ACO-UTR-543/2023

Processo	-	TC/005641/2004 (Tramitam em conjunto os processos TC/003025/2004 e TC/005641/2004)
Contratante	-	Subprefeitura Capela do Socorro
Contratada	-	Construtora Anastácio Ltda.
NE	-	15.171/2004 R$ 122.904,00
Objeto	-	Locação de quatro caminhões basculantes, incluindo combustível e motoristas, pelo período de 4 meses e 15 dias

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. NOTA DE EMPENHO. SUBPREFEITURA. Locação de caminhões basculantes. 1. A regra geral é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um lapso temporal. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. Item 14, Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM 02/2023. Art. 487, II, art. 15, CPC. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/003025/2004 e TC/005641/2004, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

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

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

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

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 10/11/2023 14:22:48 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:48:10 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

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

TC 3025/2004 - Análise

Objeto: Subprefeitura Itaquera e Construtora Anastácio Ltda. - Concorrência 24/SIS/Cogel/2001 - Contrato 08/SP.IQ/SF/2003 R$ 260.352,00 - TA 04/SP.IQ/SF/2003 R$ 260.352,00 (prorrogação de prazo) - Locação de seis caminhões basculantes sendo quatro tipo trucado com capacidade de 9 m3 e dois tipo toco com capacidade de 4 m3 (MHPSM) (Tramita em conjunto com o TC 5.641/2004)

TC nº 5.641/2004:

Objeto: Ato Determinativo da Despesa consubstanciado na Nota de Empenho n° 15.171/2004 (fls.23), celebrado entre a Subprefeitura de Capela do Socorro e a empresa Construtora Anastácio Ltda., para locação de caminhão basculante de 9m^3, incluindo motorista e combustível, por 200h/mês, durante 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, no valor de **R$ 122.904,00** (cento e vinte e dois mil novecentos e quatro reais) utilizando a Ata de Registro de Preços n° 24/SIS/COGEL/2002, decorrente da Concorrência n° 24/SIS/COGEL/2001.

Interessada: Subprefeitura de Itaquera - SUBIQ

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Às fls. 50, 51, 52 e 53 do TC 5.041/2004, constam informação e determinação de tramitação conjunta com o TC 3.025/04, que trata da análise da Concorrência que deu origem às contratações examinadas nesses processos, afim de que sejam julgados em conjunto.

TC nº 3.025/2004:

Cuida da análise da Concorrência n° 24/SIS/COGEL/2001, do Contrato 008/SP-IQ/SF/2003 e respectivo TA n° 004/SP-IQ/SF/2003, firmado em 09.05.2003 entre a PMSP e a empresa Construtora Anastácio Ltda., tendo por objeto a locação de 06 (seis) caminhões basculantes, sendo 4 (quatro) trucado com capacidade de 9 m3 e 02 (dois) toco com capacidade de 4m' por 240/horas/mês cada, de acordo com a Ata de Registro de Preços n° 24/SIS/COGEL/2002, com duração de 06 meses: 02.06.2003 a 01.12.2003, com valor de **R$ 260.352,00** (duzentos e sessenta mil, trezentos e cinquenta e dois reais).

Às fls. 376/387, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC**, em seu relatório sobre a Licitação, concluiu que "(...) *quanto ao aspecto contábil/orçamentário e legislação vigente, que a presente licitação encontra-se* ***regular.*** *Deixamos consignado que os Termos Aditivos indicados no item 12.15- subitens "01 a 04" foram lavrados com extemporaneidade;"* (fl. 382)

E considerou o Contrato nº 08/SP-IQ/SF/2003 e respectivo TA n° 004/SP-IQ/SF/2003 regulares com ressalvas (respectivamente, fls. 384 e 386), assinalando as seguintes impropriedades:

> **. Contrato 08/SP-IQ/SF/2003:** "(...) *não consta dos autos o extrato da publicação do Termo de Contrato no DOM, nos termos do que dispõe o art. 26 da Lei Municipal n° 13.278/02*."(fl. 384)
>
> **. TA n° 004/SP-IQ/SF/2003:** "(...) *foi lavrado 28.10.03 levando em consideração os preços originais da ARP, embora estes tenham sido reajustados a partir de 21.05.03(fls.285/288). Este procedimento omite o real valor do Termo Aditivo*." (fl. 386)

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, apresentou a seguinte manifestação (fls. 390/392):

> "*Em relação à infringência apontada pela Divisão Técnica VI, que se refere ao art. 26 da Lei Municipal n° 13.278/02, que se traduz:*
>
> > '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.'
>
> *Embora esse não seja procedimento regular, esclarecemos que não houve realmente a publicação do extrato do contrato.*
>
> *Entendemos que não macula o instrumento em análise, tratando-se de imperfeição meramente formal.*
>
> *Situação essa que foi traduzida com maestria pelas lições do eminente Prof. Marçal Justen filho, quando explicou:*
>
> > 'A ausência de publicação do extrato do contrato não é causa de sua invalidade." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª ed., SP, Dialética, 2004, pg. 516)'
>
> *Recomendamos à Origem que doravante observe fielmente os preceitos da lei.*

Como se observou, o Termo Aditivo lavrado com o preço original do contrato não causou prejuízo ao Erário Público. Feitas essas considerações, tendo a contratada apresentado todos os documentos comprobatórios de sua regularidade fiscal, ***opino pela regularidade dos autos em exame****."*

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, às fls. 395, requereu a regularidade dos instrumento sob análise, assinalando:

"*À vista dos pronunciamentos favoráveis exarados pelos órgãos técnicos dessa E. Corte, esta Procuradoria opina pelo acolhimento dos instrumentos em análise (Licitação - Contrato e Termo de Aditamento).*

As impropriedades apontadas, ao ver deste Órgão Fazendário, têm caráter formal, não tendo, pois, o condão de macular o ajuste."

A Origem em cumprimento ao ofício encaminhado por este E. Tribunal, às fls. 399, apresentou as justificativas e documentos constantes de fls. 403/408.

A **SFC**, às fls. 431/432, em face dos elementos encaminhados, opinou no sentido da regularidade da licitação, e pela **irregularidade** do Contrato e do TA, devido as seguintes impropriedades:

*"**a)** omissão, no contrato e no termo aditivo, do preço real da contratação, pois o reajuste de preços vigorou durante toda a execução dos serviços (de 02.06.03 a 01.06.04);*

***b)** na locação do caminhão toco havia preços de mercado inferiores aos da Ata de Registro de Preços n° 24/SIS/COGEL/200 1, o que impede a contratação por Ata, nos termos do artigo 28 do Decreto Municipal n° 4 1.772/02 e em respeito ao princípio da economicidade;*

***c)** publicação extemporânea do extrato do contrato, infringindo ao artigo 26 da Lei Municipal n° 13.278/02."*

Em nova manifestação a **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** (fls. 435/445), considerando que a Ata de Registro de Preços sofreu readequação a partir de 21.05.2003, no seu entender, não há ilegalidade na adoção dos novos preços em junho de 2003.

Por outro lado, inobstante o aditamento do contrato não tenha observado a readequação de preços estabelecida para a ARP, tal irregularidade pode ser relevada em face da existência de reserva de recursos suficientes para suportar as despesas.

Considerou necessário que a Origem apresentasse esclarecimentos quanto à constatação de que, dos preços de mercado apurados pela Subprefeitura, dois eram inferiores ao da empresa em tela (tabela de fls. 296).

Foram apresentadas as defesas da Origem (fls. 456/522) e do responsável pelo contrato (fls. 530/539).

Ao analisar as defesas apresentadas, a **SFC** (fis. 543/545) entendeu que as irregularidades anteriormente apontadas se encontravam superadas, ante as seguintes constatações:

> . *"quanto à omissão, no contrato e no termo aditivo, do preço real da contratação, foi devidamente dirimida pelo parecer da Assessora Subchefe de Controle Externo, fis. 441/445";*
>
> . *"quanto à infringência ao artigo 28 do Decreto Municipal n° 41.772/02 e ao princípio da economicidade, foi devidamente sanada pelo esclarecimento da Origem conforme fis. 518/521."*

Todavia, manteve a ressalva quanto à publicação extemporânea do Termo de Contrato.

Ante as defesas trazidas aos autos a **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** (fls. 548/550), posicionou-se pelo acolhimento dos instrumentos sob exame.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM**, às fls. 552/554, endossou as conclusões dos órgãos técnicos, em especial os da AJCE, opinando pela regularidade dos ajustes e requereu a relevação das falhas apontadas.

A **Secretaria Geral – SG**, às fls. 556/558,

> *"Efetivamente as impropriedades constatadas foram de natureza formal, podendo ser superadas por não importar em prejuízo ao interesse público.*
> *Demais disso, este Egrégio Tribunal já decidiu sobre ajustes análogos aos aqui tratados, julgando regulares os termos aditivos lavrados nas mesmas condições e com os mesmos fundamentos invocados.*
> *Diante ao exposto, com fulcro nas justificativas apresentadas nas defesas oferecidas, bem como nas conclusões alcançadas na robusta análise efetuada pela AJCE, endossado pela PFM, reiterando manifestação desta SG de fis. 397, opino no sentido do acolhimento do procedimento licitatório, do contrato dele decorrente e do respectivo termo de aditamento (...)"*

TC nº 5.641/2004:

Trata da análise do Ato Determinativo da Despesa consubstanciado na Nota de Empenho n° 15.171/2004 (fls.23), celebrado entre a Subprefeitura de Capela do Socorro e a empresa Construtora Anastácio Ltda., para locação de caminhão basculante de 9m^3, incluindo motorista e combustível, por 200h/mês, durante 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, no valor de **R$ 122.904,00** (cento e vinte e dois mil novecentos e quatro reais) utilizando a Ata de Registro de Preços n° 24/SIS/COGEL/2002, decorrente da Concorrência n° 24/SlS/COGEL/2001, analisada no TC n° 03.025/04, em trâmite nesta casa.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC** assim concluiu seu relatório às fls. 48:

"(...) opinamos pela irregularidade da contratação, em razão das infringências aos itens:

C.15.1 - falta de justificativa clara e objetiva para a contratação, em especial as quantidades requisitadas, em função da necessidade e/ou finalidade da Unidade contratante;

C.15.10 - não apresentação de documentos fiscais por ocasião da contratação;

C.15.11 - apresentação extemporânea de documentos e entrega de documentos vencidos;

C.15.13 e C.15.14 - a contratação não foi formalizada através do instrumento correto, em desatendimento o que dispõe ao artigo 62 da Lei Federal 8.666/93;
(...)
Ressalvamos a remessa extemporânea de informações ao SERI - Sistema Eletrônico de Remessa de Informações, em desatendimento ao disposto na Resolução TCMSP n° 05/02 e Instruções n° 01/02.

Deixamos consignado, contudo, que até o momento a Concorrência n° 24/SIS/COGEL/2001 que deu origem a Ata de Registro de Preços utilizada nesta contratação, não foi julgada. Assim, considerando restarem concluídos os trabalhos em nossa área de competência, sugerimos que o presente passe a tramitar em conjunto com o TC n° 72.003.025.04-26 referente a análise da Ata, que deu origem a esta contratação."

Às fls. 50, 51, 52 e 53, o presente TC passou a tramitar em conjunto com o TC 3.025/04, que trata da análise da Concorrência que deu origem à contratação aqui processada, para julgamento em conjunto.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, às fls. 56/61, apresentou seu relatório, do qual consta a seguinte conclusão:

> *"Inicialmente há de se destacar que a finalidade básica do Sistema de Registro de Preços é desburocratizar o procedimento e promover a economia de recursos com a obtenção de melhores preços em razão da redução do número de licitações e da economia de escala visando, também, a celeridade na realização das contratações públicas. A ATA decorrente da licitação específica incorpora exigências objetivas e compatíveis que são de observação obrigatória para os órgãos que vierem a utilizá-la, no entanto, ela não se confunde nem substitui o contrato.*
> *AUD destacou em seu relatório que, no caso que se analisa, a contratação não foi formalizada através do instrumento correto, desatendeu, portanto, às disposições do artigo 62 da Lei Federal 8.666/93. Verifica-se que a formalização operou-se por meio de Nota de Empenho e não de contrato conforme seria de se exigir (fls.22).*
> *Vale lembrar, no entanto, que a legislação de regência não exclui a possibilidade de substituição do termo do contrato por outros instrumentos. Resta apenas analisar se no caso concreto a substituição se aplica, se encontra respaldo na hipótese ressalvada pelo dispositivo legal.*
> *A interpretação da regra tem gerado divergência na doutrina. Parte dela entende que o § 4º excepciona a regra do caput, ou seja, dispensa o instrumento de contrato, independentemente do seu valor, sempre que não resultem obrigações futuras. Para outros, e nesta hipótese se insere o TCU, o § 4°, do art. 62, da Lei de Licitações[1] impõe um requisito a mais (cumulativo) àqueles previstos no caput para substituição do termo de contrato.*
> *O entendimento do Egrégio TCU está consolidado na resenha citada em artigo publicado pela Zênite:*

[1] **Art. 62** - O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º - A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º - Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei.

§ 3º - Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

§ 4º - É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

"A contratação deve ser forma1izada obrigatoriamente por meio de termo de contrato que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação sua dispensa ou inexigibilidade conforme preconizado no art. 62, § 4°, da Lei n° 8.666/93".

http://www.ze!lite.bIo.br/substituicao-de-termo-de-contrato-por-instrumento-equivalente/#. U8RGGdC5edt
Substituição de termo de contrato por instrumento equivalente
Autor: Pedro Henrique Braz De Vita
acessado em 11.7.2014

Marçal Justen Filho, por sua vez, entende que:

'... Quando existir licitação antecedente à compra, a dispensa do instrumento específico não apresenta maior importância: todas as cláusulas acerca do negócio estarão previstas no ato convocatório.'
(Filho, Marçal Justen. - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos Editora Dialética, 9 edição, pág. 489)

No caso que se examina, no entanto, a divergência doutrinária não chega a exigir interpretação. A despesa deveria ter sido formalizada por meio de contrato, nos termos do art.62 da Lei Federal n° 8666/93, respeitando-se os princípios de Direito correspondentes e as previsões da ARP tendo em vista o valor da contratação e a natureza continuada dos serviços ajustados. A formalização do ajuste por meio de NE deixou de atender às disposições contidas na legislação Federal.

Prosseguindo, o item "a" dos apontamentos de AUD nos remete à falta de justificativa para a quantidade estimada, especialmente porque não foi exatamente essa a quantidade ao final contratada. Diríamos que faltou a necessária transparência e, em seu bojo, os meios que permitem o controle social e o competente exercício do controle interno e externo.

Na lição do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, "A motivação integra a formalização do ato, sendo um requisito formalístico dele (cf. ns 46 e ss.). " (..) "Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como regra geral... "

Às fls. 11 v., no item Justificativa da Requisição de Compras, consta apenas "CONFORME MEMORANDO 34/SPCS/CMIEU/04". Consultando-se o referido memorando, juntado às fls. 04, encontra-se apenas a referência: "CONTRATAÇÃO DE 06 CAMINNHÕES BASCULANTES DE 9,0M³ INCLUINDO COMBUSTÍVEL E OPERADOR - ATA DE RP 24/SIS/COGEL/02 ". Portanto, confirma-se a falta de justificativa expressa.

Outro item evidenciado por AUD adverte quanto à falta de documentos fiscais, apresentação extemporânea de documentos e apresentação de documentos vencidos pela Contratada. A apresentação tempestiva e a regularidade dos documentos apresentados era condição para a efetivação da contratação, conforme o próprio despacho de autorização (tis. 22) a ATA utilizada e a legislação pertinente. Adentramos, desta feita, na irregularidade por descumprimento da legislação própria e de cláusulas da ARP.

Ante o exposto acompanhamos a conclusão expendida pela área auditora, não sem antes lembrar que o reconhecimento dos efeitos financeiros fica a critério de Sua Excelência caso entenda que assim recomenda o interesse público.

Cumpre-nos, ainda, reiterar que pende de decisão a análise da ATA que originou a contratação sob análise, cujo processo TC 72.003.025.04-26 tramita em conjunto com o presente."

Oficiada, a Origem apresentou suas informações às fls. 66/67.

Ante os esclarecimentos apresentados, a **SFC**, por sua Coordenadoria III, apresentou manifestação de fls. 69/72, onde concluiu:

"(...) *ratificamos as irregularidades/impropriedades relativas ao Ato Determinativo da Despesa Consubstanciado na NE nº 15171/2004, elencadas a seguir:*

Item C.15.1 *- falta de justificativa clara e objetiva para a contratação, em especial as quantidades requisitadas, em função da necessidade e/ou finalidade da Unidade contratante.*

Item C.15.10 – *Não apresentação de documentos fiscais por ocasião da contratação.*

Item C.15.11 – *Apresentação extemporânea de documentos e entrega de documentos.*

Itens C.15.13 e C.15.14 *- A contratação não foi formalizada através do instrumento correto, em desatendimento o que dispõe o artigo 62 da Lei Federal nº 8.666/93*."

Devidamente intimado, o Sr. Tadeu José Aparecido Pinheiro Dias Pais, ordenador da despesa, apresentou sua defesa às fls. 76/78.

Sobre a defesa apresentada, a Coordenadoria III assinalou (fls. 80/83):

"À vista de nossa análise, no âmbito de nossa competência e considerando as justificativas apresentadas, ratificamos as irregularidades/impropriedades relativas ao Ato Determinativo da Despesa Consubstanciado na NE nº 15171/2004, (...)"

Às fls. 85/88 e 89, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo- AJCE** reiterou os termos de sua manifestação anterior no sentido da irregularidade do instrumento analisado.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM**, em manifestação de fls. 91/103, requereu o acolhimento do instrumento analisado ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes do ajuste firmado.

Às fls. 105/108, a **Secretaria Geral – SG**, na linha do entendimento dos órgãos técnicos desta Corte de Contas, opinou no sentido da irregularidade de presente contratação.

Em 07/06/2023, foi publicada por este Tribunal de Contas do Município de São Paulo a Resolução nº 10/2023 que disciplinou o instituto da prescrição no âmbito desta Corte, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral.

Em face desta normatização, tornou-se *direito subjetivo* do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de ofício em qualquer fase do processo.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peças 20 de ambos os autos entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral desta Corte de Contas.

É o Relatório.

VOTO

O TC 3025/2004 cuida da análise da Concorrência n° 24/SIS/COGEL/2001, do Contrato 008/SP-IQ/SF/2003 e respectivo TA n° 004/SP-IQ/SF/2003, firmado em 09.05.2003 entre a PMSP e a empresa Construtora Anastácio Ltda., tendo por objeto a locação de 06 (seis) caminhões basculantes, sendo 4 (quatro) trucado com capacidade de 9 m3 e 02 (dois) toco com capacidade de 4m' por 240/horas/mês cada, de acordo com a Ata de Registro de Preços n° 24/SIS/COGEL/2002, com duração de 06 meses: 02.06.2003 a 01.12.2003, com valor de **R$ 260.352,00** (duzentos e sessenta mil, trezentos e cinquenta e dois reais).

O TC 5641/2004 trata da análise do Ato Determinativo da Despesa consubstanciado na Nota de Empenho n° 15.171/2004 (fls.23), celebrado entre a Subprefeitura de Capela do Socorro e a empresa Construtora Anastácio Ltda., para locação de caminhão basculante de 9m^3, incluindo motorista e combustível, por 200h/mês, durante 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, no valor de **R$ 122.904,00** (cento e vinte e dois mil novecentos e quatro reais) utilizando a Ata de Registro de Preços n° 24/SIS/COGEL/2002, decorrente da Concorrência n° 24/SIS/COGEL/2001, analisada no TC n° 03.025/04, em trâmite nesta casa.

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

> *"Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos."*[2]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[3]

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

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[4]

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser*

---

[2] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[3] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[4] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.

imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição."[5] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)*"[6]

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

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

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

> "*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)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[7], 897[8], 899[9] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

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

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

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

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

---

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

tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

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

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

> "***Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública****. Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há*

> *decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo. Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

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

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

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

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

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[10], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

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

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

> **Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

Inclusive no que tangia a aplicação das causas interruptivas da mesma Lei Federal:

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos*. ***II – Aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI º5.509, como pode ser visto pelo Voto Relator do Ministro Edson Fachin, foi decidido que:

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de competência do Tribunal de Contas. A atividade de controle externo*

> *equipara-se, para fins de contagem do prazo prescricional, ao poder de polícia do Estado e, como tal, nos termos do art. 1º da Lei 9.873, de 1999, "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*"." (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022. Voto Relator Ministro Edson Fachin p. 16, Acórdão p. 24)

Perante esta consolidação do entendimento jurisprudencial do STF o TCU resolveu normatizar em 11/10/2022 a Resolução nº 344/2022, que disciplinou o instituto da prescrição na Corte considerando expressamente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509.

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM), recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

Seguindo a jurisprudência do STF, o exemplo do TCU com a sua Resolução 344/2022 e a Nota Recomendatória nº 02/2023 do Conjunto Atricon-IRB-Abracom-CNPTC, este TCMSP, em 07/06/2023, normatizou a Resolução nº 10/2023 que disciplina o instituto da prescrição nesta Corte.

Citada Resolução desta Corte de Contas Municipal acompanha o modelo da Resolução do TCU e o entendimento do STF ao expor em seu art. 1º que:

> ***"Art. 1º** A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas do Município de São Paulo, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões."*

Pois bem. Vigente a resolução normatizando a prescrição nesta Corte se tornou obrigatório analisar se os processos que tramitam em sua jurisdição estão prescritos.

Mencionada obrigação deve ser cumprida independente do momento processual, dado a natureza de matéria de ordem pública da prescrição, exceto os que já estão

transitados em julgado (regra do art. 17 da Resolução TCMSP nº 10/2023), de acordo com o que já firmou a jurisprudência do TCU:

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em tramitação no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).*" (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Complementarmente, por ser, reitera-se, matéria de ordem pública, o TCU também já se posicionou que a matéria da prescrição pode ser revista de ofício até em casos em que já houve decisão a negando anterior a entrada da resolução normativa:

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)
>
> A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

Feito estas considerações gerais acerca do histórico e consolidação do instituto da prescrição nos Tribunais de Contas é caso de analisar o caso concreto.

No que tange ao caso em tela, devem ser identificados primeiramente os marcos temporais em que pretensamente ocorreu decurso do lapso temporal prescricional.

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 20 de ambos os autos assim:

"TC 5641/2004: Assim, avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do último marco interruptivo (em 18/11/2015), consubstanciado na manifestação da Auditoria constante da peça 5, páginas 99/102 (correspondente às fls. 69/72 dos autos físicos)1 , decorreram-se mais de 5 anos, mostrando-se possível o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento disciplinadas pela aludida Resolução nº 10/2023.

TC 3025/2004: Assim, avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do último marco interruptivo (em 19/06/2008), consubstanciado na manifestação da Auditoria constante da peça 4, páginas 315/317 (correspondente às fls. 543/545 dos autos físicos)1 , decorreram-se mais de 5 anos, mostrando-se possível o reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento disciplinadas pela aludida Resolução nº 10/2023."

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

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

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

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente

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

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

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

(...)

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

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

quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:48:03 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 3.025/2004

TC 5.641/2004

DECLARAÇÃO DE VOTO

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

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

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

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

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

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

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

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

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

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

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

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

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em

12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

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

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

Diante de todo o exposto, acompanho o voto proferido pelo eminente Cons. Relator para conhecer dos trabalhos realizados nestes autos RECONHECENDO, quanto ao mérito, a incidência da prescrição nos presentes autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal, com a extinção do feito e seu correspondente arquivamento, por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, me parecendo adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023.

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

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 09/10/2023 12:11:24 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo