ACO-UTR-387/2024

Processo	-	TC/006668/2004
Embargante	-	São Paulo Transporte S.A.
Objeto	-	Embargos de Declaração opostos em face do V. Acórdão de 18/9/2019 – São Paulo Transporte S.A. e Construtora Simioni Viesti Ltda. – Contrato 2004/038 – Prestação de serviços técnicos de engenharia para reparação e complementação de infraestrutura necessários para recuperação do Passa Rápido Vila Nova Cachoeirinha/Inajar de Souza/Rio Branco, do trecho entre o Largo do Paissandu e das Avenidas Rio Branco, Rudge, Marquês de São Vicente e Comendador Martinelli, até a Rua Capitão Francisco Teixeira Nogueira

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SPTRANS. Serviços técnicos de engenharia para reparação e complementação de infraestrutura com recuperação de trecho. Opostos em face da decisão que julgou irregular o contrato. 1. Do marco interruptivo, consubstanciado no parecer da Auditoria, até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos. Art. 2º, art. 5º, II e IV e art. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso, visto que estão presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, reconhecendo a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, e afastando sanção imposta no Acórdão recorrido.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito declaratório, em negar-lhe provimento, mantendo, integralmente, o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, arquivando-se os autos, após o cumprimento das formalidades legais.

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

São Paulo, 22 de novembro 2023.

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

/lsr

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 10:15:23 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:10:55 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

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

PLENO

TC nº 6668/2004 – Embargos de Declaração

Objeto: prestação de serviços técnicos de engenharia de manutenção civil corretiva e preventiva no passa rápido Vila Nova Cachoeirinha/Inajar de Souza/Rio Branco.
Interessados: São Paulo Transporte - SPTrans e Construtora Simioni Viesti Ltda., Ministério Público do Estado de São Paulo
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente processo, nesta fase recursal, dos **Embargos de Declaração** opostos pela **São Paulo Transporte S/A – SPTrans**, em 02/03/2022 (peça 33) em face do v. Acórdão prolatado em 18/09/2019 (peça 22 e fls. 612/612v da peça 44), que negou provimento ao apelo então interposto pela ora Embargante, mantendo-se os termos do Aresto recorrido, de 04/03/2015 (peça 12 e fls. 534/535 da peça 43), que julgou irregular o Contrato 2004/038, com aceitação dos efeitos financeiros, consoante assim deliberado:

> **1º Julgado** (2.794ª S.O. – peça 13):
> *"**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, (...), em julgar irregular o Contrato 2004/038, especialmente em face da incompatibilidade de seu objeto com aquele constante da ata de registro de preços que lhe serviu de suporte, sendo que o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM julgou irregular o ajuste, diante da ausência de autuação de processo administrativo por parte da São Paulo Transporte S.A., falha essa de caráter prejudicial e que tem sido constatada em outros julgamentos; inserção na planilha contratual de itens não constantes da Ata de RP, bem como das Tabelas de Custo Unitário da Siurb e da Tabela 32/SSO/EDIF.*
> *(...)*
> ***ACORDAM**, ainda, por maioria, (...), em aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos pelo ajuste, tendo em vista a ausência nos autos de demonstração de prejuízo. (...)"*

Por sua vez, o **Acórdão embargado,** exarado em 18/09/2019 (3.059ª Sessão Ordinária - peça 22), conheceu do recurso ordinário e, no tocante ao mérito, decidiu nos seguintes termos (2º Julgado):

> *"**ACORDAM**, ainda, por maioria, quanto ao mérito, ..., em negar-lhe provimento, mantendo na íntegra o V. Acórdão recorrido, nos termos em que proferido.*
> *(...)".*

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

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

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

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

> *"No Acórdão que ora se respeitosamente combate, os argumentos da SPTrans foram ignorados pelo Relator, cuja **decisão foi pautada pelo posicionamento da Auditoria de que a SPTrans não teria trazido novos argumentos capazes de dissuadi-la** e de que o mero acolhimento da Concorrência nº 017/SMSP/COGEL/2022 não seria suficiente para alterar o presente julgado. Assim, forçoso concluir-se pela superveniência de **omissão**." (sic)*

A **Subsecretaria de Controle Externo** (peça 51 – 01/02/2023) ao analisar os Embargos Declaratórios, ressaltou o equívoco cometido pela Embargante ao apresentar como principal argumento o fato de o acolhimento da Concorrência nº 017/SMSP/COGEL/2002 (Acórdão de peça 17 do TC nº 4628/2003), quando esse ponto foi considerado no voto do Relator (peça 20) e, sobretudo porque a irregularidade do ajuste decorre da ausência de conformidade entre o objeto do Contrato nº 038/2004 com os itens de serviço da respectiva Ata de Registro de Preços, advinda da referida licitação.

Ao final, consignou que as razões apresentadas no recurso oferecido pela SPTrans, entre elas a regularidade do certame que teria reflexo na apreciação do instrumento contratual, "reproduzem argumentos já apreciados na instrução não tendo, portanto, o condão de alterar as conclusões da Auditoria que serviram de base para a r. Decisão que se busca reformar."

Ao manifestar-se, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peças 52/53 - 22/02/2023), verificou estarem atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, opinou pelo desprovimento do recurso, ao constatar tratar-se de reiteração de alegações, denotando a intenção da Embargante de "rediscutir matéria de mérito, objetivando desqualificar elementos já considerados e refutados nos autos, como forma de se obter efeitos infringentes mediante inconformismo, sem estarmos diante de um eventual vício de omissão, obscuridade, contradição ou erro material."

Em reforço, o Assessor Subchefe de AJCE destacou que o ponto considerado omisso nas razões dos aclaratórios, encontra-se "amplamente debatido nestes autos, pois foi objeto de pronunciamento explícito por ocasião do primeiro - voto de fls. 507, peça 46 – e do segundo julgamentos – relatório e voto de fl. 605vº, peça 47 - , não se prestando, os embargos declaratórios, para reexame da justiça da decisão ou rediscussão da causa."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 57 - 07/03/2023) frisou o fato de que "não sucumbiu integralmente eis que o V. Acórdão acolheu os efeitos econômicos do ajuste, o qual ora se tornou um aspecto definitivo do V. Julgado" e, coerente com suas anteriores manifestações, requereu o provimento dos Embargos de Declaração opostos pela Origem.

A **Secretaria Geral** (peças 59 – 04/08/2023), em seu pronunciamento, analisou os requisitos de admissibilidade do recurso e à vista do disposto no art. 144 "caput" do RITCM-SP e da tempestividade, posicionou-se pelo conhecimento dos Embargos para adentrar nas razões de mérito.

Na sequência, ao discorrer acerca da questão da incidência da prescrição, entendeu "que a atividade de controle externo ("lato sensu") não está sujeita a prazo prescricional, embora alguns aspectos do resultado final da fiscalização, com viés sancionatório e/ou ressarcitório, sejam passíveis de sofrerem referidos efeitos, nos termos da referida LF nº 9.873/99".

Ao considerar o caráter declaratório do julgamento proferido pelas Cortes de Contas, concluiu que, nos termos regulamentados pela Resolução nº 10/2023 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, a prescrição quinquenal não se aplica ao caso em tela, cabendo ser apreciada no âmbito do acompanhamento da execução do contrato examinado neste feito.

No mérito, apontou não haver omissão a ser sanada e sim inconformismo da Embargante e "nítida busca pela atribuição de efeitos modificativos ao Acórdão embargado", no qual há "expressa menção aos relatórios e pareceres produzidos pelos órgãos técnicos desta Corte", resultando analisados e debatidos suficientemente todos os argumentos trazidos pela Recorrente.

Em conclusão, opinou pelo não acolhimento dos Embargos de Declaração opostos pela SPTrans, em face da inexistência de contradição, obscuridade ou omissão a ser sanada no Aresto guerreado.

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

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

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peça 61, entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda municipal e pela Secretaria Geral desta corte de contas.

É o relatório.

VOTO

Cuida o presente processo, nesta fase recursal, dos **Embargos de Declaração** opostos pela **São Paulo Transporte S/A – SPTrans**, em face do v. Acórdão prolatado em 18/09/2019, que negou provimento ao apelo então interposto pela ora Embargante, mantendo-se os termos do Aresto recorrido, de 04/03/2015, que julgou irregular o Contrato 2004/038, com aceitação dos efeitos financeiros.

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

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

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os*

> *fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos."*[1]

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

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

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

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

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

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

> *decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> 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, levando-se em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI nº 5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)
>
> A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

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

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 61 dos autos, *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no relatório de Auditoria de 27/03/2008 (páginas 192/208 da peça 46), até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 04/03/2015 (páginas 273/274 da peça 46), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, e inciso II c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023)"*.

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

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas, o que, consequentemente, resulta no afastamento da pena de multa aplicada no Acórdão recorrido.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às

eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)[10].

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

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

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

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

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

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

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 15/01/2024 10:17:06 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 6.668.2004

2º Julgado – 3.059ª Sessão Ordinária
RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato por incompatibilidade de objetos e uso indevido de Ata de RP. Serviços para reparação e complementação de infraestrutura com recuperação de trecho. SPTRANS. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.
Relatório e voto englobado TCs 2.728/2004 e 6.668/2004

1º Julgado - 2.794ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. SPTRANS. Serviços técnicos de engenharia para reparação e complementação de infraestrutura com recuperação do trecho. Largo do Paissandu e Avenidas Rio Branco, Rudge, Marquês de São Vicente e Comendador Martinelli. Incompatibilidade de objetos. Uso de Ata de RP indevida. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.
Relatório e voto englobado TCs 72-002.730.04-42, 72-002.731.04-05, 72-000.655.04-58, 72-002.728.04-09, 72-003.607.04-11, 72-006.244.04-76, 72-002.453.04-04, 72-006.668.04-12, 72-006.245.04-39, 72-006.666.04-94, 72-001.215.03-00

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002.728/2004 e TC/006.668/2004, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

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

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI, em negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra o V. Acórdão recorrido, nos termos em que proferido.

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

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

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à recorrente, a empresa contratada e ao signatário do ajuste.

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

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Há Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (582) visando à apuração de fatos relacionados ao contrato analisado no presente feito.

Nesta fase processual, cuida-se da apreciação do recurso ordinário interposto pela SÃO PAULO TRANSPORTE S.A. – SPTrans, em face do Acórdão de folhas 522 e 523 (04/03/2015) que, por maioria dos votos, considerou irregular o Contrato 2004/038, especialmente em razão da incompatibilidade de seu objeto com aquele constante da ata de registro de preços que lhe serviu de suporte e da ausência de autuação de processo administrativo, aceitando-se os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste.

A Contratada, a empresa Construtora Simioni Viesti Ltda., obtendo prévia vista dos autos e posteriormente intimada do Acórdão, requereu

indevida prorrogação de prazo para interpor recurso e, por fim, deixou transcorrer "in albis" o prazo recursal.

A SPTrans, no recurso encartado às folhas 560 a 570 (12.02.2016), aduziu que "*não se justifica o não acolhimento da contratação em causa, sob a alegada incompatibilidade do objeto contratual com aquele constante da ARP 001/SMSP/COGEL/2003"*, porque:

1 – "*a Concorrência Pública 017/SMSP/COGEL/2002, da qual se originou a Ata de Registro de Preços 01/SMSP/COGEL/2003, que, por sua vez, serviu de suporte ao ajuste ora em exame (Contrato 2004/038*), *foi declarada regular pelo Colegiado desse E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo, quando do julgamento do TC 4.628.03-46, na sessão ordinária de 03/12/2014, firmando-se, pois, o entendimento de que os serviços de manutenção, reparação e complementação de infraestrutura urbanos podiam ser contratados por Sistema de Registro de Preços, em face da Lei Municipal 13.278/02 e do Decreto 44.279/03.*"

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

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

4 – a inclusão de itens não constantes da Ata de Registro de Preços, bem como das tabelas de custo unitário da SIURB e da tabela 32/SSO/EDIF, foi necessária para a adequação do corredor aos novos conceitos e diretrizes e, para tanto, foram adotados os procedimentos previstos na legislação.

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

Ao término de suas razões recursais, requer a reforma do julgado para o fim de ser considerado regular o ajuste em tela.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 578/580) analisou as alegações apresentadas pela Recorrente e constatou que, mesmo sendo julgada regular a Concorrência 017/SMSP/COGEL/2002 (TC 4.628/03-46), "*o recurso apresentado não trouxe novos elementos hábeis a sanar os apontamentos feitos, apenas repetindo as alegações que já foram exaustivamente debatidas na fase instrutória que culminou com o 'decisum' de fls. 534/535,* persistindo, por conseguinte, as irregularidades verificadas no Contrato 2004/038, a saber:

1 - Os serviços contratados deveriam ser objeto de licitação específica, precedida de elaboração e definição do projeto de engenharia, não tendo sido atendido o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 23 da Lei Federal 8.666/93.

2 - Os serviços contratados não são rotineiros ou habituais, contrariando o art. 3º da Lei Municipal 13.278/02.

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

4 - Não foi realizada pesquisa de mercado adequada à demonstração da conveniência da contratação, infringindo o art. 34 do Decreto Municipal 44.279/03.

5 - Falta de publicação do despacho de autorização, infringindo o art.10, § 2º da Lei Municipal 8.777 de 14.09.78.

6 - Inserção, na planilha contratual, de itens não constantes da Ata de RP, bem como das Tabelas de Custos Unitários da SIURB e da Tabela 32/SSO/EDIF.

7 - O valor mensal estimado para a execução dos serviços contratados é incompatível com a Ata de Registro de Preços 01/SMSP/COGEL/2003.

Assim, a Auditoria exarou a seguinte conclusão:

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

Ao manifestar-se sobre o apelo, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 594/596) opinou pelo seu conhecimento e, no mérito, pelo seu não provimento, mantendo-se "a decisão recorrida, destacando que, a despeito da Concorrência 017/SMSP/COGEL/2002 ter sido julgada regular, conforme Acórdão prolatado nos autos do TC 4.628-03/46, mantem-se *in casu* a irregularidade atinente à incompatibilidade entre o objeto contratual e o objeto da respectiva ata."

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 568) requereu o conhecimento e provimento do recurso. A Secretaria Geral (fls. 600/602) constatou que as razões do recurso são "mera repetição das teses já expressadas na fase instrutória e só podem conduzir às mesmas conclusões anteriormente alcançadas".

No tocante à alegação da Recorrente, "de que a Concorrência Pública 17/SMSP/COGEL2002 que deu origem à Ata de Registro de Preços 001/SMSP/COGEL/2003 foi julgada regular, em nada ameniza os

apontamentos acima verificados e que bem motivaram o julgamento pela irregularidade do Contrato."

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

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

É o relatório.

VOTO

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

Cuidam os autos, nesta fase, de recursos interpostos pela São Paulo Transporte S.A visando à reforma dos Acórdãos prolatados nos TCs 2.728/04 (folhas 534/535) e 6.668/04 (folhas 522/523), originalmente relatados pelo Conselheiro Maurício Faria, cujo voto, proferido de modo englobado no TC 1.215/2003, resultou vencido, e do qual se transcrevem os trechos a seguir:

"Passo então a enfrentar a questão central presente em todos os processos em exame, qual seja, a natureza dos serviços contratados e sua compatibilidade com o sistema de preços registrados.

Sobre o tema, destaco, para a exata compreensão da matéria, que a CP 017SMSP/COGEL/2003 foi declarada regular por este Colegiado, quando do julgamento do TC 4.628.03-46 na S.O.2.784 do último dia 03/12/2014, firmando-se, pois, o entendimento no sentido de que os serviços de manutenção, reparação e complementação de infraestrutura urbana, podem ser contratados por sistema de registro de preços, desde que reflitam natureza habitual e rotineira em face da Lei Municipal 13.278 de 2002.

Nessa medida, o apontamento de irregularidade constante dos autos quanto a esse tópico resta prejudicado, pois trata de matéria que já se encontra sedimentada no âmbito desta Corte, restando válidas as Atas de Registro de Preços a que estão atrelados os contratos ora em exame.

No que se refere aos quantitativos estimados por aproximação em cada ajuste formalizado, também objeto de questionamento pelos órgãos técnicos, ressalto meu entendimento pela adequação da opção administrativa, também externado em declaração de voto no julgamento do referido TC 4.628.03-46, por considerar que, na definição das soluções de manutenção e restauração, já se encontram contidas as intervenções necessárias à recomposição das soluções originais presentes nos projetos de implantação daquela mesma infraestrutura, com quantitativos e custos extraídos das próprias composições de preços unitários presentes nos projetos originais de instalação primária das obras. (...)

À vista do exposto, VOTO PELA REGULARIDADE dos instrumentos em exame, (...)".

Os Acórdãos recorridos consideraram irregulares, respectivamente, os Contratos 2003/152 e 2004/038, com base no voto vencedor do Conselheiro Domingos Dissei, assim fundamentado:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme analisado pela Auditoria, a Recorrente, em suas razões recursais, "*não trouxe novos elementos hábeis a sanar os apontamentos feitos, apenas repetindo as alegações que já foram exaustivamente debatidas na fase instrutória que culminou com o 'decisum' de fls. 534/535*" (TC 2.728/04) e de folhas 522/523 (TC 6.668/04).

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

Remanescem, ainda, a ausência de processo administrativo autuado e também o apontamento relativo à não comprovação da publicação do despacho de autorização no Diário Oficial. Ademais, a Recorrente não

enfrentou itens específicos apurados pela Auditoria em cada processo em pauta, que igualmente impedem o acolhimento dos ajustes, a saber:

No TC 2.728/2004:

1 – a não localização de consulta e aceitação para utilização da citada ata;

2 – o atraso da informação da contratação no SERI.

No TC 6.668/2004:

1 – não foi realizada pesquisa de mercado adequada à demonstração da conveniência da contratação;

2 – o valor mensal estimado para a execução dos serviços contratados é incompatível com a referida Ata.

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

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

OFICIE-SE o Ministério Público do Estado de São Paulo em atenção às diversas solicitações encaminhadas a este Tribunal de Contas, para o fim de informar o resultado do julgamento alcançado pelo Pleno, acompanhado de cópia dos relatórios e votos e, oportunamente, dos Acórdãos a serem prolatados em ambos os processos (TCs 2.728/2004 e 6.668/2004).

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

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

CONHEÇO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS apresentados pela SPTRANS e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, posto que presentes os requisitos de admissibilidade.

No mérito, em consonância com voto por mim proferido por ocasião do julgamento original da matéria, comungo do entendimento expresso nas razões recursais relacionado à compatibilidade do objeto dos Contratos 2003/152 e 2004/038 com as Atas de Registro de Preços 001 e 002/SMSP/COGEL/2003.

Reafirmo, ora em grau recursal, meu entendimento no sentido de que os serviços contratados referem-se à manutenção da infraestrutura instalada, na medida em que cuidaram exclusivamente de recuperação de infraestrutura com eventuais criações ou alterações de um determinado *"Corredor de Ônibus"*, o que, tecnicamente, não implica em obra nova, nem tampouco em serviços de maior complexidade.

Nesse sentido, conforme voto proferido nestes autos, bem como também nos TCs 4.628/2003, 4.854/2004, 5.811/2004, 6.666/2004, 1.218/2005, considero que os serviços de reordenação do fluxo de tráfego com a definição de faixa para transporte coletivo dentro do sistema municipal de transportes, então desenvolvido, devem ser entendidos como comuns e habituais para fins de enquadramento aos ditames legais que regulam o sistema de registro de preços. Da mesma forma, pontuo que as intervenções a título de manutenção são sempre necessárias e previsíveis, porém, não necessariamente mensuráveis de antemão com precisão, havendo, portanto, estimativas que possuem, como solução contratual mais adequada, o emprego de uma Ata de Registro de Preços, como, no caso em tela.

Em relação a eventuais itens de serviço extracontratuais que foram aditados aos contratos, amparados pelo artigo 65 da Lei Federal 8666/93, observa-se que para definição de seu custo unitário foram utilizadas tabelas oficiais da Prefeitura, e ocorreram estritamente no âmbito de cada contrato, sem alteração da Ata de Registro de Preços que os originou. Nessa medida, em sendo necessário o refazimento ou recomposição de um equipamento para fins de manutenção, permaneceram os itens de serviços limitados ao conceito de manutenção, e atrelados ao projeto original existente. Dessa forma, o apontamento deve ser afastado, por, novamente, não restar caracterizada a existência de obra nova.

Diante do exposto, mantenho o entendimento externado nos julgamentos anteriores, DANDO PROVIMENTO aos Recursos Ordinários ora examinados para JULGAR REGULARES os Contratos 2003/152 e 2004/038.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.002.730.04-42, 72.002.731.04-05, 72.000.655.04-58, 72.002.728.04-09, 72.003.607.04-11, 72.006.244.04-76, 72.002.453.04-04, 72.006.245.04-39, 72.006.666.04-97 e 72.001.215.03-00 e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Vice-Presidente EDSON SIMÕES, Presidente à época, após determinação de Sua Excelência, na 2.785ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, nos termos do voto proferido em separado, ROBERTO BRAGUIM, consoante declaração de voto apresentada, votando o Conselheiro Vice-Presidente EDSON SIMÕES, no exercício da Presidência, para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Contrato 2004/038, especialmente em face da incompatibilidade de seu objeto com aquele constante da ata de registro de preços que lhe serviu de suporte, sendo que o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM julgou irregular o ajuste, diante da ausência de autuação de processo administrativo por parte da São Paulo Transporte S.A., falha essa de caráter prejudicial e que tem sido constatada em outros julgamentos; inserção na planilha contratual de itens não constantes da Ata de RP, bem como das Tabelas de Custo Unitário da Siurb e da Tabela 32/SSO/EDIF.

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

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

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

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

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

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

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

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

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

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

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

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