ACO-UTR-263/2024

Processo	-	TC/002797/2015
Representante	-	Crisciuma Companhia Comercial Ltda.
Representada	-	Secretaria Municipal de Serviços (atual Secretaria Municipal das Subprefeituras)
Objeto	-	Representação interposta em face do edital de Concorrência Internacional 01/SES/2015, cujo objeto é a concessão administrativa para a modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de São Paulo

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SMSUB. Concessão administrativa para a modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real. Iluminação Pública. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão pública. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime. EXTINTO. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos trabalhos realizados e reconhecer a incidência da prescrição, no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução 10/2023, deste Tribunal.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em deixar de apreciar o mérito dos fatos aqui analisados e julgar extinto o processo nos termos do artigo 12, parágrafo único da referida Resolução.

Vencido o conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que consoante declaração de voto apresentada, votou pela perda superveniente do objeto.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento 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 pública, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o cumprimento do disposto no art. 58 do RITCMSP, arquivando-se os autos, com as cautelas de praxe.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 25 de outubro 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator

/cv

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 08/04/2024 14:11:56 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 10/04/2024 09:17:37 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC n. 2.797/15

Interessado: SES – SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS
CRISCIUMA COMPANHIA COMERCIAL LTDA,
TERWAN ENGENHARIA DE ELETRICIDADE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. -

Objeto: REPRESENTAÇÃO EM FACE DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 01/SES/2015, CUJO OBJETO É A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MODERNIZAÇÃO, OTIMIZAÇÃO, EXPANSÃO, OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO, E CONTROLE REMOTO E EM TEMPO REAL DA INFRAESTRUTURA DA REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL ILUMINAÇÃO PÚBLICA. SES. Reconhecimento da prescrição dos presentes autos, nos termos da Resolução nº 10/2023, deste Tribunal. Julga extinto o processo com resolução de mérito, nos termos da previsão contida no art. 12, parágrafo único, da mesma resolução. ARQUIVO após as devidas comunicações de praxe.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação proposta pela pela empresa Crisciuma Companhia Comercial Ltda., contra o edital da concorrência internacional n. 01/SES da Secretaria Municipal de Serviços, cujo objeto era a

concessão administrativa, modalidade parceria público privada para a modernização, a otimização a expansão, a operação, a manutenção e o controle remoto e em tempo real da infraestrutura da rede municipal de iluminação pública do município de São Paulo.

Em breve síntese, a Representante atestou que o edital era irregular, tendo em vista as irregularidades atinentes à exigência de requisitos de qualificação econômico-financeira (item 15.3.1."d" - patrimônio líquido e garantia de proposta) e exigência de atestado de captação de recursos financeiros (cláusula 15.5.1 item "c" – Project Finance) (fl. 02/32)

Instada a se manifestar, a AJCE (fl.210/ 211vº) desta E. Corte de Contas, por primeiro, observou que a exordial preenchia os pressupostos de admissibilidade erigidos na legislação vigente, opinando, assim, pela regularidade do conhecimento da medida

Quanto ao mérito e, restrito no juízo de delibação, inferiu que a qualificação econômico- financeira prevista no instrumento convocatório não encontrava suporte legal ainda que admitisse que o inc. I, do art. 11, da Lei 11.079/04 não teria esgotado o tema afeto à qualificação econômico-financeira, como havia sido interpretado pela representante, tendo em vista a aplicação supletiva da Lei de Licitações, notadamente o § 2º do art. 31, conquanto determinava a escolha de apenas um dos requisitos nele referidos (ou patrimônio líquido ou capital social mínimo ou garantia de proposta).

Ressaltou, também, a importância, no tocante ao atestado de experiência em captação de recursos financeiros (cláusula 15.5.1 item "c"- Project Finance), conquanto requisito de qualificação técnica, com espeque no

art. 30, inc. II da Lei de Licitações, ostentando relevância no feito, a pertinência da condição independente da perspectiva em que era analisada ao confirmar a conclusão de que não haveria nenhuma irregularidade na exigência, quando enfrentada sob o enfoque jurídico.

Assim, diante das considerações retroalinhavadas, considerando necessário que a Administração fornecesse elementos que pudessem justificar a legitimidade da restrição imposta à disputa, sugeriu, na oportunidade, a intimação da Origem para os devidos esclarecimentos, levando em conta que o certame restava suspenso.

Nessa senda, o Sr. Secretário Municipal de Serviços, Sr. Simão Pedro (fl. 218/235) ofereceu as justificativas que entendeu necessárias em face da impugnação estampada pela empresa Crisciuma Companhia Comercial Ltda.

A Origem, ao apresentar a sua defesa, arredou os argumentos espelhados pelo órgão técnico desta C. Corte de Contas, ao registrar a fl. 221/223, que a Lei de Licitações era de aplicação subsidiária às concessões comuns e PPPs para a prestações de serviços comuns, consoante o caput do art. 18 da Lei 8.987/95 e entendeu, pois, viável cumular exigências em licitações de concessão comum e PPP

Sobreveio maifestação da AJCE (fl.246/253vº), alertando quanto à sua manifestação anterior tangente à aplicação supletiva da Lei de Licitações, afeta ao § 2º do art. 31, conquanto impunha a escolha de tão só um dos requisitos ali nominados, além de assinalar que a Origem havia afastado o seu raciocínio, vez que a alternatividade incidente no artigo retromencionado não

aproveitava às licitações de concessões comuns ou às parcerias públicos privadas conquanto tinha como escopo a desestatização de serviços públicos.

A Secretaria Geral acompanhou a AJCE quanto ao conhecimento da representação, posto presentes os requisitos de admissibilidade, eis que consentâneos com o art. 113, § 1º da Lei de Licitações e art. 55 do regimento Interno desta C. Corte de Contas e, no mérito, pela perda superveniente do seu objeto, face ao r. despacho realizado, conforme Certidão a fl. 380, pelos motivos alinhavados a fl. 380/382 e reprisados nas condicionantes e determinações nos itens 7 e 8 a fl. 550, bem assim pelo referendo do Plenário que, por maioria, restou referendada a proposta deste Conselheiro Relator quanto a liberação da Concorrência Internacional n.001/SES/2015 com as condicionantes e determinações, pontuadas a fl. 549/550

Por fim, em razão da edição da Resolução TCMSP nº 10/2023, publicada em 12 de junho de 2023, que regulamenta a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito desta Corte de Contas, determinei o encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo, com vistas a sanear processos possivelmente prescritos.

A AJCE emitiu seu parecer à peça 19 dos autos, concluindo no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento englobado o acompanhamento do Edital da Concorrência Internacional n.º 01/SES/2015, cujo objeto é a concessão administrativa para a prestação de serviços de modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da rede de iluminação pública do município de São Paulo, bem como representações impetradas contra o edital.

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo essa matéria foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**", de acordo com a ementa que segue:

> *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".

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da

decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

No caso destes autos, submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** dos trabalhos realizados e, quanto ao mérito, **RECONHEÇO** a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal, deixando, por via de consequência, de apreciar o mérito dos fatos analisados nestes autos, razão pela qual **JULGO EXTINTO** o presente feito e determino seu correspondente arquivamento, nos termos do art. 12, parágrafo único da mesma Resolução.

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 pública, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVE-SE.**

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 04/12/2023 11:19:26 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

48ª SONP
Item 34 – PLENO

e-TCM n.º 2.797/2015
Relator JOÃO ANTONIO
Revisor RICARDO TORRES

Objeto: Crisciuma Companhia Comercial Ltda. - Secretaria Municipal de Serviços (atual Secretaria Municipal das Subprefeituras) - Representação interposta em face do edital de Concorrência Internacional 01/SES/2015, cujo objeto é a concessão administrativa para a modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de São Paulo (JT).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Considerando que matéria de ordem pública não só pode, como deve ser conhecida de Ofício em qualquer Instância ou oportunidade processual, acompanho o Relator reconhecendo a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, conforme disposto na Resolução n. 10/2023, recentemente editada por este TCMSP.

Com fulcro, porém, nas manifestações dos Órgãos Técnicos, em especial da SG, que absorvo como se minhas fossem, voto pela perda superveniente do objeto.

TCM, 23 de outubro de 2023.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2023.10.23 09:30:05 -03'00'

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

ATHSC/RB