DECCAM-UTR-15/2025

Processo - TC/003870/2018
Contratante - Secretaria Municipal de Segurança Urbana
Contratada - Trivale Administração Ltda.
Acompanhamento da execução do Contrato 31/SMSU/2016
Objeto - Verificar se o contrato, cujo objeto é a prestação de serviços de gerenciamento de abastecimento para a frota de veículos, máquinas e equipamentos, por meio de cartão de pagamento magnético ou microprocessado, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

61ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTATO. SMSU. GERENCIAMENTO DE ABASTECIMENTO. CARTÃO DE PAGAMENTO MAGNÉTICO. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Votação unânime.

D E C I S Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

DECIDEM os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, reconhecer a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória na Execução do Contrato 31/SMSU/2016, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP.

DECIDEM, à unanimidade, julgar extinto o presente processo, com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único, da Resolução 10/2023, complementado pelo item 14 da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM 02/2023, na forma descrita no artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15 do mesmo diploma legal.

DECIDEM, à unanimidade, determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 18 de dezembro de 2024.

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

/affo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 21/03/2025 10:51:54 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 26/03/2025 09:53:25 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

61ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL
Item 3 – Câmara

TC 3.870/2018
Objeto: Acompanhamento - Execução Contratual - Verificar se o Contrato 31/SMSU/2016, cujo objeto é a prestação de serviços de gerenciamento de abastecimento para a frota de veículos, máquinas e equipamentos, por meio de cartão de pagamento magnético ou microprocessado, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste (CAV)
Interessados: Secretaria Municipal de Segurança Urbana e Trivale Administração Ltda.
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: CÂMARA

RELATÓRIO

Trata o presente de procedimento de Acompanhamento de Execução Contratual do Termo de Contrato nº 31/SMU/16, firmado em 01.11.2016 entre a Secretaria Municipal de Segurança Urbana – SMSU e a Trivale Administração Ltda., que tem por objeto a prestação de serviços de gerenciamento do abastecimento de veículos, máquinas e equipamentos, por meio de cartão de pagamento magnético ou microprocessado, cujas características e especificações técnicas encontram-se descritas no Anexo I do Edital de Pregão eletrônico que precedeu este ajuste, com vigência de 12 (doze) meses, contados a partir do dia 19.11.2016, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos e nas mesmas condições, até o prazo limite de 60 (sessenta) meses, com valor mensal estimado de R$ 262.028,78, totalizando no ano o valor estimado de **R$ 3.144.345,33** (três milhões, cento e quarenta e quatro mil, trezentos e quarenta e cinco reais e trinta e três centavos).

Aludido contrato é proveniente da Ata de Registro de Preços nº 006/SMG – COBES/2016, originada do Pregão Eletrônico nº 04/2016 da Secretaria Municipal de Gestão (SMG).

Em 17.11.2017, foi assinado o Termo Aditivo nº 01 ao Contrato nº 31/SMSU/2016 (fls. 24/24v), prorrogando-o, nas mesmas condições pactuadas anteriormente, por mais 12 (doze) meses, a contar de 19.11.2017.

Em seu relatório de análise da presente execução, a **Secretaria de Controle Externo - SCE** (peça 1) concluiu pela existência de impropriedades, expressas a seguir:

> "***4 – CONCLUSÕES***
>
> *Efetuamos auditoria de Acompanhamento da Execução do Contrato nº 31/SMSU/2016, com testes referentes a março a abril/2018, com pagamentos de R$ 672.237,35 no mesmo período.*

Os exames revelaram as seguintes impropriedades:

4.1. *O cadastro dos veículos está incompleto. Faltam os dados referentes ao número do Chassi do veículo, capacidade do tanque, identificação da unidade contratante e identificação da unidade de lotação do condutor, previstos no § 1º do item 5 do Anexo I – Termo de Referência. (item 3.4)*

4.2. *Não está comprovado, nos autos, o atendimento dos parágrafos 2º (rede de no mínimo 4 postos de abastecimento nas circunscrições de abrangência de cada unidade contratante) e 4º (2 postos devem estar no mínimo num raio de 3 km da sede operacional) do item 4 do Anexo I – Termo de referência. A falta da informação da Unidade Contratante no cadastro do sistema dificulta esta verificação. (item 3.4)*

4.3. *A exigência contratual de abastecer veículos "flex" com etanol não está sendo cumprida (parágrafo 1º do item 3 do Anexo I – Termo de Referência). (item 3.4)*

4.4. *Dos 76 veículos analisados, 6 não constavam no Relatório de Cadastro dos Veículos no SIAG, em desacordo com o parágrafo 1º do item 5 do Anexo I – Termo de Referência. (item 3.4)*

4.5. *Não foi empregado como parâmetro restritivo para utilização do cartão o limite estabelecido do preço unitário médio da semana anterior ao da efetivação do abastecimento por região onde está instalada a unidade contratante da frota, em descumprimento ao parágrafo 2º do item 8 do Anexo I – Termo de Referência. (item 3.5)*

4.6. *O Sistema não permite o registro da negociação de preços de combustíveis com os postos da rede credenciada, em desatendimento ao parágrafo 3º do item 8 do Anexo I. (item 3.5)*

4.7. *Não há indícios, nos processos examinados, de que venha sendo feita, pela contratada, a fiscalização do controle de qualidade dos combustíveis ofertados pelos postos credenciados e a verificação do atendimento, pelos postos credenciados, das normas trabalhistas e de segurança dos seus funcionários, em infringência ao item 3.4 da Cláusula Terceira do Termo de Contrato. (item 3.6.a)*

4.8. *Não foi realizado treinamento para os condutores e gestores, em descumprimento ao item 3.9 da Cláusula Terceira do Termo de Contrato. (item 3.6.b)*

4.9. *Não há evidências de que a contratada controle os credenciamentos dos postos nos moldes dos itens 3.9 e 3.12 do contrato. (item 3.6.c)*

4.10. *Não há no processo administrativo qualquer prova de que a empresa esteja fiscalizando o recolhimento dos tributos incidentes sobre a operação de fornecimento de combustível, a cargo dos estabelecimentos credenciados, conforme exigido no item 3.22 da Cláusula Terceira do Termo de Contrato. (item 3.6.d)*

4.11. *Não foi estabelecido um limite de crédito para cada veículo, em descumprimento ao parágrafo 6º, do item 5 do Anexo I – Termo de Referência. (item 3.6.e)*

4.12. *Não foi estabelecido, para cada veículo, a fixação de limite de preço unitário máximo, por combustível, em descumprimento ao parágrafo 7º do item 5 do Anexo I – Termo de Referência. (item 3.6.f)*

4.13. *Não foram apresentados pela contratada alguns relatórios ("relatório das despesas realizadas por unidade contratante", "desconto sobre o preço da bomba" e "volume utilizado no mês e volume restante em relação ao definido"), descumprindo as letras "h", "i" e "j" do item 6 do Anexo I – Termo de Referência (item 3.6.h)*

> ***4.14.*** *A SMSU deve apresentar nos Relatórios para a medição (Quinzenalmente) as informações estabelecidas no inciso I do parágrafo 5º do item 12 do Anexo I – Termo de Referência. (item 3.6.i)*
> ***4.15.*** *Parte da NFS-e nº 874067 (R$ 145.228,64) foi paga em dotação diversa da prevista, em infringência à Cláusula Sexta do Termo de Contrato. (itens 3.7 e 3.8)*
> ***4.16.*** *Parte da NFS-e nº 698233 (R$ 12.883,85) referente a serviços prestados no período de 16 a 31.12.16 foi paga com empenho de 2017, infringindo o princípio da anualidade orçamentária. (item 3.8)*
> ***4.17.*** *Não consta nos processos de pagamento e administrativo, referente ao pagamento das duas quinzenas de março e abril de 2018, o Comprovante de Regularidade junto ao CADIN, infringência ao inciso II do artigo 3º da Lei Municipal nº 14.094/05 e inciso II do artigo 3º Decreto Municipal nº 47.096/06. (item 3.8)*
> ***4.18.*** *Não consta nos processos examinados a prova de inscrição no Cadastro de Empresas de Fora do Município (CPOM), da Secretaria Municipal de Finanças, nos termos dos artigos 9º-A e 9º-B da Lei Municipal 13.701/2003, com redação da Lei Municipal 14.042/05 e artigo 68 do Regulamento do ISS, aprovado pelo Decreto Municipal 50.896/09, infringência ao item 7.5.1 da Cláusula Sétima do ajuste. (item 3.8).”*

Notificados, a **Secretaria Municipal de Segurança Urbana** – SMSU apresentou suas justificativas à peça 16, enquanto os demais oficiados não se manifestaram no prazo assegurado para eventual defesa.

Após analisar os esclarecimentos trazidos, a **SCE** ratificou todos os apontamentos (peça 19).

A **Assessoria Jurídica - AJ** acompanhou as conclusões da SCE e sugeriu oficiar a Origem e intimar a Contratada (peças 21 e 22), nos seguintes termos:

> *“De nossa parte, nada temos a acrescentar, eis que, a análise procedida pela Divisão Auditora, indicou as irregularidades apontadas tanto por parte da Contratada, como por parte da Secretaria Municipal de Segurança Municipal Educação – SMSU.*
> *Nesta vertente, ratificamos o não acolhimento da execução do Contrato, mantendo por si só os apontamentos referentes à execução, tendo em vista que as defesas não apresentaram novos elementos para justificar as irregularidades apontadas, assim sendo, permitimo-nos acompanhar as conclusões alcançadas pela Especializada.”*

A empresa **Trivale Administração Ltda.** apresentou sua resposta à peça 38 e a Secretaria Municipal das Subprefeituras deixou transcorrer o prazo sem apresentar manifestação.

A **Assessoria Jurídica**, peça 46, em razão das características fático-técnicas dos apontamentos e da documentação apresentada pela empresa contratada, sugeriu o envio dos autos à Auditoria.

A **SCE** (peça 48), com base nos documentos e nas informações dos autos, ratificou todos os apontamentos, com exceção dos analisados nos subitens 2.1 (4.1 do relatório inicial) e 2.6 (4.6 do relatório inicial), tendo em vista a alteração dos apontamentos conforme consta da manifestação:

> ***3. CONCLUSÃO***
> *Com base nos documentos e nas informações dos autos, ratificam-se todos os apontamentos, com exceção dos analisados nos subitens 2.1 (4.1 do relatório inicial) e 2.6 (4.6 do relatório inicial), tendo em vista que, no primeiro caso, a SMSU adotou medidas corretivas parciais e, no segundo, a funcionalidade existente no sistema não é utilizada pela SMSU, o que motivou a alteração dos apontamentos para:*
>
> ***4.1** O cadastro de veículos está incompleto. Faltam dados referentes ao número do chassi do veículo e capacidade do tanque. (item 3.4)*
>
> ***4.6** Não é utilizada a ferramenta de registro da negociação de preços de combustíveis com os postos da rede credenciada, em desatendimento ao parágrafo 3º do item 8 do Anexo I. (item 3.5)*
>
> *É importante frisar que a contratada se dispôs a treinar os servidores que utilizam o sistema e a alterar o cadastro dos veículos sem ônus para a SMSU, além de customizar os relatórios necessários e previstos no edital.*
>
> *Algumas falhas detectadas na execução do ajuste e relatadas na presente auditoria podem decorrer da falta de conhecimento das funcionalidades do sistema e da sua operacionalização, que tendem a ser corrigidas com o treinamento oferecido."*

A **Assessoria Jurídica – AJ** (peça 53 e 54), opinou pelo não acolhimento Execução do Contrato nº 31/SMSU/2016 com as seguintes afirmações:

> "*Assim, dado o conteúdo fático da fiscalização, destacamos as conclusões da Auditoria, pelas suas próprias razões.*
>
> *Ante o exposto, posicionamo-nos pelo não acolhimento da Execução do Contrato nº 31/SMSU/2016, com amparo nos relatórios técnicos precedentes, sem prejuízo de outras medidas cabíveis."*

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM** (peça 57), alegando a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano ao erário e por não se vislumbrar dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos responsáveis, requereu pelo acolhimento da execução do contrato ora em análise, relevando-se eventuais impropriedades apontadas.

Alternativamente, postulou pela aceitação dos efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes do ajuste, em nome do princípio da segurança jurídica.

A **Secretaria Geral – SG** (peça 59) acompanhou as conclusões da SCE, assim como da AJ e opinou pelo não acolhimento da Execução Contratual do Termo de Contrato nº 31/SMU/16.

É o Relatório.

VOTO

Conforme relatado, trata o TC nº 3870/2018 de Acompanhamento de Execução Contratual do Termo de Contrato nº 31/SMU/16, firmado em 01.11.2016 entre a Secretaria Municipal de Segurança Urbana – SMSU e a Trivale Administração Ltda., que tem por objeto a prestação de serviços de gerenciamento do abastecimento de veículos, máquinas e equipamentos, por meio de cartão de pagamento magnético ou microprocessado, cujas características e especificações técnicas encontram-se descritas no Anexo I do Edital de Pregão eletrônico que precedeu este ajuste, com vigência de 12 (doze) meses, contados a partir do dia 19.11.2016, podendo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos e nas mesmas condições, até o prazo limite de 60 (sessenta) meses, com valor mensal estimado de R$ 262.028,78, totalizando no ano o valor estimado de **R$ 3.144.345,33** (três milhões, cento e quarenta e quatro mil, trezentos e quarenta e cinco reais e trinta e três centavos).

O processo foi regularmente instruído, com a manifestação dos Órgãos Técnicos, da Origem e demais interessados.

Tendo em vista o disposto na Resolução 10/2023 deste Tribunal, passo a analisar a incidência do instituto da prescrição no presente caso.

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

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

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

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

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

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

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

> *"À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)."*[5]

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

> *"A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão." (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)*
>
> *"Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)*

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

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

[3] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão

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

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

> *pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário. 2. Agravo regimental desprovido". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)*

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

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

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

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

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

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

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

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

Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[6] , 897[7] , 899[8] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

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

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

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

Como pode ser visto o Plenário do STF por maioria (vencido o Ministro Edson Fachin) decidiu que a disposição final do §5º, do art. 37, da Carta Magna tem alcance limitado para apenas as ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Ou seja, por interpretação não alcança pretensões dos Tribunais de Contas.

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato ímprobo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato ímprobo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o

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

importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

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

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

> *"Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)*

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

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

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

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

> *"Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cômputos." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Gilmar Mendes, p.25; p. 53 do Acórdão. Grifos nossos.)*

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9] , com efeito erga omnes,

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

que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

> *"Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo 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, 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 nº 5.509, 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 à 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), exceto nos casos que já estejam 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)

Feitas 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.

Verifica-se que do último marco interruptivo, consubstanciado no relatório de auditoria de 30/05/2019 (peça 19), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos, estando o presente TC atingido pela prescrição (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso II, c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023).

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

À vista do exposto, reconheço a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **JULGO EXTINTO** o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

[10] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.
[11] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[12] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[13] 3 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 17/01/2025 09:03:20 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo