ACO-UTR-586/2023

Processo - TC/009612/1998
(Apensado o TC/002169/2010)

Contratante - Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana (atual Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras)

Contratada - Construções, Engenharia e Pavimentação Enpavi Ltda.

Acompanhamento da execução contábil e financeira dos TAs 275/2000 (prorrogação de prazo), 080/2001 R$ 2.330.035,96 (reforço do valor contratual e vinculação de recursos para pagamento de reajuste), 119/2001 (exclusão de serviços) e 249/2001 (prorrogação de prazo) e Termo de Retirratificação 137/2001 (retificação do TA 119/2001) – Termo de Rescisão 203/2002 (rescisão amigável), relativos ao Contrato 028/SVP/1998, no valor de R$ 9.321.376,93, julgado em 25/10/2000

Objeto - Execução das obras de canalização do Córrego Rio das Pedras e seus afluentes, construção de reservatório de controle de cheias e implantação de vias locais

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTÁBIL E FINANCEIRA. SIURB. Obras de canalização de córrego e construção de reservatório. 1. A regra geral é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um lapso temporal. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, II, art. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

# A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, 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 reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP e julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único do mesmo diploma legal.

**ACORDAM**, à unanimidade, em determinar o encaminhamento do relatório, 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 relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, com posterior arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 14/11/2023 14:53:01 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 16/11/2023 11:43:23 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

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

**TC: 9.612/1998**

**Objeto:** Análise Contábil Financeira - TAs 275/2000 (prorrogação de prazo), 080/2001 R$ 2.330.035,96 (reforço do valor contratual e vinculação de recursos para pagamento de reajuste), 119/2001 (exclusão de serviços) e 249/2001 (prorrogação de prazo) e Termo de Retirratificação 137/2001 (retificação do TA 119/2001) - Termo de Rescisão 203/2002 (rescisão amigável), relativos ao Contrato 028/SVP/1998, no valor de R$ 9.321.376,93, julgado em 25/10/2000 - Execução das obras de canalização do Córrego Rio das Pedras e seus afluentes, construção de reservatório de controle de cheias e implantação de vias locais (JT)

**Interessadas:** Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana (atual Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras) e Construções, Engenharia e Pavimentação Enpavi Ltda.

**Relator:** Conselheiro Eduardo Tuma

**Competência:** Pleno

## RELATÓRIO

Nesta fase processual, cuida-se da análise dos Termos de Aditamento nºs 275/2000, 080/2001, 119/2001, 137/2001 e 249/2001 e do Termo de Rescisão nº 203/2002, bem como do acompanhamento da execução contratual, determinados nos Acórdãos de folhas 461 e 533 (*correspondentes às fls. 231 e 347 do vol I do processo digitalizado – Peça 79*), pelos quais o Pleno acolheu por regulares a Concorrência nº 03/GEPROCAV/97, o Contrato nº 23/1998 e os Termos Aditivos nºs 9/00 e 218/00.

O referido contrato foi celebrado em 08/07/1998, entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana (hoje denominada Secretaria Municipal de Infraestrutura e Obras - SIURB) e a empresa Construções, Engenharia e Pavimentação Empavi Ltda., visando à execução das obras de canalização do Córrego Rio das Pedras e seus afluentes, construção de reservatório de controle de cheias e implantação de vias locais, no valor de R$ 9.321.376,93 (nove milhões trezentos e vinte e um mil trezentos e setenta e seis reais e noventa e três centavos).

Os ora apreciados termos aditivos ao Contrato nº 23/1998, foram firmados com os seguintes objetivos:

I) o **Termo de Aditamento nº 275/00,** teve por escopo a prorrogação do prazo contratual por mais 407 (quatrocentos e sete) dias, (em 17/11/2000 – fls. 574/575– vol. II peça 79 – fls. 387/389);

II) **o Termo de Aditamento nº 080/01**, objetivou o reforço do valor contratual no montante de R$ 2.330.035,96 (dois milhões, duzentos e trinta mil, trinta e cinco reais e noventa e seis centavos, equivalente a 24,99% (vinte e quatro vírgula noventa e nove por cento), perfazendo o total de R$ 11.651.412,89 (onze milhões seiscentos e cinqüenta e um mil, quatrocentos e doze reais e oitenta e nove centavos), estabelecendo, ainda, vinculação de recursos para pagamento de reajuste, no montante de R$ 798.033,80 (setecentos e noventa e oito mil, trinta e três reais e oitenta centavos) (em 06/06/2001 – fls. 632/634 – vol. III peça 80 – fls. 106/110);

III) o **Termo de Aditamento nº 119/01**, dispôs sobre a exclusão de serviços que menciona, mantendo-se as demais cláusulas e condições do contrato (em 31/07/2001 – fls. 641/642 – vol. III peça 80 – fls. 118/120);

IV) **o Termo de Reti-Ratificação nº 137/01**, tendo por objeto retificar as especificações do trecho excluído pelo Termo de Aditamento nº 119/01 (em 31/08/2001 – fls. 651/653 – vol. III peça 80 – fls. 134/138);

V) **o Termo de Aditamento nº 249/01,** prorrogou por mais 334 (trezentos e trinta e quatro) dias o prazo contratual, totalizando 1.461 (um mil, quatrocentos e sessenta e um) dias (em 28/12/2001 – fls. 659/660 – vol. III peça 80 – fls. 145/147); e

VI) **o Termo de Rescisão nº 203/02,** estabeleceu a rescisão amigável do Contrato nº 023/98/SVP (em 29/11/2002 - fls. 712/720 - vol. III peça 80 – fls. 218/226).

As análises formais dos citados instrumentos foram efetuadas pela **Subsecretaria de Fiscalização e Controle**, (*fls. 722/734 – vol. III – Peça 80 – fls. 228/241*), que se manifestou pela irregularidade de todos eles, assim fundamentando seu posicionamento:

"***Garantia –*** *a garantia efetuada (fl. 192) expirou em 13.012.2000, o que fere o disposto no Edital (fl. 38) e no Contrato (fl. 195), que determina que a caução deve ser condizente com prorrogação do prazo com eventual aumento do valor do contrato. O TA nº 275/00 não teve a caução adequada ao seu prazo.*

*No TA nº 080/01, a caução correspondeu a 5% do reforço contratual, sendo que o Edital estabelece 10% (fl. 31).*

*Por extensão, os demais TA's não foram corretamente caucionados, o que configura, para todos os TA's em análise, desatendimento à Lei Federal nº 8.666/93, em seus artigos 41 (vinculação ao edital) e 66 (fiel execução do contrato).*

*(...)*

***Exclusão de obras*** *–* ***TA nº 119/01*** *– a exclusão das obras, objeto deste TA, já havia sido implicitamente no TA 080/01, cujo reforço contratual ficou dentro do limite de 25% por causa desta exclusão. Assim, este TA não apresenta, corretamente, o valor da exclusão.*

***Recebimento*** *– não estavam ainda disponíveis no PA 1997-0.079.879-8 os documentos relativos ao recebimento da obra, conforme estabelecido às fls. 32, 35, 38, 192, 194 e 195.*

*Pelo exposto, consideramos irregulares os TA's ora analisados por insuficiência ou ausência de garantia contratual, desatendendo portanto, à Lei Federal 8.666/93 em seus artigos 41 (vinculação ao edital) e 66 (fiel execução do contrato) ...*".

A Origem foi oficiada para ciência e manifestação acerca do parecer técnico e encaminhou a documentação de fls. 754/770 (*vol. III – Peça 80 – fls. 274/290*), cuja análise a **Auditoria** realizou e constatou a insuficiência das informações apresentadas e documentos com inconformidades, motivo pelo qual elaborou um rol de itens pendentes de esclarecimentos (*fls. 773/777, 778/779 - vol. III – Peça 80 – fls. 293/297*), ora transcrito:

"*3.1 – Não foi formalmente excluída do escopo do contrato a parte não executada da obra, referente à canalização.*

*3.2 – Não constou de Termo Aditivo o valor que as exclusões de parte do objeto contratual representam na planilha original do contrato.*

*3.3 – Não foi retificado, após a exclusão de parte do objeto, o percentual de acréscimo contratual que o valor de reforço ajustado pelo TA nº 080/2001 representa, em relação ao valor remanescente do contrato.*

*3.4 – Não consta neste TC, justificativa para o acréscimo exagerado dos quantitativos de serviços para executar a parte remanescente do objeto contratual.*

*3.5 – É necessário, ainda, que a Origem esclareça se foram medidos e liberados para pagamento, quantitativos de serviços maiores que os previstos na planilha e cronograma contratuais, anteriormente à lavratura do Termo Aditivo nº 080/2001.*

*3.6 – Os Termos de Recebimento não fazem referência à diferença entre a extensão da obra contratada originalmente e aquela realmente executada, que sofreu redução.*

*3.7 – Há necessidade de regularizar a situação referente à exclusão das áreas verdes, conforme ressaltado pela Assessoria Técnica de SIURB."*

Ao ser oficiada para o fim de apresentar as justificativas, a SIURB, já havendo formalizado a rescisão amigável do Contrato nº 23/1998, alegou (*fls.794/809 – vol III – Peça 80 fls. 327/342):*

1 – No tocante à questão da insuficiência de caução nos termos aditivos, esclareceu que, por um lapso, foi requerida a garantia de 5%, (cinco por cento) - praxe nos editais - , em contraponto aos 10% (dez por cento) previstos no contrato original; opinou, entretanto, que, não havendo prejuízo para a Municipalidade, desnecessária a regularização da garantia. A respeito da ausência de caução na celebração do TA 275/00, não se manifestou.

2 – Referente à falta de formalização em termo aditivo, da exclusão de parte das obras de canalização, limitou-se a afirmar estarem estudando tal formalização, uma vez não contemplada a respectiva redução no instrumento de rescisão do contrato.

3 – Entendeu ser desnecessária a subtração do valor correspondente aos serviços excluídos do objeto contratual e consignados no TA 119/01, retificado pelo Termo de Reti-Ratificação nº 137/01, "*pois poderia ser adotada como a diferença entre o valor solicitado pela contratada de 40,40% [quarenta, vírgula quarenta por cento] (R$ 3.765.672,79 - três milhões, setecentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e setenta e dois reais e setenta e nove centavos) e o valor efetivamente solicitado (R$ 2.330.035.96 – dois milhões, trezentos e trinta mil, trinta e cinco reais e noventa e seis centavos). Tendo em vista, porém, que o valor solicitado não chegou a ser formalizado, constituindo-se em mera solicitação não atendida, nosso entendimento, s.m.j. é que não há necessidade de definir o 'valor exclusão'. Eventualmente poderia ser entendido como a diferença entre o valor solicitado e o atendido, isto é, R$*

*1.435.636,83 [um milhão quatrocentos e trinta e cinco mil, seiscentos e trinta e seis reais e oitenta e três centavos]*"

4 – Com relação à falta de retificação do percentual de acréscimo contratual pactuado no TA 080/01, após as exclusões de parte do objeto contratual formalizadas no TA 119/01, a Origem limitou-se a interpretar o disposto no parágrafo 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93.

5 – Informou, também, estar providenciando a regularização dos apontamentos da Auditoria descritos nos supramencionados itens 3.6 e 3.7.

Conforme parecer da **Subsecretaria de Fiscalização e Controle,** a SIURB trouxe elementos capazes de tão somente sanar o item 3.4 concernente à justificativa do acréscimo dos quantitativos.

Com relação ao item 3.5, embora a Origem alegue haver despacho autorizatório para serviços extracontratuais, a Auditoria verificou na planilha correspondente que já haviam sido medidos, até aquele mês (abril/2001), serviços não previstos na planilha contratual, bem como ultrapassada a quantidade prevista no contrato para diversos serviços. Essas alterações, consignadas também em planilhas de medições anteriores a abril/2001, só foram formalizadas no Termo de Aditamento nº 080/SIURB/2001, lavrado em 06.06.2001 e publicado em 23.06.2001 (fl. 637).

Na sequência, em atendimento ao determinado no Acórdão de fl. 461, **a Especializada** procedeu à análise da **Execução Contábil e Financeira do Contrato** em tela, (*fls. 849/859 e 866/888 - vol. III – Peça 80 – fls. 397/407 e 415/427 e vol. IV – Peça 81 fls. 3/14 – etcm Peças 2 e 3*), concluindo:

*"À vista do que consta nos autos, considerando-se os aspectos contábeis e orçamentários, adstritos a nossa área de competência, entendemos parcialmente irregular a execução contratual, bem como ratificamos as conclusões alcançadas no relatório de fl. 734, fls. 778/779 e fls. 849/859, nos seguintes termos:*

*7.1 – Ratificamos a irregularidade pelo recolhimento incorreto da garantia referente ao T.A. nº 080/01, bem como a caução não foi adequada à prorrogação de prazo relativa ao T.A. nº 275/00, e por conseguinte, contaminando os termos aditivos posteriormente ajustados (item 4.5).*

*7.2 – Ratificamos as conclusões alcançadas em nossa manifestação (subitem 2, alínea "b", fls. 851/852), no sentido de que houve a extrapolação do limite legal de 25% para o acréscimo contratual (T.A. nº 080/01), com infringência ao artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93 (item 5.1).*

*7.3 – Constatamos a irregularidade na concessão de reajuste referente à 1ª medição, pois o reajustamento foi efetuado antes de decorridos 12 (doze) meses da vigência do contrato, o que infringe a legislação em vigor e o entendimento da PMSP acerca da matéria (item 5.3).*

*7.4 – Opinamos pela irregularidade do contrato, no montante de R$6.560.385,93, correspondente aos recursos empenhados fora do prazo legal, relativo ao projeto 3234 –*

*Canalização do Córrego Rio das Pedras (medições nº 2 a 22, e 30), o que caracteriza desobediência ao disposto ao artigo 61 da L.F. nº 4.320/64 e ao D.M. nº 23.639/87 (item 5.4).*

*7.5 –Opinamos pela regularidade do contrato em exame, no montante de R$1.997.205,63, correspondente ao pagamento de despesas (medições nº 1, e 31 a 45) relativas ao projeto citado no item 7.4, pois, conforme nossa análise, foram regularmente empenhadas, liquidadas e pagas (item 5.4).*

*7.6 – O Termo de Recebimento Definitivo foi lavrado de forma extemporânea, contrariando o prazo fixado no subitem 6.2 do Anexo I, às fls. 194/195 (item 6)"*

A SIURB e os agentes responsáveis pelos Termos analisados e pela execução contábil foram instados a se pronunciarem sobre os competentes pareceres elaborados pela Auditoria, os quais apresentaram razões de defesa (*fls. 899/890, 961 e 993 – vol IV – fls. 16/18, 124 e 161*), levadas ao exame da **Auditoria**, resultando na manifestação de fls. 1.006/1.031 (*vol. IV – Peça 81 - fls. 177/201 – etcm Peças 4 e 5*), na qual a Especializada ratificou os relatórios das análises dos Termos de Aditamentos nºs 275/2000, 080/2001, 119/2001, 137/2001, 249/2001 e 203/2002, à exceção do subitem 7.3 da conclusão do relatório à fl. 885, posto que justificado e considerado regular o reajuste aplicado.

Especificamente sobre o extemporâneo empenho dos recursos para as despesas com as medições de nºs 02 a 22 e 30, totalizando o montante de R$ 6.560.385,93 (seis milhões quinhentos e sessenta mil trezentos e oitenta e cinco reais e noventa e três reais), a Auditoria ressaltou que as justificativas e documentação apresentadas pela Origem não trouxeram elementos capazes de infirmar essa infringência, conforme assim exposto (fls. 1.006/1.031):

> *"Por fim, a Nota de Empenho utilizada para a cobertura da despesa foi a de nº 60.01.023729-9, emitida em 29/05/2001, ou seja, após a realização da despesa (fl.999).*
>
> *Também a NE nº 60.01.020557-5, emitida em 08.05.01, não cobre o período da indigitada medição desde o seu início.*
>
> *Conforme apontado, todas as informações e documentos indicam a realização de despesas no período de 01/05/2001 a 31/05/2001, portanto, as justificativas alegadas não sustentam a defesa ofertada, razão pela qual, ratificamos a irregularidade apontada no subitem 7.4* (fl. 885)."

Em virtude de remanescerem algumas dúvidas quanto aos procedimentos adotados pela Origem, envolvendo tanto a execução contratual quanto os instrumentos nesta fase analisados, o Relator formulou diversas questões à **Auditoria** (*fls. 1.066/1.067 - vol. IV – Peça 81 - fls. 244/245*), cujas respostas constam às folhas 1.073/1.079 *(vol. IV – Peça 81 - fls. 253/265 – etcm Peças 6 e 7*) das quais se destacam os seguintes esclarecimentos:

*2.1.3 - irregularidade do Contrato nº 23/1998, no montante de R$ 6.560.385,93, por emissão extemporânea de Notas de Empenho, quando o ajuste se achava acolhido por regular conforme Acórdão de fl. 461*

As análises dos instrumentos contratuais e da execução contratual (Análise Contábil Financeira) ocorreram em situações e momentos distintos.

O contrato nº 23/SVP/98 foi assinado em 08.07.1998, com valor estimado em R$ 9.321.376,93 (fl. 189).

Em outubro de 1998 aguardava-se pela autorização do início dos serviços, em função das condições orçamentárias (fl. 292).

O início da execução dos serviços ocorreu em 01.12.1998.

(...)

No item 5.4 (fls. 879 – 884) foram relacionadas as notas de empenho emitidas para cobertura das despesas previstas na execução contratual, referentes às medições realizadas no projeto 3234 – Canalização do Córrego Rio das Pedras (Quadro 12).

Como conclusão foi apontado que para as medições de nº 2 a nº 22 e a de nº 30 as emissões das notas de empenho foram extemporâneas (alínea "b", fl. 884);

(...) ratificamos a conclusão alcançada no subitem 7.4 (fl. 888), pois a irregularidade lá apontada refere-se à execução contratual.

(...)

**2.2.2 e 2.2.3 - Verificar se a Origem procedeu à formalização da exclusão dos apontamentos relacionados aos itens 3.6 e 3.7**

Em diligências realizadas, na SIURB, examinamos o Processo Administrativo nº 1.997.0.079.879-8 e não localizamos no mesmo terem sido juntadas novas informações no sentido de providenciar-se a formalização da exclusão do objeto obras de canalização (...) e dos serviços de implantação das áreas verdes(...).

***2.3.3 "resultado entre a situação da obra efetivamente executada e aquela prevista no orçamento e no valor contratado***.

Resumidamente, combinando o realizado financeiramente com o fisicamente executado temos:

a) Canalização: gastou-se 127% do valor originalmente contratado para realizar apenas 77,9% do objeto originalmente contratado.

b) Vias públicas: gastou-se 96,3% do valor originalmente contratado para realizar apenas 50,2% do objeto originalmente contratado.

***2.4 – "Eventual prejuízo sofrido pelos cofres públicos relacionados à execução contratual ora examinada, quer sob o aspecto financeiro quanto o administrativo e operacional."***

*"Conforme amplamente discutido nas análises anteriores, foi licitado e contratado um conjunto de obras e serviços e foi executada uma parte do escopo inicialmente contratado.*

*No entanto, foi consumido o total dos recursos alocados para a execução do contrato acrescido de aproximadamente 20% do seu valor original.*

*Tal fato, conforme já ressalvamos, repete o que observamos nos contratos já analisados do Programa de Canalização de Córregos e Implantação de Vias de Fundos de Vale – PROCAV, em que a qualidade dos projetos básicos e os orçamentos que serviram de base para as licitações não atendiam os requisitos estabelecidos na legislação e na boa técnica da engenharia.*

*Quanto aos aspectos financeiros não observamos nas análises precedentes indícios de impropriedades que pudéssemos qualificar como geradoras de prejuízos, tais como:*

*• serviços contratados com preços unitários superfaturados: dos preços unitários ofertados na proposta vencedora somente dois estiveram um pouco acima dos preços unitários orçados pela PMSP, mas sem nenhum indício de superfaturamento. Para todos os demais itens de serviços os preços unitários ofertados pela contratada são inferiores aos preços unitários da PMSP.*

*Além disso, é só observar que no processo licitatório concorreram dezenas de licitantes e para as 39 (trinta e nove) propostas classificadas os preços globais variaram de R$ 9.321.376,93 a R$ 18.718.660,77, para um orçamento global estimado pela PMSP no valor de R$ 18.000.061,12, conforme Ata de Reunião Geral nº 002/C.P./98 (fls. 174 – 176).*

*• serviços incluídos no contrato com preços superfaturados: não observamos nas análises precedentes indícios de ter ocorrido tal hipótese.*

*• Quantitativos medidos superestimados: para atender aos Acórdãos de fls. 461 e 533, decorrentes da instrução e tramitação processual neste expediente, o acompanhamento da execução contratual foi cumprido por meio da Análise Contábil Financeira, pois o contrato havia sido rescindido amigavelmente em 29 de novembro de 2002 e a parte do objeto original que foi executada estava concluída quando do julgamento.*

*Nas análises precedentes, nenhum apontamento foi destacado quanto a indícios de quantitativos super avaliados nas medições.*

*No entanto, quanto aos aspectos administrativos e operacionais, foram apontadas impropriedades que, na instância de julgamento, podem ser consideradas prejudiciais e lesivas à Administração Pública por descumprirem prescrições legais ou boas normas administrativas, operacionais e técnicas Executar parcialmente o objeto contratual, como no presente caso, onde não foi executado um trecho de canalização e de vias públicas no meio do trecho contratado, não possibilita o atendimento por completo do principal objetivo da contratação que era a canalização do córrego e a abertura de uma via que melhorasse a circulação viária da região.*

*Certamente é prejudicial à população local pelo transtorno havido no período da execução parcial das obras sem o benefício integral e à Administração Pública que, quando resolver concluir as etapas não executadas, deverá elaborar novos estudos que provavelmente apresentarão dificuldades maiores do que aquelas que existiam quando da execução do presente contrato, pois a experiência mostra que, com o passar dos anos, as obras no meio do tecido urbano se tornam mais onerosas por diversos fatores, tais como: distâncias de jazidas e bota-fora; restrições dos horários para a execução das obras, maior cobertura de serviços públicos por meio de concessionárias, produzindo novas interferências que deverão ser enfrentadas, além de maiores exigências ambientais."*

Em razão dos pareceres supervenientes da Auditoria, foram devidamente intimados para manifestação, os agentes responsáveis (fls. 1.080), a SIURB e, posteriormente, a empresa contratada, **Construções, Engenharia e Pavimentação Empavi Ltda**., a fiscalizadora, **Consórcio Sondotécnica/Planiservi** e a gerenciadora **Logos Engenharia** S.A, que assinaram os Termos de Vistoria constatando as "perfeitas condições quanto à execução das obras" cujos representantes também testemunharam a lavratura dos Termos de Recebimento Provisório e Definitivo (*fls. 1.255, 1.275 e 1.341 – vol. v – peça 82 - fls. 104, 125 e 220*).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** efetuou sucessivas análises (*fls. 1.227/1.228, 1.274, 1.322 e 1.418/1.423 vol. v – peça 82 - fls. 59/61, 124, 184 e 335/340 – etcm Peças 8, 9, 10 e 45)* à medida em que os Interessados se manifestaram e, em síntese, concluiu, em cada parecer técnico que exarou:

**Fls. 1.227/1.228***:*

*"Os complementos de defesas prestadas pelos agentes públicos intimados e os esclarecimentos prestados pela SIURB, não contêm informações que alterem nossa manifestação elaborada para esclarecer as dúvidas e questionamentos de Vossa Excelência (fls. 1.073 – 1.079), de modo que a reiteramos.*

**Fls. 1.274***:*

*"Em suma, a SIURB alega que "...dado o tempo decorrido, e sendo o processo administrativo a única fonte de informações existente, fica impossibilitada de prestar esclarecimentos adicionais requeridos por essa Corte de Contas." (fls. 1262 e 1271, grifamos).*

*A SIURB, além disso, apenas encaminha cópia de informação datada de 08.04.2008, que já havia sido carreada aos autos em resposta ao Ofício SSG nº 7291/2008, sendo que as alegações constantes nessa informação já foram refutadas na manifestação desta Coordenadoria de fls. 1006-1031."*

**Fls. 1.322***:*

*"A documentação carreada aos autos, da qual se destacam a manifestação da SIURB de fls. 1286-1287 e as manifestações das gerenciadoras às fls. 1288-1293, não traz qualquer fato novo ou refuta as irregularidades sintetizadas às fls. 887-888, com a ressalva constante na manifestação às fls. 1006-1031 e acrescidas dos esclarecimentos adicionais de fls. 1073-1078 ..."*

**Fls. 1.418/1.423***:*

*"As manifestações das contratadas Consórcio Sondotécnica/Planservi e Construções e Engenharia e Pavimentação Enpavi Ltda. não tiveram o condão de apresentar qualquer fato novo ou argumentos no sentido de refutar as irregularidades consignadas às fls. 887/888, restando mantidos todos os apontamentos.*

*Por fim, registre-se que a Arcadis Logos S.A., regularmente intimada, fl. 1342, deixou passar in albis o prazo de defesa."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 1.034/1.042 – *vol. iv – peça 81 - fls. 205/214 – etcm – Peças 19/20)*, ao manifestar-se sobre as infringências apontadas nos relatórios de análise dos termos aditivos e de rescisão contratual (fls. 722/734), entendeu restringirem-se à falta ou insuficiência de caução contratual, verificadas, respectivamente, nos Termos de Aditamentos nºs 275/00 e 080/01, atingindo os demais Termos, por extensão.

Ressaltou que, embora a caução contratual seja ato discricionário da Administração, sua exigência é devida quando prevista no Edital, ao qual o contrato se vincula, consoante disposto no artigo 41 combinado com o artigo 56 da Lei Federal n° 8.666/93, caracterizando desrespeito à lei na hipótese de a caução contratual, apresentada no Termo Inicial, ser utilizada ao longo da execução prorrogada, ou oferecer caução inferior ao estabelecido.

Ponderou, no entanto, tratando-se de contrato findo, sem constatação de inadimplência da Contratada e sem prejuízo ao Erário, ser o caso de relevar excepcionalmente a falta e a insuficiência de caução contratual, motivo pelo qual opinou pela regularidade formal dos ajustes.

Também considerou relevável o fato de ter o Termo de Recebimento Definitivo sido lavrado de forma extemporânea, contrariando o prazo fixado no subitem 6.2 do Anexo I, às fls. 194/195 (item 6), por trata-se de vício formal.

No tocante à execução contábil e financeira, considerou que o empenho, como ato administrativo existe desde o despacho autorizatório e aperfeiçoa-se com a emissão da nota de empenho; logo, se o empenho foi tempestivo, e a nota de empenho, mesmo que a destempo foi emitida, o ato se convalidaria e o apontamento poderia ser relevado.

O montante de R$ 6.560.385,93, correspondente aos recursos empenhados fora do prazo legal, relativo ao projeto 3234 – Canalização do Córrego Rio das Pedras (medições nº 2 a 22 e 30), o que caracteriza desobediência ao disposto no artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao Decreto Municipal nº 23.639/87.

Tal qual expresso pela Auditoria, entendeu também irregulares as seguintes constatações:

- não formalização de Termo Aditivo para exclusões de parte do objeto inicialmente contratado, bem como a não retificação do percentual de acréscimo contratual do valor reajustado no TA 080/2000;

- a exclusão do objeto contratual também faz parte das alterações computáveis para a verificação quanto ao cumprimento do limite de 25% estabelecido no artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93 para acréscimos e supressões, que não estão formalizadas no Termo de Rescisão nº 0206/02;

- os fatores indicados pela SIURB/GEPROCAV como motivadores dos acréscimos nas quantidades e serviços são fatores previsíveis ainda na fase do projeto básico e, portanto poderiam ter sido levados em conta nos elementos técnicos do edital;

- a medição e pagamento dos serviços maiores que os previstos na planilha e cronograma contratual, anterior ao Termo Aditivo nº 080/2001, tal apontamento decorre das alterações promovidas no objeto inicialmente previsto, sem a correspondente formalização do Termo de Aditamento, contrariando exigência legal de que as alterações contratuais devem ser precedidas de Termo de Aditamento, nos termos da Lei Federal nº 8.666/93 o que implica a consequente alteração das planilhas de custos;

- o aceite emitido pela Origem, atestando a efetiva prestação do serviço, formalizada por meio do Termo de Recebimento, referenciado às fls. 1028/1030 não fez referência à diferença entre a obra inicialmente contratada e a efetivamente executada, não seguindo as alterações promovidas no objeto, a exemplo da inexistência de Termo Aditivo e alteração nas planilhas de custos;

- a necessidade de regularizar a situação referente à exclusão das áreas verdes, conforme ressaltado pela Assessoria Técnica da SIURB, pois a Origem informou que adotaria providências para sanar esta irregularidade e não apresentou fato novo para sua comprovação, conforme constatado pela Auditoria.

Ao final, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** opinou pelo acolhimento dos instrumentos analisados no que tange aos aspectos formais e pelo não acolhimento da execução.

Em suas posteriores manifestações, a **Área Jurídica** (*fls. 1.232/1.237, 1.330/1.334 e 1.445/1.448 – vol. V – peça 82 - fls. 69/74, 198/206, 372/378 – etcm – Peças 19/20 23, 54/55),* ao examinar as justificativas apresentadas pelo Consórcio Sondotécnica/Planservi S/A e pela empresa Construções, Engenharia e Pavimentação Enpavi Ltda., opinou pela rejeição da preliminar arguida quanto à ocorrência de prescrição, com amparo na competência constitucional de controle externo que lhe atribui o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

E reiterou seu posicionamento anterior (fls. 1330/1334), "no sentido do acolhimento dos Termos Aditivos 275/00, 080/01, 119/01, 137/01, 249/01, 203/02, e pelo não acolhimento da execução contratual analisada, deixando a critério superior a aceitação ou não dos efeitos financeiros, tendo em vista o decurso do tempo."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (*fls. 1.044/1.057, 1.240/1.246, 1.336 e 1.451/1.452 - vol IV – peça 81 – fls. 218/231, vol. V – peças 80/86, 210 e 384/385 e etcm – Peça 58*) com fundamento nos elementos de defesa, documentos e demais subsídios que foram colacionados pela Origem, requereu o acolhimento dos ajustes e da execução contratual examinados ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais decorrentes de todos os atos praticados, haja vista o longo tempo já transcorrido, em homenagem aos princípios da estabilização das relações e da segurança jurídica.

A **Secretaria Geral** (*fls. 1.059/1.065, 1.248/1.251, 1.338/1.340, 1.461/1.464 - vol IV – peça 81 – fls. 235/241, vol. V – peças 90/95, 213/219 e 397/405 e etcm – Peças 25/26 e 71/72*), da mesma forma que a Área Jurídica, entendeu que o descumprimento de norma legal quando exigida a caução no Edital, devido ao ser caráter instrumental, deixa de ser relevante quando o contrato foi regularmente cumprido, caso dos autos, em que a obra foi finalizada e entregue, conforme precedente contido no TC 626/2004.

No que tange à execução contratual, relevou a extemporaneidade da lavratura do Termo de Recebimento Definitivo, pelo fato de ser precedido de vistoria técnica realizada dentro do prazo estabelecido.

Contudo, corroborou com a constatação das seguintes impropriedades apuradas pela Auditoria na análise da execução contábil e financeira:

1 – houve acréscimo contratual ultrapassando o limite previsto no art. 65 da Lei Federal nº 8666/93 e, mesmo a SIURB autorizando valor menor do que o pleiteado, pela Contratada, foi necessário excluir parte do objeto, configurando alteração computável para fins do referido disposto legal;

2 – a parte excluída do escopo do contrato não foi objeto de aditamento, gerando outra mácula, assim também a falta de retificação do percentual de acréscimo contratual do valor reajustado no Termo de Aditamento nº 080/2000;

3 – os acréscimos dos quantitativos, referidos no item 3.4, do relatório da Auditoria, deveriam estar previstos no desenvolvimento do projeto básico, que se mostrou

insuficiente, além da incompleta sondagem do subsolo e indefinição, quando da elaboração da planilha de orçamento, das áreas de bota-fora e jazida;

4 – a desobediência ao artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64, decorrente de empenho efetivado após a realização da despesa do período de 01/05/2001 a 31/05/2001.

Posteriormente, manifestando-se sobre a invocada prescrição pelas empresas contratada e fiscalizadora, entendeu que a decisão proferida pelo STF no RE 636.886 (Tese 899) estabeleceu a incidência de prescrição da ação de ressarcimento ao erário, ficando preservada, destarte, a atividade de controle externo exercida pelos Tribunais de Contas, que tem natureza declaratória.

Em conclusão, a **Secretaria Geral** opinou pelo acolhimento dos Termos de Aditamento nºs 275/00, 080/01, 119/01 e 249/01, do Termo de Reti-Ratificação nº 137/01 e do Termo de Rescisão nº 203/02, no que tange aos aspectos formais e, pelo não acolhimento da execução contratual, ficando a critério superior a aceitação ou não dos efeitos financeiros, tendo em vista o tempo decorrido.

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

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

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peça 128 entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

**É o relatório**

**VOTO**

Nesta fase processual, cuida-se da análise dos Termos de Aditamento nºs 275/2000, 080/2001, 119/2001, 137/2001 e 249/2001 e do Termo de Rescisão nº 203/2002, bem como do acompanhamento da execução contratual, determinados nos Acórdãos de folhas 461 e 533 (*correspondentes às fls. 231 e 347 do vol I do processo digitalizado – Peça 79*), pelos quais o Pleno acolheu por regulares a Concorrência nº 03/GEPROCAV/97, o Contrato nº 23/1998 e os Termos Aditivos nºs 9/00 e 218/00.

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:

---

[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

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

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)
>
> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

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.

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

Quanto a prescrição das pretensões de natureza sancionatórias, como a de multa, o Tribunal de Contas da União aplicava por analogia as disposições da prescrição decenal do Código Civil.

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)
>
> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Ao aplicar o prazo geral prescricional do Código Civil o Tribunal de Contas mantinha claro que a matéria era sujeita a reserva legal, todavia não havia lei especifica:

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)
>
> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*." (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[6], 897[7], 899[8] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

---

[6] *É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*
[7] *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*
[8] *É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*

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

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

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

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

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

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

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

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020

> PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

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

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

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

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

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

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

[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.

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

---

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)

> aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

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

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

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

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

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

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

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em 07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

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

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

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

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

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

> Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)
>
> A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.( Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

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

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 128 dos autos *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do último marco interruptivo, consubstanciado no Relatório de Auditoria de 17/01/2008 (fl. 887/888 – páginas. 12/14 da peça 81), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso II, c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023)."*

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

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo 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.

À 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.

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

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

**EDUARDO TUMA**
**Conselheiro Relator**

[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: 19/10/2023 14:44:02 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo