## II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-1325/2024

| | | |
|---|---|---|
| Processo | - | TC/003412/2013 |
| Recorrentes | - | Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e Thiago Gomes Cardonia |
| Objeto | - | Recursos interpostos em face do Acórdão de 22/8/2018 – Secretaria Municipal de Cultura/Departamento do Patrimônio Histórico e Atento São Paulo Serviços de Segurança Patrimonial Ltda. – Acompanhamento – Execução Contratual – Verificar se o Contrato 03/2012/DPH, cujo objeto é a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial desarmada para as unidades do Departamento, está de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste |

3.345ª Sessão Ordinária

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. SMC. Serviços de segurança e vigilância patrimonial. Decisão que não acolheu a execução do contrato. 1. Ocorre a prescrição quinquenal caso transcorridos mais de cinco anos entre o último marco interruptivo e a decisão definitiva de mérito. Verificada a prescrição, cabe avaliar o caráter pedagógico das determinações de cunho declaratório decorrentes do procedimento de fiscalização em julgamento. Res. TCMSP 10/2023. 2. Mantidas as determinações e recomendações destinadas à Administração Municipal. 3. O reconhecimento da prescrição em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem no sentido de promover medidas necessárias de ressarcimento e para fins de apuração de atos de improbidade, cujas ações de reparação são imprescritíveis. Tema 897, STF. CONHECIDOS. PFM NEGADO PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO. EXTINTO com relação a terceiros. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência. Votação unânime.

## A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro RICARDO TORRES.

**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 recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Thiago Gomes Cardonia, visto que foram preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade, e, de ofício, reconhecer a ocorrência de prescrição e declarar extinto o presente feito, nos termos do art. 12 da Resolução 10/2023, com relação a terceiros.

**ACORDAM**, ainda no mérito, à unanimidade, em negar provimento ao apelo da PFM, mantendo-se as determinações e recomendações destinadas à Administração Pública Municipal.

**ACORDAM**, à unanimidade, em determinar à Origem que adote medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem e aos interessados, para ciência, arquivando-se os autos com as cautelas de praxe.

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

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo de saúde.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de novembro de 2024.

EDUARDO TUMA – Presidente
RICARDO TORRES – Relator

/lsr

# I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RICARDO TORRES – RELATOR

**Processo:** **TC/003412/2013**
**Origem:** Secretaria Municipal de Cultura
**Objeto:** Recurso Ordinário em Execução Contratual Serviços de vigilância/segurança patrimonial desarmada para as unidades do Departamento do Patrimônio Histórico – DPH

**RECURSO ORDINÁRIO. ACOMPANHAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRATUAL.** SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA/SEGURANÇA PATRIMONIAL DESARMADA. 1. A prescrição, por se tratar de instituto de ordem pública, pode ser conhecida de ofício e a qualquer tempo no processo. 2. Nos termos da Resolução TCM nº 10/23, ocorre a prescrição quinquenal caso transcorridos mais do que cinco anos entre o último marco interruptivo e a decisão definitiva de mérito. Verificada a prescrição, cabe avaliar o caráter pedagógico das determinações de cunho declaratório decorrentes do procedimento de fiscalização em julgamento. 3.1. No caso em tela, devem ser mantidas as determinações e recomendações do acórdão recorrido, que se destinam a reorientar a Administração Pública. Recursos conhecidos para, de ofício, declarar extintas as pretensões punitiva e ressarcitória, e, por conseguinte, julgar prejudicado o recurso do interessado, bem como julgar improcedente o recurso da PFM e manter as determinações e recomendações originais.

## RELATÓRIO

Egrégio Plenário,

Trago a julgamento Recursos Ordinários interpostos por Thiago Gomes Cardonia (Peça 28) e pela PFM (peça 32) em face o v. acórdão prolatado pelo E. Pleno que, na 2.999ª S.O., não acolheu a execução do contrato nº 03/2012/DPH, determinou que a Origem promovesse glosas nos eventuais créditos da contratada ou, se for o caso, a respectiva cobrança, bem como aplicou multa ao gestor do contrato (peça 18).

O aresto em questão foi assim sintetizado (peça 18):

> Vistos, relatados e discutidos 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 não acolher a execução do contrato em causa, diante das razões expostas[1].

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Cultura que promova as glosas nos eventuais créditos da contratada, ou sua cobrança, conforme exposto no quadro 44 resumido do relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte e a aplicação das multas devidas, após a constatação adequada das infrações relacionadas no quadro 5 do mesmo relatório (fls. 92vº e 93), respeitado o limite previsto no item 6.1.1 do instrumento contratual, ressalvando as sanções já impostas, e sem prejuízo de eventual reparação de prejuízos causados aos cofres públicos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aplicar ao Gestor do Contrato, Thiago Gomes Cardônia, a multa de R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais), prevista nos artigos 52, inciso II, e 53 da Lei Municipal 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.

A Contratada opôs Embargos de Declaração em face do v. Acórdão, por considerá-lo obscuro (Peça 29). Os aclaratórios foram conhecidos e, no mérito, rejeitados (Peça 54).

O Sr. Thiago Gomes Cardonia e a Procuradoria da Fazenda Municipal apresentaram recursos ordinários em face do v. Acórdão (Peças 28 e 32). Já a Secretaria Municipal de Cultura apresentou o comprovante do pagamento das glosas apuradas pela Auditoria no valor de R$ 58.502,68 (Peça 40).

---

**1** Irregularidades apontadas pela Auditoria (Peça 17): (i) não cobertura por vigilantes folguistas nos períodos de ausência dos vigilantes titulares (almoço/refeições) (infração do subitem 2 do Anexo I); (ii) falta de vigilância, por vários meses, na unidade Solar da Marquesa de Santos (infração aos subitens 2 e 5 do Anexo I); (iii) não evidência de visitas semanais de supervisores da contratada (descumprimento do subitem 3.38 do Anexo I); (iv) falta de comunicação formal pela Contratada dos afastamentos, substituições, inclusão e exclusão de vigilantes (desatendimento ao subitem 3.42 do Anexo I).

À Peça 28, o Sr. Thiago Gomes Cardonia se insurgiu contra a multa a ele aplicada. Asseverou, em síntese, que: (i) exerceu a função de Diretor Administrativo do Departamento do Patrimônio Histórico (DPH) no período de 17/01/2012 a 30/06/2016; (ii) a aludida multa ofendeu os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois em momento algum o processo TC nº 72.003.412/13-53 apontou em seus relatórios e decisões a possibilidade de eventual aplicação de penalidade ao servidor da administração; (iii) à época dos fatos, ele era diretor administrativo, e não gestor do contrato (o contrato não previa esta última figura), e, nesse contexto, os seus atos "não possuíam caráter decisório sobre a execução do contrato analisado" (sendo definidos pela doutrina como atos de mero expediente, os quais não podem ser objeto de penalização); (iv) não há fundamento para a aplicação da penalidade de multa, pois, de acordo com o Decreto Municipal nº 54.873/14, a gestão contratual deve ser realizada por uma unidade administrativa (e não por um servidor específico) e a identificação de eventuais inadimplementos e comunicação à Diretoria de Divisão Administrativa constitui atribuição dos fiscais do contrato (arts. 2º e art. 4º, inciso VIII). Ao final, requereu o provimento do recurso com o consequente cancelamento de aplicação de penalidade de multa (...) no importe total de R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais).

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 32) requereu, por sua vez, em seu recurso, o acolhimento da execução contratual em exame ou, ao menos, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros, em razão dos seguintes motivos: (i) a adoção de diversas providências pela Origem para incrementar a fiscalização da execução do contrato; (ii) o fato de as faltas verificadas terem sido pontuais, inexpressivas frente à totalidade da execução, não se vislumbrando real prejuízo ao cumprimento do ajuste; (iii) a falta de comprovação de dolo, má-fé ou erro grosseiro por parte dos agentes públicos responsáveis

A Auditoria opinou pelo desprovimento dos recursos ordinários interpostos pelo Sr. Thiago Gomes Cardonia e pela Procuradoria da Fazenda Municipal (Peça 74).

A Assessoria Jurídica opinou pelo conhecimento dos recursos ordinários e, no mérito, pelo desprovimento de ambos (Peças 76/77).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o conhecimento e o provimento dos recursos ordinários interpostos, nos termos de sua peça recursal encartada à peça 32 (Peça 80).

A Secretaria Geral, às peças 82 e 83, apresentou que no caso vertente, com termo inicial da contagem da prescrição a conclusão da análise efetuada pela Auditoria em 18.12.2013 (fls. 94 do processo físico, digitalizada às fls. 106 da Peça 61), e, como marcos interruptivos, a intimação da Origem em 24.02.2014 (fls. 104 do processo físico, digitalizada às fls. 122 da Peça 61), a manifestação da Auditoria assinada em 16.06.2014 (fls. 174vº do processo físico, digitalizada às fls. 213 da Peça 61) e a r. Decisão condenatória recorrível prolatada em 22.08.2018 (Peça 18). Dessa forma, considerando que já decorreu mais de 5 anos desde o último marco interruptivo (decisão condenatória prolatada em 22.08.2018), as pretensões punitivas e ressarcitória foram fulminadas pela prescrição.

Verificou, ainda, que a aludida decisão foi objeto de embargos de declaração opostos pela Contratada (Peça 29), os quais foram julgados em 02.09.2020 (Peça 54). Ocorre que, como o referido recurso foi rejeitado (Peça 54), considero como último marco interruptivo da prescrição a r. Decisão condenatória prolatada em 22.08.2018 (Peça 18), pois, de acordo com o art. 9º da Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023, somente as decisões que acolhem os embargos têm o condão de interromper o prazo prescricional.

Quanto ao mérito do recurso ordinário interposto pelo Sr. Thiago Gomes Cardonia, a Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica no sentido de que: (i) a possibilidade de aplicação de multa por esta Egrégia Corte de Contas por conta de ilegalidades ou irregularidades na execução da despesa pública encontra-se devidamente regulamentada nos arts. 86 e 87 do RITCMSP; (ii) não há que se falar em ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o recorrente foi intimado de todos os atos do processo de controle externo, sendo-lhe oportunizado o exercício da defesa durante a instrução, enquanto diretor administrativo da Divisão Administrativa do Departamento do Patrimônio Histórico (DPH), à época dos fatos, cuja apuração abrangeu o período de 01/01/2013 a 28/11/2013; (iii) o Decreto Municipal nº 54.873/14 não pode ser aplicado ao caso

concreto, por ter sido editado posteriormente aos fatos, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade (Peça 76). Observou, ademais, que o Sr. Thiago Domes Cardonia não demonstrou que, como Diretor Administrativo, adotou todas as medidas possíveis para garantir uma adequada fiscalização do contrato pelos agentes públicos nomeados como fiscais ou que as medidas por ele adotadas quanto a esse Contrato foram insuficientes em razão de fatores alheios ao seu controle. Portanto, opinou pelo desprovimento do recurso ordinário.

Quanto ao mérito do recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, a Secretaria Geral (peça 82) considerou o quanto segue:

> A adoção de diversas providências pela Origem para incrementar a fiscalização da execução do contrato não tem o condão de sanar as irregularidades então apontadas neste processo. Conforme demonstrado na instrução processual, o contrato não foi executado conforme as cláusulas avençadas e causaram prejuízo ao erário no valor de R$ 58.502,68 – quantia já ressarcida aos cofres públicos pela empresa Contratada (Peça 40).
>
> No que tange à falta de comprovação de dolo, má-fé ou erro grosseiro, observo não há como afastar a culpa, caracterizada pela negligência dos agentes públicos, que não garantiram a adequada fiscalização do Contrato de acordo com as cláusulas avençadas/normas da Lei nº 8.666/93.
>
> Por fim, no que se refere à alegação de que as faltas teriam sido pontuais e de que não teria havido real prejuízo ao cumprimento do ajuste, ressalto que mero risco à segurança causado pela ausência da vigilância em determinados períodos fiscalizados pela Auditoria já representa uma grave violação contratual. Além disso, é importante lembrar que a Administração Pública tem o dever de garantir que os serviços contratados sejam executados conforme acordado também para assegurar a eficiência, a moralidade e a legalidade na gestão dos recursos públicos.
>
> Portanto, as irregularidades apontadas no presente processo não podem ser relevadas, pois, além de terem causado prejuízo ao erário, colocaram em risco a segurança das unidades do Departamento do Patrimônio Histórico.

Nesse contexto, o recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal não deve, a meu ver, ser provido.

Portanto, em resumo, a Secretaria Geral (peças 82 e 83) opinou pelo conhecimento dos recursos, pelo reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória e pelo não provimento, no mérito, de ambos os recursos, mantendo-se o Acórdão por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

**V O T O**

**1.** É o caso de **CONHECER** dos Recursos ordinários interpostos por Thiago Gomes Cardonia (Peça 28) e pela PFM (peça 32), visto que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, preliminarmente, **RECONHECER** a consumação de prescrição no presente feito, mantendo-se, contudo, o conteúdo declaratório da decisão recorrida.

**2.** A ocorrência do fenômeno prescricional no âmbito das Cortes de Contas foi sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal. Com o julgamento de precedentes qualificados nos Temas de Repercussão Geral nº 897 e 899, e na esteira do quanto decidido no julgamento da ADI nº 5.509, com base na métrica estabelecida pela Lei Federal nº 9.873/1999, foi reconhecida a aplicação do prazo quinquenal à prescrição das pretensões punitivas e ressarcitórias submetidas à deliberação dos Tribunal de Contas.

**3.** Para dar aplicabilidade às teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União – TCU aprovou a Resolução nº 344/2022. Essa norma estabelece os marcos interruptivos e causas de suspensão do prazo prescricional, além de orientar o julgamento da Corte quando verificada a hipótese de prescrição. O texto da resolução foi objeto de debates intensos entre as áreas técnicas da Corte de Contas federal, conforme formalizado no TC 008.702/2022-5 e resumido no Acórdão TCU 2285/2022.

**4.** Em seu turno, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo – TCMSP, a partir da Resolução nº 10/2023 – publicada no Diário Oficial em 12/06/2023, conjugada à Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023, regulamentou a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e

ressarcitória nos feitos de sua competência – transcurso quinquenal, bem como da prescrição intercorrente – transcurso trienal.

**5.** Quanto ao momento, a aferição da ocorrência da prescrição, nos termos do Artigo 11 da referida Resolução, pode ser realizada em qualquer fase do processo, de ofício ou por provocação dos interessados, uma vez que se trata de matéria de ordem pública. Veja-se:

> Art. 11. A ocorrência de prescrição será aferida, de ofício ou por provocação do interessado, em qualquer fase do processo, ressalvado o disposto no parágrafo único.

**6.** Impositivo, portanto, reconhecer, de ofício, a prescrição quinquenal no caso em tela, ocorrida, nos termos previstos do art. 2º, caput, da Resolução nº 10/2023, antes de prolatada a decisão ora recorrida.

**7.** No caso concreto, consumou-se o transcurso de prazo superior a 5 (cinco) anos da data do último marco interruptivo, qual seja a decisão condenatória recorrível (22.08.2018), verificando-se a ocorrência da prescrição em 22.08.2023.

**8.** A título de esclarecimento, verifico que a decisão foi objeto de embargos de declaração opostos pela Contratada (peça 29), os quais foram julgados e rejeitados em 02.09.2020 (peça 54). Assim, ressalto que a decisão que rejeita embargos de declaração não tem o condão de interromper prazo prescricional, conforme previsto no art. 9º da Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023.

**8.** Verificada a prescrição, restam extintas as pretensões punitiva e ressarcitória. Entretanto, nos termos da deliberação deste Tribunal de Contas no bojo do TC/336/2011, o alcance da modificação no aresto impugnado resulta da avaliação ponderada quanto à relevância da manutenção dos aspectos declaratórios da anterior deliberação no sentido de reorientar a atuação da Administração.

**9.** Tal entendimento condiz com a versão já aprimorada da normatização do Tribunal de Contas da União a respeito do tema, veja-se:

> Art. 11. Reconhecida pelo Tribunal a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória em relação à totalidade das irregularidades, o processo deverá ser arquivado, ressalvada a hipótese do art. 12.
>
> Art. 12. 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 das contas, a adoção de

> determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

**10.** Da leitura dos autos tem-se que o acórdão ora sob análise (peça 18) apresenta, as seguintes irregularidades indicadas pela auditoria:

> (i) não cobertura por vigilantes folguistas nos períodos de ausência dos vigilantes titulares (almoço/refeições) (infração do subitem 2 do Anexo I);
>
> (ii) falta de vigilância, por vários meses, na unidade Solar da Marquesa de Santos (infração aos subitens 2 e 5 do Anexo I);
>
> (iii) não evidência de visitas semanais de supervisores da contratada (descumprimento do subitem 3.38 do Anexo I);
>
> (iv) falta de comunicação formal pela Contratada dos afastamentos, substituições, inclusão e exclusão de vigilantes (desatendimento ao subitem 3.42 do Anexo I).

**11**. Constata-se, *primo oculi*, a relevância do conteúdo declaratório do aresto recorrido, vez que se destina a reorientar a atuação da administração no sentido de melhor governança e atendimentos aos princípios constitucionais da Administração Pública.

**12.** Anote-se que a insurgência manejada pela d. PFM não foi capaz de derruir o caráter de irregularidade dos fatos constatados pela Auditoria deste Tribunal. Deve, assim, ser mantido o aresto recorrido em seu aspecto declaratório quanto às irregularidades apontadas.

**13.** Por fim, observo que o reconhecimento da prescrição em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem no sentido de promover medidas necessárias de ressarcimento e para fins de apuração de atos de improbidade – cujas ações de reparação são imprescritíveis, nos termos do Tema 897 do STF - ou criminais.

**14.** Diante do exposto, voto no sentido de **CONHECER** dos Recursos interpostos por Thiago Gomes Cardonia e pela PFM e, de ofício, reconhecer a ocorrência de prescrição e declarar **EXTINTO O PRESENTE FEITO**, nos termos do art. 12 da Resolução nº 10/2023, com relação a terceiros, bem como NEGAR PROVIMENTO ao recurso da PFM e manter as determinações e recomendações destinadas à Administração Pública Municipal.

**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 dos atos de sua competência.

**INTIME-SE** a Origem e os interessados para ciência do presente voto e do acórdão resultante.

Após, com as cautelas de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Plenário Conselheiro **PAULO PLANET BUARQUE**, 13 de novembro de 2024.

**Ricardo Torres**
**Conselheiro**

**TC 3.412/2013**

**2º Julgado - 3.106ª Sessão Ordinária**
**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Opostos em face da decisão que não acolheu a execução do contrato por descumprimento de cláusulas contratuais, glosas e multas não aplicadas. Serviços de segurança e vigilância. SMC. CONHECIDOS. REJEITADOS. Votação unânime.**

**1º Julgado - 2.999ª Sessão Ordinária**
**ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMC. Serviços de segurança e vigilância. NÃO ACOLHIDO. DETERMINAÇÃO de glosa nos eventuais créditos da contratada ou sua cobrança. MULTA. Votação unânime.**

**2º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em sede de embargos de declaração, 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 conhecer dos Embargos de Declaração opostos pela empresa Atento São Paulo Serviços de Segurança Patrimonial Eireli, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em rejeitá-los, por não se vislumbrar a obscuridade afirmada pela embargante.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

São Paulo, 2 de setembro de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

## RELATÓRIO

A Contratada Atento São Paulo Serviços de Segurança Patrimonial Eireli opõe, com assento nos artigos 144 a 146 do Diploma Regimental, Embargos Declaratórios ao V. Acórdão de 22/agosto/2018, de minha Relatoria, que, à unanimidade, não acolheu a Execução do Contrato 03/2012/DPH, objetivando a prestação de serviços de vigilância/segurança para as unidades do Departamento do Patrimônio Histórico, e determinou, também à unanimidade, à Secretaria Municipal de Cultura promover glosas nos eventuais créditos da Contratada, ou sua cobrança (peça 18).

Em síntese, a Embargante alega obscuridade e contradição na parte do v. Acórdão que ordenou (*"verbis"*):*"*a aplicação das multas devidas, após a constatação adequada das infrações relacionadas no quadro 5 do mesmo relatório (fls. 92 vº e 93), respeitado o limite do item 6.1.1, do Instrumento Contratual, ressalvando as sanções já impostas, e sem prejuízo de eventual reparação de prejuízos causados aos cofres públicos.*"*

Fulcrada nessa assertiva, pede o provimento dos Embargos para esclarecer o somatório para aferição do limite previsto no item 6.1.1 do Instrumento Contratual.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle entendeu pertinentes os argumentos da Embargante, no sentido de esclarecer o cômputo total das multas durante todo o período de vigência do Contrato (soma de seis anos) ou apenas aquele previsto do Ajuste Matriz (peça 46). Nesse mesmo rumo embarcou a Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 48).

No sentido oposto manifestaram-se a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, ambas opinando pelo conhecimento dos Embargos, posto que atendem aos requisitos de admissibilidade, e, no mérito, pela sua rejeição, por não vislumbrarem obscuridade no texto do v. Acórdão embargado (peças nos. 43/44 e 50/51 respectivamente).

É o relatório abreviado.

## VOTO

Trata o presente de Embargos de Declaração calcados no art. 144 do Regimento desta Corte de Contas visando aclarar o ponto considerado obscuro do V. Acórdão de 22/08/2018 sobre o somatório das multas aplicadas para apuração do limite de 20% (vinte e por cento) previsto no item 6.1.1

do Instrumento Contratual, que dispôs sobre as condições para a prestação dos serviços de vigilância/segurança para as Unidades do Departamento do Patrimônio Histórico.

O artigo 144 do Diploma Regimental, complementando o disposto no artigo 45, inciso I, da Lei Municipal nº 9167/80, prevê o cabimento de Embargos de Declaração, *"quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, por obscuridade, contradição ou omissão, enquanto seu parágrafo primeiro estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para sua interposição, contados da intimação".*

Como revelam a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, a Embargante atende a esses requisitos de cabimento e tempestividade, viabilizando a incursão no mérito dos Embargos.

Todavia, não vejo a obscuridade afirmada pela Embargante que justificasse o aclaramento pretendido, porque o V. Acórdão embargado é suficientemente claro ao determinar à Secretaria Municipal de Cultura as glosas nos eventuais créditos da Contratada, ou sua cobrança, considerando o somatório das multas aplicadas no decorrer do Contrato, respeitando o limite de 20% (vinte por cento), estabelecido na cláusula 6.1.1 do Contrato, até porque o próprio Julgado indica os elementos a serem considerados no cômputo das multas devidas, referindo-se aos quadros resumidos 4 e 5 da Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

Diante do exposto e dos pareceres emitidos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral (peças 43/44 e 50/51), conheço dos Embargos Declaratórios para rejeitá-los em sede de mérito.

É como voto.

**1º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos 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 não acolher a execução do contrato em causa, diante das razões expostas.

**ACORDAM**, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Cultura que promova as glosas nos eventuais créditos da contratada, ou sua cobrança, conforme exposto no quadro 4 resumido do relatório

da Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte e a aplicação das multas devidas, após a constatação adequada das infrações relacionadas no quadro 5 do mesmo relatório (fls. 92vº e 93), respeitado o limite previsto no item 6.1.1 do instrumento contratual, ressalvando as sanções já impostas, e sem prejuízo de eventual reparação de prejuízos causados aos cofres públicos.

**ACORDAM**, ainda, à unanimidade, em aplicar ao Gestor do Contrato, Thiago Gomes Cardônia, a multa de R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais), prevista nos artigos 52, inciso II, e 53 da Lei Municipal 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de agosto de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

**RELATÓRIO**

No Acompanhamento da Execução do Contrato 03/2012/DPH, formalizado entre a Secretaria Municipal de Cultura – SMC e a Atento São Paulo Serviços de Segurança Patrimonial Ltda., objetivando a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial desarmada para as unidades do Departamento do Patrimônio Histórico – DPH, visto por cópia às fls. 04/27 deste TC, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu por sua irregularidade em razão dos seguintes apontamentos:

- não cobertura por vigilantes folguistas nos períodos de ausência dos vigilantes titulares (almoço/refeições) (infração do subitem 2 do Anexo I);

- falta de vigilância, por vários meses, na unidade Solar da Marquesa de Santos (infração aos subitens 2 e 5 do Anexo I);

- não evidência de visitas semanais de supervisores da contratada (descumprimento do subitem 3.38 do Anexo I);

- falta de comunicação formal pela Contratada dos afastamentos, substituições, inclusão e exclusão de vigilantes (desatendimento ao subitem 3.42 do Anexo I).

Estimou em R$ 3.748.670,68 (três milhões, setecentos e quarenta e oito mil, seiscentos e setenta reais e sessenta e oito centavos), o valor das glosas e multas pelas impropriedades declinadas na letra "a" supra (fls. 85/93 e 94).

Devidamente intimados, apresentaram defesa, na ordem, a Contratada Atendo (fls. 126/139), o Secretário Municipal de Cultura, Sr. João Luiz da Silva Ferreira (fls. 140/168), o Diretor da Divisão Administrativa, Sr. Thiago Gomes Cardonia (fls. 233/235), juntando a mesma documentação trazida pelo Titular da Pasta (fls. 236/268).

Na contradita apresentada, a Atento arguiu, em preliminar, sua ilegitimidade para fiscalizar a Execução do Contrato, e, no mérito, alegou a efetiva prestação dos serviços pelos quais foi contratada, além de recorrer à aplicação dos princípios da verdade real, proporcionalidade e razoabilidade nos Ajustes da Administração Pública.

Na sequência, o Secretário Municipal de Cultura esclareceu que solicitou aos fiscais envolvidos informações sobre as infringências relacionadas, os quais apresentaram seus relatórios, como determinou o saneamento das irregularidades e o acatamento das recomendações deste Tribunal pelos Departamentos competentes.

O Diretor da Divisão Administrativa, Sr. Thiago Gomes Cardonia, à sua vez, informou a adoção, pelo Departamento do Patrimônio Histórico, dos critérios sugeridos pela Equipe de Fiscalização desta Corte; a aplicação de multas à Contratada nos períodos e valores especificados na defesa; e a intensificação do número de visitas pelos fiscais da Administração e pelos supervisores da Contratada.

Na análise das 2 (duas) primeiras defesas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou todos os apontamentos de seu relatório, esclarecendo a missão constitucional deste Tribunal de Contas e a procedência de suas constatações, amplamente documentadas e circunscritas aos locais de trabalho, e destacando, quanto aos esclarecimentos do Secretário, a não comprovação de excesso nas falhas assinaladas (fls. 171/174).

Quanto à última defesa, do Diretor da Divisão Administrativa, observou que a Secretaria não negou as ocorrências apuradas e admitiu a necessidade de adequação dos critérios propostos pela Auditoria, sem evidenciar a adoção de medidas corretivas e/ou punitivas (fl. 233/235).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, intervindo às fls. 96/99, 177/181 e 273/276, manteve seu posicionamento pela irregularidade da Execução Contratual, acompanhando as conclusões da Auditoria, nas constatações de cunho técnico e fático, entendimento esse também sufragado pela Secretaria Geral, no parecer final de fls. 283/289, posto que as defesas revelaram-se insuficientes para sanear as infringências apontadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal argumentou no sentido de que não houve má-fé dos agentes responsáveis e da não ocorrência de prejuízos, sem afastar a possibilidade de descumprimento das normas, opinou pela relevação das falhas formais e pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados (fls. 277/282).

Considerando o valor de R$ 3.748.760,68 (três milhões, setecentos e quarenta e oito mil, setecentos e sessenta reais e sessenta e oito centavos), estimado pela Auditoria, das glosas e multas, estas representando quase 80% (oitenta por cento) do valor total estimado do Ajuste de R$ 4.524.000,00 (quatro milhões, quinhentos e vinte de quatro mil reais), solicitei, "ad cautelem", a análise jurídica da legalidade daquela imposição pecuniária (fl. 290).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral sustentaram a adequação dos percentuais de multa apontados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle nas Cláusulas 6.1.2 e 6.1.6 do Contrato 03/2012/DPH, consoante os pareceres acrescidos de fls. 291/295 e 297/299, respectivamente, ao passo que a Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou sua manifestação precedente, no sentido do acolhimento da Execução ou, subsidiariamente, a aceitação de seus efeitos financeiros (fl. 296).

É o relatório.

**VOTO**

Analiso, inicialmente, a preliminar suscitada pela Contratada em que sustenta competir à Prefeitura a responsabilidade pela fiscalização do Contrato. Essa atribuição está afeta, realmente, aos agentes designados pelo Departamento do Patrimônio Histórico como deflui da leitura do item 4 do Anexo I – Caderno Técnico – do Instrumento Contratual, atividade que, entretanto, é feita em conjunto com um Supervisor indicado pela Contratada para o acompanhamento técnico dos serviços, consoante prevê o item 3.37 do mesmo Anexo, e, inclusive, inspeção dos postos, no mínimo uma vez por semana, obrigação essa constante do item 3.38 seguinte.

Destarte, a Contratada tinha também a responsabilidade da supervisão dos serviços, pelo acompanhamento técnico com os servidores designados pela Contratante.

Por outro lado, a instrução deste TC fornece subsídios para verificar que a Secretaria cuidou de acatar as recomendações sugeridas pela Auditoria, especialmente quanto aos critérios de adequação dos controles de visitas e presença de vigilantes nas Unidades selecionadas, inclusive instaurando Procedimento Administrativo interno, facultando à Contratada o direito à defesa prévia e aplicando as multas relacionadas pelo Diretor da Divisão Administrativa na defesa inserta às fls. 233/235, tudo consoante se vê dos documentos de fls. 149/165, 193/224 e 236/268.

Conforme se verifica do Relatório de fls. 85/93, a Auditoria expôs o quadro resumido das glosas e multas por descumprimento das Cláusulas Contratuais, concluindo que a Secretaria deixou de efetuar a glosa de R$ 58.502,68 (cinquenta e oito mil, quinhentos e dois reais e sessenta e oito centavos) e aplicar multas no montante de R$ 3.690.168,00 (três milhões, seiscentos e noventa mil, cento e sessenta e oito reais), segundo a discriminação constante do item 3.4 – glosas e multas (fls. 92 vº e 93).

Entendo, todavia, que a somatória das multas pelas infrações imputadas à Contratada, ainda que aplicadas cumulativamente, não poderia superar o limite de 20% (vinte inteiros por cento) a que ela estaria sujeita pela inexecução total do objeto contratual, estabelecido no item 6.1.1 da Cláusula Sexta do Ajuste refletido às fls. 04/31.

Realmente, foge ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade impor à Contratada sanções pecuniárias decorrentes da inexecução parcial do Ajuste quando a inexecução total prevê a multa limite de 20% (vinte por cento) sobre o valor total global do Contrato.

Isto porque não é crível impor-se sanções à Contratada que extrapolem os limites do razoável, esgotando quase o preço total do Contrato, como sugere a Auditoria, com o aplauso da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que, "data venia" não viram ilegalidade nessa proposta.

Nem se pode aceitar o argumento de que a atribuição punitiva se inclui no âmbito da discricionariedade do Administrador Público, pois como doutrina Marçal Justen Filho:

> ***"Com o devido respeito essa construção é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Não se admite numa Democracia, que o Estado receba competência para impor punição àqueles que "agiram mal" ou "descumpriram seus deveres". Essas cláusulas genéricas retratam poderes não delimitados, que põem em risco valores constitucionalmente tutelados"***[1]

[1] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 7º edição, 2000, pág. 622.

É ainda o mesmo Autor que acrescenta, nos seus comentários ao artigo 87 da Lei Federal 8.666/1993, que prevê as sanções a que estão sujeitos os contratados pela inexecução total ou parcial do Contrato com a Administração, o seguinte raciocínio:

> ***"À medida que se torna mais grave a sanção, tanto menos se admite a possibilidade de indeterminação da ilicitude. O agravamento da sanção se identifica pela seriedade da punição e pela relevância do bem jurídico afetado. É imperiosa a proporcionalidade entre a sanção e a ilicitude praticada. Logo, é inafastável a definição e delimitação das condutas que caracterizam essa ilicitude. Não é compatível com a ordem constitucional que se preveja que "infração grave na execução do contrato" acarrete "suspensão do direito de licitar" ou "declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública". É indispensável determinar, com um mínimo de tipicidade e precisão, o que se pode entender por "infração grave". Deve-se indicar os limites dentro dos quais se identifica, de modo inquestionável, a conduta apta a conduzir ao sancionamento*".**

No caso, entendo que as faltas relacionadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle no item 3.4 do Relatório em análise demandaria uma melhor apuração de sua procedência pela Secretaria, em processo administrativo que faculte o contraditório e a ampla defesa da Contratada, notando, ainda, só para argumentar que nem a Auditoria, nem a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, analisaram com a devida extensão e profundidade as defesas encartadas aos autos, sobremaneira da Contratada ATENTO (fls. 126/139), da Secretaria Municipal de Cultura (fls. 140/148) e as documentações trazidas ao bojo deste processado, dentre as quais cópias dos Despachos prolatados pela Diretoria do Departamento do Patrimônio Histórico, da Secretaria Municipal de Cultura, aplicando várias multas à Contratada com fundamento no item 6.1.6.1 da Cláusula Sexta do Instrumento Contratual, que, salvo engano, não foram examinados pelo Órgão Auditor.

Sem embargo, os elementos informativos e instrutivos deste TC revelam que o Contrato 03/2012/DPH, visualizado às fls. 04/27, foi imperfeitamente executado pela Contratada Atento São Paulo Serviços de Segurança Patrimonial Ltda., motivo suficiente para inviabilizar sua acolhida.

Assim, diante das razões expostas ao longo deste voto, não acolho a Execução do Contrato em causa, determinando à Secretaria Municipal da Cultura promover as glosas nos eventuais créditos da Contratada, ou sua cobrança, conforme exposto no quadro 4 resumido, do Relatório da Subsecretaria

de Fiscalização e Controle, e a aplicação das multas devidas, após a constatação adequada das infrações relacionadas no quadro 5 do mesmo Relatório (fls. 92 vº e 93), respeitado o limite previsto no item 6.1.1 do Instrumento Contratual, ressalvando as sanções já impostas, e sem prejuízo de eventual reparação de prejuízos causados aos cofres públicos.

Aplico ao Gestor do Contrato, Thiago Gomes Cardônia, a multa de R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais), prevista nos artigos 52, inciso II e 53 da Lei Municipal 9.167/80[2], c/c o artigo 86, inciso II[3], do Regimento Interno.

É o voto.

[2] Art. 52. As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções: I - Advertência. II - Multa.

[3] Art. 86. As infrações à Lei nº 9.167, de 3 de dezembro de 1980 e ao presente Regimento, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções: (...) II -Multa