ACO-UTR-515/2023

Processo - TC/000894/2010
Objeto - Recursos "ex officio" da Procuradoria da Fazenda Municipal e da FM Rodrigues & Cia. Ltda. interpostos em face da R. Decisão de Juízo Singular – Subprefeitura da Mooca e FM Rodrigues & Cia. Ltda. – Acompanhamento – Execução contratual – Verificar a regularidade do Contrato 04/SP-MO/2010, cujo objeto é a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários – Tapa Buraco, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, por tonelada

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. SUBPREFEITURA. Serviços de conservação de pavimentos viários. Tapa Buraco. Decisão que julgou irregular a execução do contrato por ausência e deficiência dos controles sobre sua execução e irregularidades no controle dos pagamentos efetuados. RESPONSABILIDADE. PRESCRIÇÃO. RESSARCIMENTO. 1. A regra geral é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um lapso temporal. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, ART. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, 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, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, nos termos do seu relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor designado, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO, com declaração de voto apresentada, em processar o recurso "ex officio", ante a necessidade do reexame necessário, decorrente de imposição regimental desta Corte de Contas, e, atendidos os requisitos também regimentais quantos à sua admissibilidade, em conhecer dos recursos "ex officio" e ordinários interpostos pela empresa FM Rodrigues & Cia Ltda. e pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a prescrição das pretensões punitiva ou ressarcitória desta Corte de Contas, para fins formais.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, por não trazerem aos autos elementos novos capazes de alterar a R. Decisão recorrida, razão pela qual deverá ser mantida em todos os seus termos, por seus próprios e legítimos fundamentos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do relatório, voto e deste Acórdão aos interessados e à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do artigo 13 da Resolução 10/2023.

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 09:28:26 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:49:08 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

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

TC 894/2010 - Acompanhamento (Recurso)

Objeto: Recursos "ex officio", da Procuradoria da Fazenda Municipal e de FM Rodrigues & Cia. Ltda. interpostos em face da r. Decisão de Juízo Singular (Acompanhamento da Execução do Contrato 004/SP-MO/2010) - Subprefeitura da Mooca e FM Rodrigues & Cia. Ltda. - Prestação de serviços de conservação de pavimentos viários - Tapa Buraco, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, por tonelada (CJG)

Interessada: Subprefeitura da Moóca

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

O presente TC 0894/2010 cuida da análise de acompanhamento da Execução do Contrato nº 004/SPMO/2010, celebrado em 24.3.2010 entre a Subprefeitura da Mooca e a empresa F.M. Rodrigues & Cia Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários – TAPA BURACO, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, por tonelada, com prazo de 02 (dois) meses para a execução dos serviços, contados da data fixada na Ordem de Início 036/2010 (período de 29.3.2010 a 28.5/2010), no valor de **R$ 100.233, 51** (cem mil, duzentos e trinta e três reais e cinquenta e um centavos). O preço por tonelada de massa asfáltica é de R$ 157,00 (cento e cinquenta e sete reais).

Referido contrato é resultante da Ata de Registro de Preços n° 015/SMSP/COGEL/09 e o procedimento licitatório que deu origem a essa ARP foi o Pregão nº 035/SMSP/COGEL/2008, analisado no Processo TC nº 003.641/2009.

Ultimada a instrução do processo, foi proferida a r. **Decisão Singular** de peça 13, do Exmo. Conselheiro João Antônio, nos termos seguintes:

> *"Após a análise da contratação, a Auditoria constatou irregularidades e ressalvas contidas em pareceres de fls 230/247 e 248/249, concluindo pelo não acolhimento da execução contratual em tela.*
>
> *As irregularidades foram assim definidas:*
>
> *'1.1. Irregularidades na realização dos serviços*
>
> *a) Devido à falta de indicação do preposto da empresa Contratada houve infringência ao item 5.1.3.2 da Ata de RP (item 3.1.4).*

b) Devido à falta de adesivo/pintura no veículo com o número do telefone para eventuais reclamações e o adesivo da lateral contendo o nome da empresa contratada encontrar-se parcialmente ilegível houve infringência ao item 2.4.5 das Especificações Técnicas do Anexo III da Ata de RP (item 3.2.2).

c) Devido à limpeza insuficiente da superfície do buraco antes da aplicação do concreto asfáltico houve infringência ao que determina o item 1.2.2 das Especificações Técnicas do Anexo III da Ata de RP (item 3.2.3).

d) Devido à aplicação da massa asfáltica com temperatura inferior ao mínimo necessário houve infringência ao que determina o item 4.2 das Especificações Técnicas do Anexo III da Ata de RP (item 3.2.4)

e) Devido a execução de serviços extraordinários sem a devida justificativa houve a infringência ao item 4.5.4 do Anexo III – Especificações Técnica da Ata de RP (itens 3.3.2; 3.4.3.c; 3.4.3.d);

1.2. Irregularidades nos Controles

f) Devido a falta de disponibilização na internet da programação diária da execução dos serviços houve infringência ao item 4.5.3 do Anexo III – Especificações Técnicas da Ata de RP (item 3.1.5).

g) Preenchimento incorreto das Ordens de Serviço tornando ineficaz o disposto na Portaria n° 04/SMSP/2010 (itens 3.2.1; 3.4.3.a).

h) Informações divergentes nas Fichas de Produção Diária (item 3.4.3.b).

i) Preenchimento incorreto dos Relatórios Diário de Produção e de Serviços (itens 3.3.2; 3.4.3.c).

1.3. Irregularidades nos pagamentos

j) Devido a falta de justificativa para o pagamento de serviços extraordinários houve infringência ao item 4.5.4 do Anexo III da Ata de RP (item 3.4.3.c).

k) Devido a falta de cumprimento do prazo de cinco dias úteis para que a fiscalização atestasse a medição apresentada houve infringência ao disposto no §2º do art. 13 do DM 51.194/10 e item III da Portaria SMSP/043/2005 (item 3.4.3.e);

l) Devido a falta de cumprimento do prazo para que a supervisão de finanças efetuasse o pagamento da medição houve infringência ao item VII da Portaria SMSP/043/2005 (item 3.4.3.f).

m) A Origem não demonstrou que o equilíbrio econômico financeiro pactuado foi mantido na execução dos serviços no mês de março de 2010. Não resta comprovado que a redução de custos da Contratada, propiciada pelo aumento da produtividade (78% do caminhão de placa DTE1733 e 112% do caminhão de placa DML-8582) foi repassada à Municipalidade. (item 3.4.4).

1.4. Das Ressalvas

a) Falta de plano de trabalho ou planejamento detalhado das atividades a serem realizadas para a consecução dos objetivos do contrato (item 3.1.5).

b) Falta de obrigatoriedade da entrega de fotografias dos serviços (item 3.3.3.).

A Subprefeitura da Mooca justificou-se nos autos, juntando a documentação de fls. 258/259; 261/266; 267/308, os quais foram analisados pela Auditoria às fls. 315/324, que manteve integralmente as conclusões anteriores (fls.230/249).

Por seu turno, a AJCE ponderou que as questões referentes aos presentes autos são totalmente afetas à área técnica, dispensando análise jurídica, com o que, ao final, concluiu pelo não acolhimento da execução contratual em questão.

A PFM, por sua vez, requereu o acolhimento da Execução Contratual em voga, sem embargo das recomendações cabíveis.

A Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica, opinando pelo não acolhimento da Execução Contratual em questão, sem prejuízo das determinações que o Conselheiro Relator entender cabíveis.

É o Relatório

DECISÃO

A instrução processual revelou falhas na realização dos serviços, ausência e deficiência dos controles sobre sua execução e irregularidades no controle dos pagamentos efetuados pela Origem.

As justificativas apresentadas não foram suficientes para afastar as irregularidades, o que levou a Auditoria a ratificar todos os apontamentos indicados no Relatório inaugural.

Por todo o exposto e acompanhando as conclusões alcanças pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal, ***JULGO IRREGULAR*** *a execução do Contrato n° 004/2010, celebrado pela Subprefeitura da Mooca e a empresa F.M.Rodrigues & Cia Ltda, não reconhecendo, por consequência, os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste e em razão do tempo transcorrido deixo de apenar os agentes públicos envolvidos.*

Recorro "ex officio", nos termos do art. 137, parágrafo único do Regimento Interno."

Dada ciência da r. Decisão ao Sr. Subprefeito e à empresa contratada (peça 29, páginas 80, 84 e 125/127), essa última e a Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM interpuseram recursos ordinários às peças 22 e 23, respectivamente. A F.M. Rodrigues & Cia Ltda. apresentou complemento às suas razões recursais à peça 24.

Assim, na presente fase processual, ocupa-se este processo da análise do recurso "ex officio", como também dos referidos recursos ordinários.

Em suas razões recursais (peça 22), a empresa contratada F.M.Rodrigues & Cia Ltda., sustentar, de início, a ocorrência de prescrição administrativa do feito, baseando-se no artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, por considerar que, entre a auditoria de acompanhamento da execução contratual realizada sobre o período de 27.04.2010 a 11.06.2010 e o julgamento pela irregularidade, se passaram praticamente dez anos após a ocorrência do fato (fls. 07/09).

Sobre o mérito, argumenta, em síntese:

"O que se viu foram os serviços sendo adequadamente prestados, seguindo a exata dimensão e exigência do Termo de Referência anexo do Contrato, em atenção e respeito ao interesse público.

Exatamente por essa razão que o Poder Público deu regular aceite aos serviços, já tendo expedido, inclusive, Atestado de Capacidade Técnica (Doc. 01), demonstrando, por razões lógicas, a regularidade da execução contratual.

Por essas diretrizes, Excelência, não dá para se aceitar o não reconhecimento de regularidade pelos atos praticados. O apego ao formalismo exacerbado, com rejeição às formas administrativas e auxiliares adotadas ao caso concreto não se coaduna com o princípio maior do direito administrativo do formalismo moderado. Anda, na verdade, na contramão de direção ao que se procura verificar se atendido o serviço público com eficiência e qualidade ao que se pretendia receber.

Em suma, a irregularidade diagnosticada não tem cunho material em si; apenas formal; não à luz daquilo que processualmente devia se pautar a Administração no controle e fiscalização da execução contratual, tal como registrado no Contrato; mas à luz daquilo que, diante da falha administrativa, alternativas resolutivas fossem aplicadas, como foram, atendendo as excepcionalidades também lançadas em Contrato.

Por estas razões é que não se conforma com a r.Decisão recorrida, com a ausência de qualquer reconhecimento ao esforço administrativo, especialmente no que tange à solução dos problemas da execução autorizada em Contrato.

IV-DOS PEDIDOS.

Ex positis, estando fartos e claramente demonstrados os fatos e o direito da FM RODRIGUES, bem como a presença dos requisitos autorizadores, requer se digne Vossa Excelência a:

a) conhecer o Recurso Ordinário em epígrafe, haja vista atendidos os requisitos para a sua admissibilidade;

b) deferir a extinção do feito com julgamento de mérito para que conhecida seja a auditoria realizada e subsequentemente promovido seja o arquivamento dos autos, posto caracterizada a prescrição administrativa no caso vertente;

c) deferir, se não entendido por prescrita a auditoria em epígrafe, o julgamento de mérito no sentido de rever a r.Decisão recorrida com a regularidade excepcional da execução do Contrato n° 004/SP-MO/2010 e acolhimento dos seus efeitos financeiros, mantendo-se a ausência de aplicação das sanções pertinentes aos servidores responsáveis."

Já a PFM, interpõe seu Recurso Ordinário solicitando "(...) *que essa E. Corte de Contas reaprecie a defesa da Origem, a fim de que os atos em exame sejam acolhidos ou, subsidiariamente, sejam aceitos os seus efeitos financeiros."*

E, assim, desenvolve suas razões de recurso, em síntese:

"Com efeito, a própria Origem, uma vez ciente dos apontamentos da Auditoria (limpeza insuficiente da superfície dos buracos, problemas no sistema SAFFOR, v.g.), embora tenha destacado as circunstâncias excepcionais (intempéries) que permearam a contratação, passou, de todo modo, a orientar os responsáveis pela execução para que atendessem as observações da Especializada, aprimorando-se, assim, os controles sobre a contratação.

Alguns outros apontamentos (indicação de preposto, adesivos indicativos no veículo, temperatura da massa asfáltica) foram sanados pela Origem ou pela contratada.

Ademais, e com ainda maior razão, os itens 2, 3 e 4 não se prestam a macular a execução considerada como um todo, pois se referem explicitamente a falhas ou ressalvas documentais; de controle formal, portanto.

Tais circunstâncias, além da boa-fé dos agentes públicos responsáveis, evidenciam a importância do controle externo sob a gestão dos contratos, mas não justificam um decreto de irregularidade da execução contratual considerada como um todo.

E tais pequenas falhas ou inadequações ocorridas durante a execução podem mesmo ser relevadas por esse Egrégio Plenário, pois, dada a amplitude e a complexidade do objeto, representam mero equívocos pontuais, secundários, sem o poder de ensejar uma mácula tão significativa quanto a declaração de irregularidade.

Ausente a comprovação de dolo ou de prejuízo ao erário - e uma vez que se deve sempre atentar para as consequências práticas da anulação de um ato administrativo -, a presente contratação merece ser acolhida.

Nesse sentido, pede-se licença para citar a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (grifamos):

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
> (....)
> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
>
> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Assim, a Procuradoria da Fazenda requer sejam julgados regulares os atos examinados, relevando-se as falhas apontadas, com a consequente reforma da r. decisão recorrida.

Caso este Tribunal não entenda pela reforma total da r. decisão, merece ser apreciado o pedido subsidiário desta Procuradoria da Fazenda, aceitando-se os efeitos financeiros."

À peça 37, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC** assim se manifestou acerca dos recursos interpostos[1]:

"A empresa contratada, em seu Recurso Ordinário (Peça 22), alega prescrição administrativa do feito, invocando aplicação subsidiária do art. 487, inciso II do Código de Processo Civil, considerando que, entre a Auditoria de acompanhamento da execução contratual realizada sobre o período de 27.04.2010 a 11.06.2010 e o julgamento pela irregularidade, se passaram praticamente dez anos após a ocorrência do fato (fls. 07/09)[2].

[1] Manifestação da SFC à peça 37, com data de 29.4.2021.
[2] A r. Decisão está data de 27.11.2019.

No que tange, especificamente à questão fática-operacional, a contratada remete às justificativas apresentadas pela Subprefeitura da Mooca em sede de defesa, especialmente acerca dos registros e solicitações para realização dos serviços, confeccionados por vias manuais e que sobre o imediato saneamento de problemas relativos à aplicação de concreto em temperatura inferior à exigida no Contrato, ocorrida por avaria no veículo da FM RODRIGUES, em data anterior à conferência in loco da Equipe de Auditoria (Peça 22, fls. 10/11).

Por fim, entende que, diante da ausência de reclamação por parte da Subprefeitura, sequer por parte de terceiros interessados foi feita sobre qualquer serviço praticado pela F.M. Rodrigues, quer seja porque tivesse deixado de executá-lo, quer seja porque tivesse que refazê-lo e diante do regular aceite dos serviços por parte do Poder Público que, inclusive, já expediu Atestado de Capacidade Técnica em favor da empresa, a irregularidade diagnosticada não teria cunho material em si, apenas formal (Peça 22, fls. 11/12).

Por fim, a contratada argumenta, ao longo da Peça 24, que "[...] a execução contratual objeto deste TC já conta com Termo de Recebimento Definitivo desde 2011" e que "[...] o indigitado Termo de Recebimento Definitivo ainda afasta qualquer dúvida acerca da regularidade da execução contratual, posto que representa ato administrativo válido, que goza de presunção de legitimidade".

A PFM, por sua vez, em seu Recurso Ordinário (Peça 23), requer que o Plenário releve pequenas falhas ou inadequações ocorridas durante a execução contratual, que representam mero equívocos pontuais, secundários, dada a amplitude e a complexidade do objeto e reconheça a regularidade da execução contratual ou a reforme parcialmente a decisão singular no sentido de reconhecer os efeitos financeiros do contrato, com base na boa-fé dos agentes públicos responsáveis, na ausência de comprovação de dolo ou de prejuízo ao erário e com fulcro nos art. 20, 22 e 28 da LINDB.

O Recurso Ordinário interposto pela PFM não aborda quaisquer questões afetas a esta área técnica, razão pela qual, não cabe manifestação da Auditoria.

Já no que tange ao Recurso da Contratada, especificamente quanto aos argumentos estritamente técnicos, os quais admitem análise da Auditoria, percebe-se a ausência de apresentação de elementos novos, sendo tão somente retomadas ilações feitas pela Subprefeitura contratante em sede de defesa, já devidamente analisados por esta Coordenadoria.

Ademais, a apresentação do Termo de Recebimento Definitivo não sana as irregularidades evidenciadas na fase de instrução processual, tampouco configura elemento que demande reanálise dos fatos.

Desta feita, não havendo fundamentos aptos a modificar os apontamentos iniciais, deixamos de manifestar-nos."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE** emitiu seu parecer à peça 43 com o teor seguinte:

"Com relação aos requisitos de admissibilidade, entendo que os recursos devem ser conhecidos.

No tocante ao mérito, apesar da argumentação apresentada pelos recorrentes, não vislumbro razões para a reforma da R. Decisão.

A contratada, em seu recurso, alegou a ocorrência de prescrição, pois os fatos ocorreram quase dez anos antes do julgamento.

Ocorre que questões atinentes ao controle externo não estão sujeitas a prescrição, já que se inserem no âmbito da atividade do Tribunal de Contas. Ademais, os julgados trazidos pela recorrente (a qual, cabe ressaltar, havia tomado ciência do processo ao longo da instrução processual – fls. 252/253 dos autos físicos; peça 28, páginas 261/263 do processo eletrônico) não guardam relação com o caso dos autos.

A contratada também sustentou que eventuais falhas não têm cunho material em si, não tendo causado nenhum prejuízo. E que a Origem outorgou o regular aceite dos serviços.

Nesse ponto, considerando que as falhas constatadas nos autos apresentam conteúdo eminentemente fático e técnico, destaco a análise promovida pela Auditoria, que não vislumbrou qualquer razão para rever seu entendimento anterior.

Assim, opino pelo desprovimento do recurso.

Já a PFM alegou que a Origem passou a orientar os responsáveis pela execução para atenderem as observações da Auditoria, sendo que algumas falhas foram sanadas, enquanto outras apresentavam caráter meramente formal. Segundo a PFM, pequenas falhas ou inexecuções podem ser relevadas, estando ausente a comprovação de dolo ou má-fé. Também trouxe preceitos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Por último, requereu subsidiariamente o reconhecimento dos efeitos financeiros do contrato.

Tal como ocorre em relação ao recurso da contratada, entendo que o recurso da PFM também traz argumentação genérica e insuficiente para a reforma da R. Decisão, uma vez que não se mostrou apta a afastar os apontamentos. Destaco, por fim, que eventual reconhecimento dos efeitos financeiros consiste em matéria cuja avaliação é atribuição dos Excelentíssimos Conselheiros, que poderão avaliar os apontamentos remanescentes e ponderar sobre o pedido subsidiário da recorrente.

Ante todo o exposto, opino pela manutenção da R. Decisão recorrida, não obstante o recurso ex officio e os recursos voluntários apresentados."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, à peça 47, opinou "(...) *pelo conhecimento e provimento dos recursos interpostos, reiterando os termos da peça recursal (peça 23) para o fito de que a r. Decisão exarada no âmbito de juízo singular seja reformada, considerando-se, ao final, regular os atos analisados ou, alternativamente, se assim não entenderem esses Nobres Conselheiros aceitem seus efeitos financeiros, não se aplicando qualquer sorte de sanção aos responsáveis."*

A **Secretaria Geral – SG**, em seu parecer de peça 49, assim opinou:

*"**Admissibilidade***

Notadamente quanto à admissibilidade do recurso "ex officio", convêm ressaltarmos que a necessidade do reexame necessário advém do próprio Regimento Interno desta Casa, consoante o art. 136, inciso V e parágrafo único do art. 137.

Quanto à admissibilidade dos Recursos Ordinários impetrado pela PFM e a contratada, nada temos a explanar, face à estrita obediência ao quanto disposto no parágrafo único do art. 137 e ss. do Regimento Interno deste E. Sodalício.

Mérito

As razões recursais se insurgem contra a R. Decisão, que julgou irregular a execução do Contrato não reconhecendo, por consequência, os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, pelos motivos lá expostos.

No meu ver, entendo que a r. Decisão recorrida não merece qualquer reparo, conforme amplamente esclarecido pela AUD e AJCE.

Sobre a alegação da Procuradoria da Fazenda Municipal de que não houve indícios de dolo ou má-fé por parte dos responsáveis, ou mesmo de que não restou demonstrado o efetivo prejuízo ao erário, entendo que não consiste em escusa para deixar de observar o estrito cumprimento da legislação vigente.

Quanto aos demais argumentos alegados pelos Recorrentes, entendendo os mesmos, trazem argumentações genéricas e insuficientes para a reforma da R. Decisão.

Pelo exposto, opino pelo conhecimento do recurso ex-officio e dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela contratada, e quanto ao mérito, opino pelo improvimento do reexame necessário e dos recursos ordinários, mantendo-se a R. Decisão recorrida."

Pois bem

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 (peça número 54), entendendo que ocorreu nestes autos a prescrição quinquenal, no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

É o relatório.

VOTO

Nesta atual fase, ocupa-se o TC nº 0894/2010 da análise do recurso "ex officio", como também dos Recursos Ordinários interpostos pela empresa F.M. Rodrigues & Cia Ltda. e pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM contra a r. Decisão Singular de peça 13, que julgou irregular a execução do Contrato nº 004/SPMO/2010, celebrado em 24.3.2010 entre a Subprefeitura da Mooca e a empresa Recorrente, tendo por objeto a prestação de serviços de

conservação de pavimentos viários – TAPA BURACO, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, por tonelada.

A empresa recorrente, em preliminar, invoca a ocorrência de prescrição administrativa, por considerar que, entre a auditoria de acompanhamento da execução contratual, realizada sobre o período de 27.04.2010 a 11.06.2010, e o julgamento pela irregularidade, se passaram praticamente dez anos após a ocorrência do fato.

Contudo, conforme se extrai da decisão singular recorrida **não foi atribuída pretensão punitiva ou ressarcitória** deste Tribunal de Contas em face dos responsáveis, inclusive em razão do tempo decorrido.

Não obstante **a ausência de pretensão punitiva ou ressarcitória**, é caso de, para fins formais, reconhecer, nos termos do parecer da Assessoria Jurídica (peça 54), a prescrição das referidas pretensões subjetivas desta Corte de Contas.

Isso porque, de acordo com a citada manifestação da AJCE, "Verifica-se dos autos o transcurso de prazo superior ao quinquenal entre os marcos interruptivos de 10/02/11 (pág. 29 da peça 29) e de 27/11/19 (pág. 76 da peça 29), o que enseja o reconhecimento da prescrição, nos moldes do art. 2º c/c inciso I do art. 6º da Resolução nº 10/23"

Assim, ocorreu a prescrição quinquenal das pretensões punitivas e ressarcitórias.

Todavia, conforme o próprio referido parecer salienta, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição das pretensões 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)."

Desse modo**, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório do Acórdão guerreado**, se limitando a pretensão punitiva e ressarcitória do Tribunal.

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

Quanto ao mérito, argumenta que os serviços foram adequadamente prestados, seguindo a exata dimensão e exigência do Termo de Referência anexo ao Contrato, em atenção e respeito ao interesse público. Entende que, em razão disso, o Poder Público deu regular aceite aos serviços, expedindo, inclusive, o Atestado de Capacidade Técnica demonstrando a regularidade da execução contratual.

Daí não ser aceitável a decisão de irregularidade dos atos praticados que, segundo argumenta, decorre do apego ao formalismo exacerbado, o que não se coaduna com o

princípio maior do direito administrativo do formalismo moderado, para finalizar que "*a irregularidade diagnosticada não tem cunho material em si; apenas formal...*"

Diante disso, requer o conhecimento de seu recurso com o acolhimento das suas razões, por caracterizada a prescrição administrativa no caso vertente e, caso assim não entendido, que seja revista a r. Decisão recorrida declarando-se a regularidade excepcional da execução do Contrato n° 004/SP-MO/2010 e acolhimento dos seus efeitos financeiros, mantendo-se a ausência de aplicação das sanções pertinentes aos servidores responsáveis.

Já o recurso Fazendário sustenta que a Origem orientou os responsáveis pela execução no sentido de atenderem as observações da Auditoria, sendo que algumas falhas foram sanadas, enquanto outras apresentavam caráter meramente formal. Segundo afirma, pequenas falhas ou inexecuções podem ser relevadas, estando ausente a comprovação de dolo ou má-fé.

Por isso, requer sejam julgados regulares os atos examinados, relevando-se as falhas apontadas, com a consequente reforma da r. Decisão recorrida e, caso este Tribunal assim não entenda, requer subsidiariamente a aceitação dos efeitos financeiros.

Quanto às alegações envolvendo o mérito, tratando-se de falhas constatadas pela Auditoria encerrando conteúdo eminentemente fático e técnico, não apresentaram as razões recursais elementos novos quaisquer, tão somente retomando considerações já apresentadas na instrução de primeira instância já amplamente analisadas pela área técnica deste Tribunal.

E como destacado pela Auditoria, a apresentação do Termo de Recebimento Definitivo não sana as irregularidades evidenciadas na fase de instrução processual, tampouco configura elemento que demande reanálise dos fatos.

Ante todo o exposto, devidamente processado o recurso "ex-officio" ante a necessidade do reexame necessário, decorrente de imposição regimental desta Corte de Contas, consoante dispõe o artigo 136, inciso V, e parágrafo único do art. 137 do seu regimento Interno, e atendidos os requisitos também regimentais quantos à sua admissibilidade, **CONHEÇO** dos Recursos Ordinários interpostos pela empresa F.M. Rodrigues & Cia Ltda. e pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM contra a r. Decisão Singular de peça 13, que julgou irregular a execução do Contrato nº 004/SPMO/2010, celebrado entre a Subprefeitura da Mooca e a empresa Recorrente, tendo por objeto a prestação de serviços de conservação de pavimentos viários – TAPA BURACO, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, por tonelada.

Preliminarmente, **RECONHEÇO**, nos termos do parecer da Assessoria Jurídica, acompanhada pela Secretaria Geral, a prescrição das pretensões **punitiva ou ressarcitória** desta Corte de Contas, para fins formais.

Quanto ao mérito, **NEGO PROVIMENTO** aos apelos por não trazerem aos autos elementos novos capazes de alterar a r. Decisão recorrida, como acima demonstrado, razão pela qual deverá ser mantida em todos os seus termos, por seus próprios e legítimos fundamentos.

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

Intime-se.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:44:34 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 894/2010

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 conhecidos 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 dolosos 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 Cons. Relator para conhecer dos trabalhos realizados nestes autos RECONHECENDO, quanto ao mérito, a incidência da prescrição nos presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal, com a extinção do feito e seu correspondente arquivamento, por entender que em razão do tempo

transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, me parecendo adequado aplicar, ao presente caso, o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023.

Outrossim**,** acompanho a Determinação quanto ao encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, com posterior arquivamento dos autos após as demais comunicações de praxe.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 10/10/2023 12:50:31 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo