ACO-UTR-603/2024

Processo - TC/008905/2016
Objeto - Recursos "ex officio", da Procuradoria da Fazenda Municipal e de Marcos Queiroga Barreto interpostos em face da Decisão de Juízo Singular de 23/11/2020 – Subprefeitura Sé e Inovação Comércio e Serviços Ltda. – EPP – Pregão Eletrônico 01/SP-SE/2013 – Contrato 11/SP-SE/2013 – Prestação de serviços de controle, operação e fiscalização da portaria das Unidades da Subprefeitura, localizadas na Praça José Luiz de Mello Malheiro

50ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. SUBPREFEITURA. Serviços de controle, operação e fiscalização da portaria das Unidades da Subprefeitura. Decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. Afastada a preliminar de nulidade. CONHECIDOS. PROVIDOS para tornar regulares o Pregão, o Contrato e os Termos Aditivos. 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 ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em afastar a preliminar de nulidade suscitada por Marcos Queiroga Barreto, pois a Decisão recorrida teve fundamentação clara o bastante para o entendimento e compreensão acerca das irregularidades imputadas ao recorrente, como Subprefeito à época.

ACORDAM, à unanimidade, em conhecer dos recursos interpostos, pois atendidos aos requisitos de admissibilidade, e, no mérito, em dar-lhes provimento para reformar a Decisão proferida em sede de Juízo Singular, de modo a julgar regulares o Pregão Eletrônico 01/SP-SÉ/2013, o Termo de Contrato 11/SP-SÉ/2013 e seus termos de aditamento.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, após o trânsito em julgado, arquivando-se os autos, com as formalidades de praxe.

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

São Paulo, 15 de dezembro 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
ROBERTO BRAGUIM – Relator

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 21/05/2024 16:17:05 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 22/05/2024 11:45:06 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Item I) E-TCM nº 8.905/2016

Interessados: Subprefeitura da Sé, Marcelo Vieira Salles, Marcos Queiroga Barreto, Marcos Donizeti Thobias, Alcides Amazonas Araújo dos Santos, Sidnei Alves Martins, Inovação Comércio e Serviços Ltda-EPP.

Objeto: Recursos "*Ex Officio*" e Ordinários, interpostos estes por Marcos Queiroga Barreto e pela Procuradoria da Fazenda Municipal. Pregão Eletrônico n° 001/SP-SE/2013, Contrato nº 011\SP-SE\2013 e Termos de Aditamento nºs 002/SP-SÉ/2014, 038/SP-SÉ/2014, 004/SP-SÉ/2015, 006/SP-SÉ/2016 e 016/SP-SÉ/2016, (firmados com a Empresa Inovação Comércio e Serviços LTDA-EPP) destinados à prestação de serviços de controle, operação e fiscalização da portaria das Unidades da Subprefeitura Sé, localizadas na Praça José Luiz de Mello Malheiro

Relator: **Conselheiro ROBERTO BRAGUIM**

RELATÓRIO

Retornam os autos para julgamento dos Recursos *Ex Officio* e Ordinários, manejados, estes últimos, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Marcos Queiroga Barreto.

Na fase anterior, em sede de Juízo Singular, a r. Decisão recorrida, **em resumo**, rejeitou a preliminar de ilegitimidade apresentada por Marcos Queiroga Barreto, argumentando que o apontamento de irregularidades na licitação ocorreu quando ele ainda fazia parte da Subprefeitura da Sé. No que tange ao mérito, a mencionada Decisão evidenciou falhas na pesquisa de preços e no detalhamento de custos durante a fase interna da licitação. Tais deficiências foram consideradas suficientes para comprometer o Contrato em questão e seus subsequentes aditamentos. Adicionalmente, apontou-se para efeitos retroativos nos termos de aditamento, configurando o que se denomina de "contrato verbal". Em virtude dessas constatações, o pregão eletrônico, o contrato e seus aditamentos foram julgados irregulares.

Ao tomar conhecimento do Julgado, a Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou Recurso Voluntário à Peça nº 99, sendo que uma vez Oficiados a Pasta e os Responsáveis, apenas o Sr. Marcos Queiroga Barreto apresentou Apelo, transcorrendo *in albis* o prazo recursal para os demais.

O Recurso apresentado pela Procuradoria da Fazenda Municipal, que pede a reforma do julgado para que sejam acolhidos o Pregão, o Contrato e os Termos Aditivos, tem cunho genérico e não ataca as razões meritórias da r. Decisão, sendo que, em pedido subsidiário, requer a aceitação dos efeitos jurídicos e financeiros dos atos praticados.

De sua parte, o outro Recorrente Marcos Queiroga Barreto alega em seu Apelo, em preliminar, nulidade do julgado por ausência de adequada fundamentação. No mérito, sustenta que sempre agiu de boa-fé no exercício de sua função, asseverando que "na medida em que há toda uma cadeia de confiança no que tange a responsabilidade e competência de outros para com suas funções, o Recorrente, ao autorizar a abertura do Pregão Eletrônico nº 001/SP-SE/2013, acreditava genuinamente que todo o procedimento estava regular e de acordo com a legislação vigente".

"Repise-se que na medida em que houve manifestações técnicas favoráveis à abertura do procedimento,

não seria condizente, sequer esperado, que o Recorrente, formado em economia, pudesse identificar o alegado vício na pesquisa de preços para a contratação do serviço específico de controle, operação e fiscalização de portarias, ante o fato de não possuir qualquer capacidade e condição técnica para tal, respaldada pela confiança".

Requer, assim, que o Apelo seja provido, tendo em vista:

a) que sempre agiu de boa-fé no exercício da sua função;

b) a necessidade de ter em observância os princípios da proporcionalidade e do formalismo moderado ante a situação em concreto;

c) a ausência de quaisquer elementos subjetivos reprováveis a serem atribuídos ao Recorrente;

d) a ausência de efetivo prejuízo causado em razão da suposta falha havida.

A Relatoria destes Recursos, inicialmente, foi atribuída ao Conselheiro Maurício Faria, o qual se declarou impedido, uma vez que o Recorrente ocupou o cargo de Chefe de Gabinete da Escola de Gestão e Contas Públicas à época em que ele figurava como Conselheiro Dirigente, justificando, pois, minha atuação neste processo.

Quanto ao Recurso apresentado pela Procuradoria da Fazenda Municipal, os Órgãos Técnicos desta Casa opinaram pela sua admissibilidade, uma vez que atendidos os requisitos Regimentais e no mérito, concluíram que não foi trazido qualquer fato ou fundamento jurídico apto a alterar o resultado da r. Decisão combatida.

Da análise do Recurso apresentado por Marcos Queiroga Barreto destaco as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral que opinaram pela sua admissibilidade. Quanto à Preliminar de nulidade do julgado por falta de fundamentação, as Área Técnicas concluíram pelo não acolhimento, uma vez que na individualização da conduta do agente e na descrição das circunstâncias e situações pormenorizadas dos fatos apurados (C.14 – C. 11.4 e 11.7) imputou-se ao Recorrente sua responsabilização, na qualidade de Subprefeito de SP-SÉ, à época. E no mérito, concluíram que os fundamentos das irregularidades não foram enfrentados pelo Recorrente e, consequentemente, não foram trazidos fatos ou argumentos aptos a alterar o resultado da r. Decisão.

A Procuradoria da Fazenda Municipal pugnou pelo conhecimento dos Recursos e, no mérito, pelo seu provimento.

Em derradeira manifestação, a Secretaria Geral acompanhou a manifestação da Assessoria Jurídica.

Após a conclusão da fase instrutiva, considerando a existência de trabalhos desenvolvidos no âmbito desse Tribunal a respeito da prescrição e que estavam em andamento no Supremo Tribunal Federal Recursos voltados à análise do assunto, surgiu a conveniência de se aguardar o conhecimento da orientação a ser firmada pelo STF a esse respeito e o resultado dos trabalhos de Grupos de Estudos criados nesta Casa para então dar prosseguimento ao feito de maneira adequada.

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

Atendendo tal determinação a AJ, avançando em seus estudos e entendimento, consignou que a temática da incidência do instituto da prescrição sofreu evolução interpretativa pela jurisprudência do STF, a partir do julgamento dos precedentes RE 669.069 (tema 666), RE 852.475 (tema 897) e RE 636.886 (tema 899). Em outro

momento, com o julgamento da ADI n. 5.509-CE, o Órgão Jurídico considerou-a a primeira ação de controle de constitucionalidade a reconhecer a possiblidade de fixação de prazo quinquenal para a caracterização da prescrição no âmbito do controle externo, bem como a da incidência dos marcos interruptivos/suspensivos da Lei 9.873/1999 aos processos das Cortes de Contas, com efeito *erga omnes*.

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

Assim, reanalisando a hipótese dos autos, com fundamento na Resolução 10/2023 deste TCMSP, a AJ ratificou o entendimento que havia chegado anteriormente, considerando que a jurisprudência do STF não abrangeu as decisões de natureza declaratória, entendimento que foi confirmado com a superveniência da mencionada Resolução. Concluiu, portanto, que como a Decisão proferida nestes autos apresenta viés meramente declaratório, sem a imputação de responsabilidades, nem a determinação de ressarcimento, o processo não foi atingido pela prescrição disciplinada pela Resolução nº 10/2023.

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

Finalizando a instrução processual, a SG acompanhou a manifestação da AJ no sentido de que o julgado não comportou comandos punitivos ou ressarcitórios, apenas de natureza declaratória e, no mérito, reportou-se às manifestações anteriores daquela

Unidade no sentido de que os Apelos, não merecem provimento.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos Recursos, pois atendidos os requisitos de admissibilidade.

Afasto, de pronto, a Preliminar de nulidade suscitada por Marcos Queiroga Barreto, isto porque, sua própria peça Recursal faz remissão aos fundamentos do decidido, quais sejam as irregularidades no tocante à pesquisa de preços e o insuficiente detalhamento dos custos unitários, sendo que a Área Técnica desta Corte de Contas, ao realizar a análise dos atos, identificou e individualizou a conduta do Recorrente de modo a colocá-lo no cenário, na condição de Subprefeito à época, como responsável pelas supostas irregularidades. Logo, a preliminar suscitada não merece guarida, pois a r. Decisão recorrida teve fundamentação clara o bastante para o entendimento e compreensão acerca das irregularidades imputadas ao Recorrente, como Subprefeito à época.

Em relação à prescrição, conforme fora apontado pela Assessoria Jurídica, com base em recentes estudos sobre o tema, houve evolução interpretativa

oferecida, notadamente, pela jurisprudência do STF e então disciplinada no âmbito deste TCMSP pelo advento da Resolução 10/2023, no sentido da possibilidade de se reconhecer a prescrição da atividade de controle externo, contudo, limitada apenas aos seus vieses punitivo e ressarcitório, sem alcançar o âmbito declaratório.

De fato, os Tribunais de Contas têm a missão constitucional de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, não podendo dela se afastar. As Cortes de Contas integram a estrutura do Estado Democrático de Direito cabendo-lhes, pois, exercer, independentemente do tempo, a sua função. Além disso, a decisão a ser proferida pelo Tribunal de Contas é múltipla, vale dizer, acolhe Edital; declara a regularidade/irregularidade de Licitação, Contrato, Execução; examina a probidade da atuação do Chefe do Executivo elaborando parecer prévio das contas; aplica multa (sanção) a ordenador de despesa; determina a restituição de valores ao erário (ressarcitória); determina a instauração de processo administrativo (determinação); faz recomendações de aprimoramento à Administração (recomendação), dentre tantas outras possibilidades, de modo que parte delas pode subsistir, ainda que outra não sobreviva depois de certo tempo.

Nesse sentido, observo que o julgado combatido nestes autos apresenta viés meramente declaratório, sem a imputação de responsabilidades, nem a determinação de ressarcimento não estando, portanto, abrangido pela incidência do prazo prescricional quinquenal, nos termos da Resolução nº 10/2023.

No mérito, no âmbito do efeito devolutivo recursal, entendo que as defesas apresentadas ao longo da instrução deste processo estão a merecer uma uma reanálise do Julgado.

Desde logo, observo que o serviço em análise, objeto deste Certame, se caracteriza por sua baixa complexidade. Sendo assim, ao ampliar a consulta para diversas empresas, a pesquisa de preços considerou o custo de cada posto de controle, abrangendo todos os custos diretos, indiretos, tributos e demais despesas, em detrimento do valor individual de cada item que compõe o preço global. Nesse contexto específico, mostra-se possível considerar que a pesquisa de preços e o detalhamento de custos foram conduzidos de maneira razoável e em conformidade com os parâmetros adequados de mercado.

Cumpre observar que os Órgãos Técnicos não indicaram prejuízo específico ou discrepância de valores; suas considerações estão mais vinculadas a uma eventual

ineficiência e falta de transparência na metodologia adotada, aspectos que, por si só, não conduzem à irregularidade do Certame em análise.

Mesmo diante de uma possível e eventual falha na pesquisa de preços, entendo que esta não seria substancial o bastante para contaminar a integralidade do contrato e seus aditamentos, especialmente porque não houve *in casu* apontamento de prejuízos efetivos ao erário, tampouco se evidenciou dolo ou má-fé por parte dos Agentes envolvidos.

Portanto, em face da falha isolada apontada no Edital, que não acarretou consequências ou impactos financeiros ao erário, não se justifica, neste caso, a aplicação do princípio da acessoriedade no Contrato ou em seus Termos de Aditamento, refutando-se, assim, sua incidência.

Após a conclusão deste ponto e considerando a licitação como regular, é pertinente observar que os Órgãos Técnicos não identificaram irregularidades no Contrato, tornando imperativo reconhecer sua regularidade.

Quanto aos Termos de Aditamentos analisados, pelas próprias razões acima expostas dou por superadas as infringências decorrentes do princípio da acessoriedade.

No tocante às irregularidades apontadas no TA nº 38/SP-SÉ/2014 relacionadas à falta de apresentação dos documentos referentes à suplementação da garantia contratual e à regularidade fiscal, reputo-as como falhas formais passíveis de superação.

Igualmente passíveis de superação, por sua natureza formal e por não afetarem a execução dos ajustes, considero as infringências alcançando o TA nº 04/SP-SÉ/2015, referentes à divergência da data de assinatura dos Contratos em relação à sua vigência retroativa, data de validade da caução e apresentação da certidão negativa de débitos da dívida ativa do Estado de São Paulo.

Pelo exposto, conheço dos recursos interpostos e lhes dou provimento para reformar a r. Decisão proferida em sede de Juízo Singular, de modo a julgar REGULARES o Pregão Eletrônico nº 001/SP-SÉ/2013, o Termo de Contrato nº 011/SP-SÉ/2013, e seus Termos de Aditamento.

Remeta-se cópia desta Decisão ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Após o trânsito em julgado e adotada as formalidade de praxe, arquivem-se os autos.

É como voto.

TCM, 30 de novembro de 2023.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2023.11.30 10:50:34 -03'00'

ROBERTO BRAGUIM

Conselheiro Vice-Presidente

EMC/RB