ACO-UTR-84/2024

Processo	-	TC/003009/2005
Embargante	-	Jilmar Augustinho Tatto
Objeto	-	Embargos de declaração opostos em face do V. Acórdão de 17/04/2019 – Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 10/08/2011 – Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Himalaia Transportes Ltda. – Contrato 240/2004-SMT.Gab (R$ 63.500.000,00 est.) – Serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, Área 04, na Cidade de São Paulo

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SMT. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. Opostos em face da decisão que julgou irregulares os ajustes pela emergência não caracterizada. 1. Verificada a prescrição tendo em vista que, do último marco temporal interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, II e IV, Res. TCMSP 10/2023. 2. 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. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, polos votos dos Conselheiros EDUARTO TUMA – Relator, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em conhecer dos embargos de declaração opostos, uma vez que foram preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade, e reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP.

ACORDAM, por maioria, em afastar as penas de multa aplicadas no Acórdão recorrido a todos os apenados e, quanto ao mérito declaratório, em negar-lhe provimento, uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais

capazes de alterar a decisão, inexistindo omissões e/ou contradições a serem sanadas, sendo mantidos, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, dada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória.

Vencido parcialmente o Conselheiro JOÃO ANTONIO, consoante declaração de voto apresentada, que julgou extinto os presentes autos, por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância, aplicando ao caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, bem como propôs o encaminhamento do relatório e voto do Relator, da declaração de voto apresentada e deste Acórdão 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.

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

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/cv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 03/04/2024 15:44:34 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/04/2024 10:10:49 -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 3.009/2005 – Embargos de Declaração - Análise
Objeto: Análise da contratação emergencial, formalizada por meio do Contrato nº 240/04-SMT.GAB, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes - SMT e a empresa Himalaia Transportes Ltda., para a prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros na Área nº 4 - Leste da Cidade de São Paulo ("Área 04").

Interessados: Antonio Donizeti da Costa, Câmara Municipal de São Paulo, Himalaia Transportes e Participações Ltda., Jilmar Augustinho Tatto, Ministério Público do Estado de São Paulo, Roberta Arantes Lanhoso e Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

O presente TC se ocupou da análise da contratação emergencial, formalizada por meio do Contrato nº 240/04-SMT.GAB, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes - SMT e a empresa Himalaia Transportes Ltda., para a prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros na Área nº 4 - Leste da Cidade de São Paulo ("Área 04"), a fim de atender às necessidades atuais e futuras de deslocamento da população, para o período de 180 dias contados a partir de 30.12.2004 (fls. 86/98).

Nesta fase processual, cuida o presente TC da análise dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto (peça 53) contra o v. Acórdão constante da peça 22 que julgou os **recursos** da Procuradoria da Fazenda Municipal e voluntários, interpostos contra v. Acórdão que, por sua vez, julgou a análise da referida contratação emergencial.[1]

A ementa daquele v. Acórdão que apreciou os aludidos recursos encontra-se assim expressa (peça 22):

> **RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS**. Decisão que julgou irregulares os ajustes e não aceitou os efeitos financeiros, com aplicação de multa e determinação. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. SMT. Os apontados como responsáveis, alegam cerceamento de defesa na fase instrutória, invocam a natureza opinativa de seus

[1] Ementa (peça 03):
"TC nº 72-003.009.05-50
ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. TERMO DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO E DEFINITIVO. SMT. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. Art. 24, IV, Lei 8.666/93. Lei 13.241/01. Emergência não caracterizada. Ausência de justificativa de preços. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime. Relatório e voto englobado TC's: 72.001.733.06-67, 72.004.443.06-93 e 72.004.736.06-93.
2.571ª Sessão Ordinária."

pareceres e pleiteiam o cancelamento da multa imposta. 1. No exercício da atividade profissional, o advogado só pode ser responsabilizado se atuar com má-fé, dolo ou culpa. Inviolável nos atos e manifestações exarados em razão do exercício profissional. Art. 2º, § 3º, Lei 8.906/94. **CONHECIDOS**. **Votação unânime**. **Voluntários PROVIDOS** para afastar a responsabilidade e as penalidades dos assessores jurídicos. **PFM e Voluntário de Jilmar Augustinho Tatto. NEGADO PROVIMENTO**. Votação por maioria.[2]

Em suas razões recursais, alega o Embargante que o v. Acórdão de peça 22 expressa contradição, já que os Conselheiros se omitiram em analisar a existência de decisão judicial que afastou claramente a evidência de dano ao Erário, conforme voto do Relator.

Argumenta, ainda, o Embargante que vem a ser responsável meramente quanto às obrigações assumidas até o dia 1º de janeiro de 2005 (data de sua exoneração do cargo de Secretário Municipal), e invoca esclarecimentos pontuais da decisão atinentes à fase instrutória, como ausência de renovação da caução abrangendo todo o período contratual, falta de parecer técnico que justifique o preço contratado, infringência à cláusula contratual

---

[2] **A C Ó R D Ã O**
Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, após determinação de Sua Excelência, na 3.025ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, tendo o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator votado na 2.860ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelos Senhores Jilmar Augustinho Tatto, Roberta Arantes Lanhoso e Antonio Donizete da Costa, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.
ACORDAM, ainda, por maioria, no mérito, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e MAURÍCIO FARIA, votando o Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, 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 deste Tribunal, em dar provimento integral aos recursos interpostos pelos Senhores Roberta Arantes Lanhoso e Antonio Donizete da Costa para o fim de afastar a responsabilidade dos recorrentes e, consequentemente, as penalidades a eles impostas, pois a responsabilização do Assessor Jurídico só deve ocorrer em caso de má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, segundo dispõem a doutrina e a jurisprudência dominantes, situações não caracterizadas durante a instrução processual.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, consoante voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI que deram provimento parcial aos recursos.

ACORDAM, ademais, por maioria, no mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro VicePresidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, 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 deste Tribunal, quanto aos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Senhor Jilmar Augustinho Tatto, em negar-lhes provimento mantendo o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Vencidos, no mérito, os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e MAURÍCIO FARIA que deram provimento parcial aos recursos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão ao Ministério Público Estadual – 2ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.
Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presentes nesta sessão, sem direito a voto, as Conselheiras Substitutas ANGÉLICA FERNANDES e SONIA MARIA ALVES DE SOUZA, uma vez que os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e DOMINGOS DISSEI, proferiram voto anteriormente.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de abril de 2019.
ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente, no exercício da Presidência, com voto
ANGÉLICA FERNANDES – Conselheira Substituta – Relatora.

por terem sido apresentados 02 veículos com idade superior a 10 anos e inexistência de especificação do ano de fabricação em 102 veículos da frota.

Ainda sobre aquela decisão colegiada de peça 22, a Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes - SMT, o Sr. Antonio Donizeti da Costa, a Sra. Roberta Arantes Lanhoso e a empresa Himalaia Transportes e Participações Ltda. (antiga Himalaia Transportes Ltda.) deixaram de se manifestar contra os seus termos.

À peça 56, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** (peça 56) opinou pelo não provimento dos Embargos de Declaração, empregando, para tanto, os seguintes argumentos:

> *"O Regimento Interno deste Tribunal de Contas dispõe em **seu artigo 144, caput**, que os Embargos de Declaração poderão ser opostos quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, obscuridade, contradição, omissão ou erro material.*
>
> *Neste aspecto, temos a "contradição' como incongruência apontada, razão pela qual se encontra dentro dos mandamentos legais atinentes.*
>
> *A análise da admissibilidade também envolve sua tempestividade e, quanto a isso, o **§ 1º do artigo 144 c/c o artigo 119** do mesmo dispositivo legal, estabelecem que os Embargos de Declaração serão opostos dentro do prazo de **15 dias úteis**, contados da intimação, procedendo-se à sua contagem com a exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento.*
>
> *Contudo, as particularidades do caso patente permitem a aplicação das disposições do **art. 120 c/c art. 138, parágrafo único** do referido normativo. In verbis:*
>
> > "**Art. 120** – Na hipótese de intimação de dois ou mais responsáveis que tiverem diferentes procuradores, ou se um deles não for representado por procurador, **o prazo será contado em dobro, a partir da data da ocorrência da última intimação**, observadas as exceções previstas neste Regimento.
> >
> > **Art. 138** - Excetuados o recurso de revisão, o agravo regimental e o pedido de reexame, o prazo para recorrer é de 15 (quinze) dias, contados da intimação da decisão.
> >
> > Parágrafo único - **Havendo litisconsortes não representados por procuradores, ou não lhes sendo comum o procurador eventualmente constituído, o prazo para recorrer será computado em dobro**, excetuado o recurso de revisão. (...)". (g.n.)

Aplicando os normativos sobreditos ao caso concreto, valendo-se das disposições constantes nas ***Portarias 143/2020, 147/2020, 177/2020, 195/2020, 203/2020 e 226/2020*** *– tratam da suspensão, prorrogações e retorno dos prazos processuais neste Tribunal face a COVID-19 - e lastreados na documentação inserta ao presente, não há como cravarmos o pleno atendimento aos ditames legais, por não vislumbrarmos elementos que certifiquem, com exatidão, a data do protocolo de entrada da peça recursal em análise, havendo, tão somente,* ***a data da juntada da última intimação*** *em 16/07/2020 (fls. 523v. da peça 50),* ***a data do recebimento das cópias digitalizadas dos autos por parte do advogado da embargante*** *em 18/08/2020 (peça 52), a* ***data constante no recurso*** *em 02/10/2020 (fls. 17 da peça 53) e* ***a data do despacho de instrução da Unidade Técnica de Cartório, Cadastro e Arquivo*** *em 07/10/2020 (fls. 1 da peça 54) – fatos que podem caracterizar em sua intempestividade.*

Todavia, considerando-se o período pandêmico atual e por estarmos diante de demanda que pode até ser superada ou sanada de ofício - a critério dos n. Conselheiros - passaremos ao seu exame meritório.

Dos elementos aduzidos no aludido recurso, não divisamos os pressupostos específicos no que tange ao alegado defeito do v. Acórdão embargado, qual seja, a ocorrência de uma ***contradição****.*

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo é um Órgão dotado de independência e autonomia e assim, não há uma relação e/ou vinculação direta entre a aludida decisão do Poder Judiciário e a desta Casa.

Não obstante serem instâncias autônomas, o foco dos procedimentos analisados nos respectivos julgados são distintos, sendo que um foi adstrito ao exame judicial de uma ação de responsabilidade civil por atos de improbidade administrativa em face do então Secretário Municipal de Transportes - Sr. Frederico Victor Moreira Bussinger - e da empresa contratada - Himalaia Transportes Ltda. - (fls. 361/373 da peça 50) - e outro foi puramente a análise formal do Contrato nº 240/04-SMT.GAB.

Ademais, o não acolhimento dos efeitos financeiros nem sempre está vinculado à existência (ou não) de prejuízos causados ao erário, podendo se relacionar à verificação de grave ilegalidade na licitação/contratação/execução contratual.

No caso patente, as infringências alçadas nos autos levaram à conclusão pela irregularidade do ajuste, sendo o entendimento pela maioria do Pleno pela não aceitação dos efeitos financeiros uma mera decorrência de tais apontamentos, não havendo, s.m.j., o que se falar em "contradição".

Concernente à responsabilização asseverada pelo embargante, é cediço que cada qual responderá na medida de seus atos e atribuições, sendo tal conceito aplicado ao ex-

Secretário Municipal de Transportes e Ordenador da Despesa objeto da presente demanda.

Quanto aos demais elementos constantes nos Embargos, ao que parece, busca-se rediscutir matéria de mérito já enfrentada em sede recursal ordinária, trazendo em sua essência argumentos outrora considerados pelos respectivos Órgãos desta E. Casa.

Por tal razão, acreditamos não proceder tal pleito, uma vez que os Embargos de Declaração não têm por escopo o reexame meritório, mas sim a correção de vícios na decisão quando esta apresente obscuridade, contradição ou omissão.

Nessa esteira, os Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, em sua obra Código de Processo Civil Comentado, Revista dos Tribunais, 14ª Edição, pág. 1114, ressaltam que:

> "(...) os Embargos Declaratórios têm finalidade de completar a decisão omissa, ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório".

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem entendido que os Embargos de Declaração não se prestam ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso. Senão vejamos:

> **EDcl no AgRg no AREsp 625540/SC – Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0314225-9**
>
> Relator - Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)
> Órgão Julgador - T4 - QUARTA TURMA
> Data do Julgamento - 06/10/2016
> Data da Publicação/Fonte - DJe 18/10/2016
>
> **Ementa** – Embargos de Declaração em face do Acórdão do Recurso Especial. Processual Civil. **Inexistência dos requisitos do art.1022 e incisos do CPC 2015. Embargos de Declaração rejeitados, Recurso de caráter meramente infringente e procrastinatório**, a tornar inarredável a imposição de multa.
>
> **1. Depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador. Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso.**

2. No caso dos autos não ocorre nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo CPC, pois o acórdão embargado apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão.

3. É nítido o caráter meramente modificativo que a embargante, inconformada, busca com a oposição de embargos de declaração, a par de pretender o reexame de questões já examinadas e decididas. Ora, consoante o entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência, "é incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em conseqüência, do resultado final". (RSTJ 30/412).

4. Embargos de declaração rejeitados com aplicação da multa prevista no §2º do art. 1026 do Novo Código de Processo Civil.

Acórdão - Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar os **embargos de declaração**, com aplicação de multa, nos termos do voto do Sr. Luis Felipe Salomão - Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Ministro Relator.

<u>Acórdãos Similares</u>

EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1411255 SP 2013/0337283-1 Decisão:30/08/2018 - DJe:04/09/2018

Outro não é o entendimento deste E. Tribunal de Contas, que em seus julgados vem adotando as seguintes conclusões:

TC 2.923.2008 3º Julgado – 3.056ª Sessão Ordinária **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**. Opostos em face do v. Acórdão que negou provimento aos recursos. Locação de caminhões basculantes e máquinas. SUBPREFEITURA. 1. Pretende-se a reforma de mérito da decisão, o que não se coaduna com os propósitos do recurso interposto. CONHECIDOS. **NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.**

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos embargos de declaração opostos, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, considerando que a embargante pretende com seu inconformismo a obtenção de efeitos infringentes, argumento que só reforça a razão de rejeição de sua peça recursal, visto que a decisão de 06/12/2017, não possui nenhuma mácula e nem se revela omissa, em negar-lhes provimento, mantendo o V. Acórdão embargado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos. Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA. Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO. Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, **4 de setembro de 2019**. JOÃO ANTONIO Presidente DOMINGOS DISSEI Relator.

Em suma, os Embargos de Declaração não se prestam à alteração de julgado impugnado, salvo quando a modificação seja uma consequência para sanar um eventual vício de omissão, obscuridade, contradição ou erro material do ato embargado, o que, a nosso ver, não é o caso concreto, na medida em que a embargante se vale de elementos aduzidos e já considerados quando da interposição de seu recurso ordinário, demonstrando-se, pois, o caráter infringente do quanto ora pretendido.

Destarte, amparado nos argumentos sobreditos e, acaso superada ou sanada a questão temporal atinente à admissibilidade do recurso, somos pelo seu não provimento, mantendo-se irretocável o resultado do julgamento pelos seus próprios fatos e fundamentos."

A Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM (peça 60), requereu pelo provimento dos Embargos de Declaração.

A **Secretaria Geral – SG** apresentou seu parecer à peça 62:

"Primeiramente, cabe esclarecer que os Embargos de Declaração não se prestam à alteração do julgado impugnado, pois não verificado a ocorrência de uma 'contradição'.

Ainda, pelas argumentações constantes nos Embargos, entendo que o Embargante busca rediscutir matéria de mérito já enfrentada em sede recursal ordinária.

Pelo exposto, acaso superada ou sanada a questão temporal atinente à admissibilidade do recurso, acompanho a AJCE e opino pelo não provimento dos Embargos, mantendo-se o resultado do julgamento pelos seus próprios fatos e fundamentos."

Pois bem.

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 75), entendendo que ocorreu nestes autos a prescrição quinquenal, no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

É o Relatório.

VOTO

Conforme relatado, nesta fase processual, cuida o presente TC da análise dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto (peça 53) contra o v. Acórdão constante da peça 22 que julgou os **recursos** da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e voluntários, interpostos contra v. Acórdão que, por sua vez, julgou a análise da referida contratação emergencial.

Em suas razões recursais, alega o Embargante que o v. Acórdão de peça 22 expressa contradição, já que os Conselheiros se omitiram em analisar a existência de decisão judicial que afastou claramente a evidência de dano ao Erário, conforme voto do Relator.

Argumenta, ainda, o Embargante que vem a ser responsável meramente quanto às obrigações assumidas até o dia 1º de janeiro de 2005 (data de sua exoneração do cargo de Secretário Municipal), e invoca esclarecimentos pontuais da decisão atinentes à fase instrutória, como ausência de renovação da caução abrangendo todo o período contratual, falta de parecer técnico que justifique o preço contratado, infringência à cláusula contratual por terem sido apresentados 02 veículos com idade superior a 10 anos e inexistência de especificação do ano de fabricação em 102 veículos da frota.

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

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

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

[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.
[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

> *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:

> "*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.

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

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

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

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

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

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

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

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo

Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[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 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

[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

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 75) dispôs que "*avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria de 28/03/06 (páginas 172/175 da peça 49), ao marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 10/08/2011 (páginas 313/315 da peça 49), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV e inciso II, c/c art. 6º, inciso II, 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 das penas de multa aplicadas 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, extrai-se dos embargos de declaração que o Embargante pretende, por via inadequada, rediscutir a matéria de mérito enfrentadas em duas oportunidades por este Tribunal de Contas, o que não pode se dar em sede de embargos declaratórios, que têm por finalidade sanar eventuais omissões e contradições, inexistentes no caso em exame.

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

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **afastando as penas de multa aplicadas no Acórdão recorrido a todos os apenados.**

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, inexistindo omissões e/ou contradições a serem sanadas, **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**.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/12/2023 13:11:58 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 003009/2005

TC 3.009/2005 – Embargos de Declaração - Análise

Objeto: Análise da contratação emergencial, formalizada por meio do Contrato nº 240/04-SMT.GAB, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes - SMT e a empresa Himalaia Transportes Ltda., para a prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros na Área nº 4 - Leste da Cidade de São Paulo ("Área 04").

Interessados: Antonio Donizeti da Costa, Câmara Municipal de São Paulo, Himalaia Transportes e Participações Ltda., Jilmar Augustinho Tatto, Ministério Público do Estado de São Paulo, Roberta Arantes Lanhoso e Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes.
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

Controle Interno	
Interessado:	Câmara Municipal de São Paulo, , Ministério Público do Estado de São Paulo, e Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes.
Empresa interessada:	Himalaia Transportes e Participações Ltda.,
Responsáveis:	Antonio Donizeti da Costa, Jilmar Augustinho Tatto, Roberta Arantes Lanhoso
Objeto:	Contratação emergencial, formalizada por meio do Contrato nº 240/04-SMT.GAB, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes - SMT e a empresa Himalaia Transportes Ltda., para a prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros na Área nº 4 - Leste da Cidade de São Paulo ("Área 04"), a fim de atender às necessidades atuais e futuras de deslocamento da população, para o período de 180 dias contados a partir de 30.12.2004 (fls. 86/98).
Valor:	R$ 63.500.000,00,
Período do ato fiscalizado:	180 dias contados a partir de 30.12.2004

Houve intimação de todos os interessados?	
Ministério Público:	sim
Processo SEI	
Competência:	PLENO
Instância:	RECURSAL

DECLARAÇÃO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento

quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

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

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

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

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

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

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

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

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

Outrossim**,** proponho o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, e ciência das demais partes interessadas, com posterior arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 04/12/2023 11:19:12 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.009.05-50

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. TERMO DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO E DEFINITIVO. SMT. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. Art. 24, IV, Lei 8.666/93. Lei 13.241/01. Emergência não caracterizada. Ausência de justificativa de preços. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC's: 72.001.733.06-67, 72.004.443.06-93 e 72.004.736.06-93.

2.571ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.001.733.06-67, 72.004.443.06-93 e 72.004.736.05-80, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

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 240/04-SMT.GAB, tendo em vista as seguintes impropriedades:

a) ausência de renovação da caução abrangendo todo o período contratual, infringindo o disposto no artigo 56, § 4º, da Lei Federal 8.666/93 e no item XIII do contrato;

b) falta de parecer técnico que justifique o preço contratado, identificando as parcelas que o compõe, infringindo o disposto no artigo 26, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;

c) inexistência de especificação do ano de fabricação de 102 veículos da relação da frota, impossibilitando a verificação da sua idade média;

d) infringência à cláusula 4.3.9 do termo de referência e 3.10 do contrato, por apresentar 02 veículos com idade superior a 10 anos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros do ajuste.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em razão das irregularidades verificadas, em aplicar, individualmente, aos agentes públicos responsáveis, a multa no valor de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do presente Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para eventual responsabilidade civil dos agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento aos cofres públicos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, após observadas as formalidades legais, em arquivar os autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de agosto de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO - Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES – Relator.

RELATÓRIO e **VOTO englobados**: v. TC 72.004.736.05-80.