

TC 017777/2019

Objeto: Recurso ex officio e Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Secretaria Municipal das Subprefeituras, pela Sra. Adriana Vieira e pelo Sr. Reinaldo Amad Meira em face de Decisão proferida pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas na 49ª Sessão Ordinária Não Presencial. Execução Contratual - Prestação de serviços de apoio à fiscalização para remoção de comércio ambulante irregular no Município - Lote 5

Interessados: Secretaria Municipal Das Subprefeituras, Safira Comércio de Equipamentos de Segurança, Serviços e Locação Eireli, Secretaria Municipal Das Subprefeituras, Adriana Siano Boggio Biazzi, Reinaldo Amad Meira, Eduardo Olivatto, Adriana Vieira e Procuradoria da Fazenda Municipal

Relator: João Antonio

Competência: Pleno

SENHORA SECRETÁRIA-GERAL

Trata-se da análise do Recurso ex officio e de Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 196), pela Secretaria Municipal das Subprefeituras (peça 199), pela Sra. Adriana Vieira (peça 200) e pelo Sr. Reinaldo Amad Meira (peça 201), objetivando a reforma da r. Decisão proferida pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas na 49ª Sessão Ordinária Não Presencial que, por unanimidade, não acolheu a execução do Contrato nº 41/SMSUB/COGEL/2019, aplicando aos Fiscais e gestores identificados pela Auditoria na peça 46, a multa no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), prevista no art. 86, inciso II, do Diploma Regimental, combinado com o art. 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** requereu a reforma integral da decisão com o acolhimento da execução ou a aceitação dos efeitos financeiros afirmando, em síntese, que este Tribunal acolheu o edital de pregão para a contratação do serviço de apoio à fiscalização, sem sequer cogitar ofensa à exclusividade do poder de polícia, razão pela qual entende-se que esta Corte anuiu com objeto da contratação (apoio à fiscalização) e que a Administração executou o objeto contratual de apoio à fiscalização nos estritos termos do edital acolhido (peça 196).

A **Secretaria Municipal das Subprefeituras**, em suas razões recursais (peça 199), alega em síntese que: I) em relação à conclusão da suposta existência de indícios de superdimensionamento de equipes de contrato, o modo de fiscalização em questão é a

preventiva, na qual os agentes transitam pelos locais e, em caso de constatação de alguma ilegalidade, as equipes informam o agente da Subprefeitura competente para abordagem e apreensão dos materiais ilegais de maior concentração de comércio sem realizar qualquer tipo de confronto ou abordagem; II) no tocante à alegação da suposta sobreposição de objetos entre o Contrato nº 41/SMSUB/COGEL/2019 e a Concorrência Pública nº 01/AMLURB/2018 sobre a prestação de serviço de supressão de publicidade irregular, afirmou que os serviços são de natureza distinta, sendo que a retirada de faixas “lambe- lambe” é atividade atrelada apenas à execução de limpeza urbana e de promoção de um ambiente limpo aos munícipes, enquanto a retirada de demais equipamentos irregulares da área pública municipal se enquadram nos serviços prestados pelo “Rapa” que diz respeito à remoção do comércio ambulante irregular; III – quanto aos supostos caminhões não utilizados, acarretando desperdício de recursos públicos com seu pagamento mensal, afirmou que todos os caminhões previstos em contrato foram devidamente utilizados e que já encaminhou os relatórios de rastreamento via GPS dos veículos, devendo ser levada em consideração a alta volatilidade da presença do comércio ambulante na via pública, razão pela qual os caminhões ficam à disposição durante todo o período, conforme termo de referência e Edital de contratação e que seria imprescindível a indicação por este Tribunal do quantitativo extraordinário; o fato dos caminhões ficarem estacionados não significa que não estejam sendo utilizados; IV – quanto à suposta atribuição à contratada de atividades de poder de polícia, alega que não houve e que não há que se falar em terceirização de poder de polícia na forma apontada por este Tribunal; por razões de segurança, a atividade só pode ser executada por agentes públicos. Aduz ainda que: deve ser acolhida a execução e seus efeitos jurídico-financeiros, pois os serviços foram executados, não havendo qualquer prejuízo para a Administração Pública e para os munícipes; não foi demonstrado o prejuízo; o Edital de Pregão Eletrônico referente ao contrato em questão foi acolhido; deve ser observado o disposto nos arts. 20, 22 e 28 da LINDB (peça 199).

A **Sra. Adriana Vieira** solicitou a revisão da decisão, reiterando os motivos já apresentados na manifestação anterior no sentido de que não era fiscal do contrato nomeada e sim suplente e que os apontamentos que se referem à rotina da equipe não trouxeram prejuízo ao erário (peça 200).

O **Sr. Reinaldo Amad Meira** alegou em seu recurso que sua participação como suplente de fiscal foi excluída e que, diante da nomeação da Sra. Adriana Vieira (peça 12); não foi chamado para substituir o fiscal titular, sendo incabível a multa que lhe foi atribuída. No mesmo momento apresentou o comprovante do pagamento da multa a ele atribuída. (peças 201 e 202).

A Sra. Adriana Siani Boggio Biazzi anexou o comprovante do pagamento da multa (peça 206).

O Sr. Eduardo Olivatto anexou o comprovante do pagamento da multa (peças 208/209).

A Sra. Adriana Vieira apresentou complementação à sua defesa de peça 200 (peça 210).

A Auditoria, após análise dos recursos, reiterou as irregularidades e observações do relatório conclusivo (peça 213).

A AJ opinou pelo conhecimento e no mérito pelo não provimento dos recursos (peças 215/216).

A PFM reiterou o recurso interposto e opinou pelo provimento dos demais recursos (peça 220).

É o relatório.

I. Da admissibilidade.

Preliminarmente, observo que houve o devido processamento do reexame necessário previsto no artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte de Contas, em virtude do recurso ex officio, expressamente mencionado na r. Decisão, em conformidade com o disposto no art. 136, inciso V do retromencionado dispositivo.

Quanto à admissibilidade dos recursos ordinários apresentados entendo que merecem ser conhecidos, pois cumprem o estabelecido no artigo 119 e 138 e ss do Regimento Interno, bem como o artigo 46 da Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas.

II. Da prescrição

Primeiramente, passo à análise preliminar da incidência prescricional sobre as pretensões sancionatórias e ressarcitórias no âmbito deste E. Tribunal.

A priori, válido frisar que a prescrição constitui matéria de ordem pública, podendo ser conhecida de ofício, com amparo no artigo 332, §1º do CPC/2015.

O instituto da prescrição sempre recebeu a devida atenção por parte deste E. TCMSP, tendo como referência a evolução jurisprudencial, primeiramente do TCU e mais recentemente do STF, até a regulamentação da matéria por esta Egrégia Corte de Contas, por meio da Resolução nº 10/2023.

O STF firmou entendimento nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 669.069¹ (tema 666) e 852.475² (tema 897) e, mais especificamente quanto aos Tribunais de Contas, quando do julgamento dos REs nºs 636.553³ (tema 445) e 636.886⁴ (tema 899), que assentaram teses de repercussão geral.⁵

Do julgamento do TEMA 897 inferiu-se a delimitação do predisposto no §5º, *in fine*, do art. 37 da Constituição Federal, admitindo-se o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas, à luz dos princípios da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa.

No ano de 2023, com o advento do julgamento da ADI 5.509 pelo Supremo Tribunal Federal, se reconheceu 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, de modo a se aplicar o prazo quinquenal previsto no art. 1º da referida norma, além das causas interruptivas da prescrição dispostas em seu art. 2º.

Este Egrégio Tribunal de Contas, por sua vez, à vista da jurisprudência consolidada no âmbito do STF aprovou, recentemente, a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, com o objetivo de regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, no âmbito desta Corte, estabelecendo o prazo de 05 anos contados dos termos iniciais listados no art. 4º; as causas interruptivas dispostas em seu art. 5º; causas impeditivas ou suspensivas, em seu art. 8º, além da hipótese de prescrição intercorrente prevista no art. 9º.

Nesse diapasão, destaco que a eventual incidência prescricional será analisada sob a égide da Resolução nº 10/2023.

¹ No julgamento do **RE 669.069** (tema 666), o caso concreto versava sobre ação (civil) de ressarcimento de danos decorrentes de acidente automobilístico. Foi aplicado o prazo de três anos contados da data do fato, a partir da vigência do novo Código Civil (01/01/03).

² O **RE 852.475** (tema 897) tratava de ato de improbidade administrativa - alienação de veículos em valor abaixo da avaliação (subfaturamento).

³ O julgamento do **RE 636.553** (tema 445) versava sobre o registro de ato de concessão inicial de aposentadoria.

⁴ O **RE nº 636.886** (tema 899) versava sobre tomada de contas especial instaurada pelo TCU, em razão da falta de prestação de contas de recursos recebidos por meio de convênio.

⁵⁵ Tema nº 666: É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”

Tema nº 897: *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.*

Tema n.º 445: *Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas.*

Tema nº 899: *É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.*

Assim, constata-se que entre o penúltimo marco interruptivo, qual seja o Relatório de Auditoria (art. 6º, inciso I, da citada Resolução), elaborado em **26.02.2021** (peças 104/105), e a decisão condenatória recorrível (art. 5º, IV, da citada Resolução), proferida em **22.11.2023** (peça 179), não transcorreram mais de 05 anos de modo que eventuais pretensões ressarcitórias e punitivas não foram fulminadas pelo instituto da prescrição quinquenal, nos termos do art. 2º, caput, c/c art. 5º, incisos II e IV, § 2º c/c art. 6º, inciso I, da Resolução 10/2023.

III. Do mérito

A PFM argumenta que r. decisão recorrida fundou-se no ponto de que atividade de apoio à fiscalização seria "sui generis", por envolver atividades de poder de polícia exclusivamente a cargo da Administração Pública, não assistindo razão, à Colenda Primeira Câmara.

A Auditoria constatou que várias atividades ocorreram sem a presença de um servidor público municipal, afrontando algumas disposições contratuais.

O fato deste Egrégio Tribunal ter acolhido o edital de pregão não quer dizer que não houveram irregularidades apuradas na fase de execução.

Quanto ao pedido de reconhecimento dos efeitos financeiros, opino pela impossibilidade, diante dos prejuízos noticiados e da responsabilização dos agentes.

Ao que se refere à não responsabilização do Sr. Reinaldo Amad Meira, o mesmo foi arrolado pela Auditoria (p. 104, fl. 34, item 3.10), pois, à época, exercia as funções de Coordenador NEC, conforme argumentou em sua defesa, o que, em princípio, legitima-o a figurar no presente processo, inclusive para garantia do contraditório e da ampla defesa.

A Sra. Adriana Vieira, não apresentou, em seu recurso, novas informações sobre as conclusões da Auditoria.

Os argumentos sobre a natureza "formal" dos atos irregulares não contrapõem as análises fática e técnica realizada pela Auditoria em seu Relatório e nas suas manifestações exaradas nos autos do processo.

Os Recorrentes não apresentaram elementos novos, sejam de ordem fática e/ou jurídica, ou mesmo documentos aptos a sanear a impropriedade detectada e modificar os fundamentos do r. Decisão recorrida, a qual, apoiada nos pareceres técnicos expedidos, bem retratou as reais circunstâncias que conduziram a declaração da irregularidade da execução do contrato.

Não obstante, em atenção ao princípio devolutivo propiciado pelos recursos em tela e, considerando-se eventual juízo de ponderação por parte do Egrégio Pleno,

com base nos dispositivos da LINDB, destinados ao julgador quando da elaboração de sua decisão, deixo para superior deliberação eventual e excepcional alteração de entendimento sobre os fundamentos do decisor.

Diante de todo o exposto, opino pelo conhecimento dos recursos interpostos e no mérito pelo não provimento dos mesmos.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Senhoria.

São Paulo, de dezembro de 2024.

ADRIANA CASSEB
Assessora de Gabinete I
OAB/SP 123.470