ACO-UTR-1215/2024

Processo - TC/004154/2013

Objeto - Recursos *ex officio*, da Procuradoria da Fazenda Municipal, de Rodrigo José Epifânio de Faria Basilio, de Seal Segurança Alternativa Eireli e de Rodrigo Tarchiani Savazoni interpostos em face da Decisão da Primeira Câmara de 29/5/2019 – Secretaria Municipal de Cultura e Seal Segurança Alternativa Ltda. – Acompanhamento – Execução Contratual – Verificar se o Contrato 11/SMC-G/2013, cujo objeto é a contração de empresa especializada na prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial desarmada para o patrimônio histórico cultural denominado Vila Itororó e Cine Arte Palácio, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

57ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIOS. SMC. Serviços de vigilância e segurança patrimonial. Decisão que julgou irregular a execução do contrato, aplicou multa e determinação. 1. Reconhecida a prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, 5º, II, 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. 2. Afastada a pena de multa, bem como a determinação de cobrança das glosas e multas. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso *ex officio*, na forma regimental, e dos ordinários interpostos, uma vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no art. 140 do RITCMSP, reconhecendo a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, para afastar a pena de multa aplicada aos responsáveis, bem como a determinação de cobrança das glosas e multas em face da Contratada, determinadas no Acórdão recorrido.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar-lhe provimento, uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar a decisão do Acórdão guerreado, mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, dada a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 21 de agosto 2024.

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

/gc

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 11/10/2024 11:00:01 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 11/10/2024 16:38:02 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

57ª Sessão Não Presencial – Pleno, 06 a 21 de agosto de 2024

Item 4

TC nº 4154/2013 – Recursos Ordinários e 'ex officio' (Acompanhamento)
Interessados: Secretaria Municipal da Cultura e Seal - Segurança Alternativa Ltda. EPP
Objeto: EXECUÇÃO CONTRATUAL. Contrato nº 11/SMC–G/2013, objetivando a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial desarmada do Patrimônio Histórico Cultural denominado Vila Itororó e Cine Art Palácio

RELATÓRIO

Cuida o presente, nesta fase recursal, da apreciação de recursos ordinários interpostos e de remessa 'ex officio' processados em face da Decisão que julgou o acompanhamento da execução do Contrato nº 11/SMC–G/2013, ajuste firmado entre a Secretaria Municipal da Cultura e a empresa Seal - Segurança Alternativa Ltda., para a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial desarmada do Patrimônio Histórico Cultural denominado Vila Itororó e Cine Art Palácio.

A referida Decisão, prolatada pela Câmara em 29/05/2019 (326ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara), assim deliberou:

> *"DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, não acolher a execução do Contrato 11/SMC–G/2013, no período e nos valores analisados. DECIDEM, ainda, à unanimidade, aplicar aos responsáveis multa no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), com fundamento nos artigos 52, inciso II, e 53 da Lei Municipal 9.167/80; 86, inciso II, e 87 do Regimento Interno. DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar que a Secretaria Municipal de Cultura promova o aperfeiçoamento da fiscalização dos ajustes a seu cargo e que cobre da contratada as glosas e multas que não foram aplicadas à época, devidamente atualizadas, compreendendo o valor de R$ 26.950,00 (vinte e seis mil, novecentos e cinquenta reais), a título de multas, e R$ 2.138,80 (dois mil, cento e trinta e oito reais e oitenta centavos), relativo às glosas não descontadas. Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte."*

De acordo com o certificado à peça 35, interpuseram Recurso Ordinário a "Fazenda Municipal (peça 25), Seal Segurança Alternativa Eireli (peças 28 a 30), Rodrigo Tarchiani Savazoni (peças 31/32), objetivando o reexame da Decisão de peça 12, considerando que a Secretaria Municipal de Cultura deixou transcorrer *in albis* o prazo para eventual oferecimento de recurso, e o Sr. Rodrigo José Epifânio de Faria Basilio, enviou os documentos de peças 26/27", além do recurso ex officio, na forma regimental, consoante consignado na Decisão retro transcrita.

A Subsecretaria de Controle Externo (peça 42) analisou as razões recursais apresentadas e constatou não haver os Recorrentes trazido *"novos elementos, evidências documentais ou justificativas que alterassem as conclusões expressas na auditoria, motivo pelo qual mantemos os apontamentos expressos na manifestação da peça 03."*

Entretanto, submeteu à superior deliberação as seguintes questões:

> *(1) Quanto à alegação da defesa de Rodrigo Tarchiani Savazoni de que "não há qualquer conduta individualizada no contrato que leve à sua responsabilização", considerando que sua inclusão no rol de responsáveis ocorreu no voto à peça 11;*
> *(2) Quanto à solicitação de Rodrigo José Epifânio Faria Basílio pela conversão da penalidade de multa em advertência; e*
> *(3) Quanto a oficiar o Sr, João Luiz Silva Ferreira, Secretário Municipal de Cultura à época.*

Pois bem.

Em decorrência da superveniente Resolução nº 10/2023, deste Tribunal de Contas, publicada em 12/06/2023, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral, os autos retornaram à Assessoria Jurídica de Controle Externo, com o objetivo de avaliar a eventual ocorrência de prescrição (peça 43).

Neste sentido, assim opinou a Assessoria Jurídica acerca do tema (peça 44):

> "Assim, avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que do marco interruptivo, consubstanciado na manifestação da Auditoria após as defesas ofertas (fls. 243/247 da peça 13), consoante o art. 5º, II cc art. 6º, I da Resolução nº 10/23, até o próximo marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível (fls. 370/371 da peça 13), nos termos do art. 5º, IV da Resolução nº 10/2023, decorreram-se mais de 5 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória."

A Procuradoria da Fazenda Municipal, à peça 46, informou 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 derradeiro, a Secretaria Geral assim concluiu em seu parecer (peça 47): *"No caso vertente, acompanho parecer da AJCE e PFM no sentido de que o presente processo foi fulminado pelo instituto da prescrição, nos termos dos artigos 4º, 5º e 6º da Resolução nº 10/23."*

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, cuida o presente, nesta fase recursal, da apreciação de recursos ordinários interpostos e de remessa 'ex officio' processados em face da Decisão que julgou o acompanhamento da execução do Contrato nº 11/SMC–G/2013, ajuste firmado entre a Secretaria Municipal da Cultura e a empresa Seal - Segurança Alternativa Ltda., para a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial desarmada do Patrimônio Histórico Cultural denominado Vila Itororó e Cine Art Palácio.

Os autos foram instruídos, com as manifestações dos Órgãos Técnicos.

Sintetizado o andamento do feito, é caso de primeiramente enfrentar a questão **preliminar de mérito**, relativa à prescrição.

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

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

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

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

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

---

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[2] Tratuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[3] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -

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

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

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)

> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

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

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela***

MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.

[4] Jacoby Fernande, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620

[5] Jacoby Fernande, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> ***imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário.*** *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

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

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

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*."

> (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

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

No tema 666 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não obstante não ter entrado no mérito de ações do Tribunais de Contas, discutiu o alcance da última disposição da norma constitucional citada acima. O relator do caso, o Emérito Ministro Teori Zavascki, entendeu em seu voto vencedor que:

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra* ***a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais***." (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

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

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

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

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

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

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

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

> Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade.)

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

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

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

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9], com efeito *erga omnes,* que determinou

[9] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo

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

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

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

prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

> de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

Inclusive no que tangia a aplicação das causas interruptivas da mesma Lei Federal:

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.* ***II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI º5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos*

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

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

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

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

A AJCE em sua manifestação (peça 44) dispôs que "*avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que do marco interruptivo, consubstanciado na manifestação da Auditoria após as defesas ofertas (fls. 243/247 da peça 13), consoante o art. 5º, II cc art. 6º, I da Resolução nº 10/23, até o próximo marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível (fls. 370/371 da peça 13), nos termos do art. 5º, IV da Resolução nº 10/2023, decorreram-se mais de 5 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória.*"

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

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas, o que, consequentemente, resulta no afastamento da pena de multa aplicada aos responsáveis, bem como a determinação de cobrança das glosas e multas em face da Contratada determinadas no Acórdão recorrido.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)."

Assim, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório do Acórdão guerreado e o julgamento de irregularidade da execução no período e valores auditados.

Tratada a preliminar de mérito da prescrição, é caso de analisar o mérito da pretensão recursal.

Nesse sentido, deve ser ponderado que a instrução desta fase processual, após análise das razões recursais, culminou nas conclusões convergentes dos Órgãos Opinantes de que as irregularidades detectadas no acompanhamento de execução do contrato,

realizado pela Auditoria e consideradas na decisão expressa no Acórdão à peça 12, possuem natureza fática, como se nota, por exemplo, nas constatações de falta de vigilante folguista/almocista, ausência de certificados de formação técnica, descumprimento do intervalo intrajornada, bem como em demais falhas de controle apontadas.

Não obstante as considerações trazidas aos autos pelos recorrentes de que "não foi colocada em dúvida a efetiva execução dos serviços", os argumentos não são suficientes para superar os descumprimentos legais ou de cláusulas contratuais identificados e apontados neste processo.

Tecidas tais considerações, verifica-se que os recursos ora apreciados não têm o condão de modificar as graves irregularidades consideradas no julgamento e que deram ensejo às determinações expressas no texto do Acórdão combatido.

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

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento da ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, para afastar a pena de multa aplicada aos responsáveis, bem como a determinação de cobrança das glosas e multas em face da Contratada determinadas no Acórdão recorrido.

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

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 28/08/2024 15:24:00 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 4.154/2013

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMC. Serviços de vigilância e segurança patrimonial desarmada. Vila Itororó e Cine Art Palácio. 1. Contrato não executado em conformidade com os termos da Licitação e da proposta a que se vincula, desrespeitando o princípio da vinculação do Contrato. Art. 37, inciso XXI, da CF. Artigo 66 da Lei nº 8.666/93. 2. Administração negligenciou o poder-dever de fiscalizar a execução do Contrato. Art. 58, III, Lei 8.666/93. IRREGULAR. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

326ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

D E C I S Ã O

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

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, não acolher a execução do Contrato 11/SMC–G/2013, no período e nos valores analisados.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, aplicar aos responsáveis multa no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), com fundamento nos artigos 52, inciso II, e 53 da Lei Municipal 9.167/80; 86, inciso II, e 87 do Regimento Interno.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar que a Secretaria Municipal de Cultura promova o aperfeiçoamento da fiscalização dos ajustes a seu cargo e que cobre da contratada as glosas e multas que não foram aplicadas à época, devidamente atualizadas, compreendendo o valor de R$ 26.950,00 (vinte e seis mil, novecentos e cinquenta reais), a título de multas, e R$ 2.138,80 (dois mil, cento e trinta e oito reais e oitenta centavos), relativo às glosas não descontadas.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de maio de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se do Acompanhamento da Execução do Contrato nº 11/SMC–G/2013, celebrado entre a Secretaria Municipal de Cultura – SMC e Seal - Segurança Alternativa Ltda. EPP, tendo por objeto a prestação de serviços de vigilância / segurança patrimonial desarmada, do Patrimônio Histórico Cultural denominado "Vila Itororó" e Cine Art Palácio, no valor de R$ 462.000,00 (quatrocentos e sessenta e dois mil reais), no período de 27/11/2013 a 09/01/2014.

A Coordenadoria VII, às fls. 51/55, concluiu que o Contrato, no período de 1º a 30/11/2013, não estava sendo plenamente executado, devido às seguintes impropriedades:

a. Falta de vigilante folguista/almocista e de registro de presença desses profissionais no livro de ocorrências nas 2 (duas) Unidades, em desatendimento ao subitem 1.2 do Anexo I do edital (subitem 3.2.1);

b. Não apresentação de certificados de formação técnica de vigilantes (subitem 3.2.2 – a);

c. Falta de evidência das visitas semanais dos supervisores da Contratada nas Unidades, em desatendimento ao subitem 3.18 do Anexo I do Contrato;

d. Falta de preenchimento de livro de registro de ocorrências por parte da contratante, em inobservância ao disposto no subitem 3.2 do Contrato;

e. Falta de evidência de registro de empregado do vigilante que prestou serviços nos dias 11 e 14 de novembro;

f. Necessidade de avaliar a suficiência dos equipamentos disponibilizados para o desenvolvimento dos trabalhos dos vigilantes, a fim de atender ao disposto no subitem 3.12 do Anexo I do Contrato;

g. Necessidade de atentar para o intervalo de almoço dos vigilantes em atendimento ao subitem 1.2 do Anexo 1 – Caderno Técnico e artigo 71 da CLT.

Por último, em razão das impropriedades apontadas, propôs glosas e multas no total de R$ 29.088,80 (vinte e nove mil, oitenta e oito reais e oitenta centavos).

Foram oficiados a Secretaria e Rodrigo Basílio, fiscal e gestor do Contrato, que acumulava a função de Supervisor do Setor de Infraestrutura da Secretaria de Cultura, sendo que o último fez juntar cópia das informações prestadas pela Contratada à Assessoria Jurídica da Pasta, assim resumidas:

a. Não há descumprimento do Subitem 1.2 do Anexo I do Edital, uma vez que apesar de não fornecer almocista/folguista, efetua pagamento de horas extras intrajornada nos termos do artigo 71, § 4º, da CLT[1], sendo certo que, na Licitação, foi analisada e aprovada pela Comissão de Licitação planilha de composição de custos, que substituiu o almocista pelo pagamento do intervalo intrajornada;

b. Cópias dos certificados de formação técnica dos vigilantes estão em anexo;

c. Os supervisores compareceram semanalmente nos postos da Contratante, conforme cópias anexas do livro de ocorrências, constando que a supervisão foi feita pelos Srs. Tenório, Claudinei e Edson;

d. O funcionário Cícero Agenor Nascimento é registrado desde 1º/12/2011, conforme documento que anexa, tendo trabalhado alguns dias nos locais objeto do Contrato cobrindo faltas de funcionários efetivos;

e. No início da execução dos trabalhos disponibilizou equipamentos de comunicação, porém, durante a manutenção deles, foram constatados problemas o que ocasionou sua retirada, com posterior reposição.

f. Por tais razões, entende não ter ocorrido inexecução contratual, sendo desnecessária a aplicação de multa.

Por sua vez, a Secretaria, às fls. 112/167, limitou-se a encaminhar cópia da mesma manifestação e documentação.

Diante dos argumentos apresentados, a C-VII manteve seu posicionamento anterior quanto à falta de vigilante folguista/almocista, à necessidade de avaliar a suficiência dos equipamentos disponibilizados para o desenvolvimento dos trabalhos dos vigilantes e de atentar para o intervalo de almoço dos vigilantes, considerando os demais apontamentos sanados.

Na sequência, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, na voz de sua Chefia, sugeriu a intimação de Seal - Segurança Alternativa Ltda. para exercício do contraditório e da ampla defesa.

Devidamente intimada, a empresa esclareceu que em ambas Unidades questionadas não utiliza, durante o intervalo intrajornada, vigilante denominado almocista/folguista, porém, remunera o intervalo com pagamento de hora extra intrajornada com adicional de 60%, conforme previsto na Convenção

[1] Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.
§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Coletiva da Categoria; que, na Licitação, apresentou na planilha de composição de custos cotação apenas para pagamento de horas extras intrajornada e não almocista, a qual foi analisada e aprovada pela Comissão de Licitação, tendo a Contratante aprovado a substituição do profissional para cobertura do intervalo pelo pagamento de horas extras, o que não traz prejuízo para a Contratante; que consta dos holerites dos funcionários o pagamento das referidas horas extras, razão pela qual não existe anotação nos controles de ponto.

Aduziu que os funcionários citados no relatório de SFC possuem curso de formação de vigilante e reciclagem, conforme cópia dos certificados que junta, e que disponibilizava equipamentos em conformidade com o previsto no Contrato de prestação de serviço.

Continuou informando que realizou corretamente a inspeção nos postos de serviço, conforme determinação contratual, e que o agente fiscalizador não conseguiu visualizar as assinaturas dos supervisores nos livros apropriados por não estarem identificadas como tal, tendo sido essa falha sanada e notificada à Contratante.

Por fim, alegou que demonstrou, conforme documentos carreados aos autos, não ter cometido irregularidade contratual que justificasse a aplicação de multas contratuais.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo não acolhimento da Execução do Contrato, enfatizando que o Ajuste decorrente do Certame pressupõe a existência de uma relação bilateral em que ambas partes possuem direitos e obrigações. Assim, não pode ser acatada a justificativa de falta de funcionários por parte da contratada, vez que é seu dever seguir o que outrora foi delineado pelo Edital e consequentemente pelo Contrato. Pontuou que quando o Edital apontar pela necessidade de folguista/almocista é evidente que procura não se onerar pelo pagamento da hora extra decorrente da jornada intrajornada. Ressaltou que não houve apresentação pela Contratada da Convenção Coletiva e do comprovante de pagamento das horas alegadas.

De sua parte, a Procuradoria da Fazenda Municipal considerou que restou apenas a falha na interpretação da legislação trabalhista relativa a folguista e horário de almoço, carecendo de simples determinação desta Corte quanto ao correto entendimento entre as normas aplicáveis na espécie. Requereu, por fim, sejam reconhecidos os efeitos econômicos e os atos analisados. Assim entendeu porque considerou solucionada a questão relacionada à insuficiência temporária dos equipamentos. Pleiteou o reconhecimento dos efeitos financeiros dos atos analisados.

A Secretaria Geral, por sua vez, acompanhando o entendimento da SFC e da AJCE, opinou pelo não acolhimento da Execução Contratual.

Considerando a necessidade de aprofundamento da instrução processual, determinei a intimação do então Secretário Municipal de Cultura abrindo nova possibilidade para esclarecimento das infringências pontuadas.

Nessa oportunidade, a Pasta, por seu Titular, reiterou seus argumentos anteriores, acrescendo, quanto à falta de radiocomunicadores, que os vigilantes possuíam aparelhos celulares que possibilitariam o contato com a Supervisão de Infraestrutura, a Empresa e a Polícia, em caso de necessidade, e que foram suficientes para a comunicação durante esse período de manutenção dos aparelhos.

Os Órgãos Técnicos desta Casa, bem como a Procuradoria da Fazenda Municipal, mantiveram seus posicionamentos anteriores diante da ausência de elementos novos.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, registro que o Contrato nº 11/SMC-G/2013, analisado no bojo do TC nº 72.003.563.13-39, foi julgado regular por unanimidade por esta Câmara.

Já no âmbito do Acompanhamento de sua Execução, desenvolvida nos presentes autos, após a apresentação das manifestações dos envolvidos, restaram a analisar as seguintes infringências: “falta de vigilante folguista/almocista, necessidade de avaliar a suficiência dos equipamentos disponibilizados para o desenvolvimento dos trabalhos dos vigilantes e necessidade de atentar para o intervalo de almoço dos vigilantes”.

No que pertine à primeira e à terceira delas, está patente nos autos que o Edital do Pregão nº 05/SMC-G/2013, do qual decorreu o Contrato em pauta, fixava a exigência de designação de folguista/almocista, nos termos de seu Anexo I – Caderno Técnico – Especificações Técnicas do Objeto, o que se vê reproduzido nos mesmos e precisos termos na Cláusula Primeira do Ajuste e seu Anexo.

Sendo assim, ficou afastada a possibilidade de outra forma de prestação do serviço, vedada à Contratante qualquer substituição.

Nesse âmbito, importante ressaltar que o Procedimento Licitatório se baseia em duas finalidades essenciais, quais sejam: a concretização do princípio da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa. Em seu relacionamento com os particulares, a Administração Pública está subordinada constitucionalmente à observância daquele princípio, previsto em diversos dispositivos constitucionais, mais expressamente no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que determina que as contratações públicas serão

promovidas de modo a assegurar a igualdade de condições de todos os concorrentes. Como consequência, o Edital e os Termos Contratuais devem ser rigorosamente seguidos.

Desta forma, como bem sublinhado pelo Assessor Jurídico de Controle Externo, não pode ser acatada a justificativa apresentada pela Contratada de falta de funcionários folguista/almocista, por resultar daí flagrante descumprimento contratual, já que o Contrato não foi executado em conformidade com os termos da Licitação e da proposta a que se vincula, desrespeitando o princípio da vinculação do Contrato, previsto no artigo 66 da Lei nº 8.666/93[2].

Ademais, a própria Contratada confirmou que os intervalos de almoço dos vigilantes foram pagos com hora extra e que os aparelhos radiocomunicadores ficaram indisponíveis por alguns dias, ou seja, os apontamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle nesse particular procedem.

Ora, de acordo com o artigo 58, III, da Lei de Licitações[3], a Administração tem o poder-dever de fiscalizar a execução do Contrato, não sendo mera faculdade. Esta fiscalização permite detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas, podendo adotar com maior presteza as providências necessárias para resguardar o avençado. Trata-se de um dever que induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos.

Dos elementos trazidos aos autos, é possível perceber que a Secretaria Municipal de Cultura não fiscalizou de maneira correta a execução do Contrato, o que possibilitou o não cumprimento fiel das obrigações contratuais.

Assim, considerando os pareceres dos Órgãos Técnicos desta Casa, que passam a integrar meu voto, NÃO ACOLHO a Execução do Contrato nº 11/SMC–G/2013 no período e nos valores analisados.

Aplico, aos responsáveis multa no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), com fundamento nos artigos 52, inciso II e 53 da Lei Municipal nº 9.167/80 e 86, inciso II, e 87 do Regimento Interno.

Determino, outrossim, que a Secretaria Municipal de Cultura promova o aperfeiçoamento da fiscalização dos Ajustes a seu cargo e que cobre da Contratada as glosas e multas que não foram aplicadas à época, devidamente atualizadas, compreendendo o valor de R$ 26.950,00 (vinte e seis mil, novecentos e cinquenta reais) a título de multas e R$ 2.138,80 (dois mil, cento e trinta e oito reais e oitenta centavos), relativo às glosas não descontadas.

É o voto.

---

[2] Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial

[3] Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
III - fiscalizar-lhes a execução;