Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ACO-UTR-178/2024

Processo	-	TC/000845/2004 (Tramitam em conjunto os processos TC/000844/2004 e TC/000845/2004)
Recorrente	-	Jilmar Augustinho Tato
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 09/09/2009 – São Paulo Transporte S.A. e Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros – Contrato 2003/098 – Prestação dos serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, na Modalidade Comum, na Cidade de São Paulo

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS. Serviços de operação de transporte coletivo. Decisão que julgou irregular o contrato por irregularidade fiscal. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. 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 englobadamente os processos TC/000844/2004 e TC/000845/2004, 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, com relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em negar-lhes provimento, uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar o Acórdão guerreado, mantendo, pelos próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, dada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, consoante declaração de voto apresentada, entendeu que, em razão do tempo transcorrido, o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, aplicando-se ao caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual o julgou extinto.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, determinando o arquivamento dos autos, após o cumprimento das formalidades legais.

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

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

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 05/04/2024 16:32:43 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 10/04/2024 09:20:21 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

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

TC 844/2004 – Recurso - Análise
Objeto: Contrato 2003/097 - Prestação dos serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, na Modalidade Comum, na Cidade de São Paulo.

TC 845/2004 - Recurso - Análise
Objeto: Contrato 2003/098 - Prestação dos serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, na Modalidade Comum, na Cidade de São Paulo.

Interessadas: São Paulo Transporte S/A e Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

TC nº 844/2004:

Cuida o presente de Denúncia formulada pelo Sr. [redacted], referente a supostos pagamentos de propina à São Paulo Transporte S/A - SPTrans, encaminhada por meio da Ouvidora deste Tribunal,

Às folhas 192/193, consta o v. Acórdão prolatado pelo Pleno desta Egrégia Corte de Contas na Sessão Ordinária de nº 2.446, de 09.9.2009, que assim decidiu[1]:

[1] **EMENTA:**
TC nº 72-000.844.04-20
ANÁLISE. CONTRATO. SPTrans. Serviços de operação de transporte coletivo. Irregularidade Fiscal. INSS e FGTS. Art. 195, §3º CF. IRREGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS.
Votação por maioria. Relatório e voto englobado TC 845.04-93
ACÓRDÃO: "Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Edson Simões, após vista que lhe fora concedida na 2.428ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Mauricio Faria – Relator e Antonio Carlos Caruso – Revisor. Acordam os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do relator, em **julgar irregular o Contrato 2003/097**, em razão da não apresentação da Certidão Negativa de Débito – CND do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, sendo que os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor, nos termos da declaração de voto apresentada, Eurípedes Sales e Edson Simões acrescentaram a ausência de autuação de processo administrativo como outra impropriedade praticada pela SPTrans que os levou ao não acolhimento do contrato. Acordam, ademais, 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 não reconhecer os efeitos financeiros produzidos pelo instrumento retrocitado. Vencidos os Conselheiros Mauricio Faria – Relator e Antonio Carlos Caruso – Revisor que reconheceram os efeitos financeiros do ajuste, uma vez que as justificativas da São Paulo Transporte S.A. – SPTrans denotaram a caracterização da situação emergencial, ante a impossibilidade do serviço objeto do contrato sofrer solução de continuidade, bem como o exaurimento do ajuste, além da ausência de comprovação de má-fé e de prejuízo ao Erário. Acordam, ainda, à unanimidade, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, tendo em vista que o serviço de transporte foi prestado sem a formalização do respectivo instrumento contratual no período de 31/01 a 14/04/03, a abertura de ordem de serviço a fim de apurar como foram efetuadas tais despesas. Relatório e voto englobados: v. TC 845.04-93. Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso: Acompanho o voto do Nobre Conselheiro Relator. Entretanto, elaborei declaração de voto, tendo em vista que outra questão me levou ao não acolhimento do contrato. Já discorri em diversos julgamentos de contratos da SPTrans a respeito da não

- **por unanimidade**, em julgar **irregular** o Contrato nº 097/2003, em razão da não apresentação da Certidão Negativa de Débito, CND do Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, com infringência ao Artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal, "(...) *sendo que os Conselheiros Antônio Carlos Caruso, Reviso, Eurípedes Sales e Edson Simões acrescentaram a ausência de autuação de processo administrativo como outra impropriedade praticada pela SPTrans que os levou ao não acolhimento do Contrato*."

O voto do **Relator, Conselheiro Maurício Faria**, após relevar as irregularidades quanto à ausência de processo administrativo e a extemporaneidade da publicação e da remessa ao SERI, afirmou:

"*Contudo, a mesma sorte não assiste aos outros apontamentos feitos pelos órgãos técnicos desta Corte, pois, analisando ambos os procedimentos, observo que, ao final, AUDI,AJCE e SG foram unânimes em considerar irregulares os instrumentos contratuais em tela, em razão da não comprovação de situação regular perante o INSS e FGTS.*

Com base em tais manifestações acerca deste apontamento, as quais passam a fazer parte integrante do presente voto, ***julgo irregulares os Contratos nº 2003/097 e 2003/098****, posto que, em que pesem os diversos argumentos trazidos pelas defesas constantes dos autos, não há como deixar de configurar ilegalidade nos instrumentos em tela, em face do* ***artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal***."

- **por maioria**, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, votando o Conselheiro Presidente Roberto Braguim, para efeito de desempate, em **não reconhecer os efeitos financeiros** do contrato.

- vencidos os Conselheiros Maurício Faria, Relator, e Antônio Carlos Caruso, Revisor, que "(...) *reconheceram os efeitos financeiros do ajuste, uma vez que as justificativas da São Paulo Transportes S.A. – SPTrans denotaram a caracterização da situação emergencial, ante a impossibilidade do serviço objeto do contrato sofrer*

autuação de processos pela companhia municipal. Entendo que esta prática TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO ISO 9001 COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA ASSESSORIA JURÍDICA DE CONTROLE EXTERNO SECRETARIA GERAL Equipe de Trabalho: Saarah Miranda / Sandra Nogueira / Ângela Manso / Wanderson Nunes / Mariana Uyeda irregular, reiterada ao longo dos anos, traz, como consequência, a incerteza sobre a lavratura do contrato, mormente pelo fato de que, sem processo autuado, o órgão fiscalizado não exerce sua função de maneira segura. Hely Lopes Meirelles ao discorrer sobre os princípios administrativos a que se sujeita o processo administrativo nos ensina: '(...) o princípio da legalidade objetiva exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei. Daí sustentar Giannini que o processo, como o recurso administrativo, ao mesmo tempo em que ampara o particular, serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando a manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração. Todo processo administrativo há que embasar-se, portanto, numa norma legal específica para apresentar-se com legalidade objetiva, sob pena de invalidade (...).' ('Direito Administrativo Brasileiro', 34ª edição, pág. 695). Era o que tinha a acrescer ao voto do I. Conselheiro Relator (2.428ª S.O.). Participaram do julgamento os Conselheiros Mauricio Faria – Relator, Antonio Carlos Caruso – Revisor e Edson Simões. Presente à sessão, nesta data, a Conselheira Substituta Mariana Barbosa, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Revisor. Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso. Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de setembro de 2009. a) Roberto Braguim – Presidente, com voto; a) 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."

solução de continuidade, bem como o exaurimento do ajuste além da ausência de comprovação de má-fé e de prejuízo ao Erário."

- por fim, **por unanimidade**, decidiu determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, "(...) *tendo em vista que o serviço de transporte foi prestado sem a formalização do respectivo instrumento contratual no período de 31/10 a 14/04/03, a abertura de ordem de serviço a fim de apurar como foram efetuadas tais despesas*."

Contra tal decisão, foram interpostos os recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, folhas 194/206, e da São Paulo Transportes S/A – SPTrans, folhas 212/217 que, levados à julgamento na Sessão Ordinária de nº 2.999, de 22.8.2018, resultou em empate.

Diante do resultado, o Conselheiro Roberto Braguim, no exercício da Presidência à época, avocou a matéria para decidir (folhas 366/368) e, considerando matéria preliminar, levantada pelo Conselheiro Maurício Faria, depois de ultrapassada a fase de votação, apontando que a Contratada, bem como os ordenadores da despesa, não haviam sido devidamente intimados da decisão recorrida, propôs ao Egrégio Plenário a **conversão do julgamento em diligência** que, por maioria, decidiu por essa conversão para que se efetivassem as competentes intimações.

(19.9.2018 - folhas 369/370)

Em cumprimento a tal determinação, foram intimados todos os interessados, conforme indicado às folhas 373, sendo que o Sr. Maurício Thesin, Diretor Operacional da SPTrans e signatário do ajuste, bem como o representante legal da empresa Contratada, não apresentaram recurso, consoante Certidão de folha 433.

Assim, **nesta fase**, ocupa-se o presente TC da análise dos **recursos** interpostos contra o v. Acórdão de folhas 192/193 pelos Srs. Gerson Luis Bittencourt, folhas 393/418, e Jilmar Augustinho Tatto, folhas 421/431.

Das razões recursais de ambos os apelos consta argumentação sustentando:

1) ocorrência de prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário;

2) ocorrência de decadência do direito de a Administração anular atos cujos efeitos sejam favoráveis aos administrados;

3) direito ao contraditório e a ampla defesa;

4) da ilegitimidade passiva do ex-Secretário;

5) da prescrição intercorrente.

No mérito, requerem o reconhecimento da regularidade do Contrato nº 097/2003 ou a aceitação dos seus efeitos financeiros.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo**, em alusão à admissibilidade dos recursos Ordinários apresentados, entendeu que devem ser conhecidos, uma vez cumpridos os requisitos estabelecidos no artigo 140 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Quanto às preliminares arguidas pelos recorrentes, a AJCE manifestou-se contrariamente à pretensão de acolhimento de preliminar de prescrição e de decadência, nos seguintes termos:

> "(...) *ressaltamos que os prazos de decadência e prescrição invocados pela interessada não se confundem com os prazos da atuação do controle externo, cujo conteúdo declaratório é imprescritível por natureza, bem como não se esgotam com eventual declaração de nulidade, podendo ensejar, ainda, a imposição de penalidades e a determinação de providências para o ressarcimento ao erário.*
>
> *Tendo em vista o conteúdo do artigo 37, parágrafo 5º da Constituição Federal, a natureza das atribuições conferidas aos Tribunais de Contas pela Carta Magna, entre as quais se incluem pronunciamentos de natureza declaratória, a possibilidade, em tese, de detecção de dano ao erário nos procedimentos fiscalizatórios desta Corte, bem como o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, considero que esses dados obstem o reconhecimento, "a priori", de prescrição e/ou da decadência dos pronunciamentos desta Corte*
>
> *Com efeito, não há que se falar em decadência ou prescrição em cobrança de eventual diferença no valor da contrapartida financeira, uma vez que o mencionado artigo 37, parágrafo 5º da CF/1988, dispõe 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*
>
> *Assim, a pretensão de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa é imprescritível, uma vez que o dispositivo constitucional teve o cuidado de "ressalvar as respectivas ações de ressarcimento" oriundas de improbidade administrativa, visando à recomposição do patrimônio público, que de certa forma seria o mesmo que declarar a sua imprescritibilidade."*
>
> *Esta Assessoria Jurídica de Controle Externo, nos autos do TC n° 72.000.734.14-02, se manifestou acerca das hipóteses de ocorrência de prescrição ou decadência nos processos que tramitam neste Tribunal, ipsis litteris:*

'Tendo em vista o conteúdo do artigo 37, § 5º da Constituição Federal, a natureza das atribuições conferidas aos Tribunais de Contas pela Carta Magna, entre as quais se incluem pronunciamentos de natureza declaratória, a possibilidade em tese de detecção de dano ao erário nos procedimentos fiscalizatórios desta Corte, bem como o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, considero que esses dados obstem o reconhecimento, "a priori", de prescrição e/ou da decadência dos pronunciamentos desta Corte.'

Nessa linha, no julgado de 21.05.2014, esta E. Corte de Contas analisou o TC nº 72.003.681.00-40 e, de forma unânime, afastou a preliminar de prescrição arguida pela parte, conforme segue, ipsis litteris:

'11. No tocante à prescrição do débito imputado aos recorrentes, registro que a matéria foi objeto de incidente de uniformização de jurisprudência, o qual foi apreciado no Acórdão 2709/2008- Plenário, no âmbito do TC-005.378/2000-2. Nesse 'decisum', foi firmado entendimento no sentido de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento por prejuízos gerados ao erário, de acordo com o posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal exarado no Mandado de Segurança - MS 26.210-9/DF, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. [...]" (AC-1241-18/10-P - Sessão: 02-06-10).

Consoante o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal e nas jurisprudências do TCU e do STF (MS 26210/DF), as ações destinadas ao ressarcimento de danos ao patrimônio público são imprescritíveis" (AC-0086-03/13-P - Sessão: 30-01-13).

Nesse contexto, ressalto, inclusive, o recente julgamento unânime do Plenário do TCU, posicionando-se no sentido de que 'Não cabe a alegação de prescrição dos débitos, em face da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, nos termos do art. 37, § 5º, da Lei Maior'" (AC-0224-03/14-P - Sessão: 05-02-14).

Destarte, afasto a preliminar arguida.'

Ainda nesta seara, o E. Tribunal de Contas da União – TCU, com estribo no art. 37, §5º, da CRFB/1988 e na mesma linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal no MS 26.910-9 DF, pacificou a questão por meio da Súmula nº 282, segundo a qual as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

Em suma, o exame de natureza declaratória que compete a esta E. Corte de Contas não se submete à prescrição ou à decadência, bem como a apuração e a reparação de danos ao erário.

Afastadas as preliminares de prescrição e de decadência, passo à verificação da alegação de eventual cerceamento de defesa, tal como ventilado pelo Sr. Gerson Luis Bittencourt (fls. 402/404). Ocorre que, diferentemente do alegado, o ex-diretor-presidente da SPTrans foi devidamente oficiado das conclusões iniciais dos Órgãos Técnicos deste E. Tribunal de Contas, sendo verificada, nas fls. 92/93, a cártula por meio da qual se promoveu a intimação pessoal dele.

Desse modo, parece-me que também esta preliminar deva ser afastada, ao mesmo tempo em que se destaca a observância, por esta E. Corte de Contas, dos postulados afetos à ampla defesa e ao contraditório, em estrita obediência ao princípio do devido processo legal.

Quanto à alegada preliminar de ilegitimidade passiva do ex-secretário municipal de Transportes, entendo que não deve ser acolhida, uma vez que (i) do V. Acórdão não resultou responsabilização individual de mencionado agente público; e (ii) consta do instrumento contratual a assinatura dele, na qualidade de interveniente-anuente (fl. 33).

Em relação ao mérito, entendo que não é o caso de provimento destes Recursos Ordinários, pois os Recorrentes apenas reiteraram razões de defesa anteriormente ventiladas, relativas à não apresentação da Certidão Negativa de Débito (CND) do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com infringência ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal, bem como da ausência de autuação de processo administrativo para a contratação analisada.

Ante o exposto, parece-me que os Recursos Ordinários interpostos e ora analisados devam ser conhecidos, mas, no mérito, que lhes seja denegado o provimento."

(03.6.2019 – folhas 435/437v.)

A **Secretaria Geral** apresentou novos argumentos afastando as preliminares arguidas nos recursos, como segue:

*"Quanto à arguição de ilegitimidade passiva suscitada pelo Sr. Jilmar Augustinho Tato, sob o pretexto de que '*não houve a participação em qualquer ato (...) sendo inviável que se cogite responsabilização*', verifica-se que o Recorrente assinou o Contrato em análise, não sendo, pois, possível acolher tal alegação.*

No que se refere à arguição de prescrição intercorrente, alegam os Recorrentes que os prazos quinquenais previstos nas Leis Federais nº 9.873/1999 e 8.429/1992, bem como no Código Tributário Nacional restaram ultrapassados, o que impediria a aplicação de sanções.

A alegação, contudo, também merece ser rejeitada, visto que nem as citadas leis e tampouco o prazo quinquenal de prescrição possuem aplicação à espécie, ante a existência de lei municipal que rege o processo administrativo; e diante do fato de que a Lei Federal nº 8.429/1992 trata de improbidade administrativa, tema estranho ao tratado nestes autos. Ademais, não se trata de caso que encontre subsunção, ainda que subsidiária, no Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, cumpre invocar a jurisprudência uniformizada pelo E. Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.441/2016 (Plenário), entendendo que o prazo prescricional a ser aplicado, no processo de controle externo, é o decenal, cuja ementa a seguir transcrevo:

"ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Redator, em:

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil.

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil; (...)."

Na mesma esteira, diante da omissão na Lei Orgânica do TCMSP e da legislação municipal quanto ao prazo prescricional para o exercício do poder sancionador decorrente do exercício do controle externo, entendo que igualmente deva ser aplicado o prazo previsto no Código Civil, que assim prescreve: Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Considerando, portanto, que o v. Acórdão de folhas 192/193 data de 09.09.2009, e que os Recorrentes foram intimados em 1º.10.2018 e 24.10.2018, conclui-se que não restou ultrapassado o prazo decenal para fins de reconhecimento da alegada prescrição sancionatória, motivo pelo qual opino pela rejeição da referida alegação.

Em relação à suposta decadência da análise que ora se apresenta, é pacífico o entendimento de que não cogita de prazo para que o Tribunal de Contas proceda ao exercício do controle externo sobre os atos da Administração e as respectivas contas públicas, ao menos quanto ao seu conteúdo declaratório.

Por fim, quanto à alegação de nulidade em razão da ausência de intimação do Recorrente Gerson Luis Bittencourt, entendo que é possível a manutenção do v. acórdão

recorrido visto que o Recorrente, ainda que a posteriori, apresentou suas razões e justificativas, que serão devidamente apreciadas pelo órgão colegiado desta Corte – mesmo órgão que exarou a decisão recorrida.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça, no RMS nº 18.777, DJe de 21.09.2009, ao reconhecer que:

"Conforme se depreende do excerto transcrito, malgrado a ausência de intimação inicial dos recorrentes para ciência do processo administrativo, é fato que os mesmos puderam exercer - e efetivamente exerceram - o contraditório e a ampla defesa perante o Tribunal de Contas, porquanto manejaram recurso específico para o Pleno, apontando todas as questões que julgaram pertinentes para o deslinde da controvérsia."

No mérito, considerando que os apelos não infirmam as irregularidades constatadas no v. acórdão recorrido, na linha da análise promovida pelos órgãos técnicos desta Corte, opino desprovimento dos recursos sub examine.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Excelência."

(21.02.2020 – folhas 442/447)

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** expressou entendimento pelo conhecimento e provimento dos recursos.

(02.8.2019 – folha 440)

TC nº 845/2004:

Cuida o presente TC da análise do Termo de Contrato nº 098/2003, celebrado, com dispensa de licitação, entre a São Paulo Transportes S.A. – SPTrans e Intercoop – Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros para a prestação de serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, na modalidade comum, na cidade de São Paulo.

Às folhas 281/282, consta o v. Acórdão prolatado pelo Pleno desta Egrégia Corte de Contas na Sessão Ordinária de nº 2.446, de 09.9.2009, que assim decidiu[2]:

- por unanimidade, em julgar **irregular** o Contrato nº 098/2003, em razão da não apresentação da Certidão Negativa de Débito, CND, do Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, com infringência ao artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal, e do Certificado de Regularidade do FGTS – CRF relativo ao Fundo de Garantia do Tempo de

[2] **EMENTA:**
"ANÁLISE. CONTRATO. SPTrans. Serviços de operação de transporte coletivo. Irregularidade Fiscal. INSS e FGTS. Art.195, § 3º da CF. IRREGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria."

Serviço - FGTS "(...) *sendo que os Conselheiros Antônio Carlos Caruso, Revisor, Eurípedes Sales e Edson Simões acrescentaram a ausência de autuação de processo administrativo como outra impropriedade praticada pela SPTrans que os levou ao não acolhimento do Contrato*."

O voto do **Relator, Conselheiro Maurício Faria**, após relevar as irregularidades quanto à ausência de processo administrativo e a extemporaneidade da publicação e da remessa ao SERI, afirmou:

"*Contudo, a mesma sorte não assiste aos outros apontamentos feitos pelos órgãos técnicos desta Corte, pois, analisando ambos os procedimentos, observo que, ao final, AUDI,AJCE e SG foram unânimes em considerar irregulares os instrumentos contratuais em tela, em razão da não comprovação de situação regular perante o INSS e FGTS.*

Com base em tais manifestações acerca deste apontamento, as quais passam a fazer parte integrante do presente voto, ***julgo irregulares os Contratos nº 2003/097 e 2003/098****, posto que, em que pesem os diversos argumentos trazidos pelas defesas constantes dos autos, não há como deixar de configurar ilegalidade nos instrumentos em tela, em face do* ***artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal***."

- por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, votando o Conselheiro Presidente Roberto Braguim, para efeito de desempate, em **não reconhecer os efeitos financeiros** do contrato.

- vencidos os Conselheiros **Maurício Faria, Relator,** e Antônio Carlos Caruso, Revisor, que "(...) *reconheceram os efeitos financeiros do ajuste, uma vez que as justificativas da São Paulo Transportes S.A. – SPTrans denotaram a caracterização da situação emergencial, ante a impossibilidade do serviço objeto do contrato sofrer solução de continuidade, bem como o exaurimento do ajuste além da ausência de comprovação de má-fé e de prejuízo ao Erário*."

- por fim, **por unanimidade**, decidiu determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, "(...) *tendo em vista que o serviço de transporte foi prestado sem a formalização do respectivo instrumento contratual no período de 31/10 a 14/04/03, a abertura de ordem de serviço a fim de apurar como foram efetuadas tais despesas*."

Contra tal decisão, foram interpostos os recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, folhas 283/293, e da São Paulo Transportes S/A – SPTrans, folhas 300/304 que, levados à julgamento na Sessão Ordinária de nº 2.999, de 22.8.2018, resultou em empate.

Diante do resultado, o Conselheiro Roberto Braguim, no exercício da Presidência à época, avocou a matéria para decidir e, considerando matéria preliminar, levantada pelo Conselheiro Maurício Faria, depois de ultrapassada a fase de votação, apontando que a Contratada, bem como os ordenadores da despesa, não haviam sido devidamente intimados da decisão recorrida, propôs ao Egrégio Plenário a **conversão do julgamento em diligência** que, por maioria, decidiu por essa conversão para que se efetivassem as competentes intimações.

(19.9.2018 - folhas 460/461v.)

Em cumprimento a tal determinação, foram intimados todos os interessados, conforme indicado às folhas 464, sendo que os Srs. Gerson Luis Bittencourt e Maurício Thesin, respectivamente, Diretor Presidente e Diretor Operacional da SPTrans, signatários do ajuste, bem como o representante legal da empresa Contratada, não apresentaram recurso (folhas 472 e 475).

Assim, **nesta fase**, ocupa-se o presente TC da análise do **recurso** interposto contra o v. Acórdão de folhas 281/282 pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto (folhas 477/487), cujas razões alegam ilegitimidade passiva do Recorrente, como também a ocorrência de prescrição intercorrente e, no mérito, requer o reconhecimento da regularidade do Contrato nº 098/2003.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo**, inicialmente, considerou que o referido Recurso Ordinário deve ser conhecido, uma vez cumpridos os requisitos estabelecidos no artigo 140 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Quanto às preliminares de prescrição e ilegitimidade de parte arguidas pelo Recorrente, se manifestou contrariamente ao acolhimento dessas pretensões nos seguintes termos:

> "(...) *ressaltamos que os prazos de decadência e prescrição invocados pela interessada não se confundem com os prazos da atuação do controle externo, cujo conteúdo declaratório é imprescritível por natureza, bem como não se esgotam com eventual declaração de nulidade, podendo ensejar, ainda, a imposição de penalidades e a determinação de providências para o ressarcimento ao erário.*
>
> *Tendo em vista o conteúdo do artigo 37, parágrafo 5º da Constituição Federal, a natureza das atribuições conferidas aos Tribunais de Contas pela Carta Magna, entre as quais se incluem pronunciamentos de natureza declaratória, a possibilidade, em tese, de detecção de dano ao erário nos procedimentos fiscalizatórios desta Corte, bem como o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, considero que esses dados obstem o reconhecimento, "a priori", de prescrição e/ou da decadência dos pronunciamentos desta Corte.*

Nessa linha, no julgado de 21.05.2014, esta E. Corte de Contas analisou o TC nº 72.003.681.00-40 e, de forma unânime, afastou a preliminar de prescrição arguida pela parte (...)

Quanto à alegada preliminar de ilegitimidade passiva do ex-secretário municipal de Transportes, entendo que não deve ser acolhida, uma vez que (i) do V. Acórdão não resultou responsabilização individual de mencionado agente público; e (ii) consta do instrumento contratual a assinatura dele, na qualidade de interveniente-anuente (fl. 33).

(...)

Em relação ao mérito, entendo que não é o caso de provimento destes Recursos Ordinários, pois os Recorrentes apenas reiteraram razões de defesa anteriormente ventiladas, relativas à não apresentação da Certidão Negativa de Débito (CND) do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com infringência ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal, bem como da ausência de autuação de processo administrativo para a contratação analisada.

Ante o exposto, parece-me que o Recurso Ordinário interposto ora analisado deva ser conhecido, mas que não lhes seja dado provimento de mérito."

(03.6.2019 – folhas 491/493v.)

A **Secretaria Geral** se manifestou assinalando, preliminarmente, que o recurso interposto preenche os requisitos de admissibilidade. Sobre as razões recursais, assim concluiu:

*"Quanto à arguição de ilegitimidade passiva alegada, sob o pretexto de que '*não houve a participação em qualquer ato (...) sendo inviável que se cogite responsabilização*', verifica-se que o Recorrente assinou o Contrato em análise, não sendo, pois, possível acolher tal alegação.*

No que se refere à arguição de prescrição intercorrente, alega o Recorrente que o prazo quinquenal previstos nas Leis Federais nº 9.873/1999 foi ultrapassado, o que impediria a aplicação de sanções contra a sua pessoa.

A alegação, contudo, também merece ser rejeitada, ante a existência de lei municipal que rege o processo administrativo e o prazo decenal incidente na hipótese.

(...) e diante do fato de que a Lei Federal nº 8.429/1992 trata de improbidade administrativa, tema estranho ao tratado nestes autos. Ademais, não se trata de caso que encontre subsunção, ainda que subsidiária, no Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, cumpre invocar a jurisprudência uniformizada pelo E. Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.441/2016 (Plenário), entendendo que o prazo prescricional a ser aplicado, no processo de controle externo, é o decenal, (...)

Na mesma esteira, diante da omissão na Lei Orgânica do TCMSP e da legislação municipal quanto ao prazo prescricional para o exercício do poder sancionador decorrente do exercício do controle externo, entendo que igualmente deva ser aplicado o prazo previsto no Código Civil, que assim prescreve: 'Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.'

Considerando, portanto, que o v. Acórdão de folhas 281/282 data de 09.09.2009, e que o Recorrente foi intimado em 1º.10.2018, conclui-se que não restou ultrapassado o prazo decenal para fins de reconhecimento da alegada prescrição sancionatória, motivo pelo qual opino pela rejeição da referida alegação.

No mérito, considerando que o apelo não infirma as irregularidades constatadas no v. acórdão recorrido, na linha da análise promovida pelos órgãos técnicos desta Corte, opino desprovimento do recurso sub examine."

(21.02.2020 – folhas 498/501)

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** expressou entendimento pelo conhecimento e provimento dos recursos.

(07.8.2019 – folha 496)

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 63 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

TC nº 844/2004:

Nesta fase, ocupa-se o presente TC da análise dos **recursos** interpostos contra o v. Acórdão de folhas 192/193 pelos Srs. Gerson Luis Bittencourt, folhas 393/418, e Jilmar Augustinho Tatto, folhas 421/431.

Insurgem-se os recorrentes contra o referido Acórdão prolatado pelo Pleno desta Egrégia Corte de Contas na Sessão Ordinária de nº 2.446, de 09.9.2009 (folhas 365/365v.).

O Venerando Acórdão recorrido julgou, **por unanimidade, irregular** o Contrato nº 097/2003, em razão da não apresentação da Certidão Negativa de Débito, CND, do Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, com infringência ao artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal, "(...) *sendo que os Conselheiros Antônio Carlos Caruso, Reviso, Eurípedes Sales e Edson Simões acrescentaram a ausência de autuação de processo administrativo como outra impropriedade praticada pela SPTrans que os levou ao não acolhimento do Contrato*."

E, **por maioria**, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, votando o Conselheiro Presidente Roberto Braguim, para efeito de desempate, decidiu o v. Acórdão em **não reconhecer os efeitos financeiros** do contrato, vencidos os Conselheiros **Maurício Faria, Relator,** e Antônio Carlos Caruso, Revisor, que "(...) *reconheceram os efeitos financeiros do ajuste, uma vez que as justificativas da São Paulo Transportes S.A. – SPTrans denotaram a caracterização da situação emergencial, ante a impossibilidade do serviço objeto do contrato sofrer solução de continuidade, bem como o exaurimento do ajuste além da ausência de comprovação de má-fé e de prejuízo ao Erário*."

Por fim, **por unanimidade**, o v. Acórdão decidiu determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, "(...) *tendo em vista que o serviço de transporte foi prestado sem a formalização do respectivo instrumento contratual no período de 31/10 a 14/04/03, a abertura de ordem de serviço a fim de apurar como foram efetuadas tais despesas*."

Contra tal decisão, foram interpostos os recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, folhas 194/206, e da São Paulo Transportes S/A – SPTrans, folhas 212/217 que, levados à julgamento na Sessão Ordinária de nº 2.999, de 22.8.2018, resultou em empate.

As razões dos recursos sustentam o seguinte:

1) ocorrência de prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário;

2) ocorrência de decadência do direito de a Administração anular atos cujos efeitos sejam favoráveis aos administrados;

3) direito ao contraditório e a ampla defesa;

4) da ilegitimidade passiva do ex-Secretário;

5) da prescrição intercorrente.

No mérito, requerem ambos os apelos o reconhecimento da regularidade do Contrato nº 097/2003 ou a aceitação dos seus efeitos financeiros.

TC nº 845/2004:

Nesta fase, ocupa-se o presente TC da análise do **recurso** interposto contra o v. Acórdão de folhas 281/282 pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto, folhas 477/487.

Insurge-se o recurso contra o referido v. Acórdão prolatado pelo Pleno desta Egrégia Corte de Contas na Sessão Ordinária de nº 2.446, de 09.9.2009.

O Venerando Acórdão recorrido, **por unanimidade**, julgou **irregular** o Contrato nº 098/2003, em razão da não apresentação da Certidão Negativa de Débito, CND, do Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, com infringência ao artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal, e do Certificado de Regularidade do FGTS – CRF relativo ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS "(...) *sendo que os Conselheiros Antônio Carlos Caruso, Revisor, Eurípedes Sales e Edson Simões acrescentaram a ausência de autuação de processo administrativo como outra impropriedade praticada pela SPTrans que os levou ao não acolhimento do Contrato*."

E, **por maioria**, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, votando o Conselheiro Presidente Roberto Braguim, para efeito de desempate, decidiu o v. Acórdão em **não reconhecer os efeitos financeiros** do contrato, vencidos os Conselheiros **Maurício Faria, Relator,** e Antônio Carlos Caruso, Revisor, que "(...) *reconheceram os efeitos financeiros do ajuste, uma vez que as justificativas da São Paulo Transportes S.A. – SPTrans denotaram a caracterização da situação emergencial, ante a impossibilidade do serviço objeto do contrato sofrer solução de continuidade, bem como o exaurimento do ajuste além da ausência de comprovação de má-fé e de prejuízo ao Erário*."

Por fim, **por unanimidade**, o v. Acórdão decidiu determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, "(...) *tendo em vista que o serviço de transporte foi prestado sem a formalização do respectivo instrumento contratual no período de 31/10 a 14/04/03, a abertura de ordem de serviço a fim de apurar como foram efetuadas tais despesas*."

Contra tal decisão, foram interpostos os recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM (folhas 283/293), e da São Paulo Transportes S.A. – SPTrans (folhas 300/304) que, levados à julgamento na Sessão Ordinária de nº 2.999, de 22.8.2018 (folhas 456/456v.), resultou em empate.

Diante do resultado, o Conselheiro Roberto Braguim, no exercício da Presidência à época, avocou a matéria para decidir. Ao considerar a matéria preliminar, levantada pelo

Conselheiro Maurício Faria, depois de ultrapassada a fase de votação, apontando que a Contratada, bem como os agentes públicos responsáveis, não haviam sido devidamente intimados da decisão recorrida, propôs ao Egrégio Plenário a **conversão do julgamento em diligência** para que se efetivassem as competentes intimações, o que restou decidido por maioria (folhas 460/461v.).

Em cumprimento a tal determinação, foram intimados todos os interessados, conforme indicado às folhas 464, sendo que os Srs. Gerson Luis Bittencourt e Maurício Thesin, respectivamente, Diretor Presidente e Diretor Operacional da SPTrans, signatários do ajuste, bem como o representante legal da empresa Contratada, não apresentaram recurso (folhas 472 e 475).

Assim, **nesta fase**, ocupa-se o presente TC da análise do **recurso** interposto contra o v. Acórdão de folhas 281/282 pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto (folhas 477/487), cujas razões alegam ilegitimidade passiva do Recorrente, como também a ocorrência de prescrição intercorrente e, no mérito, requer o reconhecimento da regularidade do Contrato nº 098/2003.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo**, inicialmente, considerou que o referido Recurso Ordinário deve ser conhecido, uma vez cumpridos os requisitos estabelecidos no artigo 140 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Quanto a alegação de prescrição nos 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."*[3]

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*."[4]

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*

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

> *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."*[5]

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.*"[6] 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 (...)*"[7]

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:

---

[5] 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão

1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[8], 897[9], 899[10] 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***

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

> ***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[11], 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:

[11] 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)

"**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).

"(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

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

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A 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 63) 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 243/244 da peça 59), 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.

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 10 **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**.

Voto, ainda, pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP.

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: 07/12/2023 10:38:41 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 844/2004

TC 845/2004

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 Cons. Relator para conhecer dos trabalhos realizados nestes autos RECONHECENDO, quanto ao mérito, 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, me parecendo adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual JULGO EXTINTO os presentes autos.

Outrossim**,** acompanho a Determinação quanto ao 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, com posterior arquivamento dos autos após as demais comunicações de praxe.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 05/12/2023 18:07:52 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-000.845.04-93

ANÁLISE. CONTRATO. SPTrans. Serviços de operação de transporte coletivo. Irregularidade Fiscal. INSS e FGTS. Art. 195, § 3º CF. IRREGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

2.446ª Sessão Ordinária

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Edson Simões, após vista que lhe fora concedida na 2.428ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Mauricio Faria – Relator e Antonio Carlos Caruso – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do relator, em julgar irregular o Contrato 2003/098, em razão da não apresentação da Certidão Negativa de Débito – CND do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, e do Certificado de Regularidade do FGTS – CRF relativo ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, sendo que os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor, nos termos da declaração de voto apresentada, Eurípedes Sales e Edson Simões acrescentaram a ausência de autuação de processo administrativo como outra impropriedade praticada pela SPTrans que os levou ao não acolhimento do contrato.

ACORDAM, ademais, 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 não reconhecer os efeitos financeiros produzidos pelo instrumento retrocitado.

Vencidos os Conselheiros Mauricio Faria – Relator e Antonio Carlos Caruso – Revisor que reconheceram os efeitos financeiros do ajuste, uma vez que as justificativas da São Paulo Transporte S.A. – SPTrans denotaram a caracterização da situação emergencial, ante a impossibilidade do serviço objeto do contrato sofrer solução de continuidade, bem como o exaurimento do ajuste, além da ausência de comprovação de má-fé e de prejuízo ao Erário.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, tendo em vista que o serviço de transporte foi prestado sem a formalização do respectivo instrumento contratual no período de 31/01 a 14/04/03, a abertura de ordem de serviço a fim de apurar como foram efetuadas tais despesas.

Participaram do julgamento os Conselheiros Mauricio Faria – Relator, Antonio Carlos Caruso – Revisor e Edson Simões.

Presente à sessão, nesta data, a Conselheira Substituta Mariana Barbosa, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Revisor.

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 ENGLOBADO

Tratam os presentes da análise dos CONTRATOS EMERGENCIAIS celebrados pela SPTRANS e a COOTURB – Cooperativa de Transportes Urbanos no Município de São Paulo (nº 2003/097) e a INTERCOOP – Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros (nº 2003/098), ambos firmados por meio de dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei Federal nº 8.666/93 e no artigo 6º, § 2º da Lei Municipal nº 13.241/01, tendo por objetos a prestação de serviços de operação e transporte coletivo público de passageiros na modalidade comum.

Em sua primeira análise, a SFC entendeu, quanto ao aspecto contábil-orçamentário, irregular a formalização dos instrumentos, pelas seguintes razões: ausência de autuação de processo administrativo; remessa extemporânea ao SERI; ausência de CND na data de assinatura do contrato e publicação extemporânea dos contratos.

Em relação ao contrato nº 2003/098, apontou ainda a ausência de comprovação de situação regular com o FGTS.

A AJCE, por sua vez, entendeu justificada a contratação por emergência, ainda que fosse a terceira contratação emergencial, uma vez que não restou outra opção para que o sistema de transporte coletivo não sofresse solução de continuidade.

Sugeriu, ainda, a oitiva da Origem para conhecimento e esclarecimento quanto às irregularidades apontadas.

Apresentados esclarecimentos pelo ordenador da despesa e pela Origem, AUD manteve o entendimento pela irregularidade, em razão da não autuação de processo administrativo e da ausência de comprovação de regularidade fiscal com o INSS e FGTS.

A AJCE destacou que, ainda que caracterizada a situação emergencial pela impossibilidade de nova licitação antes da conclusão do novo sistema de transporte coletivo, tais serviços não eram imprevisíveis, cabendo à Origem cautela quanto às formalidades necessárias. Instada novamente a se manifestar sobre quem estaria prestando os serviços, objeto dos contratos em comento, informou a Origem que o contrato nº 2003/097 fora rescindido, conforme publicado no DOM de 07/08/2003, em razão de a COOTURB deixar de operar suas linhas entre os dias 05 e 07 daquele mês por problemas internos.

Em relação ao contrato nº 2003/098, informou que, com a implantação do SISTEMA DE TRANSPORTE URBANO COLETIVO DE PASSAGEIROS na cidade de São Paulo, criado nos moldes da Lei Municipal nº 13.241/2001, a cidade foi dividida em oito áreas, atendidas cada uma delas por um SUBSISTEMA ESTRUTURAL e pelo SUBSISTEMA LOCAL, e que os integrantes deste último, desde 15/08/2003, prestam serviços por meio de permissões decorrentes da Concorrência nº 013/02-SMT, razão pela qual o último dia de operação da INTERCOOP foi nesta referida data, sendo certo que, a partir de 16/08/2005, o Consórcio Autho Pam – vencedor da área 06 – passou a prestar os serviços objeto do presente.

Após estes esclarecimentos, AUD e AJCE, em novas manifestações, ratificaram suas conclusões pela irregularidade das contratações em exame.

Regularmente intimadas sobre as conclusões dos órgãos técnicos desta Corte, apenas a INTERCOOP apresentou defesa, alegando em síntese que:

a) apresentara, por ocasião desta contratação ora em julgamento, toda a documentação exigida, inclusive todas as certidões negativas de débitos;

b) quanto à formalização da contratação emergencial, bem como quanto à respectiva publicação, por ser de competência exclusiva do ente estatal, não poderia ser responsabilizada, pois não teria cometido qualquer irregularidade, tampouco agira de má-fé;

c) que não houve prejuízo ao erário e que os serviços foram regularmente prestados e pagos de acordo com o pactuado.

Em última manifestação, acerca da defesa apresentada pela contratada, a AJCE acolheu os argumentos apresentados no sentido de que a obrigação de formalização e publicação do ajuste compete à estatal, contudo ratificou suas manifestações anteriores pela irregularidade dos contratos em exame, uma vez que, embora tenha afirmado, não logrou a INTERCOOP êxito em comprovar, com as cópias de certidões, sua regularidade perante a seguridade social e o FGTS.

Já a PFM propugnou pelo acolhimento dos contratos com relevação das falhas apontadas, por serem meramente formais e em razão das circunstâncias atípicas que não deixaram alternativa à Administração, bem como em razão da correta prestação dos serviços e dos preços pagos, do exaurimento dos contratos, da ausência de lesão ao erário e de má-fé.

Pelas mesmas razões, pediu que, em caso de não reconhecimento da legalidade, fossem reconhecidos os seus efeitos financeiros.

Por fim, a SG manifestou-se pela irregularidade do contrato nº 2003/097 por força do não cumprimento do artigo 29 da Lei Federal nº 8.666/93, especialmente pelo seu inciso IV, em razão da ausência de regularidade das contratadas perante o INSS.

Em relação ao contrato nº 2003/098, embora tenha reconhecido que a CND emitida em 28 de julho de 2003 demonstrou a regularidade perante o INSS, manifestou-se igualmente pela rejeição do ajuste, em face da não comprovação de situação regular com o FGTS.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Quanto à ausência de processo administrativo completo, tal como determinado pelo art. 38 da Lei Federal nº 8.666/93, esta Relatoria já teve a oportunidade de expor amplamente seu entendimento no tocante à necessidade de completa formalização, apesar de entender que a mera falta de autuação não conduz o julgamento, necessariamente, à irregularidade da licitação e dos respectivos contratos.

Ademais, diante de postura adotada pela SPTRANS, por ato de sua Presidência, expedido em 29 de abril de 2004 (portanto, no transcorrer do exercício seguinte ao do início do procedimento licitatório ora examinado), instituindo o regulamento de formalização dos processos administrativos de licitações e contratos – PALC, percebe-se um acolhimento das posições definidas por este Tribunal, sem embargo de ser possível também afirmar, no caso presente, que a ausência de número cadastral do feito não foi fator suficiente para qualquer comprometimento da fiscalização por este Tribunal, e isso claramente se denota dos próprios relatórios da Auditoria.

Cabe destacar que as folhas que documentam a sucessão dos atos administrativos praticados estão devidamente numeradas e rubricadas.

Desta feita, "in casu", considero que a falha existente não repercutiu de forma insanável na licitação e na contratação, devendo ser relevada. Quanto às demais impropriedades formais relatadas, quais sejam, extemporaneidade da publicação e da remessa ao SERI, também as reputo passíveis de relevação, tendo em vista que aquela, ainda que tardia, aconteceu gerando efeitos ao contrato, e esta última foi considerada plenamente justificada por AUD.

Contudo, a mesma sorte não assiste aos outros apontamentos feitos pelos órgãos técnicos desta Corte, pois, analisando ambos os procedimentos, observo que ao final, AUD, AJCE e SG foram unânimes em considerar irregulares os instrumentos contratuais em tela, em razão da não comprovação de situação regular perante o INSS e FGTS.

Com base em tais manifestações acerca deste apontamento, as quais passam a fazer parte integrante do presente voto, julgo irregulares os Contratos nº 2003/097 e 2003/098, posto que, em que pesem os diversos argumentos trazidos pelas defesas constantes dos autos, não há como deixar de configurar ilegalidade nos instrumentos em tela, em face do artigo 195, § 3º da Constituição Federal.

Reconheço, contudo, os seus efeitos financeiros, diante das justificativas trazidas pela Origem, que denotam a caracterização da situação de emergência ante a impossibilidade do serviço objeto do contrato sofrer solução de continuidade, bem como seu exaurimento, além da ausência de comprovação de má-fé e de prejuízo ao erário.

Outrossim tendo em vista a situação noticiada pela Origem em sua defesa de que os serviços de transporte aqui referidos foram prestados sem a formalização do respectivo instrumento contratual, no período de 31/01 a 14/04/03, por ambas as contratadas, determino a abertura de Ordem de Serviço pelos órgãos técnicos desta Corte, a fim de apurar como foram efetuadas tais despesas (2.428ª S.O.).

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso

Acompanho o voto do Nobre Conselheiro Relator. Entretanto, elaborei declaração de voto, tendo em vista que outra questão me levou ao não acolhimento do contrato.

Já discorri em diversos julgamentos de contratos da SPTrans a respeito da não autuação de processos pela companhia municipal.

Entendo que esta prática irregular, reiterada ao longo dos anos, traz, como consequência, a incerteza sobre a lavratura do contrato, mormente pelo fato de que, sem processo autuado, o órgão fiscalizador não exerce sua função de maneira segura. Hely Lopes Meirelles ao discorrer sobre os princípios administrativos a que se sujeita o processo administrativo nos ensina:

> *'(...) o princípio da legalidade objetiva exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei.*
>
> *Daí sustentar Giannini que o processo, como o recurso administrativo, ao mesmo tempo em que ampara o particular, serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando a manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração. Todo processo administrativo há que embasar-se, portanto, numa norma legal específica para apresentar-se com legalidade objetiva, sob pena de invalidade (...).'*
>
> ('Direito Administrativo Brasileiro', 34ª edição, pág. 695).

Era o que tinha a acrescer ao voto do I. Conselheiro Relator (2.428ª S.O.).