ACO-UTR-384/2024

Processo	-	TC/002730/2004
Embargante	-	São Paulo Transporte S.A.
Objeto	-	Embargos de declaração opostos em face do V. Acórdão de 11/09/2019 – Recurso da São Paulo Transporte S.A. interposto em face do V. Acórdão de 04/03/2015 – São Paulo Transporte S.A. e Construtora Simioni Viesti Ltda. – Contrato 2003/112 – Prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no Corredor de Ônibus Ibirapuera/Itapecerica

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SPTRANS. Serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva. Opostos em face da decisão que julgou irregular o contrato. 1. Do marco interruptivo consubstanciado no parecer da Auditoria, até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram-se mais de cinco anos. Art. 2º, art. 5º, II e IV e art. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. 2. 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, 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 sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso, visto que estão presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, e, no mérito, em negar-lhe provimento, mantendo-se, integralmente, o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão 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 destes autos.

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

São Paulo, 22 de novembro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 10:16:09 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:10:59 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

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

PLENO

TC 2.730/2004 - **Embargos de Declaração**

Objeto: prestação de serviços técnicos de engenharia civil corretiva e preventiva no corredor de ônibus Ibirapuera/Itapecerica.
Interessados: São Paulo Transportes
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

Relatório

Cuida o presente processo, nesta fase recursal, dos **Embargos de Declaração** opostos pela **São Paulo Transporte S/A – SPTrans**, em 10/03/2022 (peça 36 e fls. 556/563 - peça 40) em face do v. Acórdão prolatado em 11/09/2019 (peça 20 e fls. 540/540v - peça 40), que negou provimento ao apelo então interposto pela ora Embargante, mantendo-se os termos do Aresto recorrido, de 04/03/2015 (peça 11 e fls. 435/436 da peça 40), que julgou irregular o Contrato 2003/112, com aceitação dos efeitos financeiros, consoante assim deliberado:

> **1º Julgado:**
> *"**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, nos termos do voto proferido em separado, ROBERTO BRAGUIM, consoante declaração de voto apresentada, votando o Conselheiro Vice-Presidente EDSON SIMÕES, no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Contrato 2003/112, especialmente em face da incompatibilidade de seu objeto com aquele constante da ata de registro de preços que lhe serviu de suporte, sendo que o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM julgou irregular o ajuste, diante da ausência de autuação de processo administrativo por parte da São Paulo Transporte S.A., falha essa de caráter prejudicial e que tem sido constatada em outros julgamentos.*
> *(...)*
> ***ACORDAM,** ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor e JOÃO ANTONIO, em aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos pelo ajuste, tendo em vista a ausência nos autos de demonstração de prejuízo." (...)*

Por sua vez, o **Acórdão embargado,** exarado em 11/09/2019 (3.057ª Sessão Ordinária - peça 20), conheceu do recurso ordinário e, no tocante ao mérito, decidiu nos seguintes termos (2º Julgado):

> *"**ACORDAM**, ainda, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI, em negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra o V. Acórdão recorrido, nos termos em que foi proferido.*
> *(...)".*

Devidamente intimados do 2º Julgado, a Contratada e os agentes responsáveis não se manifestaram, enquanto a SPTrans, mediante seus embargos declaratórios, objetiva suprir a alegada omissão do Acórdão, o qual, no seu entender, teria desconsiderado os seguintes pontos:

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

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

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

> *"No Acórdão que ora se respeitosamente combate, os argumentos da SPTrans foram ignorados pelo Relator, cuja decisão foi pautada pelo posicionamento da Auditoria de que a SPTrans não teria trazido novos argumentos capazes de dissuadi-la e de que o mero acolhimento da Concorrência nº 017/SMSP/COGEL/2002 não seria suficiente para alterar o presente julgamento. Assim, forçoso concluir-se pela superveniência de omissão";*

Ao manifestar-se a respeito dos Embargos de Declaração, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peças 44/45 - 12/07/2022), verificou estarem atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, constatou não haver omissão a ser suprida, considerando que o voto do Conselheiro Relator, condutor do Acórdão, analisou devidamente as questões, conforme assim explanado:

> *"Com efeito, os apelos não apresentaram elementos técnicos que possam afastar a constatação da incompatibilidade entre os itens de serviços e seus respectivos quantitativos previstos na Ata de Preços nº 01/SMSP/COGEL/2003 e os dos contratos,*

que não guardam nenhuma relação entre si, além de os serviços não serem habituais nem rotineiros, conforme apontado na análise da Auditoria.
Remanescem também incontestes os apontamentos relativos à incompatibilidade do valor mensal estimado para a execução dos serviços contratados com a estimativa da Ata de Registro de Preços - ARP, à não comprovação da publicação do despacho de autorização no Diário Oficial e ao atraso da informação da contratação no SERI, questões não enfrentadas pela Recorrente.
(...)
No tocante à autuação do processo administrativo, trata-se de procedimento previsto no artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, norma cogente para a Administração Pública direta e indireta, e não facultativa para o agente público, razão pela qual sua ausência caracteriza inquestionável irregularidade, não sendo falha meramente formal, haja vista que essa imposição legal, prevista também no artigo 2º do Decreto Municipal nº 44.279/2003, "visa garantir o formalismo inerente aos atos e procedimentos administrativos, enquanto requisito de sua validade e pressuposto necessário ao regular exercício do controle externo", consoante destacado no parecer da Secretaria Geral."

Acrescentou, ainda, que o voto do Relator, com amparo no § 1º do art. 136 do Regimento Interno, reportou-se às manifestações dos Órgãos Técnicos, os quais analisaram claramente os três pontos que a Embargante alega terem sido desconsiderados, conforme demonstra:

> *"que a 'regularidade da Concorrência nº 17/SMSP/COGEL/2002, analisada no TC nº 72-004.628/03-46', a 'incompatibilidade do objeto do Contrato nº 2003/112 com aquele constante da ARP nº 01/SMSP/COGEL/2003, que lhe serviu de suporte', e a "ausência de autuação no processo administrativo por parte da SPTrans" foram devidamente analisados por AUD, às fls.490/492 (peça 40), pela AJCE, às fls.524 (peça 40), e pela SG, às fls.529/532 (peça 40), na fase recursal, de modo que o Nobre Conselheiro Relator Edson Simões, mencionou essas manifestações em seu Voto, e com amparo nas conclusões desses Órgãos Técnicos, afastou as argumentações da SPTrans."*

Não havendo omissões no v. Acórdão e nem outros vícios a serem escoimados, concluiu que os Embargos de Declaração foram utilizados como meio de expressar a insatisfação da SPTrans, escopo esse incompatível com este recurso, motivos pelos quais opinou pelo seu conhecimento e não provimento.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 48 - 05/08/2022), requereu o provimento dos embargos declaratórios, na qualidade de representante dos interesses da Administração Direta e Indireta.

A **Secretaria Geral** (peças 50/51 – 25/10/2022), em seu pronunciamento, apontou não haver omissão a ser sanada, tendo em vista que:

> 1 - a questão da declaração da regularidade da Concorrência nº 17/SMSP/COGEL/2003 foi considerada prejudicada na ocasião do primeiro julgado ocorrido neste processo (fls. 418v/419, 420/430 e 434 do processo físico, ... da Peça 40).
> 2 - o Contrato nº 112/2003, ora analisado, foi declarado irregular não por conta de vício na referida Concorrência, "mas sim em face da incompatibilidade de seu objeto com aquele constante da ata de registro de preços que lhe serviu de suporte e diante da ausência de autuação de processo administrativo (peça 11)".

> 3 – a falta de autuação de processo administrativo configura irregularidade capaz de macular a contratação, por afrontar o disposto no art. 38 da Lei Federal nº 8.666/93, norma cogente para a Administração Pública direta e indireta, e no artigo 2º do Decreto Municipal nº 44.279/2003.

Em conclusão, opinou pelo conhecimento dos Embargos de Declaração opostos pela SPTrans, vez que preenchidos os requisitos regimentais e, no mérito, "pela rejeição, tendo em vista que os pontos alegados como omissos foram debatidos pelo E. Colegiado, não sendo o caso de se atribuir efeito infringente aos Embargos pelo simples fato da recorrente apresentar inconformismo com o r. julgado."

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023 que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral.

Em face desta normatização, tornou-se direito subjetivo do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de ofício em qualquer fase do processo.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peça 53, entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda municipal e pela Secretaria Geral desta corte de contas.

É o relatório.

VOTO

Cuida o presente processo, nesta fase recursal, dos **Embargos de Declaração** opostos pela **São Paulo Transporte S/A – SPTrans**, em 10/03/2022 (peça 36 e fls. 556/563 - peça 40) em face do v. Acórdão prolatado em 11/09/2019 (peça 20 e fls. 540/540v - peça 40), que negou provimento ao apelo então interposto pela ora Embargante, mantendo-se os termos do Aresto recorrido, de 04/03/2015 (peça 11 e fls. 435/436 da peça 40), que julgou irregular o Contrato 2003/112, com aceitação dos efeitos financeiros.

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

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

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

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[2]

Explica o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal que:

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[3]

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

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

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na*

---

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[2] Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[3] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.
[4] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[5] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> *Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)
>
> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

Este posicionamento, inclusive já havia sido referendado pelo Supremo Tribunal Federal na época:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

Não obstante este entendimento, interessante pontuar que o TCU no art. 6º, inciso II, da instrução Normativa TCU º 71/2012, dispôs que ficava dispensada a instauração da tomada de contas especial na hipótese houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

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

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)
>
> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei*

> *8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)
>
> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*." (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

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

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.)

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

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

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

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

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo,*

> *portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

> "*O reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.*" (Acórdão 2469/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

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

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

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

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

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

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

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de

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

> 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, levando-se 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 nº 5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

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

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

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o

Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

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

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

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

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

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

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

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

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator:

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

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

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

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 53 dos autos, *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no parecer da Auditoria de 21/02/2006 (páginas 59/67 da peça 40), até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 04/03/2015 (páginas 215/216 da peça 40), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, e inciso II c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023)".*

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

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas, 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)[10].

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

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

Diante de todo o exposto e de conformidade com os pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, **CONHEÇO** dos Recursos, posto que presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

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

Quanto ao mérito declaratório, **NEGO-LHES** provimento, ficando mantida, integralmente, a r. Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos 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.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/12/2023 13:03:15 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 2.730/2004

2º Julgado – 3.057ª Sessão Ordinária
RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato por incompatibilidade dos serviços contratados e utilização indevida de Ata de RP. Serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva. SPTRANS. Inquérito civil instaurado. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

1º Julgado - 2.794ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. SPTRANS. Serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva. Corredor de ônibus Ibirapuera/Itapecerica. Incompatibilidade de objetos. Uso de Ata de RP indevida. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.
Relatório e voto englobado TCs 72-002.730.04-42, 72-002.731.04-05, 72-000.655.04-58, 72-002.728.04-09, 72-003.607.04-11, 72-006.244.04-76, 72-002.453.04-04, 72-006.668.04-12, 72-006.245.04-39, 72-006.666.04-94, 72-001.215.03-00

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os TC/002.730/2004 e TC/006.245/2004, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto pela São Paulo Transporte S.A., visto que presentes os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI, em negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra o V. Acórdão recorrido, nos termos em que foi proferido.

Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, que, consoante voto proferido em separado, deu provimento ao apelo.

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

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que se intimem a recorrente, a contratada e os signatários do ajuste.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

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

Nesta fase processual, cuida-se da apreciação do recurso ordinário interposto pela SÃO PAULO TRANSPORTE S.A., em face do Acórdão de folhas 435/436 (04/03/2015) que, por maioria dos votos, considerou irregular o Contrato 2003/112, especialmente em razão da incompatibilidade de seu objeto com aquele constante da ata de registro de preços que lhe serviu de suporte e da ausência de autuação de processo administrativo, com aceitação dos efeitos financeiros produzidos pelo ajuste.

A SPTrans, no recurso encartado às folhas 473/482 (12.02.2016), aduziu que "não se justifica o não acolhimento da contratação em causa, sob a alegada incompatibilidade do objeto contratual com aquele constante da ARP 001/SMSP/COGEL/2003", porque:

1 – "a Concorrência Pública 017/SMSP/COGEL/2002, da qual se originou a Ata de Registro de Preços 01/SMSP/COGEL/2003, que, por sua

vez, serviu de suporte ao ajuste ora em exame (Contrato 2003/152), foi declarada regular pelo Colegiado desse E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo, quando do julgamento do TC 4.628.03-46, na sessão ordinária de 03/12/2014, firmando-se, pois, o entendimento de que os serviços de manutenção, reparação e complementação de infraestrutura urbana podiam ser contratados por Sistema de Registro de Preços, em face da Lei Municipal 13.278/02 e do Decreto 44.279/03."

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

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

A Recorrente alega, ainda, que houve a autuação do correspondente processo administrativo nos moldes internos da empresa, posteriormente alterados nos termos aceitos por este Tribunal de Contas, ou seja, em conformidade com o artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, por isso defende tratar-se de erro formal relevável.

Ao final, requer a reforma do julgado para o fim de ser considerado regular o ajuste em tela.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 490/492) analisou as alegações apresentadas pela Recorrente e constatou que, mesmo sendo julgada regular a Concorrência 017/SMSP/COGEL/2002 (TC 4.628/03-46), "o recurso apresentado não trouxe novos elementos hábeis a sanar os apontamentos feitos, apenas repetindo as alegações que já foram exaustivamente debatidas na fase instrutória que culminou com o 'decisum' de fls. 435/436, persistindo, por conseguinte, as irregularidades verificadas no Contrato 2003/112, a saber:

1 - Haveria vício na licitação e consequentemente na Ata de Registro de Preços embasadora da despesa, e por não serem os serviços contratados habituais e rotineiros, segundo estabelecido no art. 3º da Lei Municipal 13.278/02.

2 – Os itens de serviços e seus respectivos quantitativos previstos na Ata de Registro de Preços não guardam nenhuma relação com os itens de serviço e respectivos quantitativos contratados, contrariando o § 4º do art. 7º da Lei Federal 8.666/93.

3 - Falta de autuação de Processo Administrativo, infringência ao art. 38 da Lei Federal 8.666/93 combinado com o artigo 2º do Decreto Municipal 44.279/03.

4 - A Unidade não atendeu a requisição de documento (fl. 75). Assim, não restou comprovada a publicação do despacho de autorização no D.O.M., infringindo o art. 10 da Lei Municipal 8.777/78.

5 - A informação da contratação no SERI foi feita com atraso, descumprindo o previsto no § 1º do art. 2º da Instrução 01/02 desta Corte.

6 - A incompatibilidade do valor mensal estimado para a execução dos serviços contratados com a estimativa da ARP, em infringência ao § 1º do art. 54 da Lei Federal 8.666/93."

Com base nestas premissas, a Auditoria assim concluiu:

"Do exposto, após a análise do recurso oferecido pela SPTrans, entendemos que os argumentos veiculados não tiveram o condão de alterar o posicionamento da Auditoria acerca das questões de cunho técnico."

Ao manifestar-se sobre o apelo, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (521/524), por sua Assessora Subchefe, opinou pelo seu conhecimento e, no mérito, pelo seu desprovimento, ante a incompatibilidade entre o objeto do contrato e a Ata de Registro de Preços 01/SMSP/COGEL/2003, além da ausência de autuação do processo administrativo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 526) requereu o conhecimento e provimento do recurso.

A Secretaria Geral (fls. 528/532) constatou que as razões do recurso "não abordaram todos os fundamentos utilizados nos votos do julgado, motivo pelo qual não houve elementos novos que pudessem afastar o resultado do julgamento e resultar na reforma do v. acórdão recorrido".

E quanto à ausência de autuação do processo administrativo, procedimento previsto no artigo 38 da Lei Federal 8.666/93 e artigo 2º do Decreto Municipal 44.279/03, salientou que "tais dispositivos são de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta, e visa garantir o formalismo inerente aos atos e procedimentos administrativos, enquanto requisito de sua validade e pressuposto necessário ao regular exercício do controle externo."

Assim, inexistindo elementos passíveis de afastar as irregularidades no contrato em pauta, a Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento do recurso ordinário interposto pela SPTrans e, no mérito, pelo não provimento, mantendo-se o V. Acórdão por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o Relatório.

VOTO

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

Cuidam os autos, nesta fase, de recursos interpostos pela São Paulo Transporte S.A visando à reforma dos Acórdãos prolatados nos TCs 2.730/04 (folhas 435/436) e 6.245/04 (folhas 615/616), que consideraram irregulares, respectivamente, os Contratos 2003/112 e 2004/039, com base no voto vencedor do Conselheiro Domingos Dissei, proferido de modo englobado no TC 1.215/2003, assim fundamentado:

"Como bem elucidado no alentado parecer do Ilustre Sr. Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, a variedade dos serviços contratados, verificada por intermédio do Memorial Descritivo dos Serviços, conduz à conclusão de que se fazia necessário um trabalho de logística, posto que cada obra era única, com inúmeras peculiaridades e características que exigiam a elaboração de um planejamento individual. Além do uso indevido da Ata de Registro de Preços, há outras irregularidades que igualmente comprometem o acolhimento dos contratos em análise e que não foram afastadas pela Origem.

Por todo o exposto, e na esteira das manifestações dos órgãos técnicos e especializados deste Tribunal, JULGO IRREGULARES os ajustes em julgamento, especialmente em face da incompatibilidade de seus objetos com aquele constante das Atas de Registro de Preços que lhe serviram de suporte...".

E, com amparo nesta fundamentação, ambos os Acórdãos recorridos foram proferidos nos seguintes termos:

"ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, nos termos do voto proferido em separado, ROBERTO BRAGUIM, consoante declaração de voto apresentada, votando o Conselheiro Vice-Presidente EDSON SIMÕES, no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea 'a', do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Contrato (...), especialmente em face da incompatibilidade de seu objeto com aquele constante da ata de registro de preços que lhe serviu de suporte, sendo que o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM julgou irregular o ajuste, diante da ausência de autuação de processo administrativo por parte da São Paulo Transporte S.A., falha essa de caráter prejudicial e que tem sido constatada em outros julgamentos.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório e voto, e JOÃO ANTONIO, que acolheram o contrato, relevando as irregularidades de natureza formal constatadas nos autos.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor e JOÃO ANTONIO, em aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos pelo ajuste, tendo em vista a ausência nos autos de demonstração de prejuízo.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que não aceitou os efeitos financeiros produzidos. ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhado de cópia deste Acórdão, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

DOMINGOS DISSEI – Conselheiro Revisor prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte (04 de março de 2015)."

A Recorrente argumenta inexistirem as irregularidades apontadas nos arestos e reitera que o objeto contratual seria compatível com os parâmetros da ata de registro de preços, defendendo que os serviços executados não consistiram em nova edificação ou novo equipamento, mas em manutenção, reparação ou complementação de serviços executados nos corredores já existentes.

Sustenta, ainda, que houve autuação dos competentes processos administrativos de acordo com os padrões internos da SPTrans, dentro do âmbito da discricionariedade da administração e, se considerado descumprimento à lei, deve-se considerar erro formal relevável.

Conforme analisado pela Auditoria, a Recorrente, em suas razões recursais, "não trouxe novos elementos hábeis a sanar os apontamentos feitos, apenas repetindo as alegações que já foram exaustivamente debatidas na fase instrutória que culminou com o 'decisum' de fls. 435/436" (TC 2.730/04) e de folhas 615/616 (TC 6.245/04).

Com efeito, os apelos não apresentaram elementos técnicos que possam afastar a constatação da incompatibilidade entre os itens de serviços e seus respectivos quantitativos previstos na Ata de Preços 01/SMSP/COGEL/2003 e os dos contratos, que não guardam nenhuma relação entre si, além de os serviços não serem habituais nem rotineiros, conforme apontado na análise da Auditoria.

Remanescem também incontestes os apontamentos relativos à incompatibilidade do valor mensal estimado para a execução dos serviços contratados com a estimativa da Ata de Registro de Preços – ARP, à não comprovação da publicação do despacho de autorização no Diário Oficial e ao atraso da informação da contratação no SERI, questões não enfrentadas pela Recorrente.

E, especificamente no TC 6.245/04, a Auditoria constou, ainda, não haver a Origem realizado pesquisa de mercado adequada à demonstração da conveniência da contratação.

No tocante à autuação do processo administrativo, trata-se de procedimento previsto no artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, norma cogente para a Administração Pública direta e indireta, e não facultativa para o agente público, razão pela qual sua ausência caracteriza inquestionável irregularidade, não sendo falha meramente formal, haja vista que essa imposição legal, prevista também no artigo 2º do Decreto Municipal 44.279/2003, "visa garantir o formalismo inerente aos atos e procedimentos administrativos, enquanto requisito de sua validade e pressuposto necessário ao regular exercício do controle externo", consoante destacado no parecer da Secretaria Geral.

Ante o exposto e à vista das conclusões alcançadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, CONHEÇO DOS RECURSOS interpostos pela São Paulo Transporte S.A, visto que presentes os requisitos de admissibilidade e, NO MÉRITO, NEGO-LHES PROVIMENTO, mantendo-se na íntegra os Acórdãos recorridos, nos termos em que proferidos.

OFICIE-SE o Ministério Público do Estado de São Paulo em atenção às diversas solicitações encaminhadas a este Tribunal de Contas, para o fim de informar o resultado do julgamento alcançado pelo Pleno, acompanhado de cópia dos relatórios e votos e, oportunamente, dos Acórdãos a serem prolatados em ambos os processos (TCs 2.730/2004 e 6.245/2004).

Intimem-se a Recorrente, a empresa Contratada e os Signatários do ajuste.

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria: v. TC/006.245/2004.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.002.731.04-05, 72.000.655.04-58, 72.002.728.04-09, 72.003.607.04-11, 72.006.244.04-76, 72.002.453.04-04, 72.006.668.04-12, 72.006.245.04-39, 72.006.666.04-97 e 72.001.215.03-00 e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Vice-Presidente EDSON SIMÕES, Presidente à época, após determinação de Sua Excelência, na 2.785ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS

DISSEI – Revisor, nos termos do voto proferido em separado, ROBERTO BRAGUIM, consoante declaração de voto apresentada, votando o Conselheiro Vice-Presidente EDSON SIMÕES, no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Contrato 2003/112, especialmente em face da incompatibilidade de seu objeto com aquele constante da ata de registro de preços que lhe serviu de suporte, sendo que o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM julgou irregular o ajuste, diante da ausência de autuação de processo administrativo por parte da São Paulo Transporte S.A., falha essa de caráter prejudicial e que tem sido constatada em outros julgamentos.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório e voto, e JOÃO ANTONIO, que acolheram o contrato, relevando as irregularidades de natureza formal constatadas nos autos.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor e JOÃO ANTONIO, em aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos pelo ajuste, tendo em vista a ausência nos autos de demonstração de prejuízo.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que não aceitou os efeitos financeiros produzidos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, acompanhado de cópia deste Acórdão, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de março de 2015.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto

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

Relatório e voto englobados: v. TC 1.215.03-00.

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei: v. TC 1.215.03-00.

Declaração de voto englobado apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim: v. TC 1.215.03-00.

Voto de desempate englobado apresentado pelo Conselheiro Presidente, à época, Edson Simões: v. TC 1.215.03-00.