ACO-UTR-518/2023

Processo - TC/001037/2000
Contratante - São Paulo Obras/São Paulo Urbanismo
Contratado - Consórcio CBPO/Constran
Acompanhamento da execução do Termo do Contrato 20/1996
Objeto - Verificar a regularidade do Termo 20/1996, relativo ao Contrato 0006701000, cujo objeto é a construção do Complexo Viário Cebolinha, bem como a passagem em desnível das imediações das Avenidas Pedro Álvares Cabral e Doutor Dante Pazzanese, no mês de março/2000, verificando os itens mais significativos dessa mediação

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SP OBRAS. SP URBANISMO. Construção do Complexo Viário Cebolinha, bem como a passagem em desnível das imediações das Avenidas Pedro Álvares Cabral e Doutor Dante Pazzanese. 1. A regra geral é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um lapso temporal. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, II, art. 6º, II, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. Item 14, Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM 02/2023. Art. 487, II, art. 15, CPC. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/001037/2000 e TC/005006/1986, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, nos termos do seu relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor designado, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO, com declaração de voto apresentada, em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, julgando extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma Resolução.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do relatório, voto 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 artigo 13 da Resolução 10/2023.

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 09:28:22 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:49:04 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

47ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 5006/1986 - Acompanhamento
Objeto: São Paulo Obras/São Paulo Urbanismo e Consórcio CBPO/Constran - Acompanhamento - Verificar o edital da Concorrência 13/1986/Emurb, que deu origem ao Contrato 05/1987 e termos de aditamento, cujo objeto é a construção de túnel ao longo das Avenidas Juscelino Kubitschek e Antônio Joaquim de Moura Andrade, desde a Rua Dr. Renato Paes de Barros até a Avenida 23 de Maio - Túnel Ibirapuera (JT)

TC 1037/2000 - Acompanhamento
Objeto: São Paulo Obras/São Paulo Urbanismo e Consórcio CBPO/Constran - Acompanhamento - Execução Contratual - Verificar a regularidade do Termo 20/1996, relativo ao Contrato 0006701000, cujo objeto é a construção do Complexo Viário Cebolinha, bem como a passagem em desnível das imediações das Avenidas Pedro Álvares Cabral e Doutor Dante Pazzanese, no mês de março/2000, verificando os itens mais significativos dessa mediação (MHPSM)

(Apensado 5111/2000)

Interessada: Empresa Municipal de Urbanização - EMURB
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Os TCs enumerados em epígrafe são a seguir relatados de forma englobada para efeito de julgamento único, diante da conexão de matérias existente entre eles.

TC 5.006/1986: trata o processo do acompanhamento concomitante da Licitação da Concorrência nº CON-13/86, promovida pela Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, e do Contrato nº 05/87, decorrente dessa licitação, cujo objeto é a execução das obras do túnel ao longo das Avenidas Juscelino Kubitschek e Antonio Joaquim de Moura Andrade, desde a Rua Dr. Renato Paes de Barros até a Avenida 23 de Maio — Túnel Ibirapuera.

Referido contrato foi firmado entre a Empresa Municipal de Urbanização - EMURB e o Consórcio CBPO/Constran.

Nesta fase, ocupa-se o presente TC da análise dos **Termos Aditivos de n°s 13 ao 36**, aditados ao Contrato nº 05/87.

A Concorrência nº CON-13/86 e o Contrato nº 05/87, quanto à sua formalidade, foram acolhidos por esta Corte, conforme v. Acórdão exarado nos autos do **TC nº 2.052/88-71**, às fls. 121/122.

Às fls. 872 dos presentes autos, consta o **v. Acórdão**, prolatado em 23.10.1996, que acolheu o Contrato nº 05/87 até o aditivo n° 12, que cuidou da renegociação do contrato, ocorrida em 09.7.1993, na ocasião com número 0006701000.

Assim é que, nesta fase, ocupa-se o presente TC da análise dos **Termos Aditivos de n°s 13 ao 36**, aditados ao Contrato nº 05/87, celebrado entre a Empresa Municipal de Urbanização - EMURB e o Consórcio CBPO/Constran.

De início, importa fazer algumas considerações a respeito do Contrato, tendo em vista ter sido alvo de discussão de alta complexidade técnica e jurídica.

Assim, o termo do Contrato nº 05/87, que objetivou a construção do Túnel Ayrton Senna (Ibirapuera), assinado em 05.3.1987.

Semestralmente, como objetivo de se corrigir distorções e assim manter o equilíbrio econômico do contrato, seria calculado um coeficiente de correção analítica, denominado **fator K**, calculado com base na variação de mercado dos preços dos insumos do objeto contratual. (fls. 782/785 e 798)

A obra permaneceu paralisada no período de 1988 a 1992, sendo realizada, tão somente, intervenções mínimas de manutenção.

A partir do ano de 1993, a obra de construção do Túnel Ayrton Senna e adjacências foi retomada com a assinatura do Termo de Aditamento nº 12, assinado aos 09.7.1993, renegociando amplamente o Contrato original, em especial, a fórmula de reajustamento, estabelecendo a nova, na subcláusula 7.2.[1]

Pelo subitem 7.6.2 o denominado **fator K** seria calculado com base em uma lista de serviços significativos e não mais sobre o saldo total de insumos da obra, fixando-se, também, o fator K = 1 (um), até 09.7.1993.

Em análise dos Termos Aditivos acima mencionados, a AT-Engenharia **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC,** às fls. 1.734/1.748, concluiu pela irregularidade dos termos aditivos :

[1] **I = 12% MO + 46% MA + 42% EQ**, onde MO = Serviços Gerais com Predominância de Mão-de-Obra (pesquisados pela FIPE e publicado SF), MA = Materiais de Construção, **Coluna 12**, EQ = Máquinas e equipamentos, **Coluna 13**, ambas publicadas na Revista Conjuntura Econômica da FGV, todos com base em Dezembro/88.

Em sua manifestação, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE**, às fls. 1752/1753, afirmou que o Tribunal de Contas do Município de São Paulo - TCMSP aprovou a utilização do Fator K, que deveria ser calculado com base na "planilha dos serviços significativos" e extraída da nova planilha de serviços e preços estabelecida nas renegociações e utilizando as pesquisas de preços de insumos desenvolvidas pela FIPE para a EMURB e, no entanto, tal fator foi utilizado indevidamente.

Sustentou que o uso de tal fator é de competência discricionária da Administração Pública, mas que requer como limite a razoabilidade e a proporcionalidade e, no caso concreto, tais princípios foram violados.

Assim, opinou pela rejeição dos Termos Aditivos analisados.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC**, às fls. 1757/1758, em concordância com a conclusão da Engenharia e da Assessoria jurídica concluiu pela irregularidade dos Termos Aditivos 15, 18, 21, 22, 27, 30, 31,32, 35 e 36 e pela regularidade dos demais.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM**, objetivando o aprimoramento da instrução processual e em respeito ao princípio do devido processo legal, propugna pela intimação da Origem e de SVP (SIURB), assim como, do particular interessado – fls. 1774/1775.

À fl. 1776, foi determinada a notificação da **Origem** e do Ordenador da Despesa. Foram, assim, intimados os responsáveis pelos instrumentos analisados, tendo todos apresentado suas defesas e esclarecimentos:

Sobres tais defesas, a **Área de Engenharia** reiterou na íntegra suas conclusões inicias, pois entendeu que as defesas apresentadas não alteraram suas informações. Acrescenta que, sobre os valores do Fator K, não houve contestação de nenhum dos defendentes (fls. 2129/2145).

A **AJCE**, à fl. 2211, faz notar que a análise dos autos "(...) *revela similitude da matéria ora versada com aquela objeto do* ***TC n. 72.005.003.86-00***, (...)". Tal processo tratou da execução das obras da via arterial ao longo do fundo do vale do Córrego Água Espraiada e em seus autos, apresentou a AJCE aprofundado estudo sobre o Fator K.

Assim, em virtude da similaridade da matéria analisada naquele TC, fez juntar ao presente TC cópia de sua manifestação que contempla abordagem conclusiva sobre o tema,

Com base nas informações prestadas pela Origem (fls. 2267/2294) e pelo teor do parecer de fls. 2295/2297, somadas as conclusões e pareceres proferidos no TC

5.003/86 e reiterando sua manifestação de fls. 2260/2261, a **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** requereu o acolhimento dos aditivos em exame, considerando a similitude da matéria versada nos dois processos.

Em nova manifestação, ante o pronunciamento da PFM no sentido de invocar as conclusões do TC 5.003/86, solicitando o acolhimento do ajuste examinado, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE**, às fls. 2305/2306, ratificou seu pronunciamento anterior e entendendo que os atos praticados pela Administração foram legítimos e merecem acolhimento.

A **Secretaria Geral – SG** *acompanhando os termos dos pareceres exarados pelos Órgãos Técnicos especializados nos TC em comento, inclusive de auditores economistas, endossou o pleito do digno representante da Procuradoria da Fazenda Municipal e, opinou no mérito, pelo acolhimento dos Termos Aditivos sub examine para serem consideradas regulares as despesas oriundas do Contrato n. 05/87."*

TC nº 5.111/00: cuida de Auditoria determinada por decisão do Pleno desta Egrégia Corte de Contas na 1916ª Sessão Ordinária, publicada no Diário Oficial da Cidade na edição de 04.5.2000, visando à apuração de gastos decorrentes do Contrato nº 006701000, celebrado entre a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB e o Consórcio CBPO/Constram, relativo ao Complexo Viário Ayrton Senna.

Dando início à realização da auditoria, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC** expediu ofício dirigido ao Presidente da EMURB (fls. 10), solicitando informações, apresentando, para tanto, os seguintes quesitos:

- o total da despesa autorizada e formalizada pelo contrato e respectivos termos de aditamentos;

- o valor de cada medição e o nome do engenheiro da EMURB que atestou a regularidade das mesmas;

- o nome e o cargo da autoridade da EMURB que autorizou os pagamentos;

- o total dos pagamentos efetuados à empresa executora das obras.

Em atendimento à solicitação, a EMURB encaminhou a esta Corte, através do Ofício PR-260/00, constante à folha 12 destes autos, a documentação juntada às fls. 13/185, que analisada pela SFC, resultou nas conclusões deste Órgão Técnico, às fls. 189.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, às fls. 193/194, se manifestou salientando que... *"A nosso ver, os elementos analisados por Aud não*

comportam consideração sob o aspecto jurídico, eis que foram cumpridas as determinações do N. Conselheiro relator."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, à fl. 197, acompanhou a opinião da AJCE e considerou "(...) *prescindir o presente de análise axiológica ou de mérito, ante sua natureza documental, mesmo porque existe expediente específico cuidando do assunto., cf. noticiado nos autos, opina pelo conhecimento do presente, para registro, sem embargo da expedição de eventuais recomendações, ao alvitre da C. Corte*."

A **Secretaria Geral - SG**, assim opinou: "*Na esteira das manifestações precedentes, manifesto-me pelo conhecimento da auditoria, para registro, restando ao alvedrio de Vossa Excelência a expedição de eventuais recomendações que entender cabíveis à espécie*." (fls. 199/200)

À folha 203 consta determinação para que o presente TC passe a acompanhar o TC 5.006/86.

TC nº 1.037/00: tem por objeto o Acompanhamento, no período de 01.3.2000 a 31.3.2000, da Execução das obras de desenvolvimento relativas ao Termo de Aditamento nº 20 ao Contrato nº 0006701000 (Complexo Viário Cebolinha), para a construção do túnel ao longo da Av. Juscelino Kubitischek até a Av. 23 de Maio, de modo a possibilitar a execução de obras da passagem em desnível na intersecção das Avenidas Sena Madureira, Ibirapuera, 23 de Maio e Ruben Berta.

Este TC foi relatado na Seção Plenária nº 2.305 e retirado de Pauta pelo Relator na Seção 2.310, para melhores estudos, em janeiro de 2007 (fls. 372/375).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC** elaborou o Relatório de Acompanhamento (fls. 102/110), o qual apresentou suas conclusões

A **Assessoria Técnica Jurídica**, entendendo não haver qualquer questão de ordem jurídica, acompanhou as conclusões da SFC. (fls. 139)

Às fls. 316/319 a **Assessoria Técnica de Engenharia** apresentou novas conclusões:

Às fls. 320 foram encaminhados os autos à **SFC** com o propósito de "quantificar os prejuízos, tendo em vista as conclusões de fls. 318 vº e 319".

Às fls. 322/323, a **AT Engenharia** manifestou-se sobre os esclarecimentos prestados pela EMURB, reputando regularizada a questão da medição dos serviços nº 03.151.0.

Entretanto, no tocante às memórias de cálculo desses serviços e de outros sob o nº 04.063-P, salientou não terem sido apresentados elementos técnicos justificadores dos coeficientes de produtividade.

Ademais, a taxa de BDI, no importe de 39,5% para os serviços 04.063-P, 04.061-P e 04.065.0, era inadequada, por constituírem "Serviços Especializados Executados por Terceiro", o que exigiria a aplicação da taxa de BDI de 20% (fls. 316/319).

Quanto à quantificação dos prejuízos apontados, esclareceu que se limitara a apontar os prejuízos econômicos já caracterizados pela aplicação de taxa de BDI maior, sendo passível de configurar prejuízo econômico a adoção de coeficientes de produtividade não justificados em memorial descritivo.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, fls. 325/326, não concordou com as ponderações da AT Engenharia, considerando indispensável a quantificação dos prejuízos para possibilitar a defesa e para que fosse exarada sentença certa, não condicional, invocando jurisprudência que relegava, eventualmente, para a fase da liquidação, a apuração do montante devido.

Visando completar a instrução do feito, solicitou a intimação da Origem para manifestar-se sobre as conclusões da AT Engenharia, como também a intimação do Consórcio CBPO/Constran para se pronunciar igualmente sobre os relatórios técnicos e o encaminhamento à AT Engenharia para quantificar os prejuízos apontados (fls. 325/326).

Todavia, os pedidos da **PFM** foram indeferidos porquanto a Origem, cientificada, já se manifestara nos autos, o consórcio citado não era parte no processo e a AT Engenharia já havia se manifestado sobre a quantificação dos prejuízos solicitada (fls. 327).

Contra o despacho de indeferimento, a **PFM** lançou Protesto nos autos, nos termos do art. 53, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, o que vale dizer, Agravo Retido.

Solicitou, ainda, à Senhora Conselheira Relatora, em sede de juízo de retratação, a reconsideração do despacho exarado, expondo novamente as razões que embasariam as solicitações negadas. Insistiu, assim, que ocorrera impossibilidade de defesa, que o Consórcio era parte interessada no processo e que a participação do interessado particular era necessária, na hipótese de ser apontado débito ou multa, para a execução do julgado (fls. 329).

Manifestando-se em sede de juízo de retratação, a Senhora Conselheira Relatora manteve a decisão anterior, pelas razões antes expostas no processado e por se revestir de caráter protelatório o pedido, determinando o exame do mérito (fls. 330).

A **Secretaria Geral –SG**, embasada nas manifestações dos Órgãos Técnicos, opinou pelo conhecimento do acompanhamento da execução contratual, "(...) *posto que consubstanciada no artigo 5º, III, da Resolução 06/97, submetendo, contudo ao elevado critério de Vossa Excelência a adoção de recomendação/determinações que entender cabíveis à matéria 'sub examine*". (fls. 144/145, 345/354)

A partir de folha 376, o presente TC passou a **tramitar em conjunto com o T.C. nº 5.006/86-07**, sob o fundamento de que nos referidos autos é objeto de análise o Termo Aditivo nº 20/06, o qual se achava em fase de instrução (fls. 372/372vº e 376).

Por sugestão da Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE foi expedida intimação ao Representante Legal da Contratada-Consórcio CBPO/CONSTRAN, a qual, intimada, deixou transcorrer "in albis" o prazo que lhe foi assinalado para manifestação. (- fls. – 398), conforme consta de folha 395 vº.

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 (peça 20), entendendo que incorreu a prescrição.

É o relatório.

VOTO

Os TCs enumerados em epígrafe são a seguir relatados de forma englobada para efeito de julgamento único, diante da conexão de matérias existente entre eles.

TC 5.006/1986: trata o processo do acompanhamento concomitante da Licitação da Concorrência nº CON-13/86, promovida pela Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, e do Contrato nº 05/87, decorrente dessa licitação, cujo objeto é a execução das obras do túnel ao longo das Avenidas Juscelino Kubitschek e Antonio Joaquim de Moura Andrade, desde a Rua Dr. Renato Paes de Barros até a Avenida 23 de Maio — Túnel Ibirapuera.

TC nº 5.111/00: cuida de Auditoria determinada por decisão do Pleno desta Egrégia Corte de Contas na 1916ª Sessão Ordinária, publicada no Diário Oficial da Cidade na edição de 04.5.2000, visando à apuração de gastos decorrentes do Contrato nº 006701000, celebrado entre a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB e o Consórcio CBPO/Constram, relativo ao Complexo Viário Ayrton Senna.

TC nº 1.037/00: tem por objeto o Acompanhamento, no período de 01.3.2000 a 31.3.2000, da Execução das obras de desenvolvimento relativas ao Termo de Aditamento nº 20 ao Contrato nº 0006701000 (Complexo Viário Cebolinha), para a construção do túnel ao longo da Av. Juscelino Kubitischek até a Av. 23 de Maio, de modo a possibilitar a execução de obras da passagem em desnível na intersecção das Avenidas Sena Madureira, Ibirapuera, 23 de Maio e Ruben Berta.

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.*"[2]

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*."[3]

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

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança*

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

> *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."*[4]

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.*"[5] 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 (...)"*[6]

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:

---

[4] 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.

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

[6] Jacoby Fernandes, 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[7], 897[8], 899[9] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do art. 37, da Constituição Federal prevê que "*a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**.*" (grifos nossos)

No tema 666 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não obstante não ter entrado no mérito de ações do Tribunais de Contas, discutiu o alcance da última disposição da norma constitucional citada acima. O relator do caso, o Emérito Ministro Teori Zavascki, entendeu em seu voto vencedor que:

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra **a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais***." (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

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

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

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

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

[10] 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)

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.

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 20 dos autos *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do último marco interruptivo, consubstanciado na manifestação de fls. 2128/2143v., emitida em 23/05/2002 – peça 17, decorreu prazo superior a 5 (cinco) anos, considerando os parâmetros do art. 5º, inciso II c.c. art. 6º, I1 , da mencionada Resolução, e art. 3º, II, da Ordem Interna nº 07/20232 ."*

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

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único[11] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[12] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[13] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[14] do mesmo diploma legal.

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

[11] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.

[12] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.

[13] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...)

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

[14] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

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: 19/10/2023 14:44:30 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1037/2000

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 conhecidos 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 dolosos 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 presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal, com a extinção do feito e seu correspondente arquivamento, 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.

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: 10/10/2023 12:50:27 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo