ACO-UTR-114/2024

Processo	-	TC/000399/2002
Recorrente	-	São Paulo Transporte S.A.
Objeto	-	Recurso interposto em face do V. Acórdão de 09/09/2009 – São Paulo Transporte S.A. e Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica – Contrato 2001/060 – Serviços técnicos especializados de planejamento, desenvolvimento e implantação de sistema informatizado para o processamento dos dados do sistema de cobrança automática do transporte público coletivo de passageiros, bem como o fornecimento de equipamentos e manutenção dos respectivos "softwares", que atendam aos requisitos técnicos, funcionais e de segurança estabelecidos

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSO. VOLUNTÁRIO. SPTRANS. Sistema informatizado. Processamento dos dados. Decisão que julgou irregular o contrato. 1. Verificada a prescrição tendo em vista que, do último marco temporal interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos. Art. 2º, art. 5º, IV e art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. Art. 487, II, e art. 15, CPC/2015. 2. A prescrição não afeta o conteúdo declaratório do Acórdão guerreado. Art. 13, Res. TCMSP 10/20033. 3. Afastada a pena de multa anteriormente aplicada. 4. Declarada a nulidade do Acórdão e dos atos subsequentes. CONHECIDO. DECLARADA A NULIDADE. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote 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, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, nos termos de seu relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor, e DOMINGOS DISSEI, em conhecer dos recursos interpostos, visto que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, por maioria, pelos mesmos votos, em declarar a nulidade do Acórdão proferido em 04/09/2013 e dos atos subsequentes, cujos efeitos atingem os embargos de declaração opostos pela Digicon, motivo pelo qual restam prejudicados.

Vencido, em parte, o Conselheiro JOÃO ANTONIO, com declaração de voto apresentada, que, em razão do tempo transcorrido, reconheceu que o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, aplicando ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a ocorrência da prescrição do presente, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, e julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único da referida Resolução.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à São Paulo Transporte S.A., 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, em determinar, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator
JOÃO ANTONIO – Conselheiro, com declaração de voto

/affo

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO Data: 04/04/2024 09:45:27 -03:00
Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 04/04/2024 10:09:57 -03:00
Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 04/04/2024 14:02:50 -03:00

48ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 399/2002 – Recurso - Análise
Objeto: Prestação de serviços técnicos especializados de planejamento, desenvolvimento e implantação de sistema informatizado para o processamento dos dados do sistema de cobrança automática do transporte público coletivo de passageiros, e fornecimento de equipamentos e manutenção dos respectivos softwares.

Interessadas: São Paulo Transporte S/A e Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida-se do Recurso Ordinário interposto pela São Paulo Transporte S/A – SPTrans (peça 18), em face do Acórdão datado de 09/09/2009 (peça 3 e fls. 505/506 ou 241/242 da peça 14), que julgou irregular o Contrato nº 60/2001, formalizado entre a Recorrente e a empresa Digicon S/A Controle Eletrônico para Mecânica, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos relacionados à implantação do sistema de cobrança automática do transporte público coletivo de passageiros.

O Acórdão recorrido, prolatado na 2.446ª Sessão Ordinária e publicado em 27/10/2009, encontra-se assim redigido:

> *"ACORDAM, (...), por maioria (...), em julgar irregular o Contrato 2001/060, diante das seguintes falhas: 1. ausência de documentos comprovando pesquisa prévia de mercado; 2. não caracterização da hipótese de dispensa de licitação; 3. falta de publicação do despacho autorizando a contratação."*

Antes de oferecer o referido Recurso, datado de 30/08/2021, a SPTrans ingressou com Pedido de Reconsideração, em 31/01/2014 (peça 15 - fls 93/101 ou 656/664), pleiteando a devolução do prazo recursal em razão de não ter sido intimada do 1º Julgado e, por conseguinte, requereu a nulidade do Acórdão prolatado em 04/09/2013 (fls. 38/39 ou 622/623 da peça 15 – 2.697ªS.O.), que apreciou os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Contratada.

O 2º Acórdão, publicado em 21/09/2013, conheceu de ambos os recursos e negou-lhes provimento, em face do qual a Digicon opôs **Embargos de Declaração**, em 07/12/2013 (fls. 67/72 ou 640/645 – peça 15), buscando seja suprida a omissão quanto ao pedido de reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 136/149 ou fls. 685/696 – 05/09/2014 – peça 15) analisou os referidos Embargos de Declaração e o Pedido de Reconsideração e nulidade do 2º Julgado, tecendo as seguintes considerações:

1 – Ausência de intimação da SPTrans - Questão de ordem pública:

Uma vez que a SPTrans não foi intimada do V. Acórdão de fls. 505/506, configurados estão o cerceamento de defesa e o descumprimento do disposto no arts. 116, 118, 119, § 2º, II, 121 e 122 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, ocasionando a nulidade do posterior julgado, o V. Acórdão de fls. 622/623.

Compete ao órgão julgador, antes de se pronunciar a respeito do mérito, emitir juízo a respeito de questões prejudiciais ao exame da matéria de fundo, incluindo a falta ou nulidade da citação, que pode ser reconhecida de ofício.

Portanto, o V. Acórdão deve ser anulado e determinada a intimação da SPTrans para o regular processamento do feito e uma nova decisão seja proferida.

2 – Quanto aos Embargos de Declaração:

Acaso não acolhida a questão de ordem, pública, examina-se o recurso oposto pela Digicon, o qual atende a todas as formalidades de admissibilidade e cabe ser conhecido.

No mérito, não há omissão quanto aos efeitos financeiros do ajuste, posto que foi julgado irregular e não restaram comprovados nos autos, os pressupostos para seu excepcional reconhecimento, quais sejam: inexistência de dolo, má-fe e prejuízo ao erário.

Portanto, os embargos Declaratórios não comportam provimento.

3 – Pedido de reconsideração com efeito suspensivo, formulado pela SPTrans.

Em razão de os Embargos de Declaração interromperem o prazo para interposição de outro recurso, deixa de analisar o pedido da SPTrans.

Em síntese, opinou que a falta de intimação da SPTrans leva à nulidade do v. Acórdão de fls. 622/623, por força dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, questão processual que torna prejudicado o conhecimento dos Embargos de Declaração.

Acompanhando as considerações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 153 ou 698 da peça 15 – 18/09/2014), requereu seja declarada a nulidade do Acórdão de fls. 622/623.

Da mesma forma, a **Secretaria Geral** (fls. 157/159 ou 700/702 da peça 15 – 10/12/2014), entendeu restar prejudicado o conhecimento dos Embargos de Declaração, em

razão de a SPTrans não ter sido intimada do v. Acórdão de fls. 505/506, conduzindo à nulidade do v. Acórdão de fls. 622/623.

À vista das manifestações exaradas, o despacho de folha 726 (peça 8 e peça 15 – fl. 198), determinou a regular intimação da SPTrans quanto à prolação do Acórdão de fls. 505/506, com a devolução do prazo recursal, sendo expedido, para tal finalidade, o Ofício SSG 14961/2021, recebido pela SPTrans, em 11/08/2021 (peças 10 e 11).

Na sequência, em 30/08/2021, a **São Paulo Transporte** interpôs **o Recurso Ordinário** (peça 18), objetivando a reforma do v. Acórdão exarado em 09/09/2009 (peça 3 e fls. 505/506 e 241/242 da peça 15) e "pede um julgamento razoável: o Contrato foi celebrado há duas décadas", e a observância ao art. 21 da LINDB, a fim de que, acaso mantida a irregularidade do Contrato nº 60/2001, os respectivos efeitos financeiros sejam reconhecidos.

Ressaltou que o voto condutor do Acórdão não explicou a razão de o posicionamento da Secretaria Geral e o voto do Relator não deveriam prevalecer.

Os argumentos apresentados para contraditar os fundamentos do Acórdão recorrido, em síntese, são:

1 – Sobre a contratação por dispensa de licitação. Afirma que "A competição era inviável e a inexigibilidade de licitação foi medida de rigor", em razão de a Digicon, desde 1997 participar do desenvolvimento do Sistema de Bilhetagem, por meio da Transurb, contratado pela SPTrans.

Por motivos de propriedade intelectual dos produtos detida pela Digicon, pela expertise e conhecimento do projeto, pelos valores já dispendidos pela Municipalidade, uma licitação implicaria perdas financeiras e técnicas, pois o projeto foi desenvolvido a contento e implementado com sucesso, e projetos inovadores implicam descontinuidade do anterior e risco de fracasso.

2 – A respeito da falta de comprovação de pesquisa prévia de mercado. Argumenta que o preço praticado foi justificado, em razão de que a única empresa que respondeu à consulta de mercado apresentou orçamento em valor superior ao da Digicon, justamente porque considerou o desenvolvimento de um projeto completo e não em fase adiantada iniciada pela Contratada.

Alegou ainda, haver vantajosidade e até redução de preços, ao aduzir que o preço praticado pela Digicon foi inferior ao remanescente de contrato anterior, celebrado com a Transurb e com menor quantidade de serviços.

3 – Quanto à falta de publicação do despacho autorizando a contratação, argumentou não ter havido prejuízo para a publicidade da contratação, nem para o seu controle.

Ao final, invoca a relevância do Sistema de Bilhetagem e, na hipótese de ser mantida a irregularidade do ajuste, sem haver o reconhecimento de seus efeitos financeiros, requer seja observado o risco de prescrição "dos créditos que eventualmente vierem a ser apurados em favor da SPTrans."

A **Subsecretaria de Controle Externo** (peça 23 – 17/11/2021) analisou as razões recursais apresentadas pela Origem e não identificou qualquer argumento técnico capaz de superar os fundamentos do Acórdão de peça 3 (fls 241/242 ou 505/506 da peça 15) e ao final concluiu pela manutenção dos apontamentos referentes às irregularidades verificadas no Contrato nº 2001/060.

Ao manifestar-se, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 23 – 13/09/2022) constatou apresentar o recurso os requisitos regimentais de conhecimento e, no mérito, o apelo não merece prosperar porque:

1 - a fundamentação do Acórdão está ancorada nos pareceres técnicos da Auditoria e da AJCE, aos quais fez expressa menção e as razões recursais não trazem aos autos elementos inovadores que permitam alterá-la, conforme verificado pela Especializada;

2 – o reconhecimento dos efeitos financeiros é matéria apreciada em sede de acompanhamento da execução contratual e não no âmbito da análise do ajuste;

3 – a eventual ocorrência de prescrição de possíveis créditos da SPTrans igualmente caberia ser debatida no processo de acompanhamento da execução do ajuste.

Assim, opinou pelo conhecimento do recurso interposto pela SPTrans e, no mérito, pelo seu não provimento.

Em acréscimo o Assessor Subchefe registrou não comportar invocar prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, considerando não haver no Acórdão recorrido determinação de cunho ressarcitório ou sancionatório.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 28 – 20/09/2022) reportou-se aos argumentos apresentados pela Origem, com base nos quais requereu o conhecimento e o provimento do recurso, para o fim de acolhimento do ajuste em análise ou, ao menos, a aceitação dos efeitos dele decorrentes, em atenção ao princípio da segurança jurídica no tempo e por não ter causado prejuízo concreto ao Erário Municipal.

Ao final, a **Secretaria Geral** (peças 31/32 – 13/12/2022) pronunciou-se pelo conhecimento do recurso da SPTrans, por cumprir os requisitos estabelecidos no Regimento Interno e na Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas.

A respeito da prescrição invocada pela Recorrente, pontuou ser impertinente a aplicação de tal instituto, no caso em apreço, posto que o Acórdão guerreado tem cunho

declaratório, não se enquadrando na hipótese de imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário tratada pelo Supremo Tribunal Federal e objeto do Tema 987.

No tocante aos fundamentos do Acórdão, por força do disposto no § 1º do art. 136 do Regimento Interno, a remissão expressa a peças de pareceres técnicos é admitida.

Quanto ao mérito, na esteira de AUD e da AJCE entendeu que a Recorrente não apresentou "novos elementos de ordem fática ou técnica aptos a ensejar a modificação do julgado, razão pela qual opino pela manutenção dos referidos apontamentos" e, acerca do pedido subsidiários relativo ao reconhecimento dos efeitos financeiros do ajuste, considerou pertinente na seara da execução contratual e não no presente procedimento de análise.

Desse modo, opinou pelo conhecimento do recurso ordinária da SPTrans e, no mérito, pelo não provimento.

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 36 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

Nesta fase recursal, cuida-se de Acórdão que julgou irregular o Contrato nº 2001/060, formalizado entre a São Paulo Transporte – SPTrans e a empresa Digicon S/A Controle Eletrônico para Mecânica, em 05/10/2001, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos

relacionados à implantação do sistema de cobrança automática do transporte público coletivo de passageiros.

Inicialmente, necessário analisar a preliminar de nulidade processual por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, suscitada pela SPTrans, mediante requerimento datado de 21/09/2013, em razão de não ter sido intimada do mencionado Acórdão, prolatado em 09/09/2009, motivo pelo qual requereu a devolução do prazo recursal e a anulação do 2º Julgado, exarado em 04/09/2013, e dos atos posteriores.

Concedida a devolução do prazo recursal, a Origem protocolizou o Recurso Ordinário de peça 18, em 30/08/2021.

O Acórdão que se busca anular (de 04/09/2013 - fls. 622/623 e fls. 38/39 da peça 15) apreciou os Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Digicon, negando-lhes provimento.

Cabe acrescentar que, em face do 2º Julgado, a Digicon, em 07/12/2013, opôs Embargos de Declaração alegando omissão quanto aos efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste (fls. 67/72 ou 640/645).

Embora tenham sido publicados ambos os Julgados, a SPTrans deixou de ser intimada do 1º Acórdão, por inobservância ao estabelecido no artigo 121 cc o § 3º artigo do 116 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, configurando o invocado cerceamento ao direito de defesa.

Trata-se de questão de ordem pública, enfrentada por esta Corte em outros feitos, a exemplo do Acórdão prolatado no TC 1964/2003, oportunidade em que o Pleno, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa arguida pela Contratada, promoveu a anulação do julgado, com amparo em dispositivos constitucionais, no estatuto processual e em robustas doutrina e jurisprudência.

Por essas razões, acolho do pedido da SPTrans para declarar a nulidade do Acórdão proferido em 04/09/2013 e atos subsequentes, cujos efeitos atingem os Embargos de Declaração opostos pela Digicon e, por conseguinte, sua análise restará prejudicada.

Contudo, nota-se que o referido Acórdão **não atribuiu pretensão punitiva ou ressarcitória** deste Tribunal de Contas em face dos responsáveis.

Não obstante **a ausência de pretensão punitiva ou ressarcitória**, é caso de, para fins formais, reconhecer, nos termos do parecer da Assessoria Jurídica (peça 36), a prescrição das referidas pretensões subjetivas desta Corte de Contas.

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

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

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

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

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

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

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

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre*

---

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

> *normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)"*[5]

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil.*" (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666 [6], 897 [7], 899 [8] em

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

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 ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

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

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

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de*

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

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

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

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

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

> "*Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou*

> *interruptivas dos cômputos.*" (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Gilmar Mendes, p.25; p. 53 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

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

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

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo

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

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 RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.* ***II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de*

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

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

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

A AJCE em sua manifestação (peça 36) dispôs que "avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 09/09/2009 (páginas 241/242 da peça 14), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, todos da Resolução 10/2023)."

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

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

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

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

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

Nesse sentido, deve ser ponderado que a instrução desta fase processual, após análise das razões recursais, culminou nas conclusões convergentes dos Órgãos Opinantes de que as irregularidades detectadas no acompanhamento de execução do Contrato de Gestão nº 19/2009, realizado pela Auditoria e consideradas na decisão expressa no Acórdão à peça 10, possuem natureza fática, como se nota, por exemplo, nas constatações de atrasos nos repasses, de não constituição da CAF, de não atendimento à periodicidade para as reuniões da CTA, de supressão de indicadores de qualidade previstos no Contrato, bem como em demais falhas de controle apontadas.

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

A alegação de incidência do artigo 69, § 5º da Lei Federal 13.019/2014, o que comportaria o reconhecimento da regularidade com ressalvas, não guarda pertinência, uma vez que não se aplica a este caso, por ser posterior ao período analisado e por tratar o presente TC de exercício de controle externo.

E quanto ao também alegado no recurso, de que as decisões administrativas devem ser analisadas pelos órgãos controladores e judiciais e não com base em valores jurídicos abstratos, segundo comando do artigo 20 da LINDB, restou assinalado que a decisão recorrida não se baseou em valores jurídicos abstratos, mas sim em dispositivos legais de alcance definido e concreto, bem como no teor do próprio contrato de gestão assinado pelas partes, não merecendo provimento ao recurso nestes tópicos.

Sendo assim, o recurso ora apreciado não tem o condão de modificar as graves irregularidades consideradas no julgamento e que deram ensejo às várias determinações expressas no texto do Acórdão combatido.

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

Declarada a nulidade do Acórdão proferido em 04/09/2013 e dos atos subsequentes, cujos efeitos atingem os Embargos de Declaração opostos pela Digicon motivo pelo qual JULGO-OS PREJUDICADOS.

No mérito, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, julgo **extinto o processo** com resolução de mérito**,** nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma.

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: 16/11/2023 11:40:13 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC000399/2002 – Recurso – Análise

Objeto: Prestação de serviços técnicos especializados de planejamento, desenvolvimento e implantação de sistema informatizado para o processamento dos dados do sistema de cobrança automática do transporte público coletivo de passageiros, e fornecimento de equipamentos e manutenção dos respectivos softwares.

Interessadas: São Paulo Transporte S/A e Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

Controle Interno	
Interessado:	São Paulo Transporte S/A – SPTrans
Empresa interessada:	Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica.
Responsáveis:	VALDEMAR GOMES DE MELO
Objeto:	Recurso Ordinário interposto pela São Paulo Transporte S/A – SPTrans Prestação de serviços técnicos especializados de planejamento, desenvolvimento e implantação de sistema informatizado para o processamento dos dados do sistema de cobrança automática do transporte público coletivo de passageiros, e fornecimento de equipamentos e manutenção dos respectivos softwares.
Valor:	R$ 3.436.000,00
Período do ato fiscalizado:	2001
Houve intimação de todos os interessados?	
Ministério Público:	
Processo SEI	
Competência:	PLENO
Instância:	RECURSAL

DECLARAÇÃO DE VOTO

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo o tema da prescrição foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: “**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**”.

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento

de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de

Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, **ACOMPANHO** o voto proferido pelo eminente Conselheiro Relator **RECONHECENDO**, a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal.

Em relação aos demais aspectos do julgamento, **DIVIRJO** do eminente Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, parecendo-me adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual **JULGO EXTINTO** os presentes autos.

Outrossim**,** proponho 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, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, e ciência das demais partes interessadas, com posterior arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 16/11/2023 18:05:46 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC nº 72-000.399.02-28

ANÁLISE. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE. SPTrans. Sistema informatizado. Processamento dos dados. Cobrança automática do transporte público. Art. 25, caput, Lei 8.666/93 e art. 64, Lei 10.544/88. IRREGULAR. Votação por maioria.

TC citado 72-006.155.99.09

TC citado: 72.006.155.99-09, 72.006.156.99-71, 72.004.779.98-03.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales, após vista que lhe fora concedida, durante a fase de discussão, na 2.441ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, votando o Conselheiro Presidente Roberto Braguim para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Contrato 2001/060, diante das seguintes falhas: 1. ausência de documentos comprovando pesquisa prévia de mercado; 2. não caracterização da hipótese de dispensa de licitação; 3. falta de publicação do despacho autorizando a contratação.

Vencidos o Conselheiro Maurício Faria – Relator, nos termos do relatório e voto apresentados, e a Conselheira Substituta Mariana Barbosa – Revisora, que acolheram o referido contrato e exararam determinação à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para que observasse nas próximas contratações a correta indicação do fundamento legal para a contratação, bem como o cumprimento rigoroso das exigências do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93.

Participaram do julgamento o Conselheiro **Maurício Faria – Relator**, a Conselheira Substituta Mariana Barbosa – Revisora e o Conselheiro Edson Simões.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de setembro de 2009.

Roberto Braguim – Presidente, com voto;

Eurípedes Sales – Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Em julgamento, o contrato nº 2001/060 celebrado entre a SPTrans e a empresa Digicon S.A. Controle Eletrônico para Mecânica, visando a prestação de serviços técnicos especializados de planejamento, desenvolvimento e implantação de sistema informatizado, para processamento dos dados do sistema de cobrança automática do transporte público coletivo de passageiros, fornecimento de equipamentos e manutenção dos respectivos "softwares".

A contratação foi fundamentada no art. 25, "caput", da Lei nº 8.666/93, e nos arts. 64, VIII, e 65, "caput", da Lei nº 10.544/88.

O motivo indicado pela Origem para a contratação sem licitação foi a necessidade de contratar remanescente de serviços não executados pelo consórcio DIGICON-INTEC, diante da paralisação dos serviços em decorrência de questionamentos do Ministério Público Estadual quanto à forma de contratação e de pagamento do Sistema Central, considerando a proximidade do vencimento dos contratos com as empresas que operam no Sistema de Transporte do Município, bem como de questionamentos feitos por este Tribunal e de dificuldades na integração do Sistema Central com o Sistema de Distribuição.

A Origem justificou a inviabilidade de competição em razão do domínio técnico da contratada, já que esta participou do desenvolvimento inicial do projeto, e da prontidão e agilidade para a continuidade da execução dos serviços. Informou, ainda, que o ajuste era economicamente vantajoso, tendo em vista a redução do preço na ordem de 1,5% em relação aos preços praticados no contrato anterior.

Em análise inicial, AUD apontou que as empresas mencionadas no parecer jurídico são diferentes daquelas constantes da documentação juntada aos autos e que não foi realizada pesquisa prévia de preços, já que a solicitação de orçamento às empresas é posterior ao parecer jurídico que concluiu pela possibilidade da contratação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que a contratação em exame não atendeu aos requisitos ensejadores da *'dispensa ou inexigibilidade'* de licitação, caracterizando burla ao certame licitatório. Afirmou que o art. 64 da Lei Municipal nº 10.544/88 foi revogado pela Lei Federal nº 8.666/93 que, dispondo sobre normas gerais de licitação, não trouxe dispositivo similar. Acrescentou que mesmo se o dispositivo estivesse em vigor a contratação não

poderia nele se fundamentar, tendo em vista que o permissivo legal limitava a contratação a 25% do valor do contrato anterior, o que não se verifica na hipótese dos autos. Quanto à inexigibilidade de licitação, observou que o objeto contratado não é único, singular, nem oferecido por fornecedor exclusivo.

A Secretaria de Informática, à época, instada a se manifestar, afirmou que são procedentes os motivos apresentados pela SPTrans para a continuidade do processo de informatização do transporte público de passageiros. Não afasta a possibilidade de outra empresa assumir a execução dos serviços, mas reconhece que tal fato demandaria tempo significativo para a compreensão dos módulos instalados e a integração com os novos. Salientou que a contratada é autora dos programas fornecidos à SPTrans e detentora dos seus direitos patrimoniais, cabendo a ela o direito de realizar a manutenção e a atualização dos "softwares". Por derradeiro, quanto à compatibilidade do preço contratado, afirmou a impossibilidade de atestá-la, dada a especificidade do objeto.

Após as regulares intimações para defesa, acrescentou-se aos autos informações no sentido de que a Digicon foi responsável, ao lado da empresa Intec, pelo desenvolvimento de todo o sistema de bilhetagem eletrônica e que, para dar continuidade ao projeto, cobrou o valor de R$ 2.826.000,00, enquanto que a pesquisa de preços realizada com outras três empresas chegou ao valor estimado de R$ 5.000.000,00. Sustentou-se a vantajosidade da contratação, considerando o conhecimento técnico da contratada sobre o objeto específico deste ajuste.

AUD e AJCE reiteraram seus posicionamentos anteriores, opinando pela irregularidade da contratação.

A PFM sustentou que embora fosse possível a contratação de outra empresa, esta opção causaria ônus aos administrados, na medida em que o dispêndio de recursos financeiros e de tempo seria bem maior, o que, a seu ver, justifica a inexigibilidade de licitação, opinando pela relevação das demais irregularidades apontadas.

Em sua manifestação, a Secretaria Geral afirmou que a presente contratação cuida de remanescente de serviço de informática não integralmente concluído, combinado com a readequação às novas necessidades, à manutenção e ao suporte técnico. Salientou que o valor do contrato em exame é inferior à parcela remanescente do ajuste anterior e bastante aquém do valor obtido através da pesquisa de preços. Argumentou que se não houvesse o segundo contrato não seria possível a complementação do sistema, já que as fontes dos programas são de propriedade da autora intelectual.

Em conclusão, diante das especificidades da contratação, destacou que a realização do objeto estava restrita à empresa executora da primeira parte dos serviços, sob pena de ter-se que contratar novamente os serviços já executados, onerando-se indevidamente a SPTrans. Por esta razão, reconhece a singularidade do serviço e a impossibilidade de assegurar igualdade de condições

entre a contratada e as demais empresas, propondo o acolhimento do ajuste em exame, em face da compatibilidade dos preços praticados com aqueles vigentes no mercado.

Por proposta do Exmo. Conselheiro Revisor, o Sr. Carlos Alberto Tavares Carmona foi novamente intimado, oportunidade na qual ratificou os esclarecimentos apresentados pela SPTrans.

Os autos retornaram à SFC para constatação dos motivos que ensejaram a suspensão e posterior rescisão do contrato anterior. Em cumprimento ao determinado, a Auditoria esclareceu que os motivos foram: a) indesejável existência de duplo comando na coordenação do Projeto; b) dificuldades na integração do sistema central de bilhetagem eletrônica e do sistema de distribuição; c) proximidade do vencimento dos contratos celebrados com as empresas operadoras do sistema de transporte coletivo; d) questionamentos do Ministério Público quanto à forma de contratação e de pagamentos efetuados, e) questionamento deste Tribunal acerca da ausência de licitação, das irregularidades na execução contratual e do trespasse de parte das atividades básicas da SPTrans para o Transurb.

Ciente do acrescido, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral reiteraram os seus posicionamentos anteriores.

É o relatório **(2.441ª S. O.).**

VOTO

A análise dos autos demonstra que a fundamentação da Origem não pode prosperar, tendo em vista a essencial distinção entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação. No primeiro caso, tratado no art. 24 da Lei nº 8.666/93, a licitação é possível, revelando-se inconveniente diante de dados concretos que comprovam que a sua realização não é a melhor opção, estando o administrador dispensado de realizá-la desde que a situação fática subsuma-se integralmente à previsão normativa. A inexigibilidade, por sua vez, prevista no art. 25 do mesmo diploma legal, ocorrerá toda vez que houver inviabilidade de competição, pois, sem disputa, o procedimento licitatório falece.

No presente caso, a inviabilidade de competição não decorre do objeto do contrato em si, mas das peculiaridades do caso concreto, que conduziram à contratação da empresa anteriormente contratada, detentora de todas as informações e da propriedade intelectual dos programas, razão pela qual pôde ofertar preço bastante vantajoso.

A opção de licitar novamente conduziria à retomada de todo o processo de implementação do sistema, desde o início, tornando extremamente oneroso o contrato, considerando-se prazos e custos para sua execução.

À luz da análise dos autos e dos argumentos trazidos pela Origem, é forçoso concluir que em se estabelecendo o procedimento licitatório este seria disputado com privilégios substanciais pela empresa Digicon, por ter ela mobilizado capital para a execução de todos os serviços, e executado apenas parte deles, e ser detentora de informações detalhadas sobre o objeto, além de ser a proprietária intelectual dos softwares por ela desenvolvidos.

Embora abstratamente, isto é, sem considerar as peculiaridades fáticas que se apresentam, mesmo que o objeto do contrato admitisse licitação, as circunstâncias demonstradas durante toda a instrução processual revelam que, "in casu", a competição em igualdade de condições não seria possível.

Sobre o assunto, são valiosas as lições de Eros Roberto Grau, que se referem à inviabilidade de competição plena, pautada pelo princípio da isonomia:

> *'Não há competição, objetivo da licitação, quando o universo dos possíveis interessados estiver previamente circunscrito (...). Isso importa em que onde não houver viabilidade de competição – tomado aqui o conceito, insisto, no sentido acima delineado: competição plena, permissiva do acesso de todos e quaisquer agentes econômicos, indiscriminadamente, a ela – não há lugar para a licitação'.* (Inexigibilidade de Licitação – Aquisição de bens e serviços que só podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico – in RDP 100, p. 29/40).

Nestes termos, é imperioso considerar as peculiaridades do presente caso e as informações da Secretaria de Informática, à época, que demonstram que a contratação de qualquer outra empresa acarretaria excessiva demora na adequação dos programas e muito maior dispêndio de recursos públicos, causando transtornos aos usuários dos serviços de transporte coletivo do Município.

Há que se acrescentar, ainda, que, embora a Auditoria deste Tribunal tenha apontado uma série de irregularidades, as quais, somadas a outros fatores, levaram à rescisão do contrato anterior firmado entre o Transurb e o consórcio Digicon-Intec, os procedimentos adotados para a implantação do sistema automatizado de cobrança de tarifas e o respectivo repasse de valores feito ao Sindicato foram julgados regulares por este E. Plenário, em 28 de maio de 2002, conforme acórdão de fl. 558, encartado nos autos do TC nº 6.155.99-09.

No que tange à razoabilidade do preço, esta restou comprovada pelas pesquisas de preços realizadas com três empresas, ainda que documentadas extemporaneamente, e pela comparação com o preço do remanescente do contrato anterior, devidamente atualizado.

Por todo o exposto e considerando os argumentos apresentados por meio das defesas e a irretocável manifestação da Secretaria Geral deste Tribunal, que adoto como fundamento para decidir, ACOLHO o contrato em exame e determino à Origem que observe, nas próximas contratações, a correta indicação da fundamentação legal para a contratação e que cumpra rigorosamente as exigências do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

VOTO VENCEDOR: em Notas Taquigráficas.