ACO-UTR-381/2024

Processo	-	TC/000847/2004 (Tramitam em conjunto os processos TC/000847/2004 e TC/002454/2004)
Embargante	-	São Paulo Transporte S.A.
Objeto	-	Embargos de declaração opostos em face do V. Acórdão de 25/09/2019 – Procuradoria da Fazenda Municipal e São Paulo Transporte S.A. – Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 23/09/2015 – São Paulo Transporte S.A. e Araguaia Engenharia Ltda. – Contrato 2003/118 – Prestação de serviços de manutenção civil corretiva e preventiva no Corredor exclusivo de Ônibus Passa Rápido Nove de Julho/Santo Amaro

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SPTRANS. Serviços de manutenção civil corretiva e preventiva. Corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro. Opostos em face da decisão que julgou irregular o contrato. 1. Do marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos. Art. 2º, art. 5º, II e IV, 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. CONHECIDO. PREJUDICADO. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000847/2004 e TC/002454/2004, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, com relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, por presentes os requisitos de admissibilidade, em conhecer dos embargos declaratórios e em declará-los prejudicados, pela perda do objeto, em face da prejudicial de mérito, mantendo-se, no mais, o conteúdo declaratório do Acórdão proferido e reconhecendo os efeitos financeiros produzidos e, por unanimidade, a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando determinações que envolvam pretensões de natureza punitiva ou ressarcitória.

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

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

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

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 10:16:17 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:11:04 -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 847/2004 – Embargos de Declaração (Análise)
Objeto: Prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove De Julho/Santo Amaro.
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

TC nº 2454/2004 – Embargos de Declaração (Acompanhamento)
Objeto: Execução contratual avaliar se as obras relativas ao corredor exclusivo de ônibus, passa rápido Nove de Julho, trecho túnel Nove de Julho - Rua Groenlândia, foram desenvolvidas, no mes de maio/2004, de acordo com os requisitos contratuais, bem como se os quantitativos medidos, passíveis de verificação, correspondem aos realizados.
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Os TCs 847/2004 e 2.454/2004, ora julgados de forma englobada devido à conexão de matéria entre si, cuidam, nesta fase recursal, dos **Embargos de Declaração** opostos pela **São Paulo Transporte S/A – SPTrans**, em face dos Acórdãos que apreciaram, respectivamente, o Contrato nº 2003/118 e a execução contratual correspondente.

TC 847/2004

No TC 847/2004, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a São Paulo Transporte interpuseram recursos em face do Acórdão de peça 9, que julgou irregular o Contrato nº 2003/118 celebrado entre a São Paulo Transporte S.A. e Araguaia Engenharia Ltda, considerando que os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira.

Em 25/09/2019, o Pleno apreciou os referidos recursos na 3.060ª Sessão Ordinária, e prolatou o Acórdão de peça 18, mantendo a Aresto recorrido, nos seguintes termos:

"Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/000847/2004 e TC/002454/2004, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON

> *SIMÕES. ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.*
> ***ACORDAM**, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI, em negar-lhes provimento, mantendo-se na íntegra o Acórdão recorrido, que considerou irregular o Contrato 2003/118. Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor que, consoante voto proferido em separado, deu provimento aos recursos ordinários, para julgar regular o ajuste.*
> ***ACORDAM**, ademais, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício à recorrente, à empresa contratada e aos signatários do ajuste.*
> ***ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhado de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão, para o fim de informar o resultado do julgamento alcançado pelo Pleno, em atenção às diversas solicitações encaminhadas a este Tribunal de Contas"*

Devidamente intimados do 2º Julgado, a Contratada e os agentes responsáveis não se manifestaram, enquanto a SPTrans opôs Embargos de Declaração de peça 32, com o objetivo de suprir a alegada omissão do Acórdão, o qual, no seu entender, teria desconsiderado os seguintes pontos:

> *"1. **as manifestações da Auditoria haviam partido da premissa de irregularidade da Concorrência 017/SMSP/COGEL**, a qual – no momento de sua prolação – já havia sido considerada regular, portanto acolhida pelo TCM;*
> *2. **os serviços oriundos de tal ata eram rotineiros e habituais**, portanto legitimamente utilizados dentro de um Sistema de Registro de Preços, de modo que foram prestados para "manutenção, reparação e complementação da infraestrutura urbana" já consolidada, não importando em obra nova, o que restou decidido pelo Plenário no 2º Julgado do TC/004628/2003;*
> *3. a SPTrans havia efetivamente autuado um processo administrativo para a contratação em tela, porém não à maneira desejada pelos órgãos técnicos do TCM e nem à maneira como o TCM, à época, lidava com os seus expedientes, sendo que a licitude dessa autuação já foi pacificada em diversos julgados dessa Corte, que passou a adotar o **formalismo moderado**." (sic)*

Outrossim, a Embargante invocou o Acórdão prolatado no TC 4.628/2003 e cotejou-os com os fundamentos dos votos vencidos exarados no presente feito, aduzindo ser temerário, sob o prisma do princípio da segurança jurídica, "que uma mesma Corte julgue regular um determinado contrato e julgue outro irregular, ainda que tenham o mesmo objeto, a mesma prestação de serviços, o mesmo resultado fático e a mesma licitação como origem."

Em resumo, a Embargante, mirando a reconsideração do Julgado, justifica a apresentação dos aclaratórios, nos seguintes termos:

> *"No Acórdão que ora se respeitosamente combate, os argumentos da SPTrans foram ignorados pelo Relator, cuja **decisão foi pautada pelo posicionamento da Auditoria de que a SPTrans não teria trazido novos argumentos capazes de dissuadi-la** e de que o mero acolhimento da Concorrência nº 017/SMSP/COGEL/2022 não seria*

*suficiente para alterar o presente julgado. Assim, forçoso concluir-se pela superveniência de **omissão**." (sic)*

Ao manifestar-se sobre os embargos aclaratórios, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peças 40/41 - 02/12/2022) verificou estarem atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, constatou que a alegado acolhimento da *Concorrência nº 017/SMSP/COGEL/2022* consta expressamente do Aresto, enquanto a Embargante não se ocupou do principal fundamento do Acórdão, qual seja, a incompatibilidade dos serviços contratados com os registrados na Ata de Registro de Preços.

Assim, opinou pelo conhecimento e rejeição dos Embargos de Declaração opostos pela SPTrans.

Em reforço, o Assessor Subchefe de AJCE destacou que o ponto considerado omisso nas razões dos aclaratórios, encontra-se "amplamente debatido nestes autos, não se prestando, os embargos declaratórios, para *reexame da justiça da decisão ou rediscussão da causa*."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 44 - 14/12/2022) requereu o provimento dos Embargos de Declaração opostos pela Origem, "para o fito de que sejam aclaradas as questões suscitadas nas razões de recurso apresentadas."

A **Secretaria Geral** (peça 46 – 27/06/2023), em seu pronunciamento, analisou os requisitos de admissibilidade do recurso e à vista do disposto no art. 144 "caput" do RITCM-SP e da tempestividade, posicionou-se pelo conhecimento dos Embargos.

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 48, 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 do TC 847/2004.

TC 2.454/2004

Versa o TC 2.454/2004 do acompanhamento da execução do Contrato nº 2003/118, celebrado entre a São Paulo Transporte S.A. e Araguaia Engenharia Ltda, e julgado irregular pelo Pleno, na análise formal do ajuste, realizada no âmbito do TC 847/2004.

A execução contratual em comento igualmente foi julgada irregular, nos termos do Acórdão prolatado em 23/09/2015 (2.831ª Sessão Ordinária - peça 13), do qual constam, expressamente, os dois fundamentos conduziram o Pleno a assim decidir, a saber:

> *"ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, (...), em julgar irregular a execução do ajuste no período e valores auditados, considerando que na medição de março/2004 foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003 e que foram executados por meio de subcontratação, contrariando cláusula do ajuste, sendo certo que não foram trazidos elementos capazes de comprovar a reparação do equívoco, qual seja, o seu estorno, na medição de abril/2004."*

O Pleno acordou, ainda, por maioria de votos:

> *"em não aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos, determinando a remessa de ofício à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para que adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto da avença, devidamente corrigidos."*

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a SPTrans interpuseram recursos buscando a reforma do Julgado, sendo que a Origem, reconhecendo a incorreção da medição de março de 2004, apresentou elementos que comprovam haver ocorrido a reparação do equívoco no mês subsequente – abril/2004.

Ao apreciar os recursos na 3.060ª Sessão Ordinária, realizada em 25/09/2019, o Pleno proferiu o Acórdão de peça 22, assim deliberando:

> *"ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.*
> *ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI, em dar-lhes parcial provimento, para o fim de excluir do Acórdão recorrido o fundamento de que não foram trazidos elementos quanto ao estorno dos serviços lançados indevidamente na medição de março/2004 e a determinação para a SPTrans adotar as medidas visando ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, uma vez que a Origem demonstrou a realização do correspondente estorno na medição do mês subsequente, mantendo-se, no mais, o Aresto recorrido..."*

Devidamente intimados do 2º Julgado, a Contratada e os agentes responsáveis não se manifestaram, enquanto a SPTrans opôs Embargos de Declaração de peças 39/40, com o objetivo de suprir a alegada contrariedade contida no Acórdão, relativa à manutenção da não aceitação dos efeitos financeiros após a correção da medição do mês de abril/2004, conforme assim argumentado pela Embargante:

> *"Porém,* ***a manutenção dos efeitos financeiros é contraditória com o reconhecimento de que os valores lançados indevidamente em março de 2004 foram efetivamente estornados na medição seguinte*** *(abril de 2004),* ***é contraditória com o cancelamento da determinação para que a SPTrans tome providências para se ver ressarcida disso e é contraditória com a exclusão do fundamento que justificaria a não aceitação dos efeitos financeiros.****"*

Por conseguinte, pretende "**seja suprimida a contradição** presente no 2º Acórdão, ora combatido e que foi prolatado nos autos do TC/002454/2004, a fim de, ao menos, acolher os efeitos financeiros da execução do Contrato nº 2003/118, consequentemente incluindo isso na parte decisória do 1º Acórdão."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 49/50 – 07/12/2022), ao analisar os Embargos de Declaração, verificou estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade merecendo ser conhecido.

Relativamente ao mérito, entendeu que, de conformidade com o Acórdão embargado e o voto condutor, a medição incorreta de março/2004 não se constituiu o único motivo para a não aceitação dos efeitos financeiros, mas também a constatada deficiência dos controles (maio/2004) e pagamentos com potencial prejuízo, restando esclarecido o ponto questionado e, não havendo contradição pretende-se revolver matéria já decidida e devidamente esclarecida, objetivo não condizente com o escopo dos aclaratórios.

Por tais motivos, a Área Jurídica opinou no sentido da rejeição dos Embargos de Declaração em apreço.

A seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 52 - 14/12/2022) manifestou-se pelo provimento dos Embargos de Declaração opostos pela Origem, "para o fito de que sejam aclaradas as questões suscitadas nas razões de recurso apresentadas."

Ao pronunciar-se, a **Secretaria Geral** (peça 54 – 27/06/2023), analisou os requisitos de admissibilidade do recurso e à vista do disposto no art. 144 "caput" do RITCM-SP e da tempestividade, posicionou-se pelo conhecimento dos Embargos.

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 56, 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 do TC 2.454/2004.

VOTO

Os TCs 847/2004 e 2.454/2004, ora julgados de forma englobada devido à conexão de matéria entre si, cuidam, nesta fase recursal, dos **Embargos de Declaração** opostos pela **São Paulo Transporte S/A – SPTrans**, em face dos vv. Acórdãos que apreciaram, respectivamente, o Contrato nº 2003/118 e a execução contratual correspondente.

O processo foi devidamente instruído, com manifestação dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da Origem.

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]

---

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.

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[4] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

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

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)

> "*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

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

entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

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

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

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

> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil.*" (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

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 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:

---

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)

"**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).

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

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a 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[10], avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verifica-se que, do último marco interruptivo da prescrição das pretensões punitivas e ressarcitória, decorreram-se mais de 05 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição, nos moldes do art. 2º, c/c arts. 5º, II e IV, da Resolução nº 10/23.

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, o que, consequentemente, resulta no afastamento da pena de multa aplicada no Acórdão recorrido.

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)[11].

Assim, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório dos Acórdãos guerreados e a decretação de irregularidade do ajuste e da execução contratual.

Ante o exposto, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos **Embargos Declaratórios opostos, voto pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, afastando, por consequência, as determinações que envolvam pretensões de natureza punitiva ou ressarcitória e reconheço, por consequência, os efeitos financeiros produzidos.

No mérito, declaro a perda de objeto do recurso interposto, em face da prejudicial de mérito, mantendo no mais, o conteúdo declaratório dos Acórdãos proferidos.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

[10] Peça 48 do TC 847/2004 e peça 56 do TC 2454/2004.
[11] 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.

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/12/2023 13:09:34 -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 847/2004 – Embargos de Declaração (Análise)
Objeto: Prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove De Julho/Santo Amaro.
Interessados: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

TC nº 2454/2004 – Embargos de Declaração (Acompanhamento)
Objeto: Execução contratual avaliar se as obras relativas ao corredor exclusivo de ônibus, passa rápido Nove de Julho, trecho túnel Nove de Julho - Rua Groenlândia, foram desenvolvidas, no mes de maio/2004, de acordo com os requisitos contratuais, bem como se os quantitativos medidos, passíveis de verificação, correspondem aos realizados.
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 11:18:56 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 847/2004

2º Julgado – 3.060 Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular e não aceitou os efeitos financeiros, uma vez que os serviços não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, requisitos para utilização de ata de registo de preços, exigindo execução prévia de projetos de engenharia. Serviços de manutenção civil corretiva e preventiva. Corredor de ônibus. SPTRANS. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.
Relatório e voto englobado TCs 847/2004 e 2.454/2004.

1º Julgado - 2.831ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. Serviços de manutenção civil corretiva e preventiva. SPTRANS. Corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.
Legislação citada: Art. 2º, art. 7º, § 4º, Lei 8.666/93. Art. 26, Dec. Mun. 41.772/02.
TCs citados 72-004.858.04-87, 72-004.628.03-46, 72-005.811.04-59 e 72-001.218.05-60

2ª Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/000847/2004 e TC/002454/2004, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e DOMINGOS DISSEI, em negar-lhes provimento, mantendo-se na íntegra o Acórdão recorrido, que considerou irregular o Contrato 2003/118.

Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor que, consoante voto proferido em separado, deu provimento aos recursos ordinários, para julgar regular o ajuste.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício à recorrente, à empresa contratada e aos signatários do ajuste.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhado de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão, para o fim de informar o resultado do julgamento alcançado pelo Pleno, em atenção às diversas solicitações encaminhadas a este Tribunal de Contas.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

Ausentou-se, momentaneamente, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda "ad hoc" CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Há Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando à apuração de fatos relacionados ao contrato analisado no presente feito.

Nesta fase processual, cuida-se da apreciação dos recursos ordinários interpostos pela PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICIPAL e pela SÃO PAULO TRANSPORTE S.A. – SPTrans, em face do Acórdão de folhas 536 e 537 (de 23/09/2015) que, por maioria dos votos, considerou irregular o Contrato 2003/118, sem aceitação dos efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, celebrado entre a SPTrans e a Araguaia Engenharia Ltda., que deixou transcorrer "in albis" o prazo recursal (fl. 578).

O referido contrato, tendo por objeto a *"prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro" foi julgado irregular, "considerando que os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, requisitos necessários para utilização de ata de registo de preços, exigindo execução prévia de projetos de engenharia."*

A Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou o recurso de folhas 540 a 545 (19/11/2015), pleiteando a reforma do Acórdão, ainda que parcialmente, com base nas seguintes alegações:

1 – "*que o Contrato 2003/118 seja tido por regular... por não ter ficado comprovado nestes autos dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes responsáveis*;"

2 – devem prevalecer os votos divergentes que acolherem o ajuste analisado;

3 – "*há elementos que indicam que os serviços contratados foram efetivamente prestados, com a entrega do objeto, inexistindo qualquer prova de um dano concreto ao erário, parecendo-nos absolutamente pertinente que, ao menos, os efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados sejam reconhecidos*."

Por sua vez, a SPTrans interpôs o recurso encartado às folhas 558 a 574 (27.04.2016), aduzindo que:

1 – "em relação aos efeitos financeiros e patrimoniais produzidos pelo ajuste, de plano apontamos que o V. Acórdão é omisso nesse sentido, tendo constado tão só no preâmbulo do mesmo a menção a 'EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS'".

2 – "faz-se imperioso lembrar que a Concorrência Pública 017/SMSP/COGEL/2002, da qual se originou a Ata de Registro de Preços 02/SMSP/COGEL/2003, que, por sua vez, serviu de suporte ao ajuste ora em exame (Contrato 2004/039 – sic), foi declarada regular pelo Colegiado desse E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo, quando do julgamento do TC 4.628.03-46, na sessão ordinária de 03/12/2014, firmando-se, pois, o entendimento de que os serviços de manutenção, reparação e complementação de infraestrutura urbana podiam ser contratados por Sistema de Registro de Preços, em face da Lei Municipal 13.278/02 e do Decreto 44.279/03."

3 – "Já nas vias que detinham corredores preexistentes, optou-se pela utilização das Atas da SMSP, então vigentes, por se entender que o objeto contratado era compatível com os serviços de manutenção, reparação e complementação de infraestrutura urbana."

4 – "não se trata de nova edificação ou novo equipamento: os serviços de manutenção, reparação ou complementação foram executados nos corredores já existentes, porém sem a infraestrutura adequada aos novos conceitos do Passa Rápido."

5 – "não se justifica o não acolhimento da contratação em causa, sob a alegada incompatibilidade do objeto contratual com aquele constante da ARP 002/SMSP/COGEL/2003...".

6 – "dada a relevância dos argumentos colacionados pela SPTrans durante a instrução processual em Primeira Instância, pedimos vênia para ora transcrevê-los, pois os mesmos servem de fundamento ao presente apelo, razões que poderão sensibilizar os N. Conselheiros, agora em sede recursal."

7 – "a contratação não ensejou dano algum ao erário, pois afastada ficou a hipótese de lesão, diante do fato de que houve a efetiva prestação do serviço."

Ao final, a SPTrans requereu a reforma do julgado para o fim de considerar regular o ajuste em tela e, em pedido alternativo, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 595/597) analisou as razões recursais apresentadas pelos Recorrentes e constatou *que "os recursos não trouxeram novos elementos hábeis a sanar os apontamentos feitos, apenas repetindo as alegações que já foram exaustivamente debatidas na fase instrutória que culminou com o 'decisum' de fls. 536/537" e exarou a seguinte conclusão:*

"Do exposto, após a análise dos recursos oferecidos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela SPTrans, entendemos que os argumentos veiculados não tiveram o condão de alterar o posicionamento da Auditoria acerca das questões de cunho técnico."

Ao manifestar-se sobre os apelos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 615/624) verificou serem tempestivos e, no mérito, destacou os seguintes aspectos:

1 – nos autos do TC 4.628.03-46, o Pleno pacificou o entendimento sobre a possibilidade de a Administração Pública contratar serviços de reparação, manutenção e complementação de infraestrutura urbana mediante sistema de registro de preços, *"por refletirem natureza habitual e rotineira em face da Lei Municipal 13.278 de 2002, diante da necessidade constante de manutenção de tais áreas."*

2 – a Ata de Registro de Preço 02/SMSP/COGEL/2003 que suportou o Contrato 118/2003, em comento*, "prevê a prestação, à PMSP, de serviços de manutenção, reparação e complementação da infraestrutura urbana em*

áreas com ocupação urbana consolidada (total ou parcialmente) e que apresentem problemas com benfeitorias públicas precárias, como pavimentos, sistemas de drenagem (córregos, galerias, canais e afins), consolidação de taludes, muros de arrimo, obras de terra, pontes, viadutos e mobiliário urbano em geral.

3 – Embora o Contrato 'sub examine' disponha que constitui o seu objeto a prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro (fl. 18), restou demonstrada nos autos genuína disparidade entre os objetos, em afronta aos artigos 2º e 41 da Lei Federal 8.666/93. Noutras palavras, o serviço contratado não encontra guarida na ata de registro de preços (fl. 430)".

4 – A Auditoria identificou que o objeto do ajuste em tela implica *"a necessidade de projetos específicos para as intervenções previstas neste contrato (Implantação do Programa Passa Rápido), por si só, já demonstra que os serviços e obras não são habituais e rotineiros, para os quais não se possa prever o exato quantitativo a ser demandado e cujas quantidades e periodicidades de contratação tenham que ser definidas em função de conveniência futura da Administração, ou seja, aqueles que podem ser contratos por Atas de Registro de Preços, conforme estabelece a legislação pertinente (fl. 283)."*

*5 – "*Assim, extrai-se de todas as manifestações do Time de Fiscalização tratar-se de novo empreendimento que reclamou projeto específico, ou seja, não se tratou de atividade habitual e rotineira, ensejando então a continuidade do *status* irregular atribuído ao Contrato 118/2003."

6 – "Não há que se falar em reconhecimento dos efeitos financeiros neste momento, porquanto já foram analisados no acompanhamento da execução contatual (TC 2.454/04-77)."

Ao final, a Área Jurídica posicionou-se, com base nos pontos supra, pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo não provimento, mantendo-se o V. Acórdão na íntegra.

Na sequência, a Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 626/627) requereu o conhecimento e provimento dos recursos interpostos, reiterando os termos de sua peça recursal, para que o Julgado seja reformado e considerado regular o ajuste em questão e, alternativamente, a aceitação dos efeitos financeiros já projetados.

A Secretaria Geral (fls. 629/632), da mesma forma que a Assessoria Jurídica, entendeu "*superada a questão da possibilidade de contratação dos serviços de reparação, manutenção e complementação de infraestrutura urbana mediante sistema de registro de preços*", restando para análise o fundamento do V. Acórdão referente "*à incompatibilidade do objeto do ajuste em exame como o objeto da Ata de Registro de Preços que lhe deu origem*", ponto sobre o qual assim opinou:

‘’Conforme demonstrado nos presentes autos e constante no V. Acórdão, o objeto do ajuste em exame cuida de obra plenamente definida e quantificada para remodelação do corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro, com a finalidade de transformá-lo em um 'Passa Rápido'.

Tal objeto não se coaduna com os termos da Ata de Registro de Preços que lhe deu origem, vez que esta prevê, de modo específico, a realização de serviços de reparação, manutenção e complementação de infraestrutura urbana, contrariando o disposto no art. 3º da Lei Federal 8.666/93 e no § 2º do art. 7º do mesmo diploma legal.

Pelos mesmos motivos, os itens de serviços e quantitativos contratados não guardam relação com aqueles previstos na Ata de Registro de Preços, contrariando o disposto no § 4º do art. 7º da Lei Federal 8.666/93."

No tocante ao pedido subsidiário dos apelos, de reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais da contratação em exame, ressaltou que "*não há como reconhecê-los, face à irregularidade apontada no TC 2.5454/04-77 – cujo objeto é a análise da execução do ajuste em exame – pela impossibilidade de verificação de que os serviços atinentes ao mês de maio/2004 foram de fato realizados e pagos nos termos pactuados, ante a deficiência de controle, não havendo elementos que fundamentem a medição dos serviços prestados, potencializando eventual perda de recursos destinados aos fins contratuais, gerando danos ao Erário.*"

Com base nestas razões e pelo fato de os apelos apresentados não oferecerem elementos capazes de elidir a irregularidade apontada, a Secretaria Geral opinou "*pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, pela improcedência dos mesmos, devendo ser mantido o V. Acórdão por seus próprios fundamentos.*"

É o Relatório do TC 847/04.

VOTO

Em ambos os processos, ora julgados de forma englobada, há informação do Ministério Público do Estado de São Paulo sobre a instauração de Inquérito Civil visando à apuração de fatos relacionados ao contrato de que tratam estes feitos.

Cuidam os autos, nesta fase, de recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela São Paulo Transporte S.A visando à reforma dos Acórdãos prolatados nos TCs 847/04 (folhas 536/537) e 2.454/04 (folhas 394/395), originalmente relatados pelo Conselheiro Maurício Faria, cujo voto, proferido de modo englobado, resultou vencido, e do qual se transcrevem os trechos a seguir:

"*Reitero o voto por mim proferido quando do julgamento dos TCs 4.858.04-87, 4.628.03-46, 5.811.04-59 e 1.218.05-60 entendendo serem compatíveis os serviços licitados com o sistema de registro de preços, na forma veiculada pela Concorrência 17/SMSP/COGEL/2002, ocasião em que julguei regulares as Atas dela decorrentes e respectivos ajustes.*

(...) Por sua vez, no que tange ao Acompanhamento parcial da Execução do Contrato 118/2003, realizado durante o mês de maio 2004, entendo aceitáveis as justificativas apresentadas pela Origem, anotando que não há nos autos constatação da Auditoria de que os serviços desenvolvidos no período deixaram de ser executados, ou encontravam-se incompatíveis com os constantes do Memorial Descritivo vinculado ao ajuste, sendo que as inconsistências anotadas, em meu entender, remetem à própria imprevisibilidade das intervenções nos serviços de manutenção.

(...) À vista do exposto, VOTO PELA REGULARIDADE do Contrato 118/2003, bem como de sua execução no período examinado, relevando as impropriedades anotadas."

Os Acórdãos recorridos consideraram irregulares, respectivamente, o Contrato 2003/118 e a correspondente execução contratual, com base no voto vencedor do Conselheiro Domingos Dissei, por meio da seguinte fundamentação:

"1. Como se infere dos autos, os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, para os quais não se poderia prever o exato quantitativo a ser demandado pela Administração ou cujas quantidades e periodicidades tivessem que ser definidas em função de necessidade futura.

2. Na verdade, os serviços, em sua grande maioria, eram previsíveis e se enquadravam naqueles que exigem a execução prévia de projetos de engenharia para definição qualitativa e quantitativa para a sua contratação.

3. Como bem apontados nos pareceres dos órgãos técnicos e especializados deste Tribunal, o objeto contratado não poderia ser considerado de utilização frequente, nem padronizado e nem imprevisível, não reunindo, portanto, os requisitos necessários para utilização de Ata de Registro de Preços.

4. No que diz respeito à Execução Contratual, verificou-se que, na medição de março/2004, foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003 e que foram executados por meio de subcontratação, contrariando cláusula do ajuste, sendo certo que não foram trazidos elementos capazes de comprovar a reparação do equívoco, qual seja, o seu estorno, na medição de abril/2004.

5. Essas são as razões que me levam a acompanhar as manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral desta Corte de Contas, que ficam incorporadas neste voto, e julgar irregulares o Contrato 118/SPTRANS/2003, e sua Execução no período e valores auditados, não aceitando os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos.

6. Proponho a remessa de ofício à Origem para que adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto do 118/2003, devidamente corrigidos."

A decisão acima foi adotada pelo Pleno deste Tribunal de Contas que, "*por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e EDSON SIMÕES, ambos com voto proferido em separado, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate*", em 23 de setembro de 2015, prolatou os Acórdãos recorridos, que assim deliberaram:

No TC 847/2004:

"(...) em julgar irregular o Contrato 2003/118, considerando que os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, requisitos necessários para utilização de ata de registro de preços, exigindo execução prévia de projetos de engenharia. Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos do relatório e voto, e JOÃO ANTONIO, que julgaram regular o ajuste.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo."

No TC 2.454/2004:

"(...), em julgar irregular a execução do ajuste no período e valores auditados, considerando que na medição de março/2004 foram apropriados serviços não atinentes ao objeto do Contrato 118/2003 e que foram executados por meio de subcontratação, contrariando cláusula do ajuste, sendo certo que não foram trazidos elementos capazes de comprovar a reparação do equívoco, qual seja, o seu estorno, na medição de abril/2004.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em não aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos, determinando a remessa de ofício à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para que adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto da avença, devidamente corrigidos.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos do relatório e voto, e JOÃO ANTONIO, que julgaram regular a execução no período examinado, relevando as impropriedades constatadas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo."

No TC 847/2004, ambos os Recursos interpostos (PFM [Procuradoria da Fazenda Municipal] - fls. 540/545 e SPTrans - fls. 558/574) pretendem a reforma integral do Acórdão prolatado neste feito, a fim de que o Contrato 2003/118 seja declarado regular, ou, subsidiariamente, haja a reforma parcial do aresto quanto aos efeitos financeiros do referido ajuste, de modo que sejam acolhidos pelo Pleno, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, em função do tempo decorrido e da alegada inexistência de prejuízo ao Erário.

As razões recursais apresentadas pela Procuradoria da Fazenda Municipal concentram-se na defesa genérica da validade do Contrato 2003/118, tendo por objeto a "*prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Nove de Julho/Santo Amaro."*

Todavia, ao longo de seu arrazoado, não enfrentou o fundamento do Acórdão recorrido que levou o Pleno a considerar irregular o contrato em pauta, a saber: "*os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, requisitos necessários para utilização de ata de registo de preços, exigindo execução prévia de projetos de engenharia.*"

Dessa forma, a Recorrente-PFM [Procuradoria da Fazenda Municipal] não apresentou os fundamentos jurídicos, as razões do pedido de reforma (art. 139 do RITCM [Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo], combinado com o art. 1.010, incisos II e III do CPC), que embasariam a revisão integral do julgado, limitando-se ao pedido subsidiário, qual seja, apenas o reconhecimento dos efeitos financeiros.

Os argumentos de inexistência de prejuízo ao Erário e da efetiva prestação dos serviços contratados, invocados por ambos os Recorrentes para o acolhimento dos efeitos produzidos pelo ajuste, caem por terra diante das irregularidades apuradas em sede de acompanhamento da respectiva execução contratual (TC 2.454/04-77), conforme observado no parecer da Secretaria Geral nestes autos, *verbis*: *"não há como reconhecê-los, face à irregularidade apontada no TC 2.454/04-77 – cujo objeto é a análise da execução do ajuste em exame – pela impossibilidade de verificação de que os serviços atinentes ao mês de maio/2004 foram de fato realizados e pagos nos termos pactuados, ante a deficiência de controle, não havendo elementos que fundamentem a medição dos serviços prestados, potencializando eventual perda de recursos destinados aos fins contratuais, gerando danos ao Erário."*

Quanto à segunda Recorrente - SPTrans, suas razões recursais ocupam-se, majoritariamente, em transcrever os argumentos por ela apresentados na fase de instrução, na expectativa de "*sensibilizar os N. Conselheiros, agora em sede recursal*."

Primeiramente, aponta que a não aceitação dos efeitos financeiros consta apenas da ementa e não do corpo do Acórdão de folhas 536/537, questão que não prejudica nem a intelecção do julgado nem sua execução, uma vez que a ementa está em conformidade com o voto vencedor, parte integrante do acórdão, assim como os demais votos proferidos (§ 3º do art. 941 do CPC).

Ademais, a não aceitação dos efeitos produzidos pelo ajuste é consequência inerente ao julgamento da irregularidade do contrato, prescindindo da manifestação acerca dos efeitos financeiros, salvo se houver elementos que autorizem aceitá-los, em caráter excepcional, para os quais se exige pronunciamento expresso no Acórdão.

Quanto ao mérito, em síntese, a SPTrans alega que:

1 – "*nas vias que detinham corredores preexistentes, optou-se pela utilização das Atas da SMSP, então vigentes, por se entender que o objeto contratado era compatível com os serviços de manutenção, reparação e complementação de infraestrutura urbana*."

2 – "*não se trata de nova edificação ou novo equipamento: os serviços de manutenção, reparação ou complementação foram executados nos corredores já existentes, porém sem a infraestrutura adequada aos novos conceitos do Passa Rápido*."

3 – "não se justifica o não acolhimento da contratação em causa, sob a alegada incompatibilidade do objeto contratual com aquele constante da ARP 002/SMSP/COGEL/2003...".

A Auditoria, ao analisar os referidos recursos, concluiu que eles "*não trouxeram novos elementos hábeis a sanar os apontamentos feitos, apenas repetindo as alegações que já foram exaustivamente debatidas na fase instrutória que culminou com o 'decisum' de fls. 536/537."*

A despeito de a Ata de Registro de Preços 02/SMSP/COGEL/2003 ter sido acolhida pelo Pleno, em sede de análise no TC 4.628/2003, resultando na possibilidade de sua utilização nas hipóteses de serviços de engenharia, a Origem não poderia valer-se da referida ARP para a formalização do Contrato 2003/118, pois não estavam presentes os requisitos previstos no então vigente artigo 26 do Decreto Municipal 44.279/2003 (posteriormente revogado pelo Decreto 56.144/2015, cujo artigo 3º manteve as mesmas restrições).

De acordo com a análise e as diligências efetuadas pela Auditoria (fls. 429/433), o contrato é irregular diante das conclusões endossadas nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, a saber:

1 – os serviços não reúnem as condições necessárias à utilização da Ata, consoante estabelecido no artigo 26 do Decreto 44.279/2003 (que regulamenta a Lei Municipal 13.278/2002), e deveriam ter sido contratados mediante

procedimento licitatório, previsto no artigo 3º da Lei 8.666/93 e no parágrafo 2º do artigo 7º do mesmo diploma, dispositivos estes que restaram violados;

2 – a incompatibilidade entre o objeto contratado em relação ao objeto da Ata de Registro de Preços (ofensa ao artigo 2º da Lei Federal 8.666/93);

3 – as obras contratadas não podem ser consideradas frequentes, nem padronizadas e nem imprevisíveis;

4 – houve a elaboração dos projetos básicos evidenciando a previsibilidade dos serviços contratados, com definição qualitativa e quantitativa dos serviços, e, por conseguinte, exigindo licitação própria;

5 – a majoração dos preços unitários pela adoção de procedimentos não previstos em contrato, contrariando o item 3.1 da Ata de Registro de Preços, decorrente da alteração do valor total da planilha orçamentária contratual de R$ 5.994.207,24 (cinco milhões, novecentos e noventa e quatro mil duzentos e sete reais e vinte e quatro centavos) para R$ 7.319.346,95 (sete milhões, trezentos e dezenove mil trezentos e quarenta e seis reais e noventa e cinco centavos);

6 – a incompatibilidade entre os quantitativos estimados no Edital e as previsões reais dos projetos básicos ou executivos específicos (ofensa ao artigo 7º, § 4º, da Lei Federal 8.666/93); e

7 – a ausência de autuação do procedimento administrativo (afronta ao art. 2º do Decreto Municipal 41.772/2002 e ao art. 38 da Lei Federal 8.666/93).

Importante consignar que o voto condutor do Acórdão (folha 518 e verso), consoante faculdade prevista no parágrafo 1º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte de Contas, reportou-se, expressamente, à fundamentação das manifestações dos Órgãos Técnicos e da Secretaria Geral, incorporada ao voto por remissão, propiciando que o voto de desempate discorresse sobre todas as infringências retro expostas, apontadas pela Auditoria, e integrassem o rol de fundamentos para julgar irregular o contrato objeto deste processo, os quais permanecem hígidos, visto que os apelos não trouxeram qualquer elemento que pudessem ilidi-los.

No tocante aos Recursos interpostos no TC 2474/2004, ambos pretendem a reforma integral do Acórdão prolatado neste processo, a fim de que a execução do Contrato 2003/118, no período e valores auditados, seja considerada regular, ou, subsidiariamente, haja a reforma parcial do aresto quanto aos efeitos financeiros, especialmente porque a "*SPTrans comprovou nos autos a reparação do equívoco cometido na medição de março/2004, com estorno do valor indevido na medição subsequente (abril/2004)".*

No presente procedimento fiscalizatório, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apurou que, na 3ª medição correspondente ao mês de março/2004, foram apropriados, indevidamente, serviços não atinentes ao objeto do Contrato 2003/118, no valor de R$ 1.159.297,46 (um milhão, cento e cinquenta e nove mil duzentos e noventa e sete reais e quarenta e seis centavos) e que, no mês de maio/2004, embora verificada a evolução física dos serviços, não houve a correspondente medição neste ajuste, tendo posteriormente a SPTrans alegado equívocos nos procedimentos e informações, pois corresponderiam a serviços relacionados a outros contratos e que teria realizado as devidas correções, sem apresentar elementos comprobatórios a respeito.

Por essas razões, o Acórdão recorrido julgou irregular a execução do ajuste no período e valores auditados, sem aceitação dos efeitos financeiros, e determinou que a SPTrans adote as medidas cabíveis ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, não atinentes ao objeto da avença, devidamente corrigidos.

Agora, em sede recursal, a SPTrans apresentou a prova de que na medição de abril de 2004 realizou o estorno do valor de R$ 1.159.297,45 (um milhão, cento e cinquenta e nove mil duzentos e noventa e sete reais e quarenta e cinco centavos), lançado indevidamente na medição de março de 2004, reconhecendo o equívoco cometido, cuja documentação a Auditoria analisou e assim considerou:

"Não nos é possível, contudo, contestar ou confirmar os quantitativos indicados na planilha de medição, tendo em vista o tempo decorrido. Assim, a rigor a SPTrans comprovou nesta oportunidade a reparação do equívoco cometido na medição de março/2004, apresentando um documento que a Auditoria já havia cobrado em manifestação produzida em julho/2005, ou seja, há mais de onze anos."

A despeito de restar demonstrada a efetivação do estorno na medição de abril de 2004, a demora por mais de 12 (doze) anos para a Origem apresentar o competente documento, somente corrobora o fundamento constante dos votos acerca da deficiência dos controles e pagamentos com potencial prejuízo ao Erário, ponto não enfrentado nos recursos interpostos e motivo suficiente para manter decisão quanto à irregularidade da presente execução contratual, conforme bem analisado nos pareceres elaborados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral.

Ante todo o exposto e à vista das conclusões alcançadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, CONHEÇO dos RECURSOS interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela São Paulo Transporte S.A – SPTrans em ambos os processos (TCs 847/2004 e 2454/2004), uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade.

Quanto aos Recursos oferecidos nos autos do TC 847/2004, NO MÉRITO, NEGO-LHES PROVIMENTO, mantendo-se na íntegra o Acórdão recorrido, que considerou irregular o Contrato 2003/118.

No tocante aos Recursos apresentados no TC 2454/2004, NO MÉRITO, DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO, para o fim de:

1 - excluir do Acórdão recorrido:

1.1 - o fundamento de que não foram trazidos elementos quanto ao estorno dos serviços lançados indevidamente na medição de março/2004;

1.2 - a determinação para a SPTrans adotar as medidas visando ao ressarcimento dos valores pagos na medição de março de 2004, uma vez que a Origem demonstrou a realização do correspondente estorno na medição do mês subsequente.

No mais, ficam mantidos os termos do Aresto recorrido, que considerou irregular a execução do Contrato 2003/118, no período auditado.

OFICIE-SE o Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção às diversas solicitações encaminhadas a este Tribunal de Contas, para o fim de informar o resultado do julgamento alcançado pelo Pleno, acompanhado de cópia do relatório e voto e, oportunamente, dos Acórdãos a serem prolatados em ambos os processos (TCs 847/2004 e 2.454/2004).

Intimem-se os Recorrentes, a empresa Contratada, os Signatários do ajuste e os agentes públicos indicados no TC 2454/2004.

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

CONHEÇO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS apresentados pela SPTRANS e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, posto que presentes os requisitos de admissibilidade.

No mérito, em consonância com voto por mim proferido por ocasião do julgamento original da matéria, comungo do entendimento expresso nas razões recursais relacionado à compatibilidade do objeto do Contrato 2003/118 com a Ata de Registro de Preços 002/SMSP/COGEL/2003. Reafirmo, ora em grau recursal, meu entendimento no sentido de que os serviços contratados referem-se à manutenção da infraestrutura instalada, na medida em que cuidaram exclusivamente de recuperação de infraestrutura com eventuais criações ou alterações de um determinado "*Corredor de Ônibus*", o que, tecnicamente, não implica em obra nova, nem tampouco em serviços de maior complexidade.

Nesse sentido, conforme voto proferido nestes autos, bem como também nos TCs 4628/2003, 4854/2004, 5811/2004, 6666/2004, 1218/2005, considero que os serviços de reordenação do fluxo de tráfego com a definição de faixa para transporte coletivo dentro do sistema municipal de transportes, então desenvolvido, devem ser entendidos como comuns e habituais para fins de enquadramento aos ditames legais que regulam o sistema de registro de preços.

Da mesma forma, pontuo que as intervenções a título de manutenção são sempre necessárias e previsíveis, porém, não necessariamente mensuráveis de antemão com precisão, havendo, portanto, estimativas que possuem, como solução contratual mais adequada, o emprego de uma Ata de Registro de Preços, como, no caso em tela.

Em relação a eventuais itens de serviço extracontratuais que foram aditados aos contratos, amparados pelo artigo 65 da Lei Federal 8.666/93, observa-se que para definição de seu custo unitário foram utilizadas tabelas oficiais da Prefeitura, e ocorreram estritamente no âmbito de cada contrato, sem alteração da Ata de Registro de Preços que os originou.

Nessa medida, em sendo necessário o refazimento ou recomposição de um equipamento para fins de manutenção, permaneceram os itens de serviços limitados ao conceito de manutenção, e atrelados ao projeto original existente. Dessa forma, o apontamento deve ser afastado, por, novamente, não restar caracterizada a existência de obra nova. Quanto à execução contratual, considero que as justificativas da Origem são suficientes para afastar as impropriedades inicialmente anotadas, posto que decorrentes da imprevisibilidade inerente aos serviços de manutenção.

Acrescente-se a isso a comprovação, trazida em sede recursal pela Origem, de que houve o estorno dos serviços indevidamente lançados na 3ª medição.

Diante do exposto, mantenho o entendimento externado nos julgamentos anteriores, **DANDO PROVIMENTO** aos Recursos Ordinários ora examinados para **JULGAR REGULAR** o Contrato 2003/118 e sua respectiva execução.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, após determinação de Sua Excelência, na 2.828ª S.O., para que lhe fossem conclusos a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e EDSON SIMÕES, ambos com voto proferido em separado, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate, com fundamento no artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Casa, em julgar irregular o Contrato 2003/118, considerando que os serviços contratados não se caracterizam como de utilização habitual e rotineira, requisitos necessários para utilização de ata de registo de preços, exigindo execução prévia de projetos de engenharia.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos do relatório e voto, e JOÃO ANTONIO, que julgaram regular o ajuste.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de setembro de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro Revisor prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

Relatório e voto englobados: v. TC 72-002.454.04-77.

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei: v. TC 72-002.454.04-77.

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Edson Simões: v. TC 72-002.454.04-77.

Voto de desempate englobado proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim: v. TC 72-002.454.04-77.