ACO-UTR-100/2024

Processo	-	TC/003065/2005
Recorrente	-	Susana Rosa Lopez Barrios
Objeto	-	Recurso interposto em face do V. Acórdão de 03/03/2010 – Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde) e Empresa Nacional de Vigilância Ltda. – Pregão 01/2003 – Contrato 27/AI-IMRCL/2003 (TA 01 de 06/08/2004) – Prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial desarmada

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSO. VOLUNTÁRIO. SMS. Serviços de vigilância e segurança patrimonial. Decisão que julgou irregulares os ajustes por afronta ao art. 61 da Lei 8.666/1993. 1. Verificada a prescrição tendo em vista que, do último marco temporal interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorridos mais de cinco anos. Art. 2º, art. 4º e art. 5º, IV, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. PRESCRIÇÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto, por preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte, e, quanto ao mérito, em negar-lhe provimento, mantendo o Acórdão proferido, por seus próprios fundamentos jurídicos.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a ocorrência da prescrição do presente, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023, deste Tribunal.

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

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/affo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/04/2024 10:10:12 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 04/04/2024 14:44:43 -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 3065/2005 – Recurso - Análise

Objeto: Pregão 01/2003 - Contrato 27/AI-IMRCL/2003 (TA 01 de 06/08/2004) - Prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial desarmada

Interessada: Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde) e Empresa Nacional de Vigilância Ltda.

Relator: Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o TC 3.065/2005 da análise do Pregão nº 001/2003, do Termo de Contrato nº 027/2003, celebrado em 06.08.2003, e do Termo Aditivo s/nº dele decorrente, firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal Regional do Campo Limpo e a Empresa Nacional de Segurança Ltda., para a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial desarmada nas unidades da Autarquia Municipal Regional do Campo Limpo, com vigência de 12 (doze) meses, de 06.08.2003 a 05.08.2004 e valor de **R$ 214.500,00/mês** (duzentos e quatorze mil e quinhentos reais ao mês).

Ao fim da instrução do presente TC, foi prolatado o Acórdão na 2.471ª Sessão Ordinária desta Corte de Contas com o seguinte teor (peça 07):

> **ACÓRDÃO**
>
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.
>
> **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 **regular** o Pregão 001/2003.
>
> **ACORDAM**, ademais, **por maioria**, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA - Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor e EURÍPEDES SALES, em julgar **irregulares** o Contrato 027/AHMRCL/2003, pela ausência de efetiva publicação do ajuste, com afronta ao disposto no artigo 61 da Lei Federal 8.666/93, e o Termo Aditivo de 06/08/2004, por acessoriedade e pela sua publicação intempestiva.

ACORDAM, ainda, **por maioria**, pelos mesmos votos, cm aceitar os efeitos financeiros dos ajustes julgados, considerando que as impropriedades constatadas não refletem ações de responsabilidade da contratada, que o ajuste foi regularmente executado e que, diante da ausência de prejuízo ao Erário, é forçoso reconhecer a aplicação do disposto no artigo 59, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93, no sentido de que aquelas impropriedades não exoneram a Administração do dever de indenizar a contratada pelo quanto executado, sob pena de enriquecimento sem justa causa.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que acolheu excepcionalmente o contrato e o termo aditivo.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de março de 2010.

No atual estágio processual, ocupa-se o presente TC da análise do recurso ordinário interposto pela Sra. Susana Rosa Lopez Barrios, Superintendente à época da AHM e signatária do contrato, contra o v. Acórdão acima transcrito (peça 23).

Em suas razões recursais a Recorrente alega, quanto à ausência de publicação do Contrato 027/AHMRCL/2003 e à publicação intempestiva do Termo Aditivo, tratarem-se de falhas formais. Ao final de seu apelo, acentua e requer o seguinte:

"1. O ajuste foi regularmente executado;
2. Que a empresa Nacional de Segurança recebeu pelo serviço que prestou e mesmo instada a se manifestar não o fez;
3. Que o fato ocorrido não causou prejuízo ao Erário;
4. Que não houve de nossa parte, pela falha do ato cometido, intenção de dolo ou má-fé; 5. Devido ao tempo decorrido, quase 20 anos já se passaram desde o início da contratação até a data de hoje, não há mais o que ser feito para sanar o vício apontado.

Por estes motivos apresentados entendemos, s.m.j. que não há motivos para considerar a contratação irregular, rogamos a V.Sas rever o Acórdão proferido para considerar· a ·contratação regular, porém· com ressalvas."

Consoante a certidão disposta à peça 35, deixaram de se manifestar sobre o v. Acórdão os oficiados/intimados nas peças 13/16, 18 e 23.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, à peça 37, firmou seu entendimento sobre o recurso interposto nos termos que seguem:

*"Preliminarmente, quanto à **admissibilidade** do recurso nada temos a explanar, face à estrita obediência ao quanto disposto nos **arts. 137 e ss. do RITCMSP e arts. 40, 42 e 46 da Lei Orgânica nº 9.167/80**.*

*No que percute ao **mérito**, em que pesem os esforços empreendidos pela recorrente, não divisamos nada que pudesse afastar os pontos responsáveis pelo entendimento alcançado e que fosse apto a modificar o guerreado decisum, quer pela ausência de questionamentos jurídicos adicionais, quer pela existência, per si, de elementos argumentativos abstratos e/ou já considerados e refutados na fase instrutória (fls. 147/158 do processo físico – fls. 26/38 da peça 11).*

Frise-se que a mera alegação de ausência de prejuízo, de dolo ou má-fé é incapaz de ensejar, por si só, em sua reforma. Mesmo porque, como cediço, o respeito ao princípio da legalidade tem valor fundamental para o exercício da atividade administrativa, sendo certo que tais fundamentos foram considerados para o acolhimento dos efeitos financeiros dos atos praticados.

Pelo exposto opinamos pelo conhecimento do presente recurso, eis que atendidos seus requisitos regimentais. No que diz respeito ao mérito, nosso parecer converge pelo seu desprovimento, tendo em vista a ausência de elementos que pudessem elidir o descumprimento delimitado nos autos, mantendo-se, pois, incólume a ratio decidendi que conduziu ao julgamento de fls. 193/194 do processo físico (fls. 88/89 da peça 11).”

À peça 38, o **Assessor Subchefe de Controle Externo** se pronunciou com o seguinte entendimento:

“Acompanho a manifestação exarada pelo ilustre assessor preopinante, quanto ao conhecimento recurso ordinário interposto pela Srª Susana Rosa Lopez Barrios, diante do preenchimento dos requisitos regimentais.

Quanto ao mérito, pela leitura do v. acórdão recorrido (peça 11, fls. 193-194), é possível concluir que os apontamentos que deram ensejo ao julgamento pela irregularidade do Contrato e do Aditamento foram:

***i) Contrato**: pela ausência de efetiva publicação do ajuste no DOC, com afronta ao disposto no art. 61 da Lei federal n. 8.666/93;*

ii) Termo Aditivo de 06/08/2004:
a) pelo princípio da acessoriedade;
b) pela publicação intempestiva do respectivo extrato.

Entende-se que o argumento da possibilidade de relevação da falha consistente na publicação intempestiva do extrato do Aditamento possa ser acolhido, diante da jurisprudência pacífica que se formou no âmbito deste Tribunal, ao longo dos anos[1].

Já a falha da falta de publicação do extrato do contrato no DOC não leva a mesma sorte, por se tratar de omissão grave, que compromete a própria eficácia do ajuste (art. 61, parágrafo único, da Lei federal n. 8.666/93).

Todavia, considerando que o Pleno, no primeiro julgamento, aceitou os efeitos financeiros dos atos analisados, parece-me que, com essa decisão, em última análise, a falha tenha sido relevada, seja porque o principal efeito da falta de publicação do extrato é a destituição de eficácia do ajuste, seja porque, em razão do decurso do tempo (contrato assinado em 06/08/2003, conforme fl. 75, peça

[1] Nesse sentido, cito alguns precedentes: TC 4.118/2018, rel. Cons. Maurício Faria, 339ª SO da 1ª Câmara, julgado em 28/07/2021; TC 3.851/2006, rel. Cons. Maurício Faria, 338ª SO da 1ª Câmara, julgado em 24/02/2021; TC 452/2004, rel. Cons. João Antônio, 3.059ª SO do Pleno, julgado em 18/09/2019; TC 1.263/2011, rel. Cons. Roberto Braguim, 3.004ª SO do Pleno, julgado em 03/10/2018.

10), essa falha formal não é passível de ser corrigida pela convalidação. Dessa forma, quanto ao mérito, opino pelo provimento parcial do recurso interposto pela recorrente."

À peça 41, a **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, assim se manifestou:

"Considerando que já se passaram quase 20 anos da data em que os atos aqui examinados foram praticados, bem como de terem sido aceitos os efeitos financeiros do ajuste, nos termos do Acórdão prolatado, cujo teor deixou claro tratar-se de mera irregularidade formal, inexistindo qualquer forma de culpa, dolo ou prejuízo ao erário, donde não ter sido aplicada sanção aos responsáveis legais, parece-nos que não há mais razão ou fundamento para que se modifique o teor do julgado em comento, a par dos justos argumentos colacionados pela interessada, razão pela qual esta Procuradoria, na esteira da AJCE, requer que o recurso interposto não seja provido."

A **Secretaria Geral – SG** se pronunciou à peça 43, como segue:

"Preliminarmente, quanto à admissibilidade do recurso apresentado, entendo que merece ser conhecido, pois cumpre o estabelecido nos artigos 119 e 138 e ss do Regimento Interno, bem como no artigo 46 da Lei Municipal nº 9.167/80, Lei Orgânica deste Tribunal de Contas.

Em relação ao mérito, a recorrente Sra. Susana Rosa Lopez Barrios argumenta que não há motivos para considerar a contratação irregular. Tanto a publicação intempestiva do extrato de Termo de Aditamento quanto a ausência de publicação do extrato do Contrato 27/AHMRCL/2003 se trataram de falhas materiais.

Com relação à publicação do extrato do Termo de Aditamento ter ultrapassado o prazo máximo de 20 (vinte) dias de sua assinatura, contrariando assim, o disposto no Artigo 26 da Lei Municipal de Licitações[2], entendo que referido lapso pode ser relevado. Apesar de intempestiva, a publicação foi efetivada, alcançando seu objetivo de dar publicidade ao ato. Embaso meu entendimento, tanto em alguns julgados previamente citados pela AJCE (Peça 38)[3], quanto em outro caso semelhante ao ora analisado esta E. Corte de Contas[4] se posicionou no sentido de:

"Por sua vez, quanto à publicação extemporânea dos instrumentos contratuais, único apontamento mantido pela Especializada, acompanho o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela sua superação, na medida em que, apesar de intempestivas, as publicações foram efetivadas em prazo razoável, atingindo seu objetivo de dar publicidade aos atos praticados."

No que concerne ao segundo apontamento sobre a ausência da publicação do extrato do Contrato 027/AHMRCL/2003, infringindo, dessa forma, o parágrafo único do artigo. 61, da Lei Federal 8.666/03, temos as seguintes considerações.

---

[2] Art. 26, Lei Municipal nº 13.278/2002: O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

[3] **TC 4.118/2018**, rel. Cons. Mauricio Faria, 339ª SO da 1ª Câmara, julgado em 28/07/2021; **TC 452/2004**, rel. Cons. João Antônio, 3.059ª SO do Pleno, j. em 18/09/2019 e **TC 1.263/2011**, rel. Cons. Roberto Braguim, 3.004ª SO do Pleno, j. 03/10/2018.

[4] **TC 009565/2020**, rel. Cons. Maurício Faria, 41ª SONP, j. 22/03/2022.

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SME. Serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de iluminação dos teatros dos Centros de Educação Unificada. 1. As contratações diretas realizadas em caráter emergencial devem apresentar justificativas. 2. O instrumento contratual deve ser publicado de forma resumida, no prazo legal. Art. 26, LM 13.278/2002. 3. Os preços contratados devem ser devidamente justificados. IRREGULAR. Votação unânime.

(Tramitam em conjunto os processos TC/004320/2020, TC/009565/2020, TC/010276/2020, TC/010277/2020, TC/010575/2020, TC/010758/2020 e TC/011569/2020).

O Tribunal de Contas da União - TCU já se manifestou, em diversas ocasiões, considerando a publicação do contrato uma condição para a eficácia do contrato.[5]

A recorrente alega que não houve omissão de publicidade do ato público, uma vez que em 05/08/2003 ocorreu a publicação do Despacho Homologatório e Adjudicatório, cujo objeto era a contratação da Empresa Nacional de Segurança Ltda., para a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial desarmada para as unidades da AHMRCL, resultando no Contrato 027/AHMRCL/2003.

A seguir, transcrevo o Enunciado, o extrato do Relatório do Ministro Augusto Sherman e o Sumário do Acórdão 1277/2009 – Plenário do TCU, j. 10/06/2009 (e outros nessa mesma linha em notas de rodapé), o qual enfatiza que a publicação da homologação e adjudicação não são capazes de sanar o vício da ausência de publicação:

"**ENUNCIADO:**
É condição indispensável para eficácia legal do contrato a publicação resumida de seu termo (extrato) na imprensa oficial, na forma do art. 61, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, o que não é suprido com a publicação dos termos de homologação e/ou adjudicação da licitação.
RELATÓRIO:
(...)
Os responsáveis reconhecem que o resumo do contrato não foi publicado no DOU. A alegação de que a publicação da homologação e a adjudicação (fl. 75 anexo) seriam capazes de sanar tal vício me parece frágil, uma vez que não cumpre tal finalidade, na medida em que não constam dessa publicação elementos essenciais, especificados no Dec. Nº 93.872/1986, como: espécie, resumo do objeto, crédito pelo qual correrá a despesa, prazo de vigência, valor do contrato... A lei 866/93 é categórica no sentido de que a publicação é condição sine qua non para a eficácia do contrato. Nesse mesmo sentido caminhou a jurisprudência deste Tribunal: Acórdão 81/2004 – TCU – Segunda Câmara, Acórdão 100/2004- TCU – Segunda Câmara, Acórdão 2602/2003 – TCU – Primeira Câmara.

SUMÁRIO

[5] Nesse sentido, cito:
Acórdão 2.110/2008 – Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, j. 24/09/2008. FISCALIS EXECUÇÃO. 2008. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. OBRAS DE AMPLIAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA DA REGIÃO METROPOLITANA DE ARACAJU, NO ESTADO DE SERGIPE (ADUTORA DO SÃO FRANCISCO). IRREGULARIDADES. DETERMINAÇÃO. MONITORAMENTO ENUNCIADO: É condição indispensável para eficácia legal do contrato a publicação resumida de seu termo, na forma do art. 61, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.
Acórdão 400/2010 – Pleno, rel. Valmir Campelo, j. 10/03/2010. REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA. ANÁLISE DOS PROCESSOS LICITATÓRIOS. FALHAS FORMAIS. REPRESENTAÇÃO JÁ CONHECIDA PELO PLENÁRIO. NO MÉRITO PELA IMPROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES. ENUNCIADO: Os extratos de contratos administrativos e de seus aditivos devem ser publicados tempestivamente no Diário Oficial da União e em órgão da imprensa oficial eleito pelo município, vez que tal procedimento é condição para sua eficácia.
Acórdão 4.016/2010- Segunda Câmara, rel. Min. Augusto Scherman, j. 27/07/2010. TCE DECORRENTE DE CONVERSÃO DE SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. IRREGULARIDADES NA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS TRANSFERIDOS POR FORÇA DE CONTRATO DE REPASSE. CITAÇÕES E AUDIÊNCIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. IRREGULARIDADES NO PROCESSO DE LICITAÇÃO E NOS PAGAMENTOS FEITOS À CONTRATADA. INDÍCIOS DE DESVIO DE RECURSOS. IRREGUULARIDADES DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA.
ENUNCIADO: É condição indispensável para eficácia legal d contrato a publicação resumida de seu termo e de aditamentos (extratos) na imprensa oficial, na forma do art. 61, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO CONVÊNIO 1.178/2001-MIN. ELEMENTOS DE DEFESA INSUFICIENTES PARA AFASTAR AS IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO E NA EXECUÇÃO DO CONTRATO DELE DECORRENTE. INEXECUÇÃO PARCIAL DO OBJETO DO CONVÊNIO. DESRESPEITO À VARIOS DISPOSITIVOS DA LEI DE LICITAÇÕES E A DIVERSAS CLÁUSULAS EDITALÍCIAS, INCLUSIVE QUANTO À MODALIDADE PREVISTA INCIALMENTE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS BENEFICIÁRIOS DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E OS BENEFICIÁRIOS DOS PAGAMENTOS DECORRENTES DO CONTRATO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO E MULTA.DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA CONSTRUTORA CONTRATADA"

Destacamos que referidos julgados do TCU, além de discorrem a respeito da ausência ou intempestividade da publicação dos instrumentos contratuais, julgaram outras irregularidades que serviram de fundamentos para as contas serem declaradas irregulares, algumas com determinações, recomendações, débitos e/ou multas à Administração.

Especificamente, no caso em comento, as irregularidades constatadas pela Auditoria em relação à ausência e intempestividade das publicações dos instrumentos contratuais, terem infringindo, notadamente, os princípios constitucionais da legalidade e publicidade (art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988)[6] *ensejaram no seu julgamento pela irregularidade no aspecto formal.*

Contudo, e sem que houvesse processo analisando a execução do objeto, o Plenário decidiu, por maioria dos N. Conselheiros que, as referidas infringências não poderiam macular os efeitos financeiros dos ajustes, uma vez que não havia comprovação, nos autos, de efetivo prejuízo ao erário ou à execução contratual, ao mesmo tempo em que reconheceram a impossibilidade de responsabilização da contratada por ato de competência exclusiva da Contratante/Administração.

Em sua doutrina, Antônio Flávio de Oliveira, ao tratar da condição e responsabilização da eficácia contratual preleciona[7]*:*

'Somente com a publicação do extrato do contrato ou aditivo é que tais instrumentos, apesar de juridicamente válidos até então, terão eficácia. Ou seja, somente após essa publicação é que deveria se iniciar a execução de tais contratos e aditamentos. Caso a execução contratual se inicie antes da publicação do resumo previsto no parágrafo único do art. 61, o que se terá é a execução de contrato ao qual ainda não foi conferida eficácia. Disto, caso algum contratempo ocorra neste ínterim, poderá resultar a responsabilização daquele que apesar da ineficácia do instrumento conferiu-lhe ilicitamente eficácia."

Por essas razões, os efeitos financeiros do ajuste foram acolhidos no Acórdão recorrido ainda que julgado irregular o contrato, não havendo, nesta fase, elementos novos que possam alterar o quanto decidido.

De outra parte, quanto ao termo aditivo, julgado irregular pela publicação extemporânea e por acessoriedade, importa recordar que em manifestação anterior, na fase do 1º julgado, o Sr. Secretário Geral Renato Tuma (fl. 75/80, Peça 11) opinou pelo acolhimento do instrumento de aditivo, sugerindo, todavia, determinações à Origem observar a legislação aplicável. Confira-se a declaração do Sr. Secretário Geral:

"Em que pese o dever da Administração Pública de observar fielmente o princípio constitucional da publicidade, entendo que, neste caso, tal impropriedade possa ser excepcionalmente relevada

[6] **Art. 37, CF/88:** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
[7] OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *Comentário à Lei de Licitações e Contratações Públicas (art. 61). Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 129-130, mar. 2015.

considerando: (i) a solicitação de publicação do extrato do termo de contrato feita pela Autarquia às fls. 87; (ii) a publicação da autorização da contratação (fls. 67); (iii) a publicação, mesmo que a destempo do Termo Aditivo, o qual manteve, em grande parte, as cláusulas e condições previstas no contrato primitivo; (iv) que dos autos não se conclui que a Origem tenha agido com dolo ou má-fé e, (v) que não houve sinais de prejuízo ao erário.

Nessa senda, destacam-se decisões desta E. Corte de Contas que indicam a necessidade de uniformização de julgados, a saber:

TC 72.002.592.04-00
"(...) Por fim, a falta de publicação do extrato do Termo de Aditamento, que teve por objeto corrigir o valor do ajuste, não tem a aptidão de macular a legalidade do contrato, isto porque o despacho que autorizou a reti-ratificação do mesmo foi publicado na integra, em data anterior à lavratura do termo, razão pela qual entendo que o princípio da publicidade restou atendido. (...)."

TC 72.005.950.04-55
"ANÁLISE. NOTA DE EMPENHO. Subprefeitura. Serviços de conservação de galerias e drenagem de córregos e canais. Decorrente de Ata de RP. Ausência de pesquisa prévia. Questão superada, por constatado preço compatível com o de mercado. Precedente. Falta de publicação do nota de empenho tempestivamente relevada. REGULAR, COM DETERMINAÇÃO. Votação unânime. TC citado 72.003.373.00-89".

Por fim, destaco que, ainda que o acolhimento dos efeitos financeiros seja suficiente para garantir a impossibilidade de desconstituição de situação já consolidada no passado, notadamente em razão do tempo decorrido, ensejando segurança jurídica aos ajustes em questão, com fundamento nos postulados da boa-fé objetiva e da proteção da confiança,[8] o Termo Aditivo pode ser considerado regular, com as devidas ressalvas, até porque, cuidou especificamente de correção no valor da contratação e nada mais.

Dessa forma, considerando tudo que foi exposto, concluo que o presente recurso pode ser CONHECIDO, ante a presença dos requisitos de admissibilidade e, no MÈRITO, provido, parcialmente, e unicamente para tornar regular o Termo aditivo s/nº do contrato 27/AHMRCL/2003, mantendo-se, no mais, o Acórdão recorrido, na íntegra por seus próprios e jurídicos fundamentos."

O processo foi remetido para a AJCE para análise de eventual prescrição em face da Resolução 10/2023.

[8] Vide STF- **MS/25805-DF**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/03/2010.
MANDADO DE SEGURANÇA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA MANDAMENTAL DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA. COMPETÊNCIA EXPRESSA E REGIMENTALMENTE A ELE DELEGADA PELA SUPREMA CORTE (RISTF, ART. 205, "CAPUT", NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA REGIMENTAL Nº 28/2009). DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO QUE RECONHECE A INCORPORAÇÃO, À REMUNERAÇÃO DA PARTE IMPETRANTE, DA VANTAGEM PECUNIÁRIA QUESTIONADA PELO TCU. INTEGRAL OPONIBILIDADE DA "RES JUDICATA" AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO, NA VIA ADMINISTRATIVA, DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXISTÊNCIA, AINDA, NO CASO, DE OUTRO FUNDAMENTO CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE: O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. A BOA-FÉ E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO PROJEÇÕES ESPECÍFICAS DO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE FATO - JÁ CONSOLIDADA NO PASSADO - QUE DEVE SER MANTIDA EM RESPEITO À BOA-FÉ E À CONFIANÇA DO ADMINISTRADO, INCLUSIVE DO SERVIDOR PÚBLICO. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM TAL CONTEXTO, DAS SITUAÇÕES CONSTITUÍDAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOUTRINA. PRECEDENTES. DELIBERAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE IMPLICA SUPRESSÃO DE PARCELA DOS PROVENTOS DO SERVIDOR PÚBLICO. CARÁTER ESSENCIALMENTE ALIMENTAR DO ESTIPÊNDIO FUNCIONAL. PRECEDENTES. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. (grifei)

A AJCE, em manifestação de peça 47, entendeu pela ocorrência da prescrição pois foi verificado que do último marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 03/03/2010 (páginas 88/89 da peça 11), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, todos da Resolução 10/2023).

A PFM, em peça 49, não se opôs ao reconhecimento da prescrição.

Na mesma linha vai a Secretaria Geral, pelo reconhecimento da prescrição.

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, cuida o presente do Recurso Ordinário interposto pela Sra. Susana Rosa Lopez Barrios, Superintendente à época da AHM e signatária do contrato, contra o v. Acórdão acima transcrito (peça 23).

Pois bem. Sintetizada as razões recursais no relatório, é caso de primeiramente enfrentar a questão preliminar de mérito da prescrição em virtude da entrada em vigor da Resolução 10/2023.

O processo foi devidamente instruído, com manifestação dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da Origem.

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."*[9]

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*."[10]

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*

[9] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[10] 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."*[11]

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.*"[12]

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 (...)*"[13]

Historicamente, 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.***

[11] 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.
[12] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[13] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

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

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

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

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

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

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

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

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

Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[14], 897[15], 899[16], em sede de repercussão geral, o STF reconheceu a existência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do artigo 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 artigo 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.

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

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 é 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.)

Todavia, este entendimento não pode ser mantido 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.)

Inobstante, 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[17], com efeito *erga omnes,*

[17] 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

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 ser verificado dos precedentes colacionados abaixo:

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

---

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: 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, levando se 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, tornou-se 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 47, foi verificada a prescrição tendo em vista que, do último marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 03/03/2010 (páginas 88/89 da peça 11), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, todos da Resolução 10/2023).

Frise-se que 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.

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, que deve ser mantido em sua integralidade, sendo certo que não foram impostas determinações de ressarcimento ou mesmo a aplicação de multa aos responsáveis. Ao contrário, foram aceitos os efeitos financeiros produzidos.

Nesse sentido, em relação ao mérito do Recurso Ordinário e nos termos expostos nos pareceres das áreas técnicas deste Tribunal, entendo inexistir nos autos elementos aptos a corroborar a alteração do aresto impugnado.

Ante o exposto, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no Regimento Interno desta Corte, **CONHEÇO DO RECURSO** e no mérito **NEGO-LHE PROVIMENTO,** mantendo-se assim o Acórdão pelos seus próprios fundamentos jurídicos.

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

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 16/11/2023 11:43:04 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 3.065/2005

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMO ADITIVO. AHM. Serviços de vigilância e segurança patrimonial. Afronta art. 61, Lei 8.666/93. Pregão REGULAR. Votação unânime. Contrato e TA IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.

2.471ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

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 regular o Pregão 001/2003.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA - Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor e EURÍPEDES SALES, em julgar irregulares o Contrato 027/AHMRCL/2003, pela ausência de efetiva publicação do ajuste, com afronta ao disposto no artigo 61 da Lei Federal 8.666/93, e o Termo Aditivo de 06/08/2004, por acessoriedade e pela sua publicação intempestiva.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, cm aceitar os efeitos financeiros dos ajustes julgados, considerando que as impropriedades constatadas não refletem ações de responsabilidade da contratada, que o ajuste foi regularmente executado e que, diante da ausência de prejuízo ao Erário, é forçoso reconhecer a aplicação do disposto no artigo 59, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93, no sentido de que aquelas impropriedades não exoneram a Administração do dever de indenizar a contratada pelo quanto executado, sob pena de enriquecimento sem justa causa.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que acolheu excepcionalmente o contrato e o termo aditivo.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de março

de 2010.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURICIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Cuida o TC nº 72.003.065.05-21 da análise do Pregão nº 001/2003, do respectivo Contrato nº 027/2003 e do Aditivo s/nº, de 06/08/04, de prorrogação de prazo contratual, objetivando a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial desarmada, nas unidades da então denominada Autarquia Hospitalar Municipal Regional do Campo Limpo.

Os órgãos técnicos deste Tribunal opinaram à unanimidade pela regularidade do certame. Os apontamentos iniciais restringiram-se ao contrato e respectivo Aditivo, considerando: a infringência ao art. 60 da Lei nº 4.320/64, diante da insuficiência de empenho para suportar as despesas realizadas no exercício de 2003; a infringência ao art. 54, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93; a contrariedade, em relação ao Termo Aditivo, aos art. 61 da Lei 4.320/64 e 26 da Lei Municipal de Licitações.

Após a análise das defesas apresentadas pelos interessados, em nova manifestação, os órgãos técnicos mantiveram seu parecer pela regularidade do pregão. Quanto à análise do contrato, ratificaram o parecer inicial pela irregularidade do ajuste**,** diante da insanável irregularidade relacionada à ausência de sua publicação no Diário Oficial, opinando, ainda, no sentido da possibilidade de relevação da infringência ao artigo 61 da Lei nº 4.320/64 (insuficiência de empenho para o exercício de 2003), considerando que o desconto posteriormente concedido pela contratada em relação ao valor contratual permitiu a não caracterização, ao longo da vigência contratual, de eventual execução de despesa sem empenhamento prévio suficiente (a Nota de Empenho foi formalizada em 04/08/2003, fls. 63, e o desconto foi concedido em 06/02/2004, fls. 134).

No mais, opinaram no sentido de que o Termo Aditivo encontra-se regular, com a ressalva do atraso na publicação, não obstante a irregularidade contratual apontada, concluindo pelo reconhecimento dos efeitos financeiros decorrentes do ajuste, diante do tempo transcorrido e da ausência de prejuízo ao erário.

O Órgão Fazendário e a Secretaria Geral opinaram pela regularidade dos instrumentos em exame, não obstante as irregularidades

detectadas, diante dos seguintes aspectos: (a) consta dos autos a solicitação de publicação do extrato do contrato feita pela Autarquia; (b) houve a publicação da autorização da contratação; (c) houve a publicação do Termo Aditivo, ainda que a destempo; (d) inexistência de indícios de dolo ou má-fé; (e) ausência de prejuízo ao Erário.

É o sucinto relatório.

V O T O

À vista das manifestações dos órgãos técnicos constantes dos autos, os quais passam a fazer parte integrante deste, **voto pela regularidade do Pregão em análise. Já no que tange ao contrato, voto pela sua irregularidade**, posto que a ausência de efetiva publicação do ajuste afronta o quanto disposto no artigo 61 da Lei nº 8.666/93. Quanto ao **Termo Aditivo, considerando que não houve, mesmo a destempo, a superação da irregularidade relativa à publicação, voto, por acessoriedade, no sentido de sua irregularidade**.

Não obstante, na esteira dos pareceres unânimes exarados no curso da instrução do processo, **acolho os efeitos financeiros decorrentes dos instrumentos em julgamento,** considerando que: (a) as irregularidades relatadas não refletem ações de responsabilidade da empresa contratada; (b) o ajuste foi regularmente executado; (c) diante da ausência de apontamento relacionado a eventual prejuízo ao Erário, pelo que é forçoso reconhecer a aplicação do disposto no artigo 59, § único, da Lei Federal nº 8.666/93, no sentido de que as irregularidades constatadas não exoneram a Administração do dever de indenizar o contratado pelo quanto executado, sob pena de enriquecimento sem justa causa.

Deixo de formalizar eventuais determinações à Origem, na forma sugerida pela Secretaria Geral, considerando que a referida Autarquia não mais existe na atual estrutura da Administração Pública Municipal.