ACO-UTR-1028/2024

Processo - TC/004647/2015
Objeto - Recursos "ex officio" e da Procuradoria da Fazenda Municipal interpostos em face da R. Decisão de Juízo Singular de 14/8/2019 – Secretaria Municipal de Educação/Diretoria Regional de Educação – DRE Penha e Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Área de Transportes – CTPT – Pregão Presencial 05/DRE-PE/2013 – Contrato 10/DRE-PE/2013 (TAs 01/DRE-PE/2014, 12/DRE-PE/2014 e 07/DRE-PE/2015) – Prestação de serviços de transporte com veículos, motorista, combustível e quilometragem livre

54ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. SME. Serviços de transporte com veículos, motorista, combustível e quilometragem livre. Decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. Reconhecida a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. 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 preliminar reconhecer a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, bem assim em conhecer dos recursos, visto que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade, e, quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, mantendo-se integralmente a Decisão proferida.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 22 de maio 2024.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 23/07/2024 15:17:46 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/07/2024 10:34:13 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

54ª Sessão Não Presencial, de 07 a 22 de maio de 2024.

TC 4.647/2015 - RECURSO
Objeto: Recursos "ex officio" e da Procuradoria da Fazenda Municipal interpostos em face da r. Decisão de Juízo Singular de 14/8/2019 - Secretaria Municipal de Educação e Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Área de Transportes - Pregão Presencial 05/DRE-PE/2013 - Contrato 10/DRE-PE/2013 (TAs 01/DRE-PE/2014, 12/DRE-PE/2014 e 07/DRE-PE/2015) - Prestação de serviços de transporte com veículos, motorista, combustível e quilometragem livre.
Interessada: Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Área de Transportes – CTPT, Elio Araujo da Silva, Marcos Mendonça, Procuradoria da Fazenda Municipal, Secretaria Municipal de Educação – SME.
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma.
Competência: Pleno.
Valor: mensal de R$ 33.536,80 (trinta e três mil, quinhentos e trinta e seis reais e oitenta centavos).

RELATÓRIO

1. Cuidam os autos, **nesta fase**, de análise do **Recurso *ex-officio*** e do **Recurso Ordinário** interposto pela **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 691/696 - peça 25), em face da r. Decisão de fls. 669/671v – peça 11), proferida pelo Nobre Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, em sede de Juízo Singular, publicada no DOC de 23 de agosto de 2019 (fl. 672), que ao analisar a Licitação na modalidade Pregão Presencial nº 05/2013, do seu consequente Contrato nº 10/2013 e dos Termos Aditivos nº 001/2014, 007/2014 e 12/2014, firmados entre a **Secretaria Municipal de Educação - SME** e a **Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Área de Transportes**, cujo objeto é a prestação de serviços de transporte com veículos, motorista, combustível e quilometragem livre, assim decidiu:

> "...louvado nos pareceres técnicos emitidos e no que mais consta dos autos, julgo irregulares todos os Instrumentos analisados, por infringência aos dispositivos legais e regulamentares citados, recomendando à Secretaria à observância fiel aquelas normas.
>
> Aplico aos responsáveis Elio Araujo da Silva e Marcos Mendonça, identificados nos Relatórios de fls. 581, 585 e 590, a multa de R$ 768,00 (setecentos e sessenta e oito reais) para cada um, nos termos dos artigos 52, inciso II, da Lei Municipal n° 9167/80, e 86, inciso II, do Diploma Regimental.
>
> Em cumprimento ao art. 137, § único, do mesmo Regimento, recorro de ofício da presente Decisão".

2. Devidamente cientificada da decisão (fls. 697), a CTPT- Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Área de Transportes deixou transcorrer *in albis* o prazo para eventual oferecimento de recurso.

3. A **Secretaria Municipal de Educação - SME** encaminhou documentação de sua área técnica (fls. 698/706), que se referem às comunicações internas da própria Secretaria realizadas por e-mail, deixando de apresentar recurso à r. Decisão de fls. 669/671v.

4. Também foi acostada aos autos a documentação encaminhada pela DRE - Penha, em nome de Marcos Mendonça e Elio Araújo da Silva (fls. 678/687), para comprovar o pagamento da multa que lhes foram aplicadas na r. Decisão de fls. 669/671v, restando, prejudicada a expedição de intimações endereçadas aos referidos interessados.

5. A **Procuradoria da Fazenda Municipal**, em seu recurso (fls. 691/696 - peça 25), alegou em síntese que, constatada a inexistência de um prejuízo efetivamente comprovado, cabe ao aplicador do direito reconhecer que os atos praticados merecem guarida, mormente se os serviços efetivamente prestados e regularmente pagos.

6. Requereu que o R. Julgado prolatado merece ser reformado parcialmente, de sorte que o Pregão n° 05/2013, o contrato dele decorrente n° 10/2013 e seus Termos Aditivos n°s 001, 007, e 12/2014 "*tenham seus efeitos financeiros e patrimoniais reconhecidos em face do tempo transcorrido, prestigiando-se, pois, o princípio da segurança jurídica*", haja vista a inexistência da comprovação de qualquer prejuízo ao erário.

7. Alega também que o apelo foi amparado nos esclarecimentos, justificativas e documentos colacionados pelos responsáveis legais e pela Origem, já trazidos e analisados no curso da instrução do feito, os quais, no seu entender, "*restaram apontadas apenas impropriedades formais ou inconsistências pontuais, as quais, com todo o respeito, não nos parecem suficientes para que se decrete a irregularidade do ajuste e de seus aditivos*".

8. Remetidos os autos para a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, esta assim se pronunciou em sua conclusão:

> Diante do momento processual que se encontra este TC, com Decisão proferida pelo Conselheiro Relator (Peça 11), mantemos o disposto na manifestação desta Coordenadoria (Peça 7, fls.1/14) e suas conclusões.

9. A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em sua manifestação de fls. 716/718, após opinar pelo conhecimento do recurso oferecido pela Procuradoria da Fazenda Municipal, assim concluiu quanto ao mérito:

> Ante o exposto, posicionamo-nos pelo conhecimento do recurso *ex-officio* e do recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal e, no que concerne ao mérito, pelo não provimento dos recursos, com a manutenção da decisão recorrida, ante a inexistência de razões capazes de ensejar a sua reforma.
>
> No entanto, no que tange as documentações apresentadas pelos senhores Marcos Mendonça e Elio Araújo da Silva (fis. 679/686), entendemos, s.m.j., que os Interessados cumpriram à determinação contida na r. Decisão de fls. 669/671v (peça 11), uma vez que comprovaram o pagamento da multa que lhes foram impostas.

10. Encaminhados os autos para a PFM, esta requereu (peça 42) "*que seja apreciado o recurso aqui deduzido e propugna por seu provimento, bem como do recurso oficial*".

11. Por fim, a Secretaria Geral (peças 44 e 45) fez coro à manifestação da AJCE, nos seguintes termos:

> Assim, preliminarmente opino pelo conhecimento do recurso ex officio, bem como do recurso ordinário, vez que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, no tocante ao mérito, concluo pelo não provimento dos recursos, em face à ausência de razões aptas a modificar o que restou decidido, mantendo-se, portanto, íntegra a r. Decisão que julgou irregular o Pregão Presencial 05/DRE-PE/2013, o decorrente Contrato 10/DREPE/2013 e os Termos de Aditamento 001/DRE-PE/2014, 12/DRE-PE/2014 e 007/DRE-PE/2015.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos, **nesta fase**, de análise do **Recurso *ex-officio*** e do **Recurso Ordinário** interposto pela **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 691/696 - peça 25), em face da r. Decisão proferida pelo Conselheiro Roberto Braguim, em sede de Juízo Singular, que ao analisar a Licitação na modalidade Pregão Presencial nº 05/2013, do seu consequente Contrato nº 10/2013 e dos Termos Aditivos nº 001/2014, 007/2014 e 12/2014, firmados entre a **Secretaria Municipal de Educação - SME** e a **Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Área de Transportes**, cujo objeto é a prestação de serviços de transporte com veículos, motorista, combustível e quilometragem livre, concluiu pela irregularidade de todos os instrumentos e aplicou aos responsáveis a multa de R$ 768,00 (setecentos e sessenta e oito reais) para cada um, nos termos dos artigos 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9.167/80, e 86, inciso II, do Diploma Regimental.

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.*"[1]

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

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]

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, 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:

[2] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[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

> WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

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

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

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

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[6], 897[7], 899[8], 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

[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

como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. Ou seja, por interpretação não alcança pretensões dos Tribunais de Contas.

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897, em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin, de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante 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[9], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99, por analogia.

Antes da referida ADI a jurisprudência do STF já vinha se posicionando neste sentido como pode 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

[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)

> 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 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.

Dito isso , preliminarmente, cumpre esclarecer que se trata de julgamento que deve ser, obrigatoriamente, reexaminado conforme determina o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas do Município. No que concerne ao Recurso Ordinário interposto pela PFM em face da Decisão Singular que julgou irregular todos os instrumentos em análise nestes autos, foi interposto no prazo legal, sendo, portanto, tempestivo.

Também preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos no artigo 147, c/c o artigo 120, ambos também do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, devendo, portanto, ser conhecido.

No que concerne ao mérito, inicialmente vale reproduzir a **decisão proferida pelo Conselheiro Roberto Braguim, que restou assim fundamentada** (peça 11)[10]:

> Assim, louvado nos pareceres técnicos emitidos e no que mais consta dos autos, julgo irregulares todos os Instrumentos analisados, por infringência aos dispositivos legais e regulamentares citados, recomendando à Secretaria à observância fiel aquelas normas.
> Aplico aos responsáveis Elio Araujo da Silva e Marcos Mendonça, identificados nos Relatórios de fls. 581, 585 e 590, a multa de R$ 768,00 (setecentos e sessenta e oito reais) para cada um, nos termos dos artigos 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9167/80, e 86, inciso II, do Diploma Regimental.
> Em cumprimento ao art. 137, § único, do mesmo Regimento, recorro de ofício da presente Decisão.

A PFM requereu a reforma parcial do R. Julgado prolatado, de sorte que o Pregão n° 05/2013, o contrato n° 10/2013 dele decorrente e seus Termos Aditivos n°s 001, 007, e 12/2014 tenham seus efeitos financeiros e patrimoniais reconhecidos em face do tempo transcorrido, haja vista a inexistência da comprovação de qualquer prejuízo ao erário.

Inobstante o pleito fazendário, no recurso apresentado não constam novos elementos capazes de elidir os apontamentos apresentados pela Equipe de Auditoria nas Conclusões dos Relatórios apresentados durante a instrução processual, tendo sido reiterados os argumentos já apresentados na fase instrutória, sendo a grande maioria insuficiente para justificar ou sanear os apontamentos, como se extrai da decisão do Conselheiro Roberto Braguim (peça 11), mais precisamente:

10 - **Decisão Singular publicada no DOC de 23 de agosto de 2019 (fl. 672).**

> (...) o Pregão Presencial nº 05/DRE-PE/2013 se ressente dos vícios concernentes à divulgação do Pleito, como exige o artigo 21, inciso III, da Lei Federal nº 8666/1993; às justificativas para a contratação, implicando inobservância aos artigos. 6º, incisos IX e X, e 7º do mesmo Diploma, e artigo 2º, inciso I, do Decreto Municipal nº 44.279/03.
> Essas irregularidades se refletiram na Contratação e nos Termos de Aditamento, a par de que não foram esclarecidas a emissão precoce das Notas de Reserva e Empenho na feitura dos Termos Aditivos nº 001/DREPE/2014 e 012/DRE-PE/2014, como exigem os artigos 61 da Lei Federal nº 4320/1964, e 4º do Decreto Municipal nº 23.639/1987.

Tendo em vista que o recurso apresentado pelo Órgão Fazendário não rebateu especificamente qualquer dos fundamentos que constam no V. Acórdão, estando estes amparados nos achados dos Órgãos Técnicos desta Colenda Corte de Contas, não há como acolher as razões trazidas no seu recurso.

Ademais, os presentes autos tratam da análise formal dos instrumentos e o momento processual para requerer que seja reconhecido os efeitos financeiros dos atos praticados deve ser feito em sede de execução do ajuste.

Os responsáveis, inclusive, optaram por acolher os termos da Decisão e não recorreram, o que se comprova pelas documentações juntadas aos autos pelos senhores Marcos Mendonça e Elio Araújo da Silva (fls. 679/686), em que comprovam terem cumprido a determinação contida na r. Decisão de fls. 669/671vº (peça 11), com o pagamento da multa imposta a cada um deles.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP e, com amparo nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, **CONHECO DO RECURSO**, eis que preenchidos os requisitos para sua admissibilidade e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, ficando mantida integralmente o r. Decisão proferida pelo Nobre Conselheiro Roberto Braguim.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 27/05/2024 11:15:22 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo