ACO-UTR-1213/2024

Processo - TC/000346/2013
Objeto - Recursos *ex officio*, da Procuradoria da Fazenda Municipal e de Carlos Augusto Machado Calil interpostos em face da Decisão de Juízo Singular de 10/4/2019 – Secretaria Municipal de Cultura e Paineiras Limpeza e Serviços Gerais Ltda. – Contrato 470/SMC-TM/2012 – Prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial para as dependências internas e externas da Praça das Artes, pertencente ao Theatro Municipal de São Paulo

57ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. SMC. Serviços de limpeza, asseio e conservação predial. Decisão que julgou irregular o contrato e aplicou multa. 1. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória. Preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados. 2. Multa afastada. CONHECIDOS. PRESCRIÇÃO. NEGADO PROVIMENTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, admitido o recurso necessário por força do disposto no art. 136, inciso V, combinado com art. 137, parágrafo único do Regimento Interno desta Corte, em conhecer dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por Carlos Augusto Machado Calil e reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando-se a multa aplicada.

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

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o encaminhamento do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

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

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

São Paulo, 21 de agosto 2024.

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

/gc

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 11/10/2024 11:00:03 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 11/10/2024 16:38:06 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

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

Item 3

TC 0346/2013 – Análise contratual/Recurso
Objeto: análise do Contrato nº 470/SMC-TM/2012, celebrado com dispensa de licitação entre a Secretaria Municipal de Cultura – SMC e a empresa Paineiras Limpeza e Serviços Gerais Ltda.
Interessados: Secretaria Municipal de Cultura – SMC e a empresa Paineiras Limpeza e Serviços Gerais Ltda.

RELATÓRIO

Cuida o TC 0346/2013 da análise do Contrato nº 470/SMC-TM/2012, celebrado com dispensa de licitação entre a Secretaria Municipal de Cultura – SMC e a empresa Paineiras Limpeza e Serviços Gerais Ltda., com objeto a prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial para as dependências internas e externas da Praça das Artes, pertencente ao Theatro Municipal de São Paulo, com valor estimado de **R$ 278.686,23** (duzentos e setenta e oito mil, seiscentos e oitenta e seis reais e vinte e três centavos).

Finalizada a instrução processual, foi proferida a r. Decisão em Juízo Singular pelo Exmo. Conselheiro Roberto Braguim, em 10.04.2019, que **julgou irregular** o Contrato nº 470/SMC-TM/2012 (peça 07) e aplicou multa ao responsável legal, publicada no D.O.C. em sua edição de 14.05.2019 (peça 08), de motivação e fundamentação seguintes:

> *"A questão central suscitada na apreciação desse Ajuste é a possível falta de configuração da situação emergencial, acenando para a ocorrência de ausência de planejamento ou ocorrência de "emergência fabricada".*
>
> *A Praça das Artes é um Conjunto Cultural localizado na Quadra n° 27, no Anhangabaú, e delimitado pela Avenida São João e pelas Ruas Conselheiro Crispiano e Formosa, constituído por três módulos principais: o Edifício destinado aos Corpos Artísticos; o Estacionamento/Praça e sobre ele uma galeria e o Prédio das Escolas de Dança e de Música e Centro de Documentação.*
>
> *A Contratante sustenta em sua defesa que a Dispensa da Licitação decorreu da transferência forçada da sede da Escola de Música para a Praça das Artes em razão da não renovação do Contrato de aluguel firmado pela Prefeitura e, também, pela transferência, na mesma época, de algumas das turmas da Escola de Dança que utilizavam os baixos do Viaduto do Chá e passaram a ter suas aulas na Praça das Artes. Acrescenta que foi realizado um esforço em conjunto com a Construtora do Conjunto priorizando a finalização das obras com o propósito de evitar que os alunos ficassem sem aula, sendo possível, então, precariamente, receber os alunos no novo espaço.*

Discorre sobre a complexidade da obra, o que segunda ela impossibilitou um planejamento adequado para realização do regular Procedimento Licitatório, uma vez que o cronograma respectivo foi alterado diversas vezes.

Menciona a indispensabilidade de limpeza no local em razão do expressivo número de pessoas que ali transitavam diariamente e a necessidade de atendimento imediato da contratação dos serviços, considerados essenciais. Ressalta, também, a dificuldade da efetivação da Licitação, em decorrência da necessidade de solicitação de suplementação orçamentária.

Há, todavia, de se reconhecer no caso examinado, o prévio conhecimento pela Secretaria Municipal da Cultura das circunstâncias ensejadoras dos atrasos ocorridos nas obras dos Módulos que iriam abrigar as Escolas de Música e de Dança e das ações para sua conclusão, bem como, da data inicialmente prevista para a entrega da Praça das Artes, sem que houvesse abertura de Procedimento Licitatório, caracterizando-se, assim, falta de planejamento e desídia por parte da Administração.

Nota-se que não há como se reconhecer a ocorrência de circunstâncias imprevistas, pois a própria Secretaria afirma à fl. 101, que foi realizado um esforço coletivo com a Construtora Contratada, objetivando a finalização da reforma nos prédios, haja vista o cronograma para entrega da obra, o que conduz à conclusão de que não há um nexo de causalidade entre a situação de emergência invocada e a contratação em análise.

Além disso, não merecem acolhidas as explicações trazidas nas defesas apresentadas no sentido de que não se trata de "emergência fabricada", pois apesar de a inauguração da Praça das Artes ter ocorrido em dezembro de 2012, a Fundação Theatro Municipal de São Paulo não estava em efetivo funcionamento e não dispunha de recursos e dotações próprias, ocasionando a necessidade de solicitação de suplementação orçamentária. Na verdade, a Secretaria não trouxe aos autos argumentos e fatos que pudessem esclarecer o grau de dificuldade encontrada e que impediram a abertura do Procedimento Licitatório. Verifica-se, ademais, que o Contrato em pauta foi celebrado pela Secretaria Municipal da Cultura, havendo, em seu âmbito, dotação orçamentária disponível.

Convém registrar, ainda, como consignou a Unidade Técnica, que mesmo que a obra não tivesse sido entregue em junho, como supunha a Secretaria, em setembro, já era possível dar-se início ao Certame Licitatório para a contratação, com início dos serviços em dezembro, mês da inauguração do primeiro módulo da Praça.

Assim, a realização da Licitação seria perfeitamente capaz de atender o interesse público, haja vista que existia considerável prazo para que os procedimentos fossem cumpridos. Além disso, não se pode deixar de observar que foram registradas, por meio de pesquisa no Sistema Átomo Radar, uma sequência de contratações diretas efetivadas pela Secretaria Municipal de Cultura com o objeto correlato ao presente, no período de 01/01/2012 a 31/12/2014. Dentre tal relação, destaca-se em especial o Contrato n.º 392/FTMSP/2013, tratado no TC n.º 72-002.467.13-00, cujo objeto e interessados são idênticos aos do TC que ora

se analisa, tendo sido firmado para vigência no período de 01/06/2013 a 30/08/2013, ou seja, pouco depois de ser assinado o presente.

De outra parte, cabe destacar que, a Unidade Técnica, ao efetuar um comparativo dos preços praticados no Contrato em exame com os praticados no Contrato n° 01/2012/CSMB, oriundo de Procedimento Licitatório, constatou que os preços praticados no segundo foram muito inferiores aos praticados no Ajuste em tela, levando-me a concluir pela falta de vantajosidade na presente Contratação.

Por fim, quanto à recomendação da metragem das áreas envolvidas no serviço de limpeza, a Secretaria Municipal de Cultura deu conhecimento da questão à Diretoria da Fundação Theatro Municipal, razão pela qual entendo trata-rse de questão que pode ser relevada.

Diante do exposto, calcado nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, as quais passam a fazer parte integrante deste voto, julgo ***irregular*** *o Contrato nº 470/SMC - TM/2012.*

Aplico ao responsável pelas infringências constatadas, Carlos Augusto Calil, a multa no valor de R$ 768,41 (setecentos e sessenta e oito reais e quarenta e um centavos), com fundamento nos artigos 52, inciso II, da Lei Municipal n° 9.167/80 e 86, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal. Recorro de ofício, nos termos do disposto no artigo 136, inciso V, combinado com artigo 137, parágrafo único do Regimento Interno."

Intimados o Secretário Municipal de Cultura (peça 13), o Secretário Municipal de Cultura à época (peça 18) e a Contratada (peça 21), houve a redistribuição do processo por força do recurso ex officio, bem como em razão de recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM (peça 16) e por Carlos Augusto Machado Calil (peça 19).

Na atual fase processual, ocupa-se o presente processo da análise dos recursos interpostos.

À peça 28, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SCE**, apresentou seu relatório de análise dos recursos interpostos, contendo as seguintes apreciação e conclusão final:

*"**2. ANÁLISE***

2.1.1. Ofensa ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa)

<u>Alegações do Secretário Municipal de Cultura à época da contratação (peça 19)</u>

O Secretário Municipal de Cultura à época afirmou que o contrato nº 470/SMC-TM/2012 foi firmado em dezembro de 2012. Assim, ainda que qualquer conduta alegadamente irregular pudesse ser a ele atribuída, ela já não seria punível, ou

sequer passível de qualquer processo, em razão do decurso do prazo prescricional.

Disse que somente após a decisão é que tomou conhecimento do processo e que não foi, em nenhum momento, intimado neste processo para a apresentação de esclarecimentos, defesa ou qualquer outra possibilidade de integrar a demanda e, por essa razão, não pode ser condenado, uma vez que a condenação é nula.

Disse que o due process of law - mesmo no processo administrativo - objetiva a proteção de vários direitos fundamentais do ser humano, tais como o contraditório, por isso é cláusula pétrea na Constituição. O devido processo legal obrigatoriamente exige o contraditório e a ampla defesa, tudo o que teria sido negado ao recorrente nestes autos.

Alegou, ainda, que fundamental para a legalidade da aplicação de sanção é a individualização da conduta. Vale dizer, a individualização da pena consiste na exigência de uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada.

Disse que a decisão do juízo singular, no entanto, em nenhum momento descreveu qual conduta do recorrente teria levado ao resultado tido por irregular - e, ainda, sequer apontou qualquer responsável, simplesmente ao final, designando o recorrente para condená-lo.

Ressaltou que a falta de individualização da conduta também viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, afrontando, portanto, o princípio do devido processo legal, uma vez que o recorrente vê-se obrigado a esclarecer ou defender-se de fatos ou atos dos quais tem pouco ou nenhum conhecimento, muito menos responsabilidade - como os preços contratados e a metragem do imóvel, por exemplo. Não deveria caber ao interessado, alega, defender-se de fatos ou atos dos quais sequer participou.

<u>Alegações da PFM (peça 16)</u>

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a reforma da decisão a partir da reapreciação da matéria. Argumentou que a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu, ao longo da instrução, pela regularidade do ajuste.

Disse que a emergência, ainda que considerada fabricada, não macula a contratação, e que o que deve ser levado em apreço é o fato de que o serviço de limpeza era urgente e essencial e que eventual falha de planejamento por parte dos agentes envolvidos não pode projetar os seus efeitos na contratação em si, que era necessária.

Justificou que apesar de todos os contratempos, a Secretaria Municipal de Cultura buscou atender ao interesse público, bem como evitar que os alunos da Escola de Música ficassem sem aula, afastando maiores infortúnios. Sopesando tais particularidades, os serviços de limpeza e conservação, tidos por essenciais, se deram em caráter emergencial por não haver tempo suficiente para a realização de um procedimento licitatório sem que houvesse prejuízo ao início das atividades.

Para robustecer este argumento juntou julgados do TCM bem como parecer da AJCE, entendimento do TCU e a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

Ressaltou que a contratação por emergência estaria justificada simplesmente em vista da essencialidade dos serviços, e que, caso este Tribunal não entenda pela reforma total da r. decisão, requereu, ao menos, sua reforma parcial a fim de que sejam aceitos os efeitos financeiros pretéritos da contratação, pois o objeto foi devidamente entregue à Administração, não havendo qualquer espécie de prejuízo ao erário.

Disse que não há nos autos notícia de que o objeto do contrato não tenha sido efetivamente entregue à Administração. Tampouco existe demonstração, ou mesmo indício, de prejuízo ao erário - ou dolo e má-fé dos agentes envolvidos. Asseverou que há que estar presente a ponderação de valores e a razoabilidade na interpretação das exigências legais diante da circunstância concreta, de tal modo que nem toda falha constatada enseja necessariamente a declaração de irregularidade. Ausente a comprovação de dolo ou de prejuízo ao erário – e uma vez que se deve sempre se atentar para as consequências práticas da anulação de um ato administrativo –, a presente contratação poderia ser, até mesmo, acolhida.

Alegou que caso, no entanto, esse E. TCM considere a contratação irregular, devem ser aceitos os seus efeitos jurídicos, uma vez ter restado inequívoca a ausência de prejuízo ao erário.

<u>Análise da Coordenadoria</u>

Acerca da regulamentação da prescrição neste tribunal, está vigente a Resolução nº 10/2023, a qual se aplica ao presente caso, por força do art. 16 da norma.

O contrato nº 470/SMC-TM/2012 foi assinado em 11.12.12 (peça 25 – fl. 77). A intimação da SMC ocorreu em 02.09.13 (peça 25 – fl. 94) e novamente em 24.01.2014 (peça 25 – fl. 107), sendo o acórdão proferido em 14.05.2019 (peça 08).

Verifica-se que da data da última intimação, 24.01.2014, até a data do acórdão, último marco interruptivo, 14.05.2019, houve o transcurso de mais de 05 anos, configurando a prescrição nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023.

Assim, o recurso deve ser julgado procedente para ser reconhecida a ocorrência da prescrição.

Assentamos ainda, que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, de forma que cabe ao Ministério Público ou a Origem verificar se os atos dos agentes se enquadram em alguma situação de imprescritibilidade, como previsto no Tema 8974, preservando-se, dessa forma, o viés declaratório das decisões em sede de controle externo.

No mérito verifica-se que as razões invocadas pela PFM em nada inovam a instrução processual.

Incumbia à época à Secretaria gerir tanto a Escola de Música quanto a Praça das Artes – e, em decorrência, fazer o adequado planejamento de suas ações para que o equipamento público tivesse condições de receber a Escola de Música. Além da falta de planejamento, o ajuste foi antieconômico e o fato de os serviços terem sido prestados não altera o conteúdo da decisão prolatada.

Assim, subsidiariamente, no mérito o recurso é ***improcedente****.*

3. CONCLUSÃO

Após análise do recurso ex officio bem como dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM (peça 16) e por Carlos Augusto Machado Calil (peça 19) em face do julgamento pela irregularidade do contrato nº 470/SMC, entendemos que, à luz das análises efetuadas, resta caracterizada a prescrição da pretensão punitiva nos termos do art. 2º da Resolução TCM nº 10/2023.

Registramos que resta preservada a função declaratória da decisão desta Corte e que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, de forma que cabe ao Ministério Público ou a Origem verificar se os atos dos agentes se enquadram em alguma situação de imprescritibilidade, como previsto no Tema 897, preservando-se, dessa forma, o viés declaratório das decisões em sede de controle externo.

Por fim, caso seja superada por Vossa Excelência as alegações atinentes à prescrição, conclui-se pela ***manutenção*** *da decisão do acórdão de peça 07, quanto ao mérito dos apontamentos."*

À peça 29, consta despacho desta Relatoria determinando o envio dos autos à **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE** para examinar eventual ocorrência de prescrição, nos termos da Resolução nº 10/2023, publicada em 07/06/2023, o entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal e nota recomendatória da ATRICON sobre a matéria.

À peça 30, a **AJCE**, em resposta àquele r. Despacho, assim se manifestou:

"No âmbito deste Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM/SP), a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento foi regulamentada por meio da Resolução nº 10/2023, publicada em 12/06/23, e da Ordem Interna nº 07/2023.

A Auditoria analisou, na peça 28, as razões recursais apresentadas pelos recorrentes (peças 16 e 19), tendo admitido a incidência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas, em razão de ter decorrido lapso superior ao quinquenal entre as intimações da Origem – 02/09/13 e 24/01/14 – e o julgamento do processo – 14/05/19. Nessa perspectiva, a Auditoria somente considerou os marcos interruptivos previstos nos incisos I e IV do art. 5º da Resolução nº 10/23[1]*.*

[1] **Art. 5º** A prescrição se interrompe:

Apesar disso, o inciso II do art. 5º, c/c o inciso I do art. 6º da sobredita Resolução determina que se compute como marco interruptivo o relatório de fiscalização elaborado posteriormente à oportunidade de manifestação da Origem:

Art. 6º Sem prejuízo da configuração de outras hipóteses, são considerados atos inequívocos de apuração nos termos do inciso II do art. 5º desta Resolução:

I - emissão do relatório de fiscalização ou parecer final, após ciência à origem e oportunidade de sua manifestação, nos casos em que o processo tenha início de ofício; (...)

O relatório a ser considerado para esse cômputo deve ser aquele acostado nas fls. 148/151 da peça 25, datado de 03/02/15, no qual houve a análise das justificativas efetivamente apresentadas pela Origem.

Uma vez que entre esse marco interruptivo e a data de julgamento transcorreu prazo inferior a 5 anos, parece-me, em cumprimento ao r. despacho (peça 29), que as pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas se mantenham hígidas, com vênias ao entendimento da Auditoria.

Saliente-se também que, conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13).[2]

Por fim, observa-se que o eventual reconhecimento da prescrição – nos matizes ressarcitório e sancionatório – em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem, para fins de apuração de atos de improbidade – cujas ações de reparação são imprescritíveis, nos termos do Tema 897 de repercussão geral - e/ou criminais."

À peça 32, a **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM** afirmou nada ter a se 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.

I – pela intimação da parte ou responsável, nos termos dos arts. 116 a 118 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo;
II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato ou ato, conforme previsto no art. 6º desta Resolução;
III - por qualquer ato inequívoco de tentativa de solução conciliatória;
IV - pela decisão condenatória recorrível.

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

Encaminhados os autos à **Secretaria Geral – SG**, para que se pronunciasse a respeito da incidência de prescrição, nos termos da Resolução nº 10/2023, consoante entendimento firmado pelo Colendo STF e nota recomendatória da ATRICON sobre a matéria, assim se manifestou (peça 34):

> "*No âmbito deste TCMSP, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento foi regulamentada por meio da Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, e por meio da Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023.*
>
> ***No presente caso**, constata-se que o último marco interruptivo consiste na r. Decisão prolatada em **10.04.2019** (peça 7), conforme o artigo 5º, IV, da Resolução nº 10/23, constata-se que decorreram mais de 05 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória no caso em tela. Não obstante, sem prejuízo de eventual acolhimento da tese prescricional descrita no parágrafo anterior, entendo que, a critério dos Nobres Conselheiros, com amparo nos artigos 12[3] e 13[4] da Resolução 10/2023, poderá ser dada continuidade ao processo em relação aos demais aspectos da instrução ou do julgamento, observados os critérios de materialidade, risco e relevância dos envolvidos ou, em hipótese de deliberação pela não continuidade do mesmo, deverá se proceder a sua extinção por decisão do Pleno*."

É o relatório.

VOTO

Cuida o TC nº 0346/20013 da análise do Contrato nº 470/SMC-TM/2012, celebrado com dispensa de licitação entre a Secretaria Municipal de Cultura – SMC e a empresa Paineiras Limpeza e Serviços Gerais Ltda., com objeto a prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial para as dependências internas e externas da Praça das Artes, pertencente ao Theatro Municipal de São Paulo, com valor estimado de **R$ 278.686,23** (duzentos e setenta e oito mil, seiscentos e oitenta e seis reais e vinte e três centavos).

Nesta atual fase processual, ocupa-se o presente processo da análise do recurso *ex officio* e dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM (peça 16) e por Carlos Augusto Machado Calil (peça 19), contra a r. Decisão de Juízo Singular (peça 07) que **julgou irregular** o Contrato nº 470/SMC-TM/2012 e aplicou

[3] **Art. 12.** Aferida a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória em relação à totalidade das irregularidades, a decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno pronunciará explicitamente sobre a continuidade ou não do processo em relação aos demais aspectos da instrução ou do julgamento, observados os critérios de materialidade, risco e relevância envolvidos, para os fins do previsto no art. 13. Parágrafo único. 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.

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

multa ao responsável legal, ante as infringências constatadas, no importe de R$ 768,41 (setecentos e sessenta e oito reais e quarenta e um centavos), com fundamento nos artigos 52, inciso II, da Lei Municipal n° 9.167/80 e 86, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal.

As análises dos órgãos Opinantes deste Tribunal de Contas sobre os recursos apresentados indicam que as razões recursais, quanto ao mérito, não trouxeram dados novos capazes de alterar a decisão recorrida.

Todavia, quanto a alegada ocorrência de prescrição arguida nos recursos ordinários, cabe considerar o quanto segue.

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."*[5]

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*."[6]

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

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[7]

---

[5] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[6] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[7] 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.

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.*"[8] 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 (...)"*[9]

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

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

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

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

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

[8] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[9] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> *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[10], 897[11], 899[12] 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,

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

> 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 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[13], com efeito *erga omnes,*

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

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

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

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

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)

> ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

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

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

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

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de competência do Tribunal de Contas. A atividade de controle externo equipara-se, para fins de contagem do prazo prescricional, ao poder de polícia do Estado e,*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A **Auditoria** analisou à peça 28 as razões recursais apresentadas pelos recorrentes, tendo admitido a incidência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas, em razão de ter decorrido lapso superior ao quinquenal entre as intimações da Origem – 02/09/13 e 24/01/14 – e o julgamento do processo – 14/05/19.

Considerou, assim, a **Auditoria** os marcos interruptivos previstos nos incisos I e IV do art. 5º da Resolução nº 10/23[14].

Apesar disso, o inciso II do art. 5º, c/c o inciso I do art. 6º da sobredita Resolução determina que se compute como marco interruptivo o relatório de fiscalização elaborado posteriormente à oportunidade de manifestação da Origem:

> Art. 6º Sem prejuízo da configuração de outras hipóteses, são considerados atos inequívocos de apuração nos termos do inciso II do art. 5º desta Resolução:
>
> I - emissão do relatório de fiscalização ou parecer final, após ciência à origem e oportunidade de sua manifestação, nos casos em que o processo tenha início de ofício; (...)

No presente caso, constata-se que o último marco interruptivo consiste na r. Decisão prolatada em **10.04.2019** (peça 7), conforme o artigo 5º, IV[15], da Resolução nº 10/23, constata-se que decorreram mais de 05 anos, o que enseja o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória no caso em tela.

Assinale-se, contudo, ante o que dispõem os artigos 12 e 13 da referida Resolução nº 10, preservada está a análise dos demais aspectos da instrução, observados os critérios de materialidade, risco e relevância envolvidos.

Ante todo o exposto, admitido o recurso necessário por força do disposto no artigo 136, inciso V, combinado com artigo 137, parágrafo único do Regimento Interno deste Tribunal, resta o mesmo devidamente processado.

---

[14] **Art. 5º** A prescrição se interrompe:
I – pela intimação da parte ou responsável, nos termos dos arts. 116 a 118 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo;
II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato ou ato, conforme previsto no art. 6º desta Resolução;
III - por qualquer ato inequívoco de tentativa de solução conciliatória;
IV - pela decisão condenatória recorrível.

[15] **Art. 5º** A prescrição se interrompe: IV - pela decisão condenatória recorrível.

E **CONHEÇO** dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM (peça 16) e por Carlos Augusto Machado Calil (peça 19), contra a r. Decisão de Juízo Singular (peça 07), que julgou irregular o Contrato nº 470/SMC-TM/2012 e aplicou multa ao responsável legal.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **afastando a multa aplicada.**

Quanto ao **mérito declaratório**, **NEGO-LHE PROVIMENTO** uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar a decisão no v. Acórdão guerreado (peça 07), **mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, dado a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas**.

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

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 28/08/2024 15:24:02 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo