ACO-UTR-508/2023

Processo	-	TC/002153/2002
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal e Construtora Progredior Ltda.
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 03/04/2019 – Secretaria Municipal de Educação e Construtora Progredior Ltda. – NE 60.99.015007-0 – Fornecimento e instalação de seis módulos pré-fabricados para salas em chapas de aço galvanizado para a Escola Municipal de Ensino Fundamental – Emef Cohab Jardim Antártida

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. SME. Fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados em chapas de aço galvanizado. Decisão que julgou irregular o ajuste por incompatibilidade de uso com o sistema de registro de preços. RESPONSABILIDADE. PRESCRIÇÃO. PUNIBILIDADE. 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 das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, 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, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, em conhecer dos recursos interpostos.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando o ressarcimento dos recursos determinado no Acórdão recorrido.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito declaratório, em negar-lhes provimento, uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar a decisão no V. Acórdão guerreado (peça 11 dos autos), mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, dado a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do relatório, voto e deste Acórdão à Contratada 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 09:30:05 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:49:16 -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 2153/2002 - Análise (Recurso)

Objeto: Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Construtora Progredior Ltda. interpostos em face do v. Acórdão de 03/04/2019 - Secretaria Municipal de Educação e Construtora Progredior Ltda. (NE 15007.0/1999) - Fornecimento e instalação de seis módulos pré-fabricados para salas em chapas de aço galvanizado à Escola Municipal de Ensino Fundamental – Emef Cohab Jardim Antártida (JT)

Interessada: Secretaria Municipal de Educação - SME

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

RELATÓRIO

de Empenho n° 60.99.015007-0, firmado entre a Prefeitura Municipal de São Paulo – PMSP, através da Secretaria Municipal de Educação - SME e a Construtora Progredior Ltda., para fornecimento e instalação de 06 módulos pré-fabricados para salas em chapa de aço galvanizado, na EMEF Castro Alves – DREM 3, com utilização da Ata de Registro de Preços nº 04/SME/98, com valor da referida NE de **R$ 207.512,54** (duzentos e sete mil, quinhentos e doze reais e cinquenta e quatro centavos), com vigência de 24.5.1999 a 22.6.1999.

Na Auditoria Técnica de Engenharia, indicada na peça 02, foi constatado, em síntese, as seguintes irregularidades:

Irregularidades	Valor
Serviços complementares medidos a maior	6.241,18
Serviços complementares medidos e não justificados	27.822,38
Especificações do módulo metálico não atendidas	18.822,26
Serviços complementares que não atenderam ao princípio da economicidade	3.933,61
Total (data-base: janeiro/97)	**56.819,43**

Ultimada a instrução do presente processo, foi prolatado o v. Acórdão de peça 09, em 03.4.2019 na 3.030ª Sessão Ordinária que, **à unanimidade**, julgou irregular a despesa analisada, com o seguinte teor:

*"**A C Ó R D Ã O***

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002435/2002 e TC/002153/2002, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

> ***ACORDAM*** *os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à* ***unanimidade****, de conformidade com o relatório e voto do Relator, preliminarmente, em afastar a arguição da contratada de nulidade do processo, uma vez que foi regularmente intimada para apresentar sua defesa, franqueando-se vistas de todo o processo, e que se impõe a aplicação do princípio "pas de nullité sans grief", não havendo demonstração de prejuízo pela parte.*
>
> *Vencido, em parte, o Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO que, consoante declaração de voto apresentada, acolheu a preliminar arguida por Ubiratan Galvão (fiscal da obra), para excluir sua responsabilidade.*
>
> ***ACORDAM****, ademais,* ***à unanimidade****, em julgar irregular a despesa analisada, na parcela glosada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, indicada nos autos.*
>
> ***ACORDAM****, ainda,* ***à unanimidade****, em determinar à Administração que adote as providências cabíveis visando ao ressarcimento ao erário, e que informe, conforme estipulação proposta pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, esta Corte de Contas,* ***no prazo de 60 (sessenta) dias****, acerca das medidas tomadas.*
>
> *Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, o Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO.*
>
> *Ausentou-se, momentaneamente, o Conselheiro EDSON SIMÕES.*
> *Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.*
> *Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de abril de 2019."*

Na atual fase processual, ocupa-se o presente processo da análise dos Recursos Ordinários interpostos pela **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM** (peça 24) e pela Construtora Progredior Ltda. (peça 25), ambos objetivando a reforma do v. Acórdão acima transcrito.

Em seu recurso, a **PFM** requer a reforma total do aludido Acórdão ante as seguintes razões:

> *"Com efeito, a Fazenda entende que a R. Decisão prolatada deva ser reformada integralmente, para o fito de que a despesa aqui examinada seja acolhida, ou, ao menos, no escopo de que a mesma reste parcialmente modificada, de sorte que os efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes dos atos praticados sejam recepcionados e reconhecidos, haja vista que os serviços em comento foram executados no ano de 1999, ou seja, há mais de 20 (vinte) anos.*
>
> *Trata-se, pois, de uma relação que se encontra completamente consumada no tempo, donde eventual recepção dos seus efeitos apenas e tão somente reconhecera uma situação fáctica real.*

Há pois razões, com todo o respeito, para que, ao menos, sejam aceitos os mencionados efeitos financeiros, na medida que tal decisão se mostra em perfeita consonância com os principias da estabilização das relações entre as partes e da segurança jurídica no tempo.

Como cediço, por força do duplo grau de jurisdição e do princípio devolutivo, os judiciosos esclarecimentos, justificativas e documentos colacionados pelos responsáveis legais e pela Origem, quando da devida instrução em primeira instância, merecem ser novamente sopesados pelos Nobres Conselheiros.

Considerando que toda a matéria em debate será devolvida ao conhecimento e à análise desses Nobres Conselheiros, pedimos venha para reiterar nestas razões recursais o posicionamento desta Procuradoria quando do exame deste processado em primeiro grau.

A nosso ver, Nobres Conselheiros, os atos sob exame devem ser considerados plenamente válidos e eficazes entre as partes, bem como em face de terceiros de boa fé.

Tal assertiva leva em conta a premissa de que ditos serviços foram contratados e efetivamente prestados á época donde ter sido correto o pagamento dos mesmos pela Origem.

Ora, o agente responsável deve sempre orientar-se pelo espírito da lei, de sorte que seus atos, em atenção ao princípio da razoabilidade, estejam de acordo com o primado do interesse público.

Portanto, cabe ao administrador ponderar acerca da melhor atitude a tomar, agindo com zelo e cautela, evitando que determinados atos acarretem prejuízos ao erário.

Não foi outra a situação vivenciada pela Administração, ao teor dos judiciosos esclarecimentos, justificativas e documentos carreados aos presentes autos, como se vê da instrução probatória havida em primeira instância.

De outra parte, em nenhum momento negou-se a existência de determinadas impropriedades, as quais, todavia não tisnaram a contratação como um todo.

A este propósito, quando das intervenções desta Procuradoria Fazendária, ainda em primeiro grau tivemos a oportunidade de fundar nosso posicionamento nos subsídios que foram trazidos pela Origem, os quais abordaram todos os pontos questionados pelos Órgãos Técnicos dessa E. Corte.

Note-se que a premissa básica a orientar corretamente - o agir da Administração era de que o ajuste sob exame se revestia de manifesto interesse público - serviços de fornecimento e instalação de módulos escolares - donde o seu adimplemento deveria ser perseguido, haja vista o caráter indispensável do mesmo.

Nestas circunstâncias, cabia aos gestores adotar as medidas que se faziam cabíveis e possíveis ria espécie, no escopo de que os serviços contratados fossem efetivamente prestados e executados. Em síntese, os responsáveis pelos atos examinados esclareceram que procederam nos conformes da legislação, de modo a preservar o interesse público, haja vista que os serviços eram absolutamente relevantes.

A nosso ver, Nobres Conselheiros Julgadores, o exame de um ajuste contratual deve ser feito com os devidos temperamentos, devendo o intérprete e julgador prestigiar o interesse público, e, sempre que for possível, relevar falhas menores que não tenham prejudicado o escopo pretendido.

Não se constatando, pois, a existência de vícios gravíssimos e tampouco prejuízos concretos ao erário, parece-nos de todo pertinente que se declare a regularidade dos atos tidos por bons, com amparo rio princípio da razoabilidade.

É o que se infere de toda a prova colhida nestes autos, havendo fundamentos a amparar o presente apelo, no escopo de que se verifique a reforma integral ou parcial do julgado.

Isto posto, esta Procuradoria da Fazenda, ora recorrente, eleva ao descortino desses Nobres Conselheiros o pleito de que o presente recurso seja conhecido e provido, nos exatos termos e conformes destas razões, para o fito de que, em sede de revisão, a R. Decisão prolatada venha a ser reformada integralmente, de sorte que o Ato Determinativo de Despesa aqui examinado seja tido por regular, e, via de consequência, reste acolhido.

Tal pedido se funda na circunstância de que todas as impropriedades havidas, salvo melhor juízo, foram apenas e tão somente formais, podendo ser relevadas.

Não obstante, ainda que assim não entendam Vs Exas.. o que se admite tão somente para argumentar, requer a Fazenda, ao menos, o provimento parcial deste apelo, no escopo de que seja reformada em parte a R. Decisão havida, de modo que esses Nobres Conselheiros reconheçam e recepcionem os efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes dos atos praticados.

Com efeito, tal pleito subsidiário leva em conta o fato de que, ao longo de toda a instrução probatória não restou demonstrada, de forma inequívoca e cabal, a existência de um dano concreto à Administração. É dizer: não houve a comprovação de que tenha ocorrido um efetivo prejuízo ao erário, não se constatando também dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos responsáveis.

Ademais, como já dito, tais serviços foram contratados, executados e pagos em 1999, ou seja, há mais de 20 (vinte) anos.

Nestas circunstâncias, pensa esta Procuradoria que a decisão de aceitar os chamados efeitos financeiros e patrimoniais, com o devido respeito àqueles que divergem, apenas

e tão somente prestigiará os princípios da estabilização das relações entre as partes e da segurança jurídica, mormente quando se observa o longo tempo já transcorrido."

Já a empresa recorrente, **Construtora Progredior Ltda**., desenvolveu suas razões recursais (peça 25) sustentando em preliminar que a sua intimação tardia para ingressar nos autos lhe causou prejuízo, já que os laudos e relatórios técnicos foram produzidos em 2003, ou seja, 04 (quatro) anos antes da sua intimação. E que o prejuízo que lhe foi causado pela intimação tardia é de ordem financeira, atingindo sua esfera patrimonial, uma vez que a impossibilidade de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa, especialmente mediante a adequada produção de provas, fez com que a despesa analisada fosse considerada irregular, sendo atribuída à Recorrente a responsabilidade pelo ressarcimento ao erário.

Acrescentou que diversos argumentos expostos no mérito de sua defesa não foram apreciados por esta E. Corte de Contas, quais sejam: serviços complementares medidos a maior; serviços complementares medidos e não justificados; especificações do módulo metálico não atendidas; e serviços complementares que não atenderam ao princípio da economicidade.

Sustenta que tais questões fáticas não foram minimamente analisadas, desrespeitando o princípio da motivação dos atos administrativos, já que os Nobres Conselheiros adotaram o entendimento consolidado por esta E. Corte de Contas sobre o alegado desvirtuamento de todas as Atas de Registro de Preços para execução de Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMEF) que a Municipalidade celebrou com diversas empresas, entre elas a da Recorrente, assim como foram adotados os precedentes constantes nos autos dos TCs n° 7.756/1999, n° 7.846/1999 e n° 5.333/2002, que não contaram com a sua participação.

Diante disso, requer a empresa Recorrente seja conhecido e provido seu recurso a nulidade da r. decisão recorrida, a fim de que todos os argumentos deduzidos em sua defesa sejam devidamente analisados e acolhidos para que a nova decisão a ser proferida julgue regular a despesa analisada e afaste definitivamente a determinação de ressarcimento ao erário municipal. Que a anulação da r. decisão ocorra desde o início, em razão da manifesta violação ao direito do contraditório e da ampla defesa em todas as etapas do processo.

Subsidiariamente, na hipótese de não ser provido o presente recurso para anular o processo, requer a anulação da r. Decisão recorrida por falta de fundamentação e violação ao princípio da motivação dos atos administrativos, devendo ser apreciados todos os argumentos deduzidos em sua defesa.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos com a seguinte análise sobre as razões recursais (peça 43):

*"**I – Da ausência de intimação dos Interessados acerca do r. Decisum**.*

Na devida análise dos autos, verifica-se que: - o Sr. Jair Militão da Silva, na qualidade de Superintendente de Educação - SUPEME, à época, ordenador de despesa; e o Sr. Ubiratan Galvão, na qualidade de Engenheiro Civil responsável pela fiscalização da

obra, apesar de terem sido devidamente intimados para prestar seus esclarecimentos na fase da instrução processual, os mesmos não foram intimados para conhecimento do quanto deliberado na R. Decisão proferida às fls.452/452vº.

Como é sabido, diante da constatação de uma irregularidade e/ou ilegalidade de ato ou contrato administrativo, a intimação do Interessado deverá ser pessoal para conhecimento e oportunidade de apresentar sua defesa, antes de sofrer as consequências do efetivo julgamento.

Nesse sentido, os incisos I e II, do artigo 118, do Regimento Interno desta Corte, assim dispõem:

> **Art.118 –** Será pessoal a intimação do responsável, sempre que possível, nas seguintes hipóteses:
>
> **I –** para tomar conhecimento do processo em que esteja envolvido, a fim de apresentar defesa, dentro do prazo de 15 dias, e acompanhar a sua tramitação;
>
> **II -** para ciência da decisão em que tenha sido condenado;

Assim, tendo em vista que as irregularidades dos ajustes podem afetar a esfera de direitos dos servidores responsáveis, e consoante dispõem os incisos I e II, do artigo 118 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas, entendo, s.m.j., que deve ser realizada a intimação dos Interessados, isso para que não ocorra, futuramente, a alegação de que não lhes foram concedidos os seus direitos ao contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, uma vez garantido aos Interessados o seu direito de recorrer da R. Decisão de fls.452/452vº, entendo, s.m.j., que os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório serão cumpridos.

***II – Da admissibilidade do recurso**.*

*No que tange à admissibilidade dos recursos ordinários interpostos pela **Procuradoria da Fazenda Municipal**, e pela **Construtora Progredior Ltda.**, entendo, s.m.j., que encontram-se em condições de serem conhecidos, tendo em vista o cumprimento do estabelecido no artigo 119 e artigo 138 e seguintes do Regimento Interno, bem como do artigo 46 da Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas.*

***III – Da inobservância ao princípio do contraditório e da ampla defesa**.*

Em seu recurso, a Construtora Progredior Ltda. abordou, preliminarmente, a não observação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, alegando que, na fase de instrução processual, não teve a oportunidade de se manifestar explicitamente sobre os fatos supostamente entendidos como irregulares.

Acrescentou, ainda, que a sua intimação para ingressar nos autos ocorreu de forma tardia, lhe causando prejuízo, já que os laudos e relatórios técnicos foram produzidos em 2003, ou seja, 4 anos antes da sua intimação. Por tais razões, requer que o processo

seja anulado desde o início, para que então possa exercer o seu direito ao contraditório e a ampla defesa em todas as etapas do processo.

Contudo, não procede tal pleito, tendo em vista que não houve qualquer espécie de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois a empresa Recorrente não só foi intimada na fase da instrução processual, fl.239, como também apresentou a sua Defesa nos autos, às fls.258/293.

Ademais, mesmo que sua intimação tenha sido realizada quando os ***Órgãos Técnicos*** *já haviam se pronunciado nos autos, vale destacar que após a juntada de sua Defesa, às fls.258/293, houve o pronunciamento de* ***AUD****, às fls.329/351, bem como da* ***AJCE****, às fls.379/390, da* ***Fazenda****, às fls.392/406, e da* ***SG****, às fls.408/413, não ocasionando, dessa forma, qualquer espécie de prejuízo quanto à sua alegação de "intimação tardia".*

Sobre esse assunto, o Voto do ***Nobre Conselheiro Maurício Faria****, às fls. 449/450, acompanhado, à unanimidade, pelos demais Conselheiros, muito bem retratou as reais circunstâncias que o levaram a afastar a alegação da* ***Construtora Progredior Ltda****. de nulidade do processo, acerca do argumento de que não participou desde o início do feito, nem da tramitação do TC 7.756.99-84, devendo ser mantido o entendimento exarado pelos Nobres Conselheiros, conforme segue:*

> Inicialmente, afasto a preliminar da contratada de nulidade do processo, ao argumento de que não participou desde o início do feito nem da tramitação do TC 7.756.99-84.
>
> Anoto, nesse particular, que a Contratada foi regularmente intimada para apresentar sua defesa, franqueando-se vistas de todo o processo, desde seu início, de modo que teve pleno acesso às análises técnicas produzidas, documentos juntados, podendo, a partir de seu ingresso nos autos, produzir toda e qualquer prova que fosse importante à sua defesa, inclusive contraprova técnica, inexistindo, portanto, a demonstração de qualquer prejuízo decorrente do alegado. Ressalto que, no decorrer da instrução, todos os seus pedidos de vistas dos autos foram prontamente deferidos por esta Relatoria, para ciência das manifestações consignadas após a juntada de sua defesa, e eventual manifestação.
>
> Impõe-se, portanto, no caso concreto, a aplicação do princípio "pas de nulitè sans grief"**,** conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça[1], dada a falta de demonstração de prejuízo pela parte.

Por tais razões, entendo, s.m.j., que deve ser afastada a alegação da ***Recorrente*** *de nulidade, já que nitidamente não restou demonstrado nos autos a inobservância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.*

IV – Do mérito.

Quanto ao mérito, passo a opinar sobre os argumentos alegados pelos ***Recorrentes****, senão vejamos:*

[1] **Recurso Especial nº 1.084.440 – RJ (2008/0188377-0) Relator Min. Castro Meira.**

Como já esclarecido no preâmbulo desta manifestação, as razões recursais se insurgem contra o V. Acórdão de fls.452/452vº, que ***julgou irregular a despesa analisada****, na parcela glosada pela* ***SFC****, indicada nos autos, bem como determinou que a* ***Administração*** *adote as providências cabíveis visando o ressarcimento ao erário.*

Não obstante as justificativas apresentadas pelos ***Recorrentes****, insta consignar que as razões sustentadas não justificaram as graves falhas constatadas pelo* ***Órgão Técnico*** *e que levaram à irregularidade do ajuste examinado.*

- Da ofensa ao princípio da motivação alegado pela Construtora Progredior Ltda.

Conforme acima mencionado, todos os ***Órgãos Técnicos desta E. Corte de Contas*** *se pronunciaram sobre a Defesa apresentada pela empresa contratada, ocasião em que foram debatidas todas as questões de mérito elencadas pela* ***Recorrente****. Apesar disso, as conclusões de* ***AUD****, da* ***Assessoria Jurídica de Controle Externo*** *e da* ***Secretaria Geral*** *foram unânimes quanto a opinar pela irregularidade do ajuste.*

Ademais, ***os fundamentos atinentes aos precedentes jurisprudenciais: TCs 7.756.99-84, 7.846.99-75 e 5.335.02-22****, invocados pelo* ***Nobre Conselheiro Maurício Faria, atendem plenamente o princípio da motivação****, tendo em vista que os referidos julgados tratam da utilização das Atas de Registro de Preços, como a que se analisa no presente processo, e no qual restou entendido que a utilização da mesma para execução de escolas novas não atende à legislação pertinente à matéria, motivo pelo qual os* ***Nobres Conselheiros*** *se reportaram àqueles julgados.*

Como se não bastasse às jurisprudências mencionadas, vale destacar que o Voto proferido pelo ***Nobre Conselheiro Maurício Faria****, às fls.449/450, que acompanhado, à unanimidade, pelos demais Conselheiros, muito bem retratou as reais circunstâncias que o levaram a julgar irregular o ajuste, conforme segue:*

> Quanto ao mérito, **a questão tratada nestes autos já foi enfrentada diversas vezes por este Tribunal, quando se consolidou o entendimento de que a forma de utilização das Atas de Registro de Preços para a execução de Escolas Municipais de Ensino Fundamental – EMEF, através do fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados em chapas de aço galvanizado, refletiu verdadeiro desvirtuamento de seu objeto, vez que a execução dos contratos efetivou-se em dissonância com as especificações técnicas constantes do edital, ou, ainda, visaram a implantação de novas escolas completas, conforme constatado pela Unidade Técnica de Engenharia, em minuciosos relatórios constantes dos processos, incompatível com o Sistema de Registro de Preços.**
>
> **Nessa medida, o julgamento no sentido da irregularidade das ações perpetradas pela Administração se impõe, em que pese a alegação, pela Origem, da necessidade de realização de "obras de emergência" para minimizar o déficit de salas de aula em relação ao número de matrículas, à época dos fatos.**
>
> **Diante do exposto, e aqui invocando o precedente jurisprudencial constante dos TCs 7.756.99-84, 7.846.99-75 e 5.335.02-22, cuja íntegra de meu voto proferido em tal ocasião agrego ao presente como razões de decidir, JULGO IRREGULARES as despesas analisadas, nas parcelas glosadas pela auditoria e indicadas em cada um dos processos, determinando à**

Administração que adote as providências cabíveis visando o ressarcimento ao erário. (grifo nosso)

Por tais razões, não vislumbro, s.m.j., qualquer espécie de afronta ao princípio da motivação na fundamentação constante no Voto proferido pelo ***Nobre Conselheiro Maurício Faria****, bem como no V. Acórdão recorrido, tendo em vista que ficou muito bem esclarecido o entendimento consolidado por esta E. Corte de Contas de que a forma de utilização das Atas de Registro de Preços para a execução de* ***Escolas Municipais de Ensino Fundamental – EMEF****, através do fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados em chapas de aço galvanizado, refletiu verdadeiro desvirtuamento de seu objeto, vez que a execução dos contratos efetivou-se em dissonância com as especificações técnicas constantes do edital, ou, ainda, visaram a implantação de novas escolas completas, conforme constatado pela* ***Unidade Técnica de Engenharia****, em minuciosos relatórios constantes dos processos, sendo incompatível com o Sistema de Registro de Preços.*

- Das demais questões abordadas.

Quanto aos demais argumentos alegados pelos ***Recorrentes****, entendo, s.m.j., que não trouxeram aos autos elementos suficientes para propiciar o provimento do recurso ou, em última forma, alterar o V. Acórdão guerreado.*

V – Conclusão

Desta feita, opino, s.m.j., pelo conhecimento dos recursos interpostos, por serem tempestivos e preencherem os pressupostos de admissibilidade, devendo ser afastada a alegação preliminar de nulidade do processo devido à inobservância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao mérito, opino, s.m.j., pelo improvimento dos recursos interpostos, mantendo-se o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com as considerações acima destacadas e sem prejuízo das recomendações que o Nobre Conselheiro entender cabíveis.

No mais, conforme já exposto, vale destacar que devem ser realizadas as intimações do ***Sr. Jair Militão da Silva****, e do* ***Sr. Ubiratan Galvão****, isso para que não ocorra, futuramente, alegação de que não lhes foram concedidos os seus direitos ao contraditório e a ampla defesa."*

Devidamente intimados/oficiados, o Sr. Jair Militão da *no artigo 119 e artigo 138 e seguintes do Regimento Interno, bem como do artigo 46 da Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas.*Silva e o Sr. Ubiratan Galvão, deixaram, no entanto, transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (peças 46, 47 e 51).

A **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** (peça 54), requereu que os recursos ordinários interpostos fossem conhecidos e providos.

A **Secretaria Geral – SG** emitiu seu parecer com a conclusão seguinte (peça 56):

*"**Admissibilidade***

Quanto à admissibilidade dos Recursos Ordinários, entendo, que encontram-se em condições de serem conhecidos, tendo em vista o cumprimento do estabelecido no artigo 119 e artigo 138 e seguintes do Regimento Interno, bem como do artigo 46 da Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas.

Da Preliminar de inobservância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, alegada pela Construtora Progredior Ltda.

*Conforme amplamente analisado pela AJCE, a qual acompanho, deve ser afastada a alegação da Recorrente (**Construtora Progredior Ltda**.), já que não restou demonstrado nos autos a inobservância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.*

***Da documentação encaminhada pela Secretaria Municipal da Educação**.*

A Secretaria Municipal da Educação, à fl.526, apenas informou que as medidas para ressarcimento ao erário não podem ser efetivadas devido ao Recurso Ordinário interposto pela Construtora Progredior Ltda., de modo que o presente processo ainda não transitou em julgado.

Assim sendo, entendo, que referida manifestação não deva ser recebida como "Recurso Ordinário".

Mérito

Primeiramente, entendo que os argumentos trazidos à baila pelos recorrentes, nos leva a inferir na mera repetição de elementos outrora analisados e já considerados na fase instrutória e na r. decisão de fls.

Além disso, cabe repisar, que todos os Órgãos Técnicos desta E. Corte de Contas se pronunciaram sobre a Defesa apresentada pela empresa contratada, sendo unânimes quanto a opinar pela irregularidade do ajuste.

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.

Assim sendo, acompanhamos a AJCE, por também entender que os recorrentes não trouxeram nenhum novo elemento hábil a alterar a Decisão de fls.

Por todo o exposto, opino pelo conhecimento dos presentes recursos, eis que atendidos seus requisitos regimentais, devendo ser afastada a alegação preliminar de nulidade do processo devido à inobservância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, e quanto ao mérito, pelo desprovimento destes, mantendo-se irretocável o r. decisum de fls."

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 63), 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 fase processual, o presente TC se ocupa da análise do **Recurso** interposto por José Maria da Costa Orlando, ex-Secretário - Adjunto de Saúde do Município de São Paulo (SMS) e Henriqueta Aparecida Amora Norcia, ex-Coordenadora do Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde da Secretaria da Saúde - NTCSS-SMS-G, visando a reforma do Acórdão que à unanimidade, julgou irregular**,** no período analisado, a Execução do Contrato de Gestão 19/2009, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde – SMS e a Fundação Instituto de Pesquisa e Estudo de Diagnóstico por Imagem – FIDI.

Por maioria**,** reconheceu o v. Acórdão os efeitos financeiros do ajuste e, **à unanimidade**, e, considerando a gravidade dos conteúdos enfrentados, decidiu aplicar a cada um dos agentes responsáveis **multa** no valor de R$ 740,64 (setecentos e quarenta reais e sessenta e quatro centavos), com fundamento no disposto do artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Insurgem-se os Recorrentes contra o aludido v. Acórdão sustentando, em essência, que a formalização do presente Contrato possui justificativa legal, eis que visa atender à necessidade de rápida solução para a prestação dos serviços essenciais à saúde do Município de São Paulo, o que se deu por meio de contratação de organização que dispunha de excelência e capacitação técnica, além de histórico de serviços relevantes ao Município.

E que as irregularidades encontradas são relativas a falhas formais eventuais, que não puseram em dúvida a efetiva execução dos serviços, nem a eventual descumprimento das metas ou dos resultados do Contrato de Gestão nº 19/2009.

Sobre a terceirização de serviços, alegam os Recorrentes que não podem ser penalizados por atos que jamais concorreram para sua ocorrência, ainda mais quando não chegam a configurar terceirização da atividade-fim de "planejamento, ordenação coordenação e provisão dos serviços de diagnóstico por imagem".

Com relação à ausência de controle mensal dos repasses, os Recorrentes alegaram que os Órgãos Técnicos desta Egrégia Corte de Contas não noticiaram prejuízo ao serviço público, nem ao erário, demonstrando, assim a regularidade do ato.

Referente ao atraso nos repasses efetuados pela Secretaria de Saúde, atribuem a responsabilidade à Secretaria Municipal de Finanças, que liberava as cotas trimestralmente ao invés de fazer o repasse anual em uma única parcela, não podendo serem responsabilizados.

Sustentam os Recorrentes a aplicabilidade do art. 69, § 5º da Lei Federal 13.019/14 a este caso, pedindo o reconhecimento da regularidade com ressalvas, e que as decisões administrativas devem ser analisadas pelos órgãos controladores e judiciais não com base em valores jurídicos abstratos, merecendo ser objeto de apreciação criteriosa à luz das consequências práticas dessas decisões, ante o que estabelece o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB[2].

Pleiteiam, assim, a reforma da v. Acordão recorrido para que seja declarada a regularidade da execução do contrato, com ressalvas, com o afastamento da multa aplicada.

Sintetizada as razões recursais, é caso de primeiramente enfrentar a questão da prescrição.

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

[2] **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.

> "*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.*"[3]

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*."[4]

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."*[5]

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.*"[6] 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*

---

[3] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[4] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[5] 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.
[6] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620

> *normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)"*[7]

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

[7] 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[8], 897[9], 899[10] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

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

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.)

---

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

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[11], com efeito *erga omnes,*

[11] 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

que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

Antes da referida ADI a jurisprudência do STF já vinha se posicionando neste sentido como pode se verificar dos precedentes colacionados abaixo:

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da 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.

---

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)

> 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 nº5.509, 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.

A AJCE em sua manifestação (peça 63) dispôs que *"Verifica-se dos autos o transcurso de prazo superior ao quinquenal entre os marcos interruptivos de 06/02/04 (pág. 226 da peça 58) e de 03/04/19 (pág. 597 da peça 58), o que enseja o reconhecimento da prescrição, nos moldes do art. 2º1 c/c inciso I do art. 6º2 da Resolução nº 10/233 e inciso I do art. 3º4 c/c o art. 6º5 da Ordem Interna SG/GAB nº 07/23."*

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)."

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

Ante o exposto, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, **CONHEÇO** dos Recursos interpostos.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **afastando o ressarcimento dos recursos determinado no Acórdão recorrido**.

Quanto ao **mérito declaratório**, **NEGO-LHE PROVIMENTO** uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar a decisão no v. Acórdão guerreado (peça 11), **mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, dado a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas**.

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 14:44:44 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 2153/2002

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 12:50:39 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Processo - TC/002153/2002
Contratante - Secretaria Municipal de Educação
Contratada - Construtora Progredior Ltda.
NE - 15007.0/1999 R$ 207.512,54
Objeto - Fornecimento e instalação de seis módulos pré-fabricados para salas em chapas de aço galvanizado à Escola Municipal de Ensino Fundamental – Emef Cohab Jardim Antártida

3.030ª Sessão Ordinária

ANÁLISE. NOTA DE EMPENHO. SME. Fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados em chapas de aço galvanizado. EMEF Cohab Jardim Antártida. Preliminar de nulidade afastada. Utilização incompatível com o Sistema de Registro de Preços. Precedentes. IRREGULAR. DETERMINAÇÃO de ressarcimento ao Erário. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002435/2002 e TC/002153/2002, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, preliminarmente, em afastar a arguição da contratada de nulidade do processo, uma vez que foi regularmente intimada para apresentar sua defesa, franqueando-se vistas de todo o processo, e que se impõe a aplicação do princípio "pas de nullité sans grief", não havendo demonstração de prejuízo pela parte.

Vencido, em parte, o Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO que, consoante declaração de voto apresentada, acolheu a preliminar arguida por Ubiratan Galvão (fiscal da obra), para excluir sua responsabilidade.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em julgar irregular a despesa analisada, na parcela glosada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, indicada nos autos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Administração que adote as providências cabíveis visando ao ressarcimento ao erário, e que informe, conforme estipulação proposta pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, esta Corte de Contas, **no prazo de 60 (sessenta) dias**, acerca das medidas tomadas.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, o Conselheiro Substituto CARLOS MACRUZ FILHO.

Ausentou-se, momentaneamente, o Conselheiro EDSON SIMÕES.
Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.
Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de abril de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

/amc

Segue (m), juntada (s) nesta data, ___ folha (s) para informação / documento (s) rubricado (s) sob fl (s).
Nº(s) _____ em ____/____/____ Ass._____

Processos TCs nºs : 72.002.435.02-60 e 72.002.153.02-09

Interessados : SME

CONSTRUTORA PROGREDIOR LTDA.

Assunto : fornecimento de módulos metálicos pré-fabricados para ampliação de salas de aula de escolas municipais

Escolas de Lata. Ata de Registro de Preços para serviços de engenharia. Utilização Indevida em fase de execução contratual. Irregularidade. Despesas Específicas.

Egrégio Plenário,

*Trago a julgamento Atos Determinativos de Despesas (NEs 60.99.015007.0 e 60.98.043051.0) firmados a partir da utilização da **Ata de Registro de Preços nº 4/SME/98**, no âmbito da Secretaria Municipal da Educação - SME, cuja detentora é a empresa Construtora Progredior Ltda., para execução de Escolas Municipais de Ensino Fundamental – EMEF, através do fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados em chapas de aço galvanizado.*

*Nos processos em exame **(TCs 72.002.435.02-60 e 72.002.153.02-09)**, a Auditoria manifestou-se pela irregularidade dos ajustes no seu aspecto formal, considerando a utilização imprópria de Ata de Registro de Preços, bem como por terem utilizado dotação orçamentária incorreta.*

No aspecto técnico, manteve também conclusão pela irregularidade, invocando parecer da então existente AT-Engenharia constantes dos autos do **TC 7.756.99-84**, conclusivo no sentido de que a utilização de Ata de Registro de Preços para a execução de novas escolas não atendeu à legislação pertinente à matéria, pelas razões que passo a relatar de forma sucinta, considerando já ter sido amplamente exposta neste Plenário:

a) a implantação de escola completa não estava prevista no escopo da Ata, infringindo, portanto, o art. 54, §1º da Lei 8666/93;

b) nos casos concretos, por consequência da má utilização de Atas de Registro de Preços, houve serviços complementares medidos a maior; serviços medidos e não justificados; serviços complementares que não atenderam ao princípio da economicidade;

c) não houve atendimento às especificações técnicas com relação aos módulos contratados.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, instada a se manifestar em cada um dos processos, acompanhou os órgãos técnicos preopinantes quanto à irregularidade de cada uma das despesas examinadas, concluindo que a utilização indevida da ARP feriu a legislação que regula a matéria, além de subsistir irregularidade jurídica no que toca à ausência de contrato e de pesquisa de mercado.

Apresentadas as razões de defesa pelos interessados, os órgãos técnicos desta Casa ratificaram seus posicionamentos iniciais.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, ponderou que o módulo metálico fora efetivamente implantado, sempre em condições adversas, e que nas impropriedades apontadas não se vislumbrou dolo ou má fé na conduta dos responsáveis.

Por fim, a Secretaria Geral, na esteira das manifestações unânimes dos órgãos técnicos, também opinou pela irregularidade do ajuste.

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, afasto a preliminar da contratada de nulidade do processo, ao argumento de que não participou desde o início do feito nem da tramitação do TC 7.756.99-84.

Anoto, nesse particular, que a Contratada foi regularmente intimada para apresentar sua defesa, franqueando-se vistas de todo o processo, desde seu início, de modo que teve pleno acesso às análises técnicas produzidas, documentos juntados, podendo, a partir de seu ingresso nos autos, produzir toda e qualquer prova que fosse importante à sua defesa, inclusive contraprova técnica, inexistindo, portanto, a demonstração de qualquer prejuízo decorrente do alegado. Ressalto que, no decorrer da instrução, todos os seus pedidos de vistas dos autos foram prontamente deferidos por esta Relatoria, para ciência das manifestações consignadas após a juntada de sua defesa, e eventual manifestação.

Impõe-se, portanto, no caso concreto, a aplicação do princípio "pas de nulitè sans grief", conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça[1], dada a falta de demonstração de prejuízo pela parte.

Quanto ao mérito, a questão tratada nestes autos já foi enfrentada diversas vezes por este Tribunal, quando se consolidou o entendimento de que a forma de utilização das Atas de Registro de Preços para a execução de Escolas Municipais de Ensino Fundamental – EMEF, através do fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados em chapas de aço galvanizado, refletiu verdadeiro desvirtuamento de seu objeto, vez que a execução dos contratos efetivou-se

[1] Recurso Especial nº 1.084.440 – RJ (2008/0188377-0) Relator Min. Castro Meira

em dissonância com as especificações técnicas constantes do edital, ou, ainda, visaram a implantação de novas escolas completas, conforme constatado pela Unidade Técnica de Engenharia, em minuciosos relatórios constantes dos processos, incompatível com o Sistema de Registro de Preços.

Nessa medida, o julgamento no sentido da irregularidade das ações perpetradas pela Administração se impõe, em que pese a alegação, pela Origem, da necessidade de realização de "obras de emergência" para minimizar o déficit de salas de aula em relação ao número de matrículas, à época dos fatos.

Diante do exposto, e aqui invocando o precedente jurisprudencial constante dos TCs 7.756.99-84, 7.846.99-75 e 5.335.02-22**, cuja íntegra de meu voto proferido em tal ocasião agrego ao presente como razões de decidir,** JULGO IRREGULARES **as despesas analisadas, nas parcelas glosadas pela auditoria e indicadas em cada um dos processos, determinando à Administração que adote as providências cabíveis visando o ressarcimento ao erário.**

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 03 de abril de 2019.

MAURICIO FARIA

Conselheiro

Assinado Digitalmente pelo sistema e-TCM -**MAURICIO FARIA PINTO - 08/04/2019 16:03:57**
Para validar essa(s) assinatura(s) acesse https://portalassinatura.tcm.sp.gov.br e insira o codigo - BB6F766F3EF30B14D21136BE3B18493E

I - TC nº 2435/2002

Interessados: Secretaria Municipal de Educação e Construtora Progredior Ltda.

Objeto: Nota de Empenho nº 60.99.043051-0. Fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados para salas em chapas de aço galvanizado.

II - TC nº 2153/2002

Interessados: Secretaria Municipal de Educação e Construtora Progredior Ltda.

Objeto: Nota de Empenho nº 60.99.015007-0. Fornecimento e instalação de módulos pré-fabricados para salas em chapas de aço galvanizado.

Relator: **Conselheiro MAURÍCIO FARIA**

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho o Relator, acrescentando, porém, que ACOLHO a preliminar arguida por Ubiratan Galvão (fiscal da obra) nos 2 TCs, para excluir sua responsabilidade e o

faço para manter consonância com os votos proferidos nos TCs englobados nºs 6.417/1999, 6.418/1999, 2.359/2002, 2.444/2002, 3.905/2002 e 4.431/2002 que, em situação análoga a esta, entenderam que a responsabilidade se restringia aos titulares da SME e da Superintendência Municipal de Educação à época, decorrendo, ademais, da implementação de política de governo.

TCM, 04 de abril de 2019.

CARLOS MACRUZ FILHO
Conselheiro Substituto

TPF/smbp

Segue (m), juntada (s) nesta data, ___ folha (s) para informação / documento (s) rubricado (s) sob fl (s).

Nº(s) _____ em ____/____/____ Ass._____