ACO-UTR-370/2024

Processo	-	TC/000799/2004
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal, São Paulo Transporte S.A. e Construtora Queiroz Galvão S.A.
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 03/04/2019 – São Paulo Transporte S.A. e Construtora Queiroz Galvão S.A. – Concorrência 18/2003 – Contrato 2003/129 (TA 01/2004) – Serviços de fabricação, pintura, montagem, inspeção de estruturas metálicas (inclusive estrutura espacial) e cobertura, para serem instaladas na Estação de Transferência Parque Dom Pedro II e Estações Térreas: Rangel Pestana, Luís Gama, Ana Nery e Estações Elevadas: Alberto Lion, Cipriano Barata, C.A.Y., Ipiranga CPTM, General Lecor, Rua do Grito e estação Terminal Sacomã, do Sistema de Veículo Leve sobre Pneus VLP

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS. Serviços de fabricação, pintura, montagem, inspeção de estruturas metálicas, inclusive estrutura espacial e cobertura. Decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. Do último marco interruptivo, consubstanciado no Relatório de Auditoria, até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos, o que dá ensejo ao reconhecimento da prescrição. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, II, art. 6°, I e art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. 3. Mantido o Acórdão recorrido. CONHECIDOS. PREJUDICADOS PARCIALMENTE. EFEITOS FINANCEIROS RECONHECIDOS excepcionalmente. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor e RICARDO TORRES, em conhecer dos recursos, e, no mérito, em declarar parcialmente prejudicados em virtude do reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, reconhecendo excepcionalmente os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes, mantendo-se, no mais, o Acórdão recorrido quanto à declaração de irregularidade da Concorrência 18/2003, do Contrato 129/2003 e do Termo Aditivo 01.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, consoante declaração de voto, julgou extintos desde logo os presentes autos.

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

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

São Paulo, 22 de novembro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 10:21:13 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:11:23 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

49ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PLENO

TC nº 799/2004 – Recursos Ordinário (Análise)

Objeto: Fornecimento de Material e de Prestação de Serviços de Fabricação, Pintura, Montagem, Inspeção de Estruturas Metálicas (Inclusive Estrutura Espacial) e Cobertura, Para Serem Instaladas Na Estação De Transferência Parque Dom Pedro Ii E Estações Térreas Rangel Pestana, Luis Gama, Ana Nery E Estações Elevadas Alberto Lion, Cipriano Barata, C.A.Y., Ipiranga Cptm, General Lecor, Rua Do Grito e Est. Terminal Sacoma, do Sistema Vlp Os 7.5.0.0586/03
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente TC, nesta fase processual, da análise dos Recursos Ordinários interpostos pela PFM (Peça 31), pela SPTrans (Peça 35) e pela Construtora Queiroz Galvão S/A (Peça 47), diante do inconformismo com o v. Acordão prolatado na 3.030ª Sessão Ordinária desta Corte, em que ocorreu a análise da Concorrência nº 018/2003, do Contrato nº 2003/129 e do Termo de Aditamento nº 01 (Reg. 2004/A-008), firmados entre a São Paulo Transporte S.A – SPTrans e a Construtora Queiroz Galvão S.A, cujo objeto é o fornecimento de material e de prestação de serviços de fabricação, pintura, montagem, inspeção de estruturas metálicas (inclusive estrutura espacial) e cobertura, para serem instaladas na Estação de Transferência Parque Dom Pedro II e Estações Térreas Rangel Pestana, Luis Gama, Ana Nery e estações elevadas Alberto Lion, Cipriano Barata, C.A.Y., Ipiranga CPTM, General Lecor, Rua do Grito e Est. Terminal Sacomã, do sistema VLP.

Em sua análise das defesas anteriormente apresentadas (fls. 228/232, 271/273 e 336/340 da peça 40), a **Subsecretaria de Controle Externo - SCE** concluiu pela irregularidade da licitação, do contrato e do Termo de Aditamento nº 01, amparadas nas conclusões exaradas em seu relatório.

Ultimada a instrução do presente processo, foi prolatado o v. Acórdão na 3.030ª Sessão Ordinária desta Corte, em 03.04.2019 (peça 18), que decidiu, por maioria, pela **irregularidade** dos instrumentos analisados, em decorrência da aplicação do BDI de 35%, relevando a falha na autuação do Processo Administrativo (voto em separado, fls. 185/187 da peça 41).

*"**A C Ó R D Ã O***

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO, após vista que lhe fora concedida na 2.851ª S.O., na fase de discussão.

***ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, **por maioria**, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos de seu relatório e voto, DOMINGOS DISSEI – Revisor e EDSON SIMÕES, em julgar irregulares a Concorrência 18/2003, o Contrato 129/2003 e o Termo Aditivo 01 (registro 2004/A-008).*

***ACORDAM**, ainda, **por maioria**, pelos mesmos votos, em deixar de manifestar-se sobre a aceitação dos efeitos financeiros, nesta oportunidade, tendo em vista que a instrução limita-se à análise formal do ajuste.*

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO que, consoante declaração de voto apresentada, julgou regulares os ajustes.

***ACORDAM**, outrossim, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção aos ofícios encartados aos autos.*

***ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar, após as medidas regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.*

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.
Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de abril de 2019.
CARLOS MACRUZ FILHO Conselheiro Substituto, no exercício da Presidência
MAURÍCIO FARIA Relator"

Ante tal decisão, a **Procuradoria da Fazenda Municipal**, à peça 31, interpôs Recurso Ordinário requerendo sejam julgados regulares a Concorrência, o Contrato, os Aditivos, assim como os demais atos analisados neste processo e, subsidiariamente, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, da estabilização dos efeitos dos atos administrativos, boa-fé e confiança legítima, que, no mínimo, fossem reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais da avença, tendo em vista o tempo decorrido.

A São Paulo Transporte S/A - SPTrans, à peça 35, e a Construtora Queiroz Galvão S/A., à peça 47, igualmente, apresentaram recursos requerendo a declaração de regularidade da Concorrência nº 18/2003, do Contrato nº 129/2003 e do Termo Aditivo nº 01 (registro 2004/A-008), com o reconhecimento dos efeitos financeiros do ajuste.

A **Subsecretaria de Controle Externo - SCE**, à peça 55, entendeu que, da análise dos recursos apresentados pelas partes, não houve alteração quanto ao teor do apontamento remanescente, no qual se baseou o v. Acórdão na formação de sua decisão.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, à peça 57, opinou pelo conhecimento dos recursos e pelo não provimento dos mesmos, mantida integralmente o v. Acórdão recorrido ante as seguintes razões.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, à peça 61, reiterou os termos de sua peça recursal, requerendo a reforma total do v. Acórdão recorrido ou, alternativamente, que fossem aceitos todos os efeitos financeiros e patrimoniais já projetados.

A **Secretaria Geral - SG** se manifestou à peça 63 pelo desprovimento do recurso.

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 71, 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

Cuida o presente TC, **nesta fase processual**, da análise dos Recursos Ordinários interpostos pela PFM (Peça 31), pela SPTrans (Peça 35) e pela Construtora Queiroz Galvão S/A (Peça 47), diante do inconformismo com o v. Acordão prolatado na 3.030ª Sessão Ordinária desta Corte, em que ocorreu a análise da Concorrência nº 018/2003, do Contrato nº 2003/129 e do Termo de Aditamento nº 01 (Reg. 2004/A-008), firmados entre a São Paulo Transporte S.A – SPTrans e a Construtora Queiroz Galvão S.A, cujo objeto é o fornecimento de material e de prestação de serviços de fabricação, pintura, montagem, inspeção de estruturas metálicas (inclusive estrutura espacial) e cobertura, para serem instaladas na Estação de Transferência Parque Dom Pedro II e Estações Térreas Rangel Pestana, Luis Gama, Ana Nery e estações

elevadas Alberto Lion, Cipriano Barata, C.A.Y., Ipiranga CPTM, General Lecor, Rua do Grito e Est. Terminal Sacomã, do sistema VLP.

Nesta fase processual, são examinados os recursos ordinários interpostos pela PFM, pela SPTrans e pela Construtora Queiroz Galvão S./A, contra o v. Acórdão que julgou, por maioria, a irregularidade dos instrumentos analisados, com fundamento na conclusão da **Auditoria** desta Corte ao afirmar não se justificar a aplicação de um BDI de 35% aos custos dos serviços contratados, mas de, no máximo, 15%. (fl. 156 da peça 40), pelo fato de os serviços serem terceirizados. (fls. 151 a 156 e 232 da peça 40).

Sintetizada as razões recursais, conforme relatório, é caso de primeiramente enfrentar a questão **preliminar de mérito** da prescrição.

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

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

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*

[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.

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)
>
> "*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.

[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

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)

[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

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

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

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

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

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

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou,*

> *com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

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

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública***. *Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito*

> *Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

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

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

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

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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**

[9] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).

"(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

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

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

> Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 71 dos autos, *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco*

interruptivo consubstanciado no Relatório de Auditoria de 08/08/2005 (páginas 228/232 da peça 40), até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 03/04/2019 (páginas 192/193 da peça 41), 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).

Consoante o exposto, a AJCE apontou que entre a ocorrência dos marcos interruptivos apontados decorreu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º da referida Resolução, sem a ocorrência de demais causas suspensivas ou interruptivas.

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)[10]

Assim, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório do Acórdão guerreado.

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

E avaliando os recursos, não se vislumbra da decisão proferida equívoco na análise do caso em concreto. Isso porque os autos trazem elementos e razões suficientes de convencimento, especialmente quanto aos votos proferidos pelos Nobres Conselheiros desta Casa de Contas e que prevaleceram quando do julgamento do recurso.

As irregularidades apontadas foram enfrentadas no julgamento, não restando margem ou elementos aptos a corroborar a reforma da decisão proferida pela Plenário desta Corte.

A argumentação trazida tenta justificar a aplicação do BDI de 35% que constou da Planilha de Serviços e Preços. Inobstante, como bem ressaltado pelo Órgão Técnico, "o apontamento não se refere a nenhuma afirmativa objetiva sobre os preços praticados, mas sim quanto à adequação do percentual de BDI utilizado, uma vez que este foi empregado como referência para as propostas apresentadas."

[10] Art. 13. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento do processo, a expedição de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

E como consignado no voto condutor, a questão envolvendo a razoabilidade do BDI já foi objeto de enfrentamento pelo TCU, com a edição da Súmula 253 por aquela Corte, cujo teor se amolda ao entendimento adotado no Acórdão recorrido.

O mesmo se verifica em relação às demais infringências, cujos recursos não foram capazes de afastar.

Sendo assim, os recursos ora apreciados não têm o condão de modificar as irregularidades consideradas no julgamento.

Diante de todo o exposto, voto pelo **reconhecimento da ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP.

Quanto ao mérito, **JULGO PARCIALMENTE PREJUDICADOS** os recursos em virtude do reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, reconheço excepcionalmente os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes e mantenho, no mais, o Acórdão recorrido quanto à declaração de irregularidade da Concorrência 18/2003, do Contrato 129/2003 e do Termo Aditivo 01.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/12/2023 13:10:32 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

49ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PLENO

TC nº 799/2004 – Recursos Ordinário (Análise)
Objeto: Fornecimento de Material e de Prestação de Serviços de Fabricação, Pintura, Montagem, Inspeção de Estruturas Metálicas (Inclusive Estrutura Espacial) e Cobertura, Para Serem Instaladas Na Estação De Transferência Parque Dom Pedro Ii E Estações Térreas Rangel Pestana, Luis Gama, Ana Nery E Estações Elevadas Alberto Lion, Cipriano Barata, C.A.Y., Ipiranga Cptm, General Lecor, Rua Do Grito e Est. Terminal Sacoma, do Sistema Vlp Os 7.5.0.0586/03
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

DECLARAÇÃO DE VOTO

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

É fato que durante muito tempo o tema da prescrição foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão

punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**".

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

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

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

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

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

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

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de

2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado

pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, **ACOMPANHO** o voto proferido pelo eminente Conselheiro Relator **RECONHECENDO** a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal.

Em relação aos demais aspectos do julgamento, **DIVIRJO** do eminente Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, parecendo-me adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual **JULGO EXTINTO** os presentes autos.

Outrossim, Determino o encaminhamento do Relatório, do 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 ciência das demais partes interessadas, com posterior arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 04/12/2023 11:19:02 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 799/2004

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SPTRANS. Serviços de fabricação, pintura, montagem, inspeção de estruturas metálicas, inclusive estrutura espacial e cobertura. BDI utilizado injustificado. IRREGULARES. Votação por maioria.

3.030ª Sessão ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO, após vista que lhe fora concedida na 2.851ª S.O., na fase de discussão.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos de seu relatório e voto, DOMINGOS DISSEI – Revisor e EDSON SIMÕES, em julgar irregulares a Concorrência 18/2003, o Contrato 129/2003 e o Termo Aditivo 01 (registro 2004/A-008).

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em deixar de manifestar-se sobre a aceitação dos efeitos financeiros, nesta oportunidade, tendo em vista que a instrução limita-se à análise formal do ajuste.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO que, consoante declaração de voto apresentada, julgou regulares os ajustes.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção aos ofícios encartados aos autos.

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

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de abril de 2019.

CARLOS MACRUZ FILHO
Conselheiro Substituto, no exercício da Presidência

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento o **TC 799/2004** que cuida da análise da **Concorrência 18/2003, do Contrato 129/2003 e do TA 01** (registro 2004/A-008), firmado entre a São Paulo Transporte S/A – SPTrans e a Construtora Queiroz Galvão S/A, para o fornecimento de material e prestação de serviços de fabricação, pintura, montagem, inspeção de estruturas metálicas e cobertura, para o Sistema VLP - Veículo Leve sobre Pneus.

Em relatório inicial de análise da licitação (fls. 438-439 e 447-449vº), o parecer destacou a falta de autuação de processo administrativo nos termos do artigo 2º do Decreto Municipal 41.772/02 c/c artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, bem como, no que toca à razoabilidade dos preços praticados, concluiu pela falta de justificativa para a aplicação de um BDI de 35% aos custos dos serviços contratados, tendo em vista, inclusive, a própria incompatibilidade do BDI aplicado com as justificativas constantes da Resolução da Diretoria 03/98, no sentido de que os serviços do presente ajuste seriam excluídos do objeto do contrato original de 04/1998, visando a redução de custos da obra. Diante dessas constatações, o parecer final foi conclusivo pela irregularidade da licitação, do contrato e do Termo Aditivo 01.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou a Especializada pela irregularidade dos instrumentos em exame (fls. 456 - 462).

Regularmente intimada, a Origem argumentou no sentido de que houve autuação de processo administrativo e que estavam sendo adotadas medidas para padronizar os procedimentos internos na empresa, diante dos reiterados questionamentos desta Corte quanto a esse aspecto, à época dos fatos.

Quanto à questão relacionada ao preço, destacou que o objeto em apreço foi de fato excluído do contrato 04/1998, através do Aditivo 11,

juntamente com outros itens, e que, no caso das estruturas metálicas, não foi encontrado nenhum impedimento legal à cobrança do BDI em questão.

Ademais, destacou que a justificativa relacionada à eliminação da taxa de BDI teria ocorrido apenas para aquisição de outros equipamentos excluídos também naquela oportunidade, relacionados às escadas rolantes e elevadores (objeto de análise nos **TCs 5.533/2003 e 3.347/2003, ainda pendentes de julgamento**), já que realizada junto aos fabricantes.

Por sua vez, quanto às defesas apresentadas pelos responsáveis - Sr. Gerson Luis Bittencourt (Intimação 013/2005), na qualidade de ex-Diretor Presidente da SPTrans e o Sr. José Evaldo Gonçalo (Intimação 014/2005), na qualidade de ex-Diretor de Gestão da SPTrans, as peças apresentaram idêntico teor às ponderações já tecidas pela Origem.

A empresa contratada, através da defesa acostada às fls. 515/519, argumentou no sentido de que, na qualidade de licitante, limitou-se a analisar os requisitos do Edital e, no que se refere ao orçamento estimado da SPTrans, verificar sua exequibilidade em vista das condições e preços praticados no mercado. Nessa medida entendeu que a composição do orçamento apresentado pela SPTrans mostrava-se compatível com as condições do mercado, assim como a taxa do BDI indicada no Edital.

Sobre a documentação acrescida, a Auditoria ratificou suas conclusões anteriores, destacando que as defesas apresentadas não trouxeram nenhum esclarecimento quanto às questões apontadas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, acompanhando o parecer precedente, opinou pelo não acolhimento da licitação, do contrato e do aditivo em análise.

Por sugestão da Procuradoria da Fazenda Municipal, foi a Origem novamente oficiada para prestar esclarecimentos adicionais à luz do Decreto 45.648/05, sobre a compatibilidade dos preços praticados com os de mercado.

Diante dos novos esclarecimentos complementares às fls. 548 a 568, a Auditoria, não obstante, manteve o entendimento no sentido da irregularidade do procedimento, por não vislumbrar economia decorrente da alteração contratual efetuada (Contato 98/004), quando comparada à nova contratação em exame, visto que ambas adotaram o mesmo BDI de 35% e em ambos os casos tiveram identidade da empresa contratada (Construtora Queiroz Galvão S/A).

No mesmo sentido foi o parecer final conclusivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento dos instrumentos examinados, relevando as impropriedades, ou, caso assim não se entendesse, que houvesse o acolhimento dos efeitos financeiros decorrentes.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opina pela irregularidade formal dos instrumentos, na esteira dos pareceres dos órgãos técnicos.

É o relatório. (2.851ª S.O.)

VOTO

Primeiramente, relevo o apontamento relacionado à ausência de processo administrativo. Esse tema já foi bastante discutido nesta Corte e, em face das medidas adotadas pela SPTRANS, visando o saneamento da relevante questão, bem como, em face da presença de determinados elementos no processo, capazes de documentar a sequência dos atos administrativos e possibilitar o exercício do controle externo, conforme precedente contido no **TC 3.917/2003**.

Por sua vez, para a devida compreensão do tema relacionado à economicidade da contratação em exame, mostra-se relevante breve menção inicial ao fato de que objeto contratual em julgamento – fornecimento de estruturas metálicas para construção de terminais do Sistema VLP – trata de item excluído do Contrato original de 04/1998 através do Termo Aditivo 11/2002, o qual teve Acórdão prolatado em 02.07.08 (**TC 3.189/1998**).

Ao que interessa à análise deste processo, vale menção, ainda, ao fato de que esta Corte decidiu por julgar irregular o referido Termo Aditivo por duas razões: acréscimo contratual superior ao teto legal, bem como diante da ausência de assinatura da Secretaria Municipal de Transportes – SMT.

Ressalto que a opção administrativa de excluir alguns itens do objeto original e licitá-los separadamente não foi censurada por parte desta Corte, quando do julgamento supra referido, como de fato não poderia ser, considerando a competência discricionária conferida à Administração de ajustar seus contratos com longo tempo em vigor (como foi referido Contrato 98/004), desde que devidamente motivado o ato, e sem que venha a desnaturar o objeto originalmente licitado.

Não obstante esses destaques iniciais, não há como afastar o acerto do entendimento exarado pelos órgãos técnicos no sentido de que não houve a devida justificativa para o BDI de 35% utilizado na planilha orçamentária que deu suporte a nova licitação processada, bem como que pautou o preço final constante do ajuste em exame.

Tal fato contraria a própria motivação do ato de exclusão de itens do Contrato original de 04/1998, por meio do Termo Aditivo 11/2002 (**TC 3.189/1998**), conforme se depreende dos termos da Resolução da Diretoria da SPTrans constante dos autos (fl. 04), segundo a qual: *"... objetivando a redução de custos da obra, equipamentos e materiais que não serão aplicados em função da simplificação /redução do projeto, ou que, pelas suas características, serão terceirizados pela contratada. Assim esses materiais deverão ser adquiridos e instalados diretamente pela SPTrans. Com essa medida evita-se que sejam repassados pela contratada à SPTrans os custos de aquisição com adicional de 35% correspondente ao BDI, onerando o custo final do empreendimento. Dentre os materiais que se encontram nessas condições, incluem-se a cobertura das estações de embarque/desembarque e das respectivas passarelas, fechamento lateral (carenagem) instalado ao longo da via elevada, escadas rolantes e elevadores para PPD."*

Todavia, em que pesem as razões apresentadas, a própria Diretoria aprovou a abertura desta concorrência para contratação de empresa para fornecimento e instalação das coberturas, a um custo estimado de R$ 31.475.291,77, cujos itens que compõem a planilha de orçamento anexada às fl. 09/13 evidenciam que, aproximadamente, 86,00% correspondem aos serviços de estruturas metálicas (estrutura metálica 42,45%; telhas e fechamentos metálicos 43,14%).

Assim, conforme apontado pela Auditoria, não se justifica a aplicação de um BDI de 35% aos custos dos serviços contratados, por se tratar de serviços que seriam terceirizados pela contratada, critério esse, inclusive, em desacordo com o próprio Termo de Referencia anexo do Edital (pag. 131).

Destaco que a questão envolvendo a razoabilidade da taxa de BDI, em especial nos contratos onde a parcela de maior relevância do objeto contratual é o mero fornecimento, já foi objeto de Súmula pelo Tribunal de Contas de União, a qual, apesar de ser posterior à data do ajuste em exame, pode ser mencionada para melhor elucidar a discussão:

> **Súmula 253 – TCU Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por**

empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.

Outrossim, a constatação da ausência de justificativa decorre também do fato de que a empresa Queiroz Galvão, vencedora do certame, era contratada para as obras do VLP no Contrato original de 98/004, além de também ser responsável pela elaboração do projeto executivo na qualidade de empresa integrante do consórcio contratado, o que poderia, inclusive, esbarrar no impedimento contido no artigo 9º, inciso I da Lei 8.666/93.

Diante do exposto, ainda que se possa admitir em certa medida o juízo discricionário na decisão pela retomada e pela renegociação das obras, de forma a alcançar a satisfação ao interesse público com a conclusão das mesmas com as inovações tecnológicas necessárias, fica ela vinculada ao efetivo atingimento do interesse público e à própria motivação do ato.

Dessa forma, em consonância com os pareceres unânimes dos órgãos técnicos e da Secretaria Geral, entendo que o procedimento adotado pela Origem encontra-se irregular desde o início do processamento da **Concorrência 18/2003,** considerando que foi embasada por orçamento estimativo que adotou, de forma injustificada, um BDI de 35%, do que se infere que a almejada exclusão do fornecimento de estruturas metálicas para construção de terminais do Sistema VLP do Contrato original 04/1998 não foi motivada pela efetiva possibilidade de redução de seus custos, mas sim, serviu apenas para e que o valor do contrato anterior não ultrapassasse os limites legais, à época de sua renegociação.

Frente ao exposto, **voto pela irregularidade da Concorrência 18/2003, do Contrato 129/2003 e do Termo Aditivo 01** (registro 2004/A-008).

Deixo de me manifestar sobre a aceitação dos efeitos financeiros, nesta oportunidade, considerando que a instrução se limita à análise formal do ajuste.

Encaminhe-se cópia da íntegra do presente Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção aos ofícios encartados aos autos.

Após os trâmites regimentais, arquivem-se os autos.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Em julgamento a Concorrência 018/2003, o Contrato 2003/129 e o Termo de Aditamento 01, firmados entre a SÃO PAULO TRANSPORTE S/A – SPTRANS e a Construtora Queiroz Galvão S/A, cujo objeto é o fornecimento de material e de prestação de serviços de fabricação, pintura, montagem, inspeção de estruturas metálicas e cobertura, para serem instaladas na Estação de Transferência Parque Dom Pedro II e Estações Térreas Rangel Pestana, Luís Gama, Ana Nery e estações elevadas Alberto Lion, Cipriano Barata, C.A.Y., Ipiranga CPTM, General Lecor, Rua do Grito e Est. Terminal Sacomã, do sistema VLP. A instrução processual revelou os seguintes apontamentos:

a) A Origem não autuou processo nos termos do artigo 2º do Decreto Municipal 41.772/02 c/c artigo 38 da Lei Federal 8.666/93.

Compulsando os autos, observo que o processo administrativo foi devidamente autuado, com o pertinente protocolo e numeração, como também instruído com a respectiva autorização da despesa e demais documentos. O que se discute, na verdade, é a forma pela qual foi autuado o processo administrativo no âmbito da SPTrans, diferentemente do padrão utilizado pela Administração Direta Municipal.

Sobre esse assunto, a Origem esclarece que estabeleceu, por meio do Comunicado da Presidência 035/04, um procedimento padrão para todas as contratações nas modalidades de concorrência, tomada de preços, pregão, dispensa e inexigibilidade de licitação.

Há que se destacar, ainda, que o procedimento adotado pela Origem não prejudicou o levantamento e análise das informações, de modo que entendo passível de relevação o apontamento.

b)Não se justifica a aplicação de um BDI de 35% aos custos dos serviços contratados, mas de, no máximo, 15%.

Sobre esse apontamento, em sua intervenção nos autos, a Douta Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que a questão da justificativa de preços não havia sido devidamente examinada, motivo pelo qual requereu a intimação da Origem para prestar novos esclarecimentos.

Nessa oportunidade, a Origem apresentou minuciosa exposição sobre o apontamento, demonstrando em síntese que:

a) Os preços fixados no Contrato 2003/129 foram obtidos em decorrência de certame licitatório específico onde os preços apresentados foram inferiores ao orçamento estimativo da SPTrans.

b) Não há informações nos autos contestando os preços praticados na licitação, mas tão somente o argumento de que o percentual de BDI estaria em desacordo com os serviços especializados.

c) Não há que se falar em ausência de justificativa em relação aos preços contratados, uma vez que decorreram de certame licitatório e encontram-se em conformidade com o mercado.

Para comprovar os argumentos, a Origem apresenta um quadro comparativo de preços, elaborado a partir dos valores consignados no Contrato 2003/129 e dos preços obtidos junto a Tabela de Custos Unitários 33/SSO/EDIF (base maio/2004), da Secretaria de Serviços e Obras.

A análise do referido quadro demonstra que os preços contratados pela SPTrans são vantajosos sob o aspecto econômico, pois encontram-se 14,47% abaixo dos índices oficiais do Município de São Paulo, comprovando, assim, sua compatibilidade com o mercado.

Por todo o exposto, JULGO REGULARES a Concorrência 018/2003, o Contrato 2003/129 e o Termo de Aditamento 01.

Este é meu voto, Senhor Presidente.