ACO-UTR-1248/2024

Processo	-	TC/002760/2013 (Tramitam em conjunto os processos TC/002288/2009 e TC/002760/2013)
Contratante	-	Secretaria Municipal de Serviços e Obras (atual Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras)
Contratado	-	Consórcio Pontal Leste (Construtora OAS Ltda., EIT-Empresa Industrial Técnica S.A. e S.A. Paulista de Construções e Comércio)
Contrato	-	18/Siurb/2011 R$ 130.930.419,14
TA		01/018/Siurb/2011 (inserção de CNPJ)
TA		02/018/Siurb/2011 (alteração de objeto)
TA		03/018/Siurb/2011 (alteração e inclusão de serviços, aprovação e inclusão de preços extracontratuais)
TA		04/018/Siurb/2011 R$ 130.930.419,14 (prorrogação de prazo)
Acompanhamento da execução Contratual		
Objeto	-	Verificar se o contrato, cujo objeto é a execução das obras de prolongamento da Radial Leste, incluindo Viaduto Guaianases, Pontilhões, Interligações Viárias e Canalização de Córregos, desde Artur Alvim até Guaianases e elaboração de Projeto Executivo, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

57ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. ACOMPANHAMENTO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. EXECUÇÃO. SIURB. Obras de prolongamento da Radial Leste, e elaboração de Projeto Executivo. 1. Reconhecida a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória e a extinção do processo. Art. 2º e art. 12, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDOS. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão pública. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime. EXTINTO. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDUARDO TUMA, após determinação de Sua Excelência, na 53ª Sessão Ordinária Não Presencial, para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na ocasião, votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, RICARDO TORRES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

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, assim como reconhecer a incidência da prescrição nos presentes autos, no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução 10/2023, desta Corte.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, RICARDO TORRES – Revisor, votando o Conselheiro Presidente EDUARDO TUMA para efeito de desempate, nos termos do art. 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o art. 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 12, parágrafo único da Resolução 10/2023/TCMSP.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI, ambos com declarações de voto apresentadas, que julgaram irregulares os instrumentos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o encaminhamento do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, arquivando-se os autos após as demais comunicações de praxe.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 21 de agosto 2024.

EDUARDO TUMA – Presidente, com voto
JOÃO ANTONIO – Relator

/affo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 11/10/2024 10:59:25 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO Data: 14/10/2024 09:45:30 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC nº 002760/2013
TC nº 002288/2009

Interessado:	Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras - SIURB
Responsáveis:	Tengº Levi Alves Sampaio (fiscal Obras-31) Engenheiro Luiz Takeo Hara (Diretor de Divisão Técnica – Obras 3) Engenheiro Mário Akira Takikawa (Superintendente de Obras Viárias – SIURB)
Objeto:	Execução contratual das obras de prolongamento da Av. Radial Leste, Concorrência nº 06/09/SIURB, Contrato nº 018/SIURB/2011.

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO CONTRATO. SIURB. 1. A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral concluíram no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição. **CONHEÇO** dos trabalhos realizados e, quanto ao mérito, **RECONHEÇO** a incidência da prescrição nos presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal e, por via de consequência, deixo de apreciar o mérito dos fatos analisados nestes autos.

RELATÓRIO

O TC 2.288/2009 trata da análise do Edital de Concorrência 006/09/SIURB, tendo por objeto a execução das obras do prolongamento da Radial Leste, incluindo Viaduto Guaianazes, pontilhões, interligações viárias e canalização de córregos, desde Artur Alvim até Guaianases e elaboração de projeto executivo.

Após a instrução processual o processo foi decidido da seguinte forma:

(...)
***ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em julgar regular o edital de Concorrência 006/09/SIURB.*
(...)
ACÓRDAM, ademais, à unanimidade, por proposta do Conselheiro MAURÍCIO FARIA, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle

desta Corte que instaure procedimento, em processo único, para análise da contratação e da execução contratual, referente à concorrência em tela. Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de abril de 2013.

O presente processo foi incluído em pauta no dia 25.07.2017 para julgamento em conjunto com o TC de número 2.760/2013.

O TC 2.760/2013 trata de Análise do Contrato, Termos Aditivos e Acompanhamento de Execução Contratual – Contrato nº 018/SIURB/11, ref. às obras de prolongamento da Av. Radial Leste, Concorrência nº 06/09/SIURB.

O Contrato nº 018/SIURB/2011 foi firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e o Consórcio Pontal Leste (Construtora OAS Ltda., EIT – Empresa Industrial Técnica S/A. e S/A Paulista de Construções e Comércio).

A Coordenadoria VI elaborou os respectivos relatórios apresentando os seguintes apontamentos:

- Relatório de Análise de Contratação (fls. 838 – 841).
"16) Conclusão: Foram constatadas infringências e irregularidades nos subitens 14.11 e 14.13."
- Relatório de Análise de Aditamento nº 001/018/SIURB/2011 (fls. 842 – 844).
"16) Conclusão: Sem irregularidades no Termo de Aditamento."
- Relatório de Análise de Aditamento nº 001/018/SIURB/2011 (fls. 845 – 847).
"16) Conclusão: Termo de Aditamento com apontamento de irregularidades conforme item 15."
- Relatório de Análise de Aditamento nº 003/018/SIURB/2011 (fls. 848 – 850) e Anexo de Continuação (fls. 851 – 852vº).
"Assim, restaram infringidos os incisos II e III, do § 2º, do art. 7º, da Lei Federal nº 8.666/93 por falta de orçamento estimativo dos serviços aditados e falta de previsão dos recursos necessários à execução desses serviços, e o art. 60 da Lei Federal nº 4.320/64 por falta de empenho de verba para suportar os serviços incluídos."
- Relatório de Análise de Aditamento nº 001/018/SIURB/2011 (fls. 853 – 855).
"16) Conclusão: Termo de Aditamento com apontamentos de irregularidade e infringência conforme item 14.d."
- Anexo I – Relatório Fotográfico (fls. 856 – 863)
Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fls. 864 – 882)

4.1 - A Contratada não mantinha no local da obra a caderneta de ocorrências e não houve a aplicação de multas em desobediência à cláusula contratual (subitem 3.4).
4.2 - Não foi encontrado no processo administrativo o novo cronograma decorrente da suspensão contratual por 96 dias e prorrogação de prazo concedida pelo 4º Termo Aditivo (subitem 3.5).
4.3 - Houve medição de quantidades superiores às contratuais ao desamparo de termo aditivo (subitem 3.6.1).
4.4 - Houve medição de serviços inexistentes na planilha contratual ao desamparo de termo aditivo (subitem 3.6.2).
4.5 - Infringência da Contratada aos termos legais por pleitear pagamento de serviços em valor muito superior ao real (subitem 3.7).
4.6 - Não apresentação das notas fiscais de produtos minerários e da licença de operação da mineradora, assim como dos documentos relativos a produtos de madeira (subitem 3.7.1).
4.7 - Utilização de índice (horas técnicas/prancha A1) não previsto contratualmente para remuneração de projetos (subitem 3.7.2 a).
4.8 - Inconsistência entre os projetos básico e executivo na denominação de trechos do Córrego Verde (subitem 3.7.2 b).
4.9 - Adiantamento do pagamento do serviço aplicação de verniz anti-pichação no Viaduto Itaquera (subitem 3.7.2 c).
4.10 - Atraso no pagamento da medição do período de abrangência (subitem 3.7.3).

A Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB, os Srs. Glaucio Attore Penna, Luiz Ricardo Santoro e Pedro Pereira Evangelista, e a Construtora OAS S.A. apresentaram esclarecimentos, respectivamente, às fls. 918/999, 1034/1092, 1093/1183, 1184/1223 e 1233/1285.

Diante da documentação acrescida, a Coordenadoria VI, em manifestação de fls. 1298/1307v°, assim concluiu:

3.1 - Da análise da contratação: a) Foi mantido o apontamento sobre a insuficiência do empenho para atender as despesas de 2011(subitem 2.3).
b) Foi considerado superado o apontamento sobre a divergência de datas base do contrato (subitem 2.1.2).
3.2 - Da análise dos termos aditivos ao contrato, foram mantidos os apontamentos:
a) Publicação em atraso do termo aditivo 002/018/SIURB/2011 (subitem 2.2.1).
b) Falta de juntada da alteração do contrato de constituição do consórcio ocorrida com o termo aditivo 002/018/SIURB/2011 (subitem 2.2.2).
c) Falta de orçamento e de previsão de recursos na assinatura do termo aditivo 003/018/SIURB/2011(subitem 2.3).

d) Falta dos documentos fiscais do consórcio quando da assinatura do termo aditivo 004/018/SIURB/2011 (subitem 2.4).
3.3 - Da análise da execução contratual, foram mantidos os apontamentos:
a) Não manutenção no local da obra da caderneta de ocorrências (subitem 2.5.1).
b) Falta de novo cronograma decorrente da suspensão contratual (subitem 2.5.2).
c) Medição de quantidades superiores às contratuais (subitem 2.5.3).
d) Medição de serviços inexistentes na planilha contratual (subitem 2.5.4).
e) Pedido de pagamento, pela contratada, de serviços em valor superior ao real (subitem 2.5.5).
f) Utilização de critério não previsto contratualmente para remuneração de projetos (subitem 2.5.7).
g) Inconsistência entre os projetos básico e executivo na denominação de trechos do Córrego Verde (subitem 2.5.8).
h) Adiantamento do pagamento do serviço aplicação de verniz anti-pichação no Viaduto Itaquera (subitem 2.5.9).
Foram superados os apontamentos sobre o atraso no pagamento da medição do período de abrangência (subitem 2.5.10) e sobre a não apresentação das notas fiscais de produtos minerários e de madeira (subitem 2.5.6).

A Assessoria Jurídica, em manifestação de fls. 1322/1323, acompanhou o entendimento da Auditoria.

A Procuradoria da Fazenda Municipal elaborou diversos quesitos e requereu nova oitiva da Origem, sendo deferido pelo Conselheiro Relator.

A Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB manifestou-se às fls. 1339/1358.

Na sequência, a Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação de fls. 1361/1379, requereu o acolhimento do Termo de Contrato n° 018/SIURB/2011, dos Termos de Aditamento n°s 001/018/SIURB/2011, 002/018/SIURB/2011, 003/018/SIURB/2012 e 004/018/SIURB/2013 e da Execução Contratual analisada, ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados.

Às peças 11 e 12 (fls. 1381/1387 e 1388), a Secretaria Geral opinou pela irregularidade do Termo de Contrato n° 018/SIURB/2011, dos Termos de Aditamento n°s 001/018/SIURB/2011, 002/018/SIURB/2011, 003/018/SIURB/2012 e 004/018/SIURB/2013 e pelo não acolhimento do Acompanhamento da Execução Contratual.

Ato contínuo, foi determinada a intimação dos responsáveis para que se manifestassem acerca das irregularidades/impropriedades apontadas nos autos.

Apresentaram esclarecimentos: o Sr. Mário Akira Takikawa (fls. 1431/1437 – peça 49); o Consórcio Cidade de São Paulo (fls. 1439/1454 – peça 50); o Sr. Luiz Takeo Hara (fls. 1456/1491 – peça 52); e o Sr. Levi Alves Sampaio (fls. 1493/1528 – peça 54).

A Coordenadoria VI, em manifestação de fls. 1566/1590 (peça 67), assim concluiu:

> *3.1. São ora ratificados e reiterados os apontamentos constantes nos subitens 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.7, 4.8 e 4.9 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual de fls. 856/882.*
> *3.2. São mantidas as conclusões quanto ao apontado nos Relatórios de Análise Formal dos Termos de Aditamento nº 003 (fls. 856/882) e 004 (fls. 853/855).*
> *3.3. É procedida a reinclusão do apontamento 14.13 do Relatório de Análise da Contratação, em face da não publicação de TA regularizando a questão (subitem 2.3).*
> *Além desses apontamentos, ressalta-se a não localização de Termo Aditivo autorizando a suspensão do prazo de execução contratual por 96 dias, conforme exposto no subitem 2.1.2.*
> *Por fim, registre-se que, apesar de ter sido determinada a intimação do Engº Fernando José de Freitas, pertencente ao Consórcio Cidade SP, foi intimado em seu lugar o próprio Consórcio, que se fez representar pelo escritório de advocacia, sem a apresentação da devida procuração.*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo que, em manifestação de peça 86 e 87, opinou pela manutenção dos apontamentos relacionados à análise da contratação, dos aditamentos e execução contratual, salvo quanto aos itens 4.6 e 4.10, já superados.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação de peça 90, ratificou integralmente os termos de sua precedente manifestação, no sentido do acolhimento do Termo de Contrato n° 018/SIURB/2011, dos Termos de Aditamento n°s 001/018/SIURB/2011, 002/018/SIURB/2011, 003/018/SIURB/2012 e 004/018/SIURB/2013 e da Execução Contratual analisada, ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais dos atos realizados.

A Secretaria Geral opinou pela IRREGULARIDADE do Termo de Contrato n° 018/SIURB/2011, dos Termos de Aditamento n°s 001/018/SIURB/2011, 002/018/SIURB/2011, 003/018/SIURB/2012 e 004/018/SIURB/2013 e pelo NÃO

ACOLHIMENTO da Execução Contratual ora analisada, sem prejuízo das determinações pertinentes.

Em razão da edição da Resolução TCMSP nº 10/2023, publicada em 12 de junho de 2023, que regulamenta a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito desta Corte de Contas, os autos foram tramitados à AJ para a respectiva análise.

Em atendimento, a AJ, a PFM e a Secretaria Geral emitiram seus pareceres nos autos, concluindo no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, nos termos dos artigos 4º, 5º e 6º da Resolução nº 10/23.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento o Contrato nº 018/SIURB/11, seus Termos Aditivos, bem como o Acompanhamento da Execução Contratual referente ao período de 01 a 31.10.2013.

Ressalto que o TC 2.288/2009, incluído na pauta para julgamento englobado, nenhuma providência resta a ser acrescentada, tendo em vista que o Edital de Concorrência 006/09/SIURB já se encontra julgado e aprovado por este Tribunal no respectivo processo. Portanto, o presente voto alcança apenas o TC 2.760/2013.

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

É fato que durante muito tempo essa matéria 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 uma corrente que defendia 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, uma corrente que defendia 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**", de acordo com a ementa que segue:

> *EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.*
> *1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.*
> *2. Analisando detalhadamente o tema da "prescritibilidade de ações de ressarcimento", este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, 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.*
> *3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.*
> *4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).*
> *5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".*

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria

possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

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

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

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

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

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

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 9.873/99 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, 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, **CONHEÇO** dos trabalhos realizados e, quanto ao mérito, **RECONHEÇO** a incidência da prescrição nos presente autos, no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal e, por via de consequência, deixo de apreciar o mérito dos fatos analisados nestes autos.

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, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Após as demais comunicações de praxe, **DETERMINO** o arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 24/04/2024 12:03:23 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Itens 3 e 4) e-TCMs nºs 2288/2009 e 2760/2013

Interessados:	Secretaria Municipal de Infra Estrutura Urbana e Obras - SIURB
Objeto:	Análise do Edital de Concorrência n.º 06/09/SIURB – Execução das obras do prolongamento da Radial Leste, incluindo o Viaduto Guaianazes.
Relator:	**Conselheiro JOÃO ANTONIO**

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho o voto do Relator e reconheço a prescrição, à luz do disposto no art. 9º da Resolução nº 10/2023 desta E. Corte.

Não obstante, filio-me à manifestação da AJCE, dada a manutenção da função declaratória do Tribunal de Contas, e, quanto ao mérito, calcado nas conclusões da Auditoria, nos bem lançados termos da análise da Assessoria Jurídica e principalmente da Secretaria Geral, que fica fazendo parte integrante deste voto, julgo IRREGULARES o Termo de Contrato n° 018/SIURB/2011, os Termos de Aditamento n°s 001 e 002/018/SIURB/2011, 03/018/SIURB/2012 e 004/018/SIURB/2013 e o

Acompanhamento da Execução Contratual, com período de abrangência de 03.09.2013 a 14.03.2014.

É como voto.

TCM, 17 de abril de 2024.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2024.04.15 11:11:22 -03'00'

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

CMF/RB/avc

TC 002.760/2013

TC 002.288/2009

DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhor Presidente, tenho voto divergente.

Acompanhando o posicionamento da Auditoria, da AJCE e da Secretaria Geral, voto pela **IRREGULARIDADE** do Contrato, dos TAs e da Execução contratual, objetos do TC 2760/2013, considerando a 1. Insuficiência do empenho para atender as despesas de 2011, referente à contratação; 2. Publicação em atraso do termo aditivo 002/018/SIURB/2011; 3. Falta de juntada da alteração do contrato de constituição do consórcio ocorrida com o termo aditivo 002/018/SIURB/2011; 4. Falta de orçamento e de previsão de recursos na assinatura do termo aditivo 003/018/SIURB/2011; 5. Falta dos documentos fiscais do consórcio quando da assinatura do termo aditivo 004/018/SIURB/2011, referentes ao termo Aditivo; e 6. Não manutenção no local da obra da caderneta de ocorrências; 7. Falta de novo cronograma decorrente da suspensão contratual; 8. Medição de quantidades superiores às contratuais; 9. Medição de serviços inexistentes na planilha contratual; 10. Pedido de pagamento, pela contratada, de serviços em valor superior ao real; 11. Utilização de critério não previsto contratualmente para remuneração de projetos; 12. Inconsistência entre os projetos básico e executivo na denominação de trechos do Córrego Verde; 13. Adiantamento do pagamento do serviço aplicação de verniz anti pichação no Viaduto Itaquera, referentes à Execução Contratual; **RECONHECENDO A INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO REFERENTE À PRETENSÃO PUNITIVA E RESSARCITÓRIA**, considerando que do último marco interruptivo (05.02.2016) decorreram-se mais de 5 anos

Registro quanto ao TC 2288/2009, que o Edital já foi julgado regular em SO de 10.04.2013, e passou a tramitar com o TC 2760/2013 em razão da determinação constante do Acórdão para autuação de processo para análise da contratação e da execução contratual.

É como voto.

DOMINGOS ODONE DISSEI:81822650887

Assinado de forma digital por DOMINGOS ODONE DISSEI:81822650887
Dados: 2024.04.16 15:59:18 -03'00'

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro TCMSP

DCFP

57ª Sessão Não Presencial , 06 a 21 de agosto de 2024

REINCLUSÃO – PLENO

6)TC 2.760/2013 - Secretaria Municipal de Serviços e Obras (atual Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras) e Consórcio Pontal Leste (Construtora OAS Ltda., EIT-Empresa Industrial Técnica S.A. e S.A. Paulista de Construções e Comércio) - **Contrato 18/Siurb/2011 R$ 130.930.419,14 - TAs 01/018/Siurb/2011** (inserção do CNPJ), **02/18/Siurb/2011 (**alteração de objeto), **03/018/Siurb/2011** (alteração e inclusão de serviços, e aprovação e inclusão de preços extracontratuais), **04/018/Siurb/2011 R$ 130.930.419,14** (prorrogação de prazo) - **Execução Contratual** - Verificar se o Contrato 18/Siurb/2011 está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste - Execução das obras de prolongamento da Radial Leste, incluindo Viaduto Guaianases, Pontilhões, Interligações Viárias e Canalização de Córregos, desde Artur Alvim até Guaianases e elaboração de Projeto Executivo (JT)
(Advogados da Construtora OAS, Eit Engenharia e S.A Paulista: Camila Almeida Janela Valim OAB/SP 246.558, Gustavo Marinho de Carvalho OAB/SP 246.900 e outros - Marinho & Valim Advogados OAB/SP 9.686 - peça 77, págs. 150/151 e peça 78, págs. 81 e 101)
(Advogados do Consórcio Cidade SP: Giuseppe Giamundo Neto OAB/SP 234.412, Camillo Giamundo OAB/SP 305.964, Philippe Ambrósio Castro e Silva OAB/SP 279.767 e outros - Giamundo Neto Sociedade de Advogados OAB/SP 16.757 - peça 35)

7)TC 2.288/2009 - Secretaria Municipal de Serviços (atual Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras) e Obras e Consórcio Pontal Leste (Construtora OAS Ltda., Empresa Industrial Técnica S.A. - EIT e S.A. Paulista de Construções e Comércio) - **Acompanhamento** - Verificar a regularidade do edital da Concorrência 06/Siurb/2009, cujo objeto é a execução das obras de prolongamento da Radial Leste, incluindo Viaduto Guaianases, Pontilhões, Interligações Viárias e Canalização de Córregos, desde Artur Alvim até Guaianases e elaboração de Projeto Executivo, quanto aos aspectos de legalidade, formalidade e mérito (JT) (Tramitam em conjunto com o TC 2.288/2009 e 2.760/2013)(Itens englobados – 6 e 7)

VOTO DE DESEMPATE

Cuidam os autos da análise do Termo de Contrato n° 018/SIURB/2011, dos Termos de Aditamento n°s 001/018/SIURB/2011, 002/018/SIURB/2011, 003/018/SIURB/2012 e 004/018/SIURB/2013 e do Acompanhamento da Execução Contratual, com período de abrangência de 03.09.2013 a 14.03.2014.

Quanto ao autos do **TC/002288/2009**, na 53ª Sessão Ordinária não Presencial, o **Relator Conselheiro João Antonio** incluído em pauta para julgamento englobado, nenhuma providência resta a ser acrescentada, tendo em vista que o Edital de Concorrência 006/09/SIURB já se encontra julgado e aprovado por este Tribunal, sendo que o voto apresentado alcança apenas o TC/002760/2013.

O Conselheiro Domingos Dissei, conforme declaração de voto apresentada no processo TC/002760/2013, registrou que o Edital 06/Siurb/2009 já foi julgado regular em

Sessão Ordinária de 10.04.2013, e que o presente passou a tramitar com o TC/002760/2013 em razão da determinação constante do Acórdão, para autuação de processo para análise da contratação e da execução contratual.

Quanto ao autos do **TC/002760/2013**, na 53ª Sessão Ordinária não Presencial, o **Relator Conselheiro João Antonio** conheceu dos trabalhos realizados e, quanto ao mérito, reconheceu a incidência da prescrição, no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução nº 10/2023 deste Tribunal, e, por via de consequência, deixou de apreciar o mérito dos fatos analisados nestes autos. Determinou o encaminhamento do Relatório, Voto, e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, e, após as demais comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

O **Revisor Conselheiro Ricardo Torres,** acompanhou, na íntegra, o voto proferido pelo Relator.

O **Conselheiro Roberto Braguim** nos termos de sua declaração de voto apresentada, acompanhou o Relator reconhecendo a prescrição, à luz do disposto no art. 9º da Resolução nº 10/2023 desta Corte, filiando-se, entretanto, à manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte e julgando irregulares o Termo de Contrato n° 018/SIURB/2011, os Termos de Aditamento 001 e 002/018/SIURB/2011, 03/018/SIURB/2012 e 004/018/SIURB/2013 e o Acompanhamento da Execução Contratual, com período de abrangência de 03.09.2013 a 14.03.2014

O **Conselheiro Domingos Dissei** acompanhou, na íntegra, o voto proferido pelo **Conselheiro Roberto Braguim**.

Configurado empate quanto ao mérito, passo a proferir meu voto de desempate.

De início cumpre enfrentar o tema da eventual prescrição sobre as pretensões sancionatórias e ressarcitórias no âmbito deste E. Tribunal.

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:

> "*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)

[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

> "*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.

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*

[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

> *– 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

[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,

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 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

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)

> 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.

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 97 dos autos "avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do último

marco interruptivo 05/02/2016, consubstanciado no Relatório de Auditoria após ciência e oportunidade de defesa (fl. 1.307vº da peça 78), decorreram-se mais de cinco anos (art. 5º, inciso II c/c art. 6º, inciso I, da Resolução 10/20231).”

Frise-se que quanto no caso vertente, a Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 98) e a Secretaria Geral (peça 109) acompanharam a Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido de que o presente processo foi fulminado pelo instituto da prescrição, nos termos do art. 4º c/c art. 5º da Resolução nº 10/23.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção dos processos com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único[10] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[11] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[12] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[13] do mesmo diploma legal.

A vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, julgo **extinto o processo** com resolução de mérito**,** nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma.

Adotadas as providências de praxe arquivem-se os autos.

É o voto de desempate.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Presidente

[10] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.
[11] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[12] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[13] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 02/09/2024 10:13:54 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo