ACO-UTR-624/2024

Processo - TC/000225/2010
Contratante - Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia
Contratada - Gocil Serviços de Vigilância Ltda.
Acompanhamento da execução do Contrato 112/SME/2006 (TAs 1º, 2º e 3º)
Objeto - Contratação de empresa para a prestação de serviços de segurança e vigilância patrimonial

50ª Sessão Ordinária Não Presencial

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. FUNDAÇÃO PAULISTANA. Serviços de segurança e vigilância patrimonial. 1. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, 5º, II, 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000225/2010 e TC/000226/2010, 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 reconhecer a ocorrência da prescrição punitiva e ressarcitória e julgar extinto o presente, com resolução de mérito, com fundamento no art. 12, parágrafo único da Resolução 10/2023, complementado pelo item 14 da Nota Recomendatória Atricon-IRB-CNPTC-Abracon 02/2023, na forma descrita no art. 487, II, do CPC.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 15 de dezembro 2023.

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

/cv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 23/05/2024 08:50:19 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 23/05/2024 09:50:16 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

50ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 225/2010 - Acompanhamento
Objeto: Acompanhamento de Execução Contratual - Serviços de Vigilância e Segurança Patrimonial
TC 226/2010 - Análise
Objeto: Prestação de Serviços de Vigilância e Segurança
Interessadas: Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuidam os autos dos TC´s 225/10-57 e 226/10-10, de Análise do Contrato nº 112/SME/2006 e seus Termos de Aditamento nº 1, 2, 3 e 4, firmados entre a Fundatec – Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia Ltda. e a empresa Gocil Serviços de Vigilância Ltda., cujo objeto é a prestação de serviços de vigilância e segurança nas dependências da Escola Técnica de Saúde Pública Cidade Tiradentes, no valor total de R$ 2.515.615,74 (Dois milhões quinhentos e quinze mil seiscentos e quinze reais e setenta e quatro centavos) bem como da respectiva execução.

O Pregão nº 02/2006, que originou os instrumentos sob análise, foi objeto de análise formal no TC nº 227/10-82 e julgado irregular na 295ª Sessão da Primeira Câmara deste Tribunal, na qual ficou ressalvado que o exame dos efeitos financeiros dos ajustes seria tratado nestes autos. É importante salientar que o Acórdão proferido no TC nº 227/10-82 (peça 11) não transitou em julgado, encontrando-se pendente o julgamento do Recursos ordinários (peça 21) interpostos em face da decisão proferida.

TC 226/10-10:

A Coordenadoria II apresentou Relatório[1] e apontou irregularidades referentes ao Contrato e Termos de Aditamento nº 1, 2 e 3, a saber:

> ***"- Contrato nº 112/SME/2006 - Irregular***
> ***Diante dos enfoques abordados na presente análise, concluímos que o procedimento relativo à contratação que tem como instrumento o Contrato nº 112/SME/2006, encontra-se irregular, devido às seguintes infringências/impropriedades:***
> ***a) Falta de evidenciação de regularidade da contratada com o FGTS - infringências ao Art. 29 da LF nº 8.666/93 c/c Arts. 40 e 41 do DM nº 44.279/03 (item 15.10);***
> ***b) Insuficiência do valor empenhado - infringências ao Art. 61 da LF nº 4.320/64 e Art. 3º do DM nº 23.639/87 (item 15.11);***

[1] Fls. 337/357 (03.03.2010).

c) Extemporaneidade da publicação do extrato do contrato no DOC - infringência ao Art. 61, Parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c o Art. 26 da LM nº 13.278/02 (item 15.14);
d) Falta de disponibilização no Portal da PMSP de informações do contrato - infringência à LM nº 13.226/01 (item 15.21);
e) Ausência de documentação de instrução - impropriedades às Cláusulas 9.2.2, 9.2.3 e 9.2.4.e do Contrato (item 16.7).
<u>- 1º Termo Aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006 – Irregular</u>
Devido às infringências apontadas no campo 17 do Relatório de Avaliação de Contratação e apuradas nesta análise, correspondentes as seguintes:
a) Ausência do Despacho de Autorização - infringências ao Art. 57, § 2º, da LF nº 8.666/93 c/c Art. 49 do DM nº 44.279/03 (itens 15.b, 15.c e 16.4);
b) Ausência de evidência de regularidade perante ao FGTS - infringências ao Art. 55, inciso XIII, da LF nº 8.666/93 c/c Art. 37 do DM nº 44.279/03 (itens 15.d e 16.7);
c) Extemporaneidade da nota de empenho - infringências ao Art. 61 da LF nº 4.320/64 e Art. 3º e 5º do DM nº 23.639/87 (itens 15.e e 16.8);
d) Extemporaneidade da publicação do extrato do termo no DOC - infringências ao Art. 61, Parágrafo único, da LF nº 8.666/93 c/c o Art. 26 da LM nº 13.278/02 (itens 15.h e 16.5);
e) Ausência de disponibilização do termo no Portal da PMSP - infringência à LM nº 13.226 de 27/11/2001 (item 15.n);
f) Ausência de justificativa para o aditamento - infringências ao Art. 57, Parágrafo 2º, da LF nº 8.666/93 c/c Art. 49 do DM nº 44.279/03 (item 16.09).
<u>- 2º Termo Aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006</u>
Devido às infringências apontadas no campo 17 do Relatório de Avaliação de Contratação e apuradas nesta análise, correspondentes as seguintes:
a) Extemporaneidade do Despacho de Autorização - infringências aos Art. 60 da LF nº 4.320/64 c/c Art. 3º do DM nº 23.639/87 (itens 15.b, 15.c e 16.4);
b) Extemporaneidade da nota de empenho - infringências aos Art. 61 da LF nº 4.320/64 e Art. 5º do DM nº 23.639/87 (itens 15.e e 16.8);
c) Extemporaneidade da publicação do extrato do termo aditivo no DOC - infringências aos Art. 61, Parágrafo único, da LF nº 8.666/93 c/c Art. 26 da LM nº 13.278/02 (itens 15.h e 16.5);
d) Ausência de disponibilização do termo no Portal da PMSP - infringência à LM nº 13.226 de 27/11/2001 (item 15.n);
e) Ausência de justificativa para o aditamento - infringências ao Art. 57, Parágrafo 2º, da LF nº 8.666/93 c/c Art. 49 do DM nº 44.279/03 (item 16.09).”
<u>- 3º Termo Aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006</u>
Devido as infringências apontadas no campo 17 do Relatório de Avaliação de Contratação e apuradas nesta análise, correspondentes as seguintes:
a) Extemporaneidade do Despacho de Autorização - infringências aos Art. 60 da LF nº 4.320/64 c/c Art. 3º do DM nº 23.639/87 (itens 15.b, 15.c e 16.3);
b) Extemporaneidade da nota de empenho - infringências ao Art. 61 da LF nº 4.320/64 e Art. 5º do DM nº 23.639/87 (itens 15.e e 16.7);
c) Extemporaneidade da publicação do extrato do termo aditivo no DOC - infringências ao Art. 61, Parágrafo único, da LF nº 8.666/93 c/c o Art. 26 da LM nº 13.278/02 (itens 15.h e 16.4);
d) Ausência de disponibilização do termo no Portal da PMSP - infringências à LM nº 13.226 de 27/11/2001 (item 15.n);
e) Ausência de justificativa para o aditamento - infringências ao Art. 57, Parágrafo 2º, da LF nº 8.666/93 c/c Art. 49 do DM nº 44.279/03 (item 16.11).
Além das infringências acima arroladas, propomos, a seguinte recomendação à

entidade, diante do apontado no item 16.08:
Recomendação: Promover a pesquisa de mercado no momento próximo e prévio à lavratura..."

Oficiada[2], a Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia encaminhou a esta Corte de Contas as informações e documentos de fls. 393/411. Em relação ao Contrato nº 112/2006, informou que, mensalmente, antes da liquidação do pagamento, procedeu à verificação do Certificado de Regularidade do FGTS através do funcionário Marcos de Camargo Pacheco Giatti; encaminhou Certificado de Regularidade do FGTS de 04.05.2010, referente à empresa contratada. Quanto ao empenho, esclareceu que, devido ao congelamento de cotas do orçamento, por diversas vezes o saldo ficou inferior ao empenhado. Informou, ainda, que a falha referente à extemporaneidade da publicação do Contrato foi corrigida quando da publicação do 4º Termo Aditivo, firmado em 10.03.2010.

Já no que se refere à falta de disponibilização de informações acerca do contrato no Portal da PMSP, destacou as providências tomadas junto à Secretaria Municipal de Comunicação para adequação do procedimento. No que tange à ausência de documentação de instrução, aduziu que o apontamento foi corrigido. Em relação ao Aditamento nº 1 e respectivas infringências, a Fundatec apenas se manifestou acerca da irregularidade referente à ausência do Despacho de Autorização; informou que a falha foi corrigida e encaminhou despacho de autorização referente ao 4º Termo Aditivo. Em relação ao 2º e 3º Termos de Aditamento, não houve qualquer manifestação pela Origem acerca das irregularidades constatadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

Ao analisar as informações e justificativas trazidas pela Origem, a Auditoria manteve as irregularidades referentes ao Contrato e Termos de Aditamento nº 1, 2 e 3 e apontou nova irregularidade, desta feita referente ao 4º Aditamento firmado, sob os seguintes fundamentos[3]:

"...<u>Contrato nº 112/SME/2006</u>

a) Falta de evidenciação de regularidade da contratada com o FGTS - infringências ao Art. 29 da LF nº 8.666/93 c/c Arts. 40 e 41 do DM nº 44.279/03.

Nossos Comentários: A evidenciação da regularidade junto ao FGTS deveria ter ocorrido no momento da celebração do contrato em 10.03.06. Assim, mantemos o apontamento.

b) Insuficiência do valor empenhado - infringências ao Art. 61 da LF nº 4.320/64 e Art. 3º do DM nº 23.639/87.

Nossos Comentários: A Origem afirma que havia insuficiência do valor

[2] Fls. 359/360 (11.03.2010).
[3] Fls. 428/430 (13.09.2010).

empenhado.

c) Extemporaneidade da publicação do extrato do contrato no DOC - infringência ao Art. 61, Parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c o Art. 26 da LM nº 13.278/02

Nossos Comentários: A informação da Origem não demonstra a publicação do contrato em questão, permanecendo assim o apontamento.

d) Falta de disponibilização no Portal da PMSP de informações do contrato - infringência à LM nº 13.226/01

Nossos Comentários: A auditada afirma a não disponibilização.

e) Ausência de documentação de instrução - impropriedades às Cláusulas 9.2.2, 9.2.3 e 9.2.4.e do Contrato

Nossos Comentários: Apesar da informação da Origem, não há evidências ou apresentação dos documentos comprobatórios.

1º Termo Aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006 – Irregular

a) Ausência do Despacho de Autorização - infringências ao Art. 57, § 2º, da LF nº 8.666/93 c/c Art. 49 do DM nº 44.279/03

Nossos Comentários: O despacho de autorização referente ao 4º Termo Aditivo não significa a regularização de apontamentos anteriores, relativos a ausência e extemporaneidade dos despachos de autorização de outros termos aditivos.

Em relação aos itens "b", "c", "d", e'' e "f" não houve manifestação da Origem

2º Termo Aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006

Não houve manifestação da Origem em relação ao 2º Termo Aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006.

3º Termo Aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006

Não houve manifestação da Origem....

4º Termo Aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006

Extemporaneidade da nota de emprenho – infringências ao Art. 61 da LF nº 4.320/64 e Art. 5º do DM nº 23.689/87.

Recomendação: Promover a pesquisa de mercado no momento próximo e prévio à lavratura.

> ***Esclarece a Origem que realizou pesquisa de mercado próximo a lavratura do novo contrato, conforme fls. 398/408 e 411. Tal pesquisa se refere à pesquisa para prorrogação do termo contratual, podendo assim ser considerada atendida.***
>
> ***<u>CONCLUSÃO</u>***
>
> ***Por todo o exposto, ratificamos nossas conclusões de fls. 356/357, em relação ao Contrato nº 112/SME/2006 e 1º, 2º e 3º Termos de Aditivos.***
>
> ***Tendo em vista o encaminhamento pela Origem do 4º Termo aditivo ao Contrato nº 112/SME/2006, promovemos a análise da formalização às fls. 425/427, concluindo pela irregularidade pelos motivos lá expostos"***

Diante das conclusões da Auditoria e ratificação das irregularidades anteriormente indicadas, foi determinada nova intimação da Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia, na pessoa de sua Diretora Presidente[4], que se manifestou às fls. 444/486. Com o acrescido, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle emitiu novo relatório[5] e reiterou as violações apontadas, nos seguintes termos:

> ***"...Diante do exposto, os esclarecimentos prestados pela Origem, em relação ao Contrato nº 112/SME/06 e ao 1º, 2º, 3º e 4º Termos Aditivos, não foram suficientes para alterar as constatações apontadas às fls. 337/355 e 428/430, razão pela qual as ratificamos. Quanto à recomendação para "Promover a pesquisa de mercado no momento próximo e prévio à lavratura", esta foi considerada atendida à fl. 429 verso..."***

Na sequência, foi determinada a intimação do Ordenador da Despesa e Signatário do Termo de Contrato nº 112/2006 (constante às fls. 240/242) e da Ordenadora e Signatária dos Termos de Aditamento nº 1, 2, 3 e 4, para conhecimento das conclusões alcançadas pela Auditoria e manifestação em 15 dias. Na defesa apresentada às fls. 500/508, a Ordenadora e Signatária dos Termos de Aditamento nº 1, 2, 3 e 4 defendeu que foi designada Diretora Presidente da FUNDATEC em 10.01.2007, não detendo qualquer reponsabilidade pelas infringências referentes a período anterior, notadamente em relação à licitação e ao Contrato inicial. Em relação às irregularidades propriamente ditas, reiterou as informações enviadas anteriormente pela Origem e as medidas adotadas.

O Ordenador da Despesa e Signatário do Termo de Contrato nº 112/2006 (fls. 240/242) apresentou defesa às fls. 509/525. Alegou que jamais foi responsável pelos Aditamentos ao Contrato e que o instrumento principal não foi por ele assinado, desconhecendo a assinatura exarada no documento. Defendeu que permaneceu no cargo por curto período e que sequer chegou a exercer atos de gestão. No mérito, destacou a inexistência de prejuízo aos particulares ou ao Poder Público e manifestou-se sobre as irregularidades apontadas pela Auditoria. Requereu o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva e, no mérito, seja afastada sua responsabilidade pelos fatos apurados no presente procedimento.

[4] Fls. 433 (24.09.2010).
[5] Fls. 487/490 (01.02.2011).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle analisou as alegações defensivas e manteve, integralmente, a conclusão anterior acerca das irregularidades dos instrumentos analisados[6]:

> ***"... À vista do exposto, consideramos que a defesa de Valdirene Tizzano da Silva, em relação ao 1º, 2º, 3º e 4º Termos Aditivos, não apresenta elementos suficientes para alterar as conclusões alcançadas pela auditoria. Quanto à defesa de Ubiratan D'Ambrosio, em relação ao Contrato 112/SME/2006, embora não tenha apresentado justificativas para, no mérito, alterar as conclusões, o interessado denunciou que não subscreveu o Contrato nº 112/SME/2006, não sendo de seu punho a assinatura ali exarada e que, por este motivo, solicita a realização de perícia grafotécnica para comprovação e constatação do alegado. Considerando tratar-se de ilegalidade de natureza grave, submetemos o presente para conhecimento e deliberação de Vossa Excelência. Informamos que o Pregão Presencial nº 002/SME/2006 foi objeto de análise no TC nº 72-000.227/10-82 e o acompanhamento da execução do Contrato nº 112/SME/2006 consta do TC nº 72-000.225/10-57, ambos pendentes de julgamento..."***

A Assessoria Jurídica de Controle Externo emitiu parecer, endossou as conclusões da Auditoria quanto à irregularidade dos ajustes examinados e sugeriu a apuração, pela Origem, da alegada falsificação de assinatura no Instrumento de Contrato[7]:

> ***"...No mais, conforme destacou a Área Técnica, as respostas da Origem não trouxeram elementos que pudessem alterar as conclusões alcançadas, as quais acompanho por seus próprios fundamentos e pelos acrescidos acima, e por isso opino pelo não acolhimento dos instrumentos analisados, sem prejuízo da apuração de eventual responsabilidade funcional. Observo que embora não constitua, a princípio, motivo para, por si, afastar a responsabilidade do Sr. Ubiratan pelas irregularidades na contratação, a notícia de que o contrato de fls. 04/2 não teria sido por ele assinada é de natureza muito grave, motivo pelo qual sugiro, à consideração superior, que se oficie o Ministério Público do Estado de São Paulo para que tome as providências que entender cabíveis"***

A Procuradoria da Fazenda Municipal pronunciou-se às fls. 543/544 e requereu a intimação da Origem para conhecimento e manifestação sobre os novos elementos acrescidos, nos seguintes termos:

> ***"...Isto posto, preliminarmente, requer esta Procuradoria se digne V. Exa. mandar intimar a Origem, encaminhando-se-lhe cópias xerox dos pareceres da Coordenadora II (fls. 487/490 e 530/532), da AJCE (fls. 535/541) e da defesa apresentada pelo Sr. Ubiratan D'Ambrósio (fls. 509/520), de sorte que, tomando conhecimento dos novos elementos compulsados, possa a Fundação interessada trazer seus esclarecimentos complementares..."***

Em atendimento ao requerimento da Procuradoria da Fazenda Municipal, foi

[6] Fls. 530/532.
[7] Fls. 535/541

determinada a expedição de novo oficio dirigido à Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia[8], para ciência das conclusões alcançadas pela Auditoria (fls. 487/490 e 530/532) e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 535/541), bem como da defesa apresentada pelo Sr. Ubiratan D'Ambrósio (fls. 509/520), com prazo para manifestação de 15 dias.

A Origem manifestou-se acerca das conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos[9] e houve nova análise por parte da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, assim fundamentada:

> ***"... <u>Esclarecimentos da Origem</u>***
>
> ***As manifestações dos órgãos técnicos revelam que os apontamentos efetuados envolvem impropriedades de natureza formal, sendo certo que em inúmeros casos análogos essa Corte já decidiu por relevá-los, em especial quando não se constata má-fé dos servidores envolvidos, nem prejuízo à Administração (...) Com efeito, comprovada a prestação do serviço, as falhas apontadas relacionadas com a ausência de despachos de autorização, extemporaneidade de notas de empenho e publicação de extratos no DOC, ou mesmo a divulgação do termo no Portal da Transparência, podem ser superadas, ante a preponderância da continuidade dos serviços de ensino prestados (...) a defesa dos envolvidos ressalta que as falhas são de natureza formal, das quais não decorreram prejuízo ao erário e que ocorreram em face da falta de estrutura da Fundação à época (...) a atuação dos envolvidos na gestão da entidade ou de quem quer que assuma sua direção, depende de estrutura e pessoal capacitado a dar- lhes suporte, tanto pela gama de atribuições, quanto pela necessidade de agentes públicos graduados em diversas áreas do conhecimento, em especial em ciências econômicas e jurídicas. Portanto, se mostra desarrazoado atribuir aos referidos funcionários públicos, que buscaram dar andamento às atividades da Fundação segundo as condições humanas e materiais que dispunham, a responsabilidade pelas faltas apontadas, que demandam conhecimento técnico de diversas áreas do conhecimento.***
>
> ***AUD***
>
> ***Constata-se pelas alegações aduzidas pela Origem a aquiescência quanto às falhas consignadas nos relatórios de auditoria referentes aos instrumentos contratuais examinados. No que concerne às ponderações a respeito da irrelevância das impropriedades de natureza formal em face da continuidade dos serviços prestados, consideramos que não devam ser admitidas, pois, o procedimento da contratação está pautado em leis federais, municipais e normas regulamentares e que devem ser observados, em atendimento ao princípio da legalidade que se encontra presente no Art. 37 caput da CF/88. E quanto à argumentação sobre a falta de conhecimentos, de natureza jurídica, dos servidores públicos envolvidos, do ordenador de despesa e do signatário do instrumento contratual, cabe ressaltar que segundo estabelecido no Art. 3º do Decreto Lei nº 4657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil, "ninguém se escusa de cumprir a lei,***

[8] Fls. 546.
[9] Fls. 552/561 (15.08.2012).

alegando que não a conhece".

<u>Da defesa oferecida pelo Sr. Ubiratan D´Ambrosio</u>

Esclarecimentos da entidade

(...) será aberto procedimento administrativo disciplinar para averiguar a suposta falsificação da assinatura no termo contratual, informada pelo Sr. Ubiratan D´Ambrosio; cujas conclusões serão oportunamente encaminhadas a esse E. Tribunal de Contas.

AUD

Vê-se pela assertiva da Origem o acatamento da proposta sugestionada da ACJE para a apuração, mediante a instauração de procedimento administrativo, das alegações invocadas pelo Sr. Ubiratan D´Ambrosio, notadamente quanto à notícia de que não teria sido por ele.

Conclusão:

Concluímos que as justificativas oferecidas pela Origem por meio do Ofício nº 215/2012 – FUNDATEC (fls. 552/555) não modificam os resultados apresentados em nossas manifestações de fls. 487/490 e 530/532 correspondentes ao Contrato nº 112/SME/2006 e do 1º, 2º, 3º e 4º Termos Aditivos..."

Após o novo relatório da Auditoria, a Origem encaminhou informações e documentos relativos à apuração realizada da alegação de falsificação da assinatura do instrumento contratual[10], os quais foram submetidos à análise pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle:

"... A Comissão de Apuração Preliminar concluiu não ter havido falsificação na assinatura do Sr. Ubiratan D'Ambrósio ou má-fé por parte do servidor Dorival Mazorca Mora, ao assinar o contrato na qualidade de representante da Fundatec. Conforme se depreende do relatório da citada Comissão (fls. 574/575), o Sr. Dorival Mazorca Mora, Contador I, efetivo, lotado na SME, esteve afastado para exercer suas funções junto à Fundatec no período de 25.01 a 28.07.2006. O Sr. Ubiratan, embora tenha alegado que não executou atos de direção, gestão ou controle, foi o Diretor Presidente da Fundação no período de 16.02 a 10.04.2006. Tendo em vista que o Contrato nº 112/SME/2006 foi assinado no dia 10.03.2006 por servidor que exercia suas funções na Fundatec, não se pode afastar a responsabilidade de seu dirigente máximo à época, o Sr. Ubiratan D'Ambrósio...

<u>CONCLUSÃO</u>

À vista do exposto, considerando que o resultado da Apuração Preliminar não altera as constatações, reiteramos a irregularidade dos instrumentos em razão das diversas infringências constatadas, nos termos dos relatórios

[10] Fls. 569/576.

de fls. 337/355 e 425/427...”

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo refutou as alegações do Ordenador da despesa e requereu a intimação da contratada para manifestação[11]:

> ***“...Na esteira da manifestação expendida pela ilustre Assessora preopinante, acompanho seu entendimento pela legitimidade passiva do Sr. Ubiratan D’Ambrosio e sua sugestão para que se dê ciência dos apontamentos ao Sr. Dorival Mazorca Mora (fls. 603). Do mesmo modo, acompanho a sugestão para que se dê ciência à empresa contratada (fls. 600), intimando-a, caso seja do entendimento de Vossa Excelência, para exercício do contraditório e da ampla defesa.***
>
> ***Quanto ao mérito, também concluo pela irregularidade do Contrato nº 112/SME/2006 e dos Termos de Aditamento, notadamente diante das seguintes irregularidades e impropriedades: falta de demonstração de regularidade da contratada perante o FGTS (constatada na Análise do Contrato e do 1º Termo Aditivo); insuficiência do valor empenhado (constatada na Análise do Contrato); impropriedades atinentes às cláusulas 9.2.2, 9.2.3 e 9.2.4 do Contrato diante da ausência de documentação de instrução (constatadas na Análise do Contrato); ausência ou extemporaneidade do Despacho de Autorização (constatada na Análise do 1º, 2º e 3º Termos Aditivos); extemporaneidade da nota de empenho (constatada para todos os Termos Aditivos); extemporaneidade da publicação do extrato do ajuste no Diário Oficial (constatada na Análise do Contrato e do 1º, 2º e 3º Termos Aditivos); e ausência de justificativa para os aditamentos (constatada na análise do 1º, 2º e 3º Termos Aditivos).***
>
> ***Com relação à publicação do extrato dos ajustes no Diário Oficial, trata-se de pressuposto de sua eficácia, traduzindo-se em instrumento de concretização do controle. Observo que os consideráveis atrasos ocorreram de forma reiterada, destacando-se que no caso do 1º Termo Aditivo houve uma demora de quase três anos até que a publicação viesse a ocorrer, de modo que as providências tardias adotadas pela Origem não são suficientes, a meu ver, para afastar o apontamento. Por fim, com relação à ausência de disponibilização de informações do Contrato e dos Termos Aditivos na página eletrônica da Prefeitura Municipal na internet (consoante determina a Lei Municipal nº 13.226/2001), esta E. Corte de Contas fixou interpretação no sentido de que a medida (disponibilizar as informações contratuais no sitio eletrônico da Prefeitura Municipal) não constitui requisito de validade ou de eficácia do ajuste. Ainda assim, malgrado não prejudique a validade e a própria eficácia do pactuado, deve a falha ser objeto de ressalva, pelo notável descumprimento de norma vigente e imperativa ...”***

Em atenção ao requerimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, foi determinada a intimação da Fundatec para conhecimento das conclusões da Auditoria e manifestação no prazo de 15 dias, bem como a obtenção, junto à Contratada, de subsídios e

[11] Fls. 599/609.

eventual defesa sobre as conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal. Em resposta encartada às fls. 641/665, a Origem informou a ciência do processado à Contratada Gocil e ao Sr. Dorival Mazorca Mora, que se manifestou por escrito acerca da assinatura do contrato (fls. 644). No mais, com relação às demais irregularidades apontadas, a Fundação apresentou os mesmos argumentos já prestados anteriormente e destacou as dificuldades como decorrentes de um quadro provisório de pessoal contratado.

Em resposta, a Auditoria apresentou Relatório[12], pela manutenção das irregularidades constantes nos relatórios anteriores:

> ***"...Manifestação da Fundatec***
>
> ***Informa que a empresa contratada, Gocil Serviços de Vigilância e Segurança Ltda., embora cientificada, não se manifestou em relação às irregularidades apontadas, fls. 641 e 643. Esclarece que o Sr. Dorival Mazorca Mora, signatário do Contrato nº 112/SME/06, encaminhou uma manifestação em resposta aos apontamentos constantes deste TC, fl. 641. A manifestação do Sr. Dorival acerca dos relatórios da auditoria limita-se ao seguinte (fl. 644):***
>
> ***"Reitero que os esclarecimentos sobre a minha assinatura no contrato de prestação de serviços de vigilância e segurança com a empresa Gocil Ltda. cuja necessidade era de extrema urgência, tendo em vista o grande número de aparelhos de laboratório existente no prédio da escola técnica, já foram feitos junto a Comissão de Averiguação Preliminar instituída para analisar esse e outros aspectos do contrato." "Tenho convicção que conseguimos manter todo esse instrumental a salvo de invasões e furtos para plena utilização da Escola Técnica. Quem conhece o bairro onde a escola se encontra, sabe dos riscos a que esses materiais estavam expostos."***
>
> ***Por fim, em relação às irregularidades apontadas, a Fundação reitera as informações prestadas anteriormente, acrescentando que apresentou Projeto de Lei objetivando a sua reestruturação, com a criação de quadro permanente de pessoal e um plano de carreira, o que permitirá um aprimoramento dos procedimentos de execução, acompanhamento e fiscalização dos contratos, fls. 641-frente e verso.***
>
> ***Manifestação da Auditoria***
>
> ***Segundo a Fundatec, a contratada Gocil Serviços de Segurança e Segurança Ltda não demonstrou interesse em se manifestar acerca das irregularidades apontadas. As manifestações do Sr. Dorival Mazorca Mora e da Diretora Presidente da Fundatec apenas reiteram os esclarecimentos prestados anteriormente. Dessa forma, não há nenhum fato novo que possa alterar as conclusões anteriores...***
>
> ***À vista do exposto, considerando que a documentação acrescida Fundatec não apresenta elementos suficientes para alterar as constatações, reiteramos as conclusões dos relatórios de fls. 337/355 e 425/427, assim como das manifestações de fls. 428/430, 487/490, 530/532, 566/567 e***

[12] Fls. 668/669

585/586...”

A conclusão da Subsecretaria de Fiscalização e Controle foi corroborada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, que opinou ***“pelo não acolhimento do Contrato nº 112/SME/06 e de seus respectivos Termos Aditivos, em razão da manutenção das irregularidades constatadas[13]”***. Ciente do processado, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu, em sede preliminar, intimação direta da Contratada e, no mérito, o acolhimento dos instrumentos ora analisados ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos financeiros, patrimoniais e jurídicos decorrentes[14]. A Fundação Paulistana de Educação, Tecnologia e Cultura foi cientificada e, em que pese a ciência anterior dada pela Origem à contratada, requereu a intimação diretamente por esta Corte de Contas, através das vias oficiais.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por seu Assessor Jurídico Chefe, anuiu à proposta e sugeriu a intimação direta da Contratada, nos termos do artigo 116, § 3º do Regimento Interno deste Tribunal[15]. Atendendo ao requerido, foi determinada nova ciência da Contratada e o envio de cópia dos ofícios de fls. 637 e 689/690, para ciência do processado e eventual adoção de providências. A empresa contratada foi regularmente intimada às fls. 707, mas não se manifestou nos autos. Concluída a providência, o processo retornou à Procuradoria da Fazenda Municipal para emissão de parecer conclusivo, assim consubstanciado:

> ***“...A Fazenda, ciente do acrescido, conforme fls. 688/709, se permite “data venia” ratificar sua manifestação de mérito acostada às fls. 677/687, para, com fundamento nas razões ali insertas, requerer o acolhimento do Contrato 112/SME/06 e dos respectivos 1º, 2º, 3º e 4º Aditivos lavrados, haja vista que as impropriedades apontadas não tiveram o condão de tisnar os ajustes examinados. Não obstante, ainda que assim não entendam esses Nobres Conselheiros, aguarda esta Procuradoria que, ao menos, sejam reconhecidos os efeitos financeiros decorrentes dos atos praticados, na medida que não restou comprovado nestes autos a existência de um prejuízo concreto ao erário.”***

A Secretaria Geral opinou pelo não acolhimento do Contrato 112/SME/2006 e respectivos aditamentos, na esteira do entendimento da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo:

> ***“... Em relação ao requerimento de reconhecimento de ilegitimidade passiva do Sr. Ubiratan D’ambrosio, formulado na petição de fls. 511/520, sob a alegação de que não exerceu o cargo de Diretor Presidente da FUNDATEC, acompanho o entendimento da douta AJCE, de que o defendente era, s.m.j., o responsável pela Fundação no período da assinatura do contrato. Da leitura dos documentos constantes dos autos, em especial as publicações anexadas às fls. 605/606, vê-se que o Sr. Ubiratan foi nomeado para o referido cargo no dia 15/02/2006, tendo os efeitos dessa nomeação cessados somente no dia 11/04/2006. O defendente alegou ter pedido exoneração no dia 10/03/2006, porém não há qualquer menção a essa data***

[13] Fls. 671/674 (21.09.2015).
[14] Fls. 677/687.
[15] Fls. 705.

> ***na publicação e tampouco foi localizado nos autos outro documento comprobatório da alegação, por exemplo, o protocolo do pedido. No mérito, entendo, s.m.j., que o Contrato n.° 112/SME/2006 e os seus Termos Aditivos n.° 1, 2, 3 e 4, não merecem acolhimento, por força das irregularidades constatadas pela equipe de auditoria deste Tribunal, corroboradas pelas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo...”*(fls. 713/720)**

Passo agora a análise do TC nº 225/10-57, que trata do acompanhamento da execução do Contrato nº 112/SME/2006 e Termos de Aditamento nº 1, 2, 3 e 4.

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 17 dos autos entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

TC 225/10-57:

A Coordenadoria II apresentou Relatório referente à execução contratual[16], tendo concluído pela regularidade das despesas, porém, em razão da fragilidade dos controles, propôs recomendações à entidade:

> ***“...Diante do exame do acompanhamento de execução do Contrato nº 112/SME/2006, sendo este lavrado entre a Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia - FUNDATEC e a empresa Gocil Serviços de Vigilância e Segurança Ltda. para a prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial desarmada com equipamentos eletrônicos na Escola Técnica de Saúde Pública “Cidade Tiradentes”, concluímos, em relação à amostra selecionada, pertencente à medição de agosto/2009, no valor total de R$ 43.386,70, que a despesa apresenta-se regular, porém, em razão da fragilidade dos controles, propomos as seguintes recomendações à entidade:***
>
> ***Recomendação nº 01: Elaborar o registro próprio para anotar as ocorrências havidas e evidenciar o acompanhamento realizado pelo Gestor dos serviços prestados pela contratada, nos aspectos quantitativos e qualitativos, servindo de suporte à declaração do ateste da medição.***

[16] 75/81 (03.03.2010).

> ***Recomendação nº 02: Instruir o processo de pagamento com a relação dos funcionários da empresa, elaborada pelo Gestor da Escola, que prestaram serviços no período da medição.***
>
> ***Recomendação nº 03: Exigir do contratado, por ocasião da apresentação dos documentos relativos à medição, o comprovante de regularidade da empresa perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.***
>
> ***Recomendação nº 04: Apresentar o ateste da medição consubstanciada pelo registro próprio e informar se os cálculos aritméticos estão corretos e a documentação apresentada pela empresa, em ordem.***
>
> ***Recomendação nº 05: Solicitar à contratada o ressarcimento ao erário no valor de R$ 40.000,00, devidamente corrigido, pago em duplicidade, referente ao período de realização da despesa, 01.02.07 a 28.02.07 e correspondente ao documento nº 4.672, consoante se verifica pelos Extratos de Liquidações e Pagamentos nºs. 128/07 e 145/07...”***

A Origem foi intimada do Relatório da Auditoria[17] e manifestou-se sobre as recomendações propostas[18]. Esclareceu que a partir do mês de abril de 2010 a recomendação nº 01 passou a ser observada, com a manutenção de um registro próprio para anotação das ocorrências havidas e acompanhamento pelo Gestor dos serviços, quanto aos aspectos quantitativos e qualitativos. Em relação à recomendação nº 02, da mesma forma que a anterior, informou sua observância a partir do mês de abril de 2010, com a juntada da relação de funcionários da empresa que prestaram serviços no período da medição ao respectivo processo de pagamento.

Sobre as recomendações nº 03 e 04 propostas pela Auditoria, a Origem asseverou que a partir de abril de 2010, também passou a exigir o comprovante de regularidade da empresa perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço como condição de pagamento à contratada e que passou a juntar ao processo de quitação a informação referente a verificação dos cálculos apresentados na nota fiscal e a documentação apresentada pela empresa. Por fim, no que se refere à recomendação nº 05, alegou que a liquidação 128/07 foi feita corretamente, sendo que a liquidação 145/07 foi realizada em duplicidade por descuido de um funcionário, mas apenas no sistema NOVOSEO, conforme extrato bancário juntado nos autos, inexistindo ressarcimento a ser exigido da Contratada.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle analisou a manifestação da Origem e concluiu pela observância, em parte, das recomendações propostas, quais sejam:

> ***“...<u>Recomendação nº 01</u>: Elaborar o registro próprio para anotar as ocorrências havidas e evidenciar o acompanhamento realizado pelo Gestor dos serviços prestados pela contratada, nos aspectos quantitativos e qualitativos, servindo de suporte à declaração do ateste da medição.***

[17] Fls. 83 (11.03.2010).
[18] Fls. 103/133 e 136/150 (23.04.2010).

Nossos Comentários: Para efeito de verificação do informado pela Origem obtivemos o documento de fl.148, no qual se constata o registro do acompanhamento do contrato, demonstrando o atendimento à recomendação.

Recomendação nº 02: Instruir o processo de pagamento com a relação dos funcionários da empresa, elaborada pelo Gestor da Escola, que prestaram serviços no período da medição.

Nossos Comentários: Em visita à entidade, verificamos que não consta do processo de pagamento, relativo ao exercício de 2010, relação dos funcionários da empresa, elaborado pelo Gestor da Escola, lembrando, ainda, que não foram juntados a estes autos quaisquer documentos da Origem comprovando o acolhimento desta recomendação, motivo pelo qual ratificamos a proposta inicial.

Recomendação nº 03: Exigir do contratado, por ocasião da apresentação dos documentos relativos à medição, o comprovante de regularidade da empresa perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Nossos Comentários: Para efeito de verificação do informado pela Origem obtivemos o documento de fl.149 evidenciando o procedimento da Origem, demonstrando o atendimento à recomendação.

Recomendação nº 04: Apresentar o ateste da medição consubstanciada pelo registro próprio e informar se os cálculos aritméticos estão corretos e a documentação apresentada pela empresa, em ordem.

Nossos Comentários: A informação da Origem pode ser confirmada no documento apenso à fl.150.

Recomendação nº 05: Solicitar à contratada o ressarcimento ao erário no valor de R$ 40.000,00, devidamente corrigido, pago em duplicidade, referente ao período de realização da despesa, 01.02.07 a 28.02.07 e correspondente ao documento nº 4.672, consoante se verifica pelos Extratos de Liquidações e Pagamentos nºs. 128/07 e 145/07.

Nossos Comentários: De acordo com os extratos bancários juntados pela Origem às fls. 103/130, verificamos que em 2007 não ocorreram pagamentos em duplicidade para a empresa Gocil advindos da conta do Banco Bradesco S/A. Porém, em diligência à entidade verificamos os extratos do Banco Itaú, relativos ao mesmo período, juntados às fls. 136/147, que no dia 25 de junho de 2010 foi realizado um pagamento a fornecedores no valor de R$ 61.789,41. A auditada não soube explicar quem ou quais foram os beneficiados deste crédito, não possuindo qualquer documentação suporte relativa a este pagamento, lembrando que, com raras exceções, os pagamentos eram realizados pela conta do Banco Bradesco. Tendo em vista que a Origem não consegue evidenciar a destinação dos valores despendidos em 25/06/2007 e ainda o constante no sistema NovoSEO, ou seja, duplicidade de pagamento, ratificamos a recomendação de ressarcimento dos valores pagos indevidamente.

Pelo exposto, retificamos nossas conclusões de fls. 80/81-verso, mantendo

como proposta de recomendação apenas as de números 02 (dois) e 05 (cinco)..."

Tendo em vista a manutenção das Recomendações nº 02 e 05 do Relatório da Auditoria, a Fundatec foi novamente intimada para conhecimento das conclusões do Órgão Técnico e manifestação[19]. Em resposta, a Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia peticionou às fls. 165/166 e encaminhou os documentos acostados às fls. 156/164, os quais foram submetidos à nova análise da Subsecreteria de Fiscalização e Controle, que entendeu superada a Recomendação nº 5, mas manteve a recomendação nº 02, nos seguintes termos:

"...Recomendação nº 02: Instruir o processo de pagamento com a relação dos funcionários da empresa, elaborada pelo Gestor da Escola, que prestaram serviços no período da medição.

Fundatec: Informa que "...a partir de setembro de 2010, incluímos no processo de pagamento juntamente com a carta de a contento a relação dos funcionários que prestaram serviço pela empresa Gocil Serviços de Vigilância Ltda.", fl. 165. Como evidência juntou o documento de fl. 160.

Nossos Comentários: Apesar da afirmação da Origem de ter cumprido o recomendado por esta auditoria, o documento juntado não comprova o efetivo acolhimento da proposta, pois não há evidências de que este foi juntado ao processo de pagamento, motivo pelo qual ratificamos a proposta inicial.

Recomendação nº 05: Solicitar à contratada o ressarcimento ao erário no valor de R$ 40.000,00, devidamente corrigido, pago em duplicidade, referente ao período de realização da despesa, 01.02.07 a 28.02.07 e correspondente ao documento nº 4.672, consoante se verifica pelos Extratos de Liquidações e Pagamentos nºs. 128/07 e 145/07.

Fundatec: Esclarece que a liquidação nº 145/07 foi realizada em duplicidade e não o pagamento pelo Banco Bradesco S/A. Com relação ao valor de R$ 61.789,41, pago em 25/06/07, ratifica que se refere às férias dos professores, juntando como comprovantes, os documentos de fls. 161/164.

Nossos Comentários: Os esclarecimentos prestados pela Origem demonstram que não existem ressarcimentos a serem realizados, tendo em vista que a liquidação é que foi processada em duplicidade, motivo pelo qual deixamos de propor esta recomendação. No entanto, cabe à Origem instituir procedimentos que evitem tal ocorrência.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, retificamos nossas conclusões de fls. 80/81-verso e 151/152-verso, mantendo como proposta de recomendação apenas a de número 02 (dois)..."

[19] Fls. 154/155.

Submetidos os autos à análise da Assessoria Jurídica de Controle Externo, foi requerida a ciência da Sra. Gilcélia Dias de Araujo Lima, eis que também apontada como responsável pela área auditada[20], pleito este deferido às fls. 177. Embora regularmente intimada[21], a responsável deixou transcorrer *"in albis"* o prazo para manifestação e os autos retornaram à Assessoria Jurídica para manifestação quanto ao mérito, tendo assim opinado[22]:

> ***"...Nos termos da manifestação desta Assessoria Jurídica às fls. 176 e restrito ao exame da matéria objeto destes autos, concluo pela regularidade da execução contratual em exame, com a recomendação proposta pela Área Auditora..."***

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados[23], sob os seguintes fundamentos:

> ***"... Ao ver desta Procuradoria, os esclarecimentos e justificativas prestadas pela Origem são extremamente convincentes, permitindo que esses Nobres Conselheiros declarem a regularidade da execução do ajuste em exame. De outra parte, a invalidação dos atos relativos ao ajuste deve sempre orientar-se pelo princípio do prejuízo. Ora, examinando a execução d ajuste, não se vislumbra qualquer tipo de prejuízo, de modo que eventuais falhas constatadas não ensejarão necessariamente a declaração de irregularidade dos atos examinados...Isto posto, à vista de todo o processado nestes autos, esta Procuradoria, na esteira do posicionamento da Auditoria e do Sr. Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, requer o acolhimento da execução contratual sob exame posto que formalmente regular, revelando-se as impropriedades apontadas, sem prejuízo da recomendação nº 2. Entretanto, caso assim não entendam esses Nobres Conselheiros, ante a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano ao Erário, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, propugna a Fazenda pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica"***

A Secretaria Geral manifestou-se de forma conclusiva[24] e, na esteira dos pareceres precedentes, opinou pelo acolhimento da execução contratual:

> ***"...com base nas manifestações dos órgãos técnicos desta Corte e da D. Procuradoria da Fazenda Municipal e, por não remanescerem questionamentos jurídicos, opino, pelo acolhimento da execução "sub examine", sem embargo das recomendações cabíveis..."***

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,

[20] Fls. 174/176 (18.08.2011).
[21] Fls. 178.
[22] Fls. 182/186 (21.06.2012).
[23] Fls. 188/193 (18.07.2012).
[24] Fls. 195/197 (16.07.2013).

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 11 dos autos 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

Cuidam os autos dos TC´s 225/10-57 e 226/10-10, de Análise e Acompanhamento da Execução do Contrato nº 112/SME/2006 e Termos de Aditamento nº 1, 2, 3 e 4, firmados entre a Fundatec – Fundação Paulistana de Educação e Tecnologia Ltda. e a empresa Gocil Serviços de Vigilância Ltda., cujo objeto é a prestação de serviços de vigilância e segurança nas dependências da Escola Técnica de Saúde Pública Cidade Tiradentes, no valor total de R$ 2.515.615,74 (Dois milhões quinhentos e quinze mil seiscentos e quinze reais e setenta e quatro centavos). O Pregão nº 02/2006, que originou os instrumentos sob análise, foi objeto de análise formal no TC nº 227/10-82 e julgado irregular pelo Pleno desta Corte de Contas.

Sobre a incidência da prescrição nos processos sob julgamento, 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.*"[25]

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.*"[26]

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

[25] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[26] Tratuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.

> *"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."*[27]

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.*"[28] 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 (...)"*[29]

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***

[27] 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.
[28] Jacoby Fernande, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[29] Jacoby Fernande, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> ***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[30], 897[31], 899[32] 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.)

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

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

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[33], com efeito *erga omnes,* que determinou que

[33] 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

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 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*

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)

> *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 11 dos autos do TC 225/2010 e peça 17 do TC 226/2010 "*avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no relatório de Auditoria de 13/09/2010 (...), 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)".*

Frise-se que quanto no caso vertente, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral acompanharam a Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido de que o presente processo foi fulminado pelo *instituto* da prescrição, nos termos do art. 4º c/c art. 5º da Resolução nº 10/23.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único[34] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[35] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[36] do Código

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

[34] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.
[35] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[36] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 08/01/2024 10:14:58 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo