ACO-UTR-610/2024

| | | |
|---|---|---|
| Processo | - | TC/002759/2006 |
| Contratante | - | Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo (atual Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – Prodam-SP S.A.) |
| Contratada | - | Gennari & Peartree Projetos e Sistemas Ltda. |
| Pregão | - | 09.002/2005 |
| Contrato | - | CO-06.10/2005 R$ 13.267.713,60 |
| TA | - | CO/TA-01.02/2006-A R$ 2.487.696,30 (acréscimo de objeto) |
| TA | - | CO/TA-08.10/2006 R$ 3.480.657,22 (prorrogação de prazo) |
| Objeto | - | Prestação de serviços especializados de operacionalização de sistemas aplicativos de responsabilidade da Prodam, com uso de microcomputadores |

50ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. PRODAM SP. Serviços de operacionalização de sistemas aplicativos. 1. É imprescritível a função declaratória do Tribunal de Contas para declarar a regularidade, ou irregularidade, dos feitos submetidos a sua apreciação. 2. A contratação para a execução atividade-fim para a qual a Administração Direta ou Indireta tenha sido instituída configura terceirização ilegal de mão de obra. PRESCRIÇÃO das funções punitivas e ressarcitórias. Preservada a função declaratória. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.

# A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher a preliminar de prescrição no que se refere unicamente aos aspectos punitivo e ressarcitório envolvidos, na forma regulamentada pela Resolução 10/2023, deixando de aplicar multas ou sanções.

**ACORDAM**, à unanimidade, em julgar irregulares o Pregão 09.002/2005, o Contrato CO-06.10/2005 e os Termos Aditivos CO/TA-01.02/2006-A e CO/TA-08.10/2006, aceitando, excepcionalmente, seus efeitos financeiros em razão do tempo decorrido.

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

São Paulo, 15 de dezembro 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
ROBERTO BRAGUIM – Relator

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 21/05/2024 16:14:30 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 22/05/2024 11:45:01 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

# ITEM V) e-TCM n° 2.759/2006

**Interessados:** Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo - PRODAM, atual Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo - PRODAM e Gennari & Peartree Projetos e Sistemas Ltda.

**Objeto:** **Pregão n.º 09.002/05, Contrato n.º CO-06.10/2005 e Termos Aditivos de n.ºs CO/TA-01.02/06-A e CO/TA-08.10/06-A**. Prestação de serviços de operacionalização de Sistemas Aplicativos (de responsabilidade do contratante) com uso de microcomputadores.
**Valor Contrato**: R$ 13.267.713,60
**Valor 1º TA**: R$ 2.487.696,30
**Valor 2º TA**: R$ 3.480.657,22
**Total**: R$ 19.236.067,12
**Responsáveis**: Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior – Diretor Presidente da Prodam e Ary James Pissinatto – Diretor de Administração e Finanças.

**Relator:** **Conselheiro ROBERTO BRAGUIM**

## RELATÓRIO

Cuida-se do Pregão nº. 09.002/05 e dos Ajustes dele decorrentes, a saber: o Contrato n.º CO-06.10/2005 e Termos Aditivos de n.ºs CO/TA-01.02/06-A e CO/TA-08.10/06-A, pactuados entre a Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo - PRODAM, atual Empresa de Tecnologia da

Informação e Comunicação do Município de São Paulo - PRODAM e Gennari & Peartree Projetos e Sistemas Ltda.

O Contrato teve por escopo a prestação de serviços de Sistemas Aplicativos, de responsabilidade da Contratante, com o uso de microcomputadores e os dois Aditamentos tiveram por objeto, respectivamente, o aumento de 135 postos de trabalho, para atender às necessidades da Secretaria Municipal de Finanças, acrescendo em 25% o valor original do Ajuste e a prorrogação do prazo de vigência para o período de 19/10/2006 até 31/12/2006.

Na análise preliminar desses Instrumentos, a Auditoria considerou que a Licitação foi realizada sem previsão de recursos financeiros, sugerindo, de outra parte, a prévia manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo a respeito da eleição da modalidade Pregão para a hipótese e da eventual configuração de terceirização da mão de obra. Quanto ao Contrato originado apontou, novamente, a ausência de recursos e registrou a publicação extemporânea do seu extrato, bem como do envio dos dados ao SERI. Por fim, no que toca ao Termo Aditivo n.º CO/TA-01.02/06-A, concluiu pela sua irregularidade por desvio de finalidade, pois o Ajuste inicial foi lavrado para atender demanda da Secretaria Municipal da Saúde, com recursos da mesma Pasta, ao passo que referido Aditamento visava a atender às necessidades também da Secretaria Municipal de Finanças, atual Secretaria Municipal da Fazenda.

O então Subsecretário de Controle Externo, resumindo esses apontamentos, sugeriu a prévia oitiva da Assessoria Jurídica de Controle Externo, atual Assessoria Jurídica, ao mesmo tempo em que observou a formação precedente do TC nº 287/2006, cuidando do mesmo assunto, em razão do que propôs seu acompanhamento ao ora relatado para unificação de entendimento (fls. 195/196), o que foi acolhido.

Ouvida, a Assessoria Jurídica analisou o tema da terceirização dos serviços no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, concluindo, em resumo, pela ilegalidade da Licitação e do Contrato, pois o objeto abrangia atividade-fim da PRODAM sendo, portanto, vedada sua terceirização pelo artigo 37, inciso II[1], da Constituição Federal. Considerou, também, irregulares a realização do Certame e a assinatura do Ajuste sem previsão de recursos (ressalvadas situações excepcionais), maculando os Instrumentos por agressão ao artigo 7º, § 2º, inciso III[2], da Lei Federal nº 8.666/1993 e o Termo Aditivo n.º CO/TA-01.02/06-A, por desvirtuamento da finalidade original do Contrato. Quanto às demais irregularidades assinaladas pela SCE, entendeu que a opção pela modalidade Pregão não foi inadequada e que são passíveis de relevação os atos praticados a destempo, tudo na conformidade do

[1] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;
[2] § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

substancioso parecer de fls. 200/215, com amplo respaldo da respectiva Subchefia (fls. 218).

Após a uniformização das conclusões da Auditoria, estampada às fls. 222/223, estando o TC nº 287/2006 acompanhando estes autos, a PRODAM apresentou a defesa acrescida dos documentos encartados às fls. 236/296, na qual justifica seus atos e procedimentos e ressalta a boa fé e convicção de que eles foram praticados sob amparo legal. Negou que tivesse ocorrido terceirização de mão de obra. Afirmou que os Contratos de Receita firmados com a Secretaria de Saúde é que deram garantia financeira necessária para o pagamento do Ajuste analisado. Justificou o atraso nas publicações em razão de período atribulado de mudanças na empresa. Requereu, ao final, a declaração de regularidade de todos os Atos e o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos.

Os argumentos da defesa foram apreciados pela Auditoria, que ratificou suas conclusões precedentes (fls. 299/300), e pela Assessoria Jurídica que, igualmente, manteve o entendimento externado no parecer atrás resumido, concluindo ambas pela irregularidade da Licitação e dos Ajustes que lhe sucederam, por terceirizarem serviços próprios da atividade-fim da Contratante, pela inexistência de previsão de recursos financeiros e remessa extemporânea de dados ao sistema SERI (fls. 302/308 e 311). Quanto à publicação intempestiva dos Instrumentos, o

apontamento de irregularidade foi mantido pela SCE, mas dado por relevável pela AJ.

A Subsecretaria de Controle Externo, atendendo solicitação deste Gabinete, registrou que a instrução processual do TC n.º 287/2006 estava encerrada, propondo o seu arquivamento sem julgamento de mérito, pois a questão vinha sendo tratada de modo adequado no presente TC (fls. 331/331v). Ao passo que a Assessoria Jurídica dirimiu a dúvida em torno da aplicação do artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 no caso concreto deste procedimento, tendo Empresa Estatal como Licitadora, esclarecendo a necessidade da existência de previsão de recursos financeiros (fls. 322/328 e 329).

Provocado a se manifestar, na forma da promoção de fl. 343, o Núcleo de Tecnologia da Informação deste Tribunal esclareceu que o levantamento de valores de mercado da época restou prejudicado, pois não existe fonte de referência padrão de consulta para valores retroativos.

De sua parte, a Procuradoria da Fazenda Municipal interveio às fls. 333/341, opinando pela acolhida da Licitação e dos Ajustes examinados, ante a ausência de vícios graves que pudessem acarretar sua nulidade ou ineficácia, propondo, alternativamente, a aceitação de seus efeitos financeiros e patrimoniais, em razão da inexistência de má fé e de prejuízos ao Erário (fls. 333/342, 345 e 360/361).

A Secretaria Geral acompanhou parcialmente as conclusões da Subsecretaria de Controle Externo e integralmente as da Assessoria Jurídica destacando, no parecer exarado às fls. 347/356, a inobservância dos artigos 37, inciso II, da Constituição Federal e 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e 26[3] da Lei Municipal nº 13.278/2002, deixando ao crivo da Relatoria as determinações cabíveis.

À fl. 358, determinei o arquivamento do TC n.º 287/2006 considerando que o seu objeto já estava sendo integralmente tratado nestes autos, afastando, assim, a possibilidade de duplicidade de apreciação.

Na sequência, em sede de saneamento da instrução processual, foram intimados os Senhores Ary James Pissinatto e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Junior (fl. 366), indicados como responsáveis pelas infringências assinaladas. Suas defesas, de igual teor, foram encartadas aos autos, respectivamente, às fls. 387/394 e 395/397, nas quais aduziram, preliminarmente, a boa fé nos atos praticados e a ausência de prejuízos ao Erário e, no mérito, refutaram as datas da assinatura dos Contratos envolvidos, da requisição de compras e da abertura da Licitação, o que demonstraria a prévia existência de recursos orçamentários para a realização do Certame. Afirmaram que não se tratou de terceirização de atividade-fim, mas que a PRODAM atuou em

[3] O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

caráter integrador, a fim de atender às necessidades do cliente (SMS – Secretaria Municipal da Saúde), contratando serviços especializados no mercado, complementares dos seus trabalhos, sem que ocorresse subordinação. Alegaram que, apesar do prazo, o Contrato foi publicado. Negaram a ocorrência de desvio da finalidade do TA n.º CO/TA 01.02/06-A, pois a Contratação não estava vinculada ao atendimento da demanda da SMS e, por economia de tempo e dinheiro, foi estendida para atender, também, às necessidades da SF. Requereram o acolhimento do Pregão, do Contrato e do Termo Aditivo.

Apesar dos argumentos e justificativas apresentados, a SCE e a AJ mantiveram o entendimento pela irregularidade dos Instrumentos analisados, enquanto a PFM, em nova intervenção nos autos, requereu o acolhimento dos Atos examinados ou, ao menos, a aceitação dos seus efeitos financeiros.

Antes que fosse encerrada a instrução, foi identificada a existência de um segundo Termo Aditivo ao Contrato n.º CO-06.10/2005, o de n.º CO/TA 08.10/06-A, firmado para prorrogar o prazo contratual, motivo pelo qual os autos foram novamente encaminhados à SCE para análise.

Em seu relatório, a Auditoria verificou que o Termo Aditivo foi assinado sem a devida realização de pesquisa de mercado e que sua publicação foi extemporânea. Por outro lado, a AJ consignou que, de fato, há falha quanto à ausência de prévia pesquisa de

mercado, contudo este fato não conduz, de plano, à conclusão de que houve prejuízo ao Erário, pois, sob sua ótica, os valores ajustados eram razoáveis. Considerou, de outra face, relevável o atraso na publicação correspondente.

Por haver manifestações desfavoráveis dos Órgãos Técnicos desta Casa, foi oportunizada manifestação da Contratada e, novamente, da PRODAM e dos responsáveis indicados por SCE.

A PRODAM, às fls. 677/686, justificou que apesar da pesquisa ter sido realizada tardiamente, ela revelou que o Aditamento Contratual foi vantajoso para a Administração e que o atraso na publicação do extrato respectivo não gerou qualquer prejuízo, requerendo, ao final, o seu acolhimento.

Ary James Pissinatto, às fls. 695/715, alegou, em preliminar, a prescrição quinquenal do feito, tendo em conta a data da formalização dos atos jurídicos em exame. No mérito, reiterou os argumentos declinados em sua manifestação anterior, assim como nas da PRODAM, acrescentando, quanto ao segundo Termo Aditivo, que o resultado da pesquisa de preços realizada após a assinatura do Instrumento convalidou a falha formal, pois demonstrou a economia conquistada.

Já a Contratada e Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Jr. não se manifestaram.

Em suas derradeiras intervenções, os Órgãos Técnicos desta Casa consideraram que não foram trazidos aos autos elementos capazes de alterar as suas conclusões pela irregularidade dos Atos em exame.

De sua parte, a PFM defendeu os atos praticados argumentando que não houve prejuízo ao Erário, tampouco dolo ou má fé dos envolvidos, além de registrar o transcurso do tempo, o que demandaria a relevação das falhas formais detectadas e o acolhimento dos Instrumentos.

A Secretaria Geral, em seu primeiro pronunciamento, afastou a preliminar de prescrição arguida, seja porque o instituto não atinge a função do Órgão de Controle em relação à apuração e reparação de danos causados ao Erário, conforme determina o artigo 37, § 5º[4] da Constituição Federal, seja porque não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, nos termos dos artigos 202, I parágrafo único[5] e 205[6] do CC. No mérito, apoiando-se nas avaliações realizadas por SCE e AJCE e destacando que as defesas apresentadas não foram capazes de afastar as irregularidades apontadas por esses Órgãos Técnicos, igualmente concluiu pela irregularidade do Pregão, do Contrato e de ambos os Termos de Aditamento.

[4] § 5º 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.
[5] Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.
[6] Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Considerando haver nos autos alegação da ocorrência de prescrição e a existência de trabalhos desenvolvidos no âmbito deste Tribunal a respeito do tema e que estavam em andamento no Supremo Tribunal Federal recursos voltados à análise do assunto, surgiu a conveniência de aguardar o conhecimento da orientação a ser firmada pelo STF a esse respeito e o resultado dos trabalhos de Grupos de Estudos criados nesta Casa, para então dar prosseguimento ao feito de maneira adequada.

Estabelecidos novos parâmetros pelo STF, no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 669.069, 852.475 e 636.886, que deram origem a Repercussões Gerais e à fixação dos Temas 666, 897 e 899, hoje transitados em julgado, e em razão de nova interpretação dada ao artigo 37, §5º da CF, determinei que a AJ se manifestasse especificamente sobre o assunto.

Atendendo tal determinação a AJ, avançando em seus estudos e entendimento, consignou que a temática da incidência do instituto da prescrição sofreu evolução interpretativa pela jurisprudência do STF, a partir do julgamento dos precedentes RE 669.069 (tema 666), RE 852.475 (tema 897) e RE 636.886 (tema 899). Em outro momento, com o julgamento da ADI n. 5.509-CE, o Órgão Jurídico considerou-a a primeira ação de controle de constitucionalidade a reconhecer a possiblidade de fixação de prazo quinquenal para a caracterização da prescrição no âmbito do controle externo, bem como a da incidência dos marcos

interruptivos/suspensivos da Lei 9.873/1999 aos processos das Cortes de Contas, com efeito *erga omnes*.

A partir de então o Tribunal de Contas da União, revendo posicionamento, editou a Resolução nº 344, de 11 de outubro de 2022 fixando a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória. Dei igual modo se posicionaram a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, o Instituto Rui Barbosa, o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios, ao editarem conjuntamente a Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM nº 02, de 25 de abril de 2023, trazendo diretrizes de encaminhamento da matéria aos Tribunais de Contas. Na sequência, no âmbito deste Tribunal de Contas do Município de São Paulo, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento foi regulamentada por meio da Resolução nº 10/2023, em junho de 2023.

Assim, reavaliando o tema sob exame nos presentes autos, com fundamento na Resolução 10/2023 deste TCMSP, a AJ pontuou que do último marco interruptivo, consubstanciado nos Relatórios de Auditoria após ciência e oportunidade de defesa de 20/03/2009 (fl. 300 da peça 33 – análise do Pregão nº 09.002/05, do Contrato nº 06.10/05 e do TA nº 01.02/06-A) e de 29/03/2017 (fl. 718 da peça 35 – análise do TA nº CO/TA-08.10/06), decorreram mais de cinco anos (art. 5º, inciso II c/c art. 6º, inciso I, da Resolução nº 10/20231), configurando-se portanto a prescrição quinquenal.

Sublinhou, no entanto, que, conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza, nos termos do artigo 13 da mencionada Resolução.

De sua parte, a PFM registrou que nada tem a opor quanto ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e/ou de ressarcimento, exclusivamente no âmbito do controle externo, nos termos da Resolução nº 10/2023 e em conformidade com os entendimentos dos órgãos técnicos e especializados dessa E. Corte de Contas.

Por fim, a SG acompanhou as manifestações da AJ e da PFM no sentido de que o presente processo foi atingido pelo instituto da prescrição, nos termos dos artigos 4º, 5º e 6º da Resolução nº 10/23, observando que, com amparo nos artigos 12 e 13 da Resolução nº 10/2023, poderá ser dada continuidade ao processo em relação aos demais aspectos da instrução ou do julgamento.

É o relatório.

# VOTO

Início esclarecendo que a tramitação do presente processo tomou mais tempo do que o costumeiro em razão de fatos que impuseram o alargamento e ou reabertura da instrução processual, como a necessidade, diante da persistência das irregularidades, de que a Contratada e todos os responsáveis interessados nele ingressassem e fossem intimados para apresentarem suas defesas, tudo com a finalidade de aperfeiçoamento do contraditório e ampla defesa. A isso se acresça que a pandemia do novo Coronavírus (Covid19) levou à edição da Portaria n. 147/2020 nesta Corte de Contas, cujo artigo 2º determinou a suspensão, por prazo indeterminado, da tramitação interna dos processos físicos, dos quais este é um exemplo. E, também, o fato de que o presente havia sido pautado na 13ª Sessão Ordinária Não Presencial (maio de 2020), contudo, na ocasião de seu julgamento, houve destaque - pelo Conselheiro Mauricio Faria -, nos termos do artigo 153-A, § 3º do Regimento Interno desta Corte, para que o processo epigrafado fosse submetido ao procedimento ordinário de julgamento em sessão presencial. Demais disso, por haver nos autos alegação da ocorrência de prescrição, surgiu a conveniência de aguardar o conhecimento da orientação a ser firmada pelo STF, bem como do desenrolar dos trabalhos de Grupos de Estudos criado nesta Casa e voltado à análise do tema.

Desse modo, enfrento desde logo o tormentoso tema da prescrição nos Tribunais de Contas, por se tratar de questão

preliminar a alegação do Sr. Ary James Pissinatto de sua ocorrência nestes autos.

Inicio relembrando, no âmbito histórico, que a interpretação que se extraía do artigo 37, §5º da CF, adotada pela Administração Pública e pelos Órgãos de Controle Externo, era a da *imprescritibilidade* das ações de ressarcimento ao erário, sendo, então, necessária lei estabelecendo "*os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".*

Tal entendimento perdurou por muito tempo, até que o STF, no julgamento dos Recursos Extraordinários ns. 669.069, 852.475 e 636.886, que deram origem a Repercussões Gerais e à fixação dos Temas 666, 897 e 899, deu nova interpretação ao mencionado artigo 37, passando a defender a *prescritibilidade* como regra geral, configurando-se como imprescritível apenas a ação de ressarcimento ao erário decorrente de ato doloso de improbidade administrativa.

Essa nova conformação – da prescritibilidade como regra geral – conferiu aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal especial importância, com o intuito de se preservar a estabilidade das relações, em prejuízo à possibilidade de o Estado buscar o ressarcimento de dinheiro público a qualquer tempo.

Vale dizer, a interpretação até então vigente e prevalente para toda a Administração Pública e Órgãos de Controle Interno e Externo, - de imprescritibilidade de suas atividades e ações e, pois, de possibilidade de, a qualquer tempo, buscar-se o ressarcimento ao erário – perdeu força para dar lugar à segurança jurídica e à estabilidade das relações, com o intuito de impedir a "permanência infinita do poder persecutório do Estado", nos exatos termos do item 1 da Ementa lançada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário n. 636.886[7]/Alagoas, e que levou à fixação do Tema 899: *"É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".*

Avançando no tema prescricional no âmbito dos Tribunais de Contas, o Pretório Excelso levou a julgamento a ADI n. 5.509 do Estado do Ceará, ocasião em que foi chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de artigos da Constituição daquele Estado e da Lei n. 12.160/1993, esta relativa à Lei Orgânica do Tribunal de

[7] EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE. 1**. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.** 2. Analisando detalhadamente o tema da "prescritibilidade de ações de ressarcimento", este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, 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. 3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento. 4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal). 5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".

Contas dos Municípios do Estado do Ceará, que fixavam o prazo prescricional de 5 anos para o *"exercício das competências de julgamento e apreciação do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará previstas nesta Lei (...)".*

Ou seja, ao Órgão Máximo do Poder Judiciário coube examinar se a Constituição e a Lei estaduais citadas, a última com âmbito de aplicação voltado ao Tribunal de Conta dos Municípios do Estado do Ceará, podiam fixar o prazo prescricional – no caso de 5 (cinco) anos – e se a forma de sua contagem trazida pela Lei se afigurava correta. Por maioria de votos, a ação foi julgada parcialmente procedente, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C[8] da Lei n. 12.160/1993, relacionado à forma de contagem do prazo prescricional, e procedente no que se refere ao prazo fixado.

Por outras palavras, o STF entendeu que não fere a Constituição Federal a fixação de prazo quinquenal para a caracterização da prescrição na seara do controle externo, porém, declarou inconstitucional o artigo da Lei Orgânica do Tribunal de

---

[8] **Art. 35-C.** Prescreve em 5 (cinco) anos o exercício das competências de julgamento e apreciação do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará previstas nesta Lei, como as previstas nos arts. 1º, 13, 19 e 55 ao 59.
Parágrafo único. O prazo previsto no caput:
I - inicia sua contagem a partir da data seguinte à do encerramento do prazo para encaminhamento da prestação de contas ao Tribunal, nos casos de contas de gestão e de governo;
**II - nos demais casos, inicia-se a partir da data de ocorrência do fato**

Contas dos Municípios do Estado do Ceará, que determinava a contagem do prazo considerando-se a data do fato, afigurando-se que a matriz a ser seguida deveria ser a da Lei Federal n. 9.873/1999.

O trânsito em julgado dessas ações, de certa forma, apaziguou a complexa e tormentosa matéria, abrindo campo para a Assessoria Jurídica deste Tribunal avançar em seus estudos e defender no âmbito do e-TCM n. 11.173/2022, que a ADI do Estado do Ceará configurava-se como a *primeira* ação de controle concentrado a reconhecer a incidência da prescrição "nas" atividades de controle externo dos Tribunais de Contas, tese com a qual concordei à época, até porque é regra de Direito Constitucional que as demandas judiciais de controle concentrado, das quais a citada Ação Direta de Inconstitucionalidade é exemplo, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante podendo, - ou melhor, devendo - ser considerada no âmbito dos Tribunais de Contas.

Agrego mais um ponto que me parece relevante. O tema da prescrição vinha sendo estudado por este Tribunal mesmo antes dos julgamentos relacionados à matéria no STF, como é o caso do alinhado no e-TCM n. 734/2014, instaurado para a realização de *estudos sobre hipóteses de ocorrência de prescrição ou decadência nos processos que tramitam neste Tribunal*. Porém, evidentemente, as novas balizas trazidas pelo Tribunal Constitucional, transformando a regra da imprescritibilidade em exceção, somadas aos argumentos anteriormente expostos, provocaram mudança nos

rumos das análises até então produzidas pela Corte de Contas, o que suscitou a formação de novos Grupos de Estudos, mais reflexões, reuniões, sendo instaurados outros processos internos para examinar a matéria, sendo certo que um ponto manteve-se inalterado no curso dos estudos. Na verdade, seja nos autos instaurados em 2014, ou no de n. 11.253/2020, atualizado pelo de n. 11.173/2022, a AJCE sustentou entendimento de que o viés declaratório da decisão do Tribunal de Contas é imprescritível, tal como se depreende dos pareceres por ela lançados nas longas conclusões sobre o tema na esfera do TCMSP (e-TCMs ns. 734/2014, 13.922/2020 e 11.173/2022), conforme trecho abaixo transcrito:

> *"Da análise das decisões proferidas pelo STF, principalmente dos Temas 897 e 899, entendemos que não há emanação expressa em sentido contrário à imprescritibilidade da atividade de controle externo, diante da sua natureza declaratória; porém, pode-se dizer que os capítulos das decisões com conteúdo constitutivo (responsabilidade) e condenatório (sanção), dentre outros possíveis, são passíveis de sofrerem os efeitos da prescrição. (...)*
> *Dessa forma, ainda sob os julgamentos em análise, pode-se afirmar que a atividade de controle externo ("lato sensu") não está sujeita a prazo prescricional, embora alguns aspectos do resultado final da fiscalização sejam passíveis de sofrerem referidos efeitos".*

Com os julgamentos citados e, evoluindo em suas reflexões, a AJ culminou por reconhecer a prescrição da atividade de controle externo, sublinhando, contudo, que esta recai apenas nos seus vieses punitivo e ressarcitório, sem alcançar, portanto, o

declaratório, tese com a qual corroboro por 2 (dois) motivos. Primeiro porque o Tribunal de Contas tem a missão constitucional de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, não podendo dela se afastar. A Corte de Contas integra a estrutura do Estado Democrático de Direito cabendo-lhe, pois, exercer, independentemente do tempo, a sua função. Em segundo lugar, porque é preciso relembrar que a decisão a ser proferida pelo Tribunal de Contas é múltipla, vale dizer, acolhe Edital; declara a regularidade/irregularidade de Licitação, Contrato, Execução; examina a probidade da atuação do Chefe do Executivo elaborando parecer prévio das contas; aplica multa (sanção) a ordenador de despesa; determina a restituição de valores ao erário (ressarcitória); determina a instauração de processo administrativo (determinação); faz recomendações de aprimoramento à Administração (recomendação), dentre tantas outras possibilidades, de modo que parte delas pode subsistir, ainda que outra não sobreviva depois de certo tempo.

Portanto, mesmo que verificada a ocorrência de prescrição quanto aos aspectos que deflagram consequências de caráter punitivo e ressarcitório na decisão da Corte de Contas, entendo que a atividade de controle externo, em sua essência declaratória, não prescreve, pois encontra fundamento de validade na Constituição Federal e se materializa por meio dos julgamentos e análises dos seus procedimentos de fiscalização, razão pela qual merece que seja proferido julgamento nesse âmbito para fins pedagógicos, orientativos, de reconhecimento da regularidade ou irregularidade,

para elaboração de determinações e recomendações, etc., a partir do que poderão ser adotadas providências de naturezas diversificadas pela própria Administração, por outros órgãos públicos competentes ou terceiros, baseando-se nos Acórdãos desta Casa.

De fato, a decisão proferida por Tribunal de Contas que declara a regularidade ou irregularidade de determinado ato administrativo perfaz atividade de cunho imprescindível, conforme entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência pátrias, e que gera elementos para a adoção de medidas voltadas ao ressarcimento de danos causados ao erário em decorrência de atos dolosos de improbidade, a ser instrumentalizada por órgãos competentes, a exemplo do Ministério Público, a quem cabe a atribuição de subsumir a conduta nas hipóteses da Lei Federal nº 8.429/92, com a consequente promoção de demanda judicial.

Alinho, ainda, que meu posicionamento converge com o tratamento dado ao tema pela Resolução nº 344, de 11 de outubro de 2022, que regulamentou, no campo do Tribunal de Contas da União, a *prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento*, bem como com o teor da Resolução n. 10/2023, editada por esta Corte de Contas, publicada em 07 de junho do corrente, que, *"in verbis" "regulamenta a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito do Tribunal de Contas do Município de São Paulo".*

No mesmo sentido, em 24 de abril do corrente, posicionaram-se a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, o Instituto Rui Barbosa, o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios, ao publicarem a Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n. 02/2023, estabelecendo *"recomendação aos Tribunais de Contas brasileiros quanto à incidência da decadência e da prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento nos processos de controle externo"*. Nesta oportunidade, foram criadas diretrizes acerca da incidência da prescrição e da decadência em processos de controle externo, dentre as quais, a de que se configuram como matéria de ordem pública; fixação de prazo quinquenal para a prescrição das pretensões punitiva e sancionatória; formas de contagem de prazo etc., recomendando que as Cortes de Contas Brasileiras adotem medidas para regulamentar a matéria da prescrição em seus ordenamentos, *"como forma de suprir as lacunas normativas existentes e garantir segurança jurídica no exercício do controle externo".*

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul exarou recente Acórdão, acerca do qual ora ressalto trecho do Voto condutor:

> *"Por fim, ressalta-se que a prescrição punitiva em nada interfere no julgamento declaratório exposto no início desta fundamentação. Não se confundindo com o exercício punitivo do Tribunal de Contas, impera o dever*

> *constitucional de zelar pelas contas públicas, declarando-as regulares ou irregulares, e, nesse segundo ponto, não há falar na aplicação do instituto da prescrição.*
> *(...)*
> *Logo, é imprescritível o dever/poder do Tribunal de Contas para declarar a regularidade - ou irregularidade – dos feitos submetidos a sua apreciação, tendo em vista a natureza declaratória do ato. Nesse ínterim, levando-se em consideração o escopo educacional que deve nortear toda e qualquer decisão judicial e administrativa, faz mister associar a "imprescritibilidade" deste poder declaratório, com a imprescritibilidade das ações de ressarcimento pela prática de atos dolosos de improbidade".* [9]

É nesse cenário, e sob essas balizas, que trago a julgamento o presente processo, acolhendo, em sede preliminar a alegação de prescrição suscitada pelo Sr. Ary James Pissinatto nestes autos, contudo, como registrado anteriormente, apenas sob os vieses punitivo e ressarcitório, restando preservada, porém, a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, razão pela qual considero necessário prosseguir e adentrar na análise do mérito, o que faço na sequência.

Começo analisando se a Licitação em questão poderia ter sido realizada e se a Modalidade eleita era adequada, o que, sob o meu ponto de vista, é essencial para o deslinde de todo o processado. Com efeito, de acordo com o Termo de Referência – Anexo IV do Edital, o presente Certame teve por escopo a *prestação de serviços de operacionalização de sistemas aplicativos*, objeto

[9] Segunda Câmara AC02-521/2021. Relator Marcio Campos Monteiro.

que, no entendimento dos Técnicos dessa Casa, confunde-se com as finalidades próprias para as quais a PRODAM foi criada, ou seja, o processamento de dados e tratamento de informações para Órgãos da Administração Municipal (Lei n.º 7.619/71). A corroborar tal conclusão, verifica-se que a Prodam estabeleceu no Anexo citado, como condições para a Contratação, ser ela a responsável pelo treinamento específico das diversas equipes de trabalho, além de estabelecer horário, salário mínimo a ser pago, etc. caracterizando, assim, terceirização ilegal de mão de obra para a execução de sua atividade-fim, em afronta ao artigo 37, inciso II da Constituição Federal.

Considero, portanto, irregular a Licitação deflagrada e, por consequente, os Instrumentos dela derivados.

Por outro lado, se assim não fosse, no que se refere à modalidade escolhida, consoante parecer da Assessoria Jurídica, entendo que a eleição do Pregão estaria adequada, pois os serviços descritos no Termo de Referência não se caracterizam como incomuns ou excepcionais. Ao contrário, poderiam ser realizados por diversas empresas atuantes no mercado nas áreas de informática e de processamento de dados.

De qualquer maneira, outras ilegalidades foram constatadas e restaram mantidas, mesmo após os esclarecimentos prestados pela Empresa, pelos Responsáveis pelos atos e pela

Contratada, comprometendo, assim, o acolhimento do Pregão, do Contrato e dos Termos Aditivos, como a seguir resumirei.

A Licitação e o Contrato, além do mais, foram maculados pela ausência de previsão de recursos financeiros necessários para fazer face às despesas deles decorrentes. Ora, a exigência de previsão orçamentária como condição para Licitar e/ou Contratar compele a Administração a adotar práticas de planejamento administrativo e boa gestão dos recursos do Erário, além de conferir segurança aos competidores interessados.

O Termo Aditivo n.º CO/TA-01.02/06-A foi pactuado desvirtuando-se da finalidade originalmente estabelecida, pois no Contrato ele atenderia 'as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde (operacionalização de sistemas aplicativos, com uso de microcomputadores) com recursos próprios, enquanto que o de n.º CO/TA-08.10/06-A acrescendo em 25% o Ajuste, visava satisfazer às necessidades da então Secretaria Municipal de Finanças (atualização dos dados cadastrais dos contribuintes do IPTU).

Por fim, verifica-se que o Termo Aditivo n.º CO/TA-08.10/06-A foi firmado sem a prévia realização de pesquisa de mercado, fato que é confirmado nas defesas apresentadas, impedindo de se verificar se a condição que se apresentava era a mais vantajosa. Outrossim, a pesquisa realizada posteriormente à

assinatura do Ajuste não possuía quantitativos coerentes com os postos de trabalho contratados.

De todo modo, relevo os atos praticados extemporaneamente, quais sejam, publicação dos extratos e remessa de informações ao sistema SERI, pois considero que não seriam obstáculos ao acolhimento dos Instrumentos ora examinados.

Isto posto, e com suporte nas manifestações dos Órgãos Técnicos desta Casa, que ficam fazendo parte do presente, **acolho a preliminar de prescrição no que se refere unicamente aos aspectos punitivo e ressarcitório envolvidos, na forma regulamentada pela Resolução n. 10/2023, razão pela qual deixo de aplicar multas ou sanções. De outra parte, perfilhando o entendimento do STF, da AJ e da SG de que se mantém preservada a função declaratória dos julgados dos Tribunais de Contas, julgo irregulares** o Pregão nº 09.002/05, o Contrato n.º CO-06.10/2005 e os Termos Aditivos de n.ºs CO/TA-01.02/06-A e CO/TA-08.10/06-A, aceitando, excepcionalmente, seus efeitos financeiros em razão do tempo decorrido.

TCM, 30 de novembro de 2023.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2023.11.30 10:56:47 -03'00'

**ROBERTO BRAGUIM**
**Conselheiro Vice-Presidente**

MBM/TPF/RB