor dos esclarecimentos e a ausência de registro de comportamento indevido dos agentes da Administração, requereu o reconhecimento dos efeitos econômicos dos atos em exame.

Entendeu que o projeto foi adequado, pois a obra foi executada de forma adequada, tendo cumprido sua finalidade para atendimento à população.

Apontou, ainda, ter sido utilizada a tabela de SIURB, e que o padrão questionado por este tribunal de Contas seria aquele adotado por várias empresas que trabalham em obras urbanas.

Especificamente em relação ao 1º Termo de Aditamento, a Procuradoria da Fazenda Municipal apontou que o aumento foi de 24,18%, dentro do limite estabelecido em lei.

Quanto à execução do ajuste, acompanhou a manifestação da Origem, entendendo que as falhas apontadas teriam caráter formal ou cunho essencialmente técnico. Alegou, ainda, não ter ocorrido qualquer ato indevido, bem como a inexistência de alegação quanto à ausência de realização do serviço.

Dessa forma, requereu o reconhecimento dos efeitos financeiros da execução, com relevação das falhas apontadas.

Por fim, a Secretaria Geral acompanhou a manifestação da Auditoria, opinando pela irregularidade da Concorrência, do Contrato e do Aditivo. No que diz respeito à execução, acompanhou a manifestação da Auditoria,

tendo em vista o caráter técnico das irregularidades, opinando pela sua irregularidade.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Da instrução dos autos, verificam-se apontamentos de irregularidades que não restaram superados mesmo após as defesas apresentadas, levando todos os Órgãos Técnicos desta Corte a se manifestarem pela irregularidade dos atos em exame.

Assim sendo, diante de tudo quanto apurado, JULGO IRREGULAR a Concorrência nº 02/SMPB/2011, o Contrato nº 13/SPMB/2011, o Termo de Aditamento nº 01/2012, bem como a execução contábil e financeira realizada.

Após as providências regimentais cabíveis, arquivem-se os autos.

É o meu voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Respaldado nos apontamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e alicerçado nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, **JULGO irregulares a Concorrência nº 002/SPMB/2011, o Contrato nº 13/SPMB/2011** e seu **Primeiro Termo Aditivo**, firmados entre a Subprefeitura do M'Boi Mirim e a Este Reestrutura Engenharia Ltda. **Não acolho a execução** do Contrato em epígrafe**.**

Aplico a Edilberto Ferreira Beto Mendes, Paulo de Oliveira Ferreira, Ayrton José Bortotti de Almeida, Cleide Pandolf, Marco Antonio H. B. Vasconcellos e Antonio Luis Franco de Barros Fornari, todos da SUB-MB, e responsáveis pela prática dos atos, à época**,** a multa administrativa no valor de R$ 837,71 (oitocentos e trinta e sete reais e setenta e um centavos), com supedâneo nos artigos 52, inciso II, da Lei 9.167/1980[1] e 86, II[2], do Regimento Interno.

[1] Art. 52. As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções: (...) II - Multa.

[2] Art. 86. As infrações à Lei nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980 e ao presente Regimento, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções:
I - advertência;
II - multa

Determino à Subprefeitura do M'Boi Mirim – SUB-MB a instauração, de imediato, de processo administrativo para que a Contratada, Este Reestrutura Engenharia Ltda., promova a devolução dos valores recebidos indevidamente, apurados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a serem corrigidos monetariamente até a data de sua efetivação.

Expeça-se ofício ao Ministério Público, à Controladoria da Fazenda Municipal, à Subprefeitura do M'Boi Mirim – SUB-MB e à Contratada, acompanhado de cópias do v. Acórdão a ser proferido.