ACO-UTR-109/2024

Processo	-	TC/000217/2010
Interessada	-	São Paulo Transporte S.A
Objeto	-	Auditoria Extraplano Pessoal/Aposentadoria/Remuneração Complementar – Verificar se os recursos recebidos para pagamento de aposentadoria complementar foram aplicados no objeto de sua vinculação e se os controles são adequados

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

AUDITORIA EXTRAPLANO. SPTRANS. Verificar se os recursos recebidos para pagamento de aposentadoria complementar foram aplicados no objeto de sua vinculação e se os controles são adequados. 1. Verificada a prescrição tendo em vista que, do último marco temporal interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorridos mais de cinco anos. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, II, art. 6º, I e art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote 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 estes autos, 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 reconhecer a ocorrência da prescrição do presente, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, e julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único da referida Resolução.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à São Paulo Transporte S.A., 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, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/affo

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

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 04/04/2024 14:43:33 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

48ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 217/2010 - Auditoria

Objeto: Pessoal aposentadoria - remuneração complementar.
Interessadas: São Paulo Transporte S/A (*)
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Tratam os autos de Auditoria Extraplano (fls. 27-37) realizada junto à **São Paulo Transporte S/A - SPTRANS**, entre 26.01.2010 e 23.03.2010, a fim de verificar se os recursos recebidos foram aplicados no objeto de sua vinculação, qual seja, apurar a regularidade da aplicação dos recursos transferidos da PMSP para **complementação de aposentadoria** e se os controles são adequados.

Cumpre mencionar que a **complementação da aposentadoria** foi introduzida na Companhia Municipal de Transportes Coletivos (CMTC) em 07.01.1957 (Aviso nº 64) para contemplar empregados com 30 anos de serviço na CMTC ou nas empresas das quais se tornou sucessora legal. Esse benefício ficou limitado aos empregados que foram admitidos na empresa até 30.06.1972.

Conforme a Auditoria, a SPTrans informou que, atualmente, a complementação é requerida pelo interessado que apresenta cópias do RG e do CPF; no caso de dependentes, também são solicitadas certidões de casamento e de óbito e documento do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que comprove a situação de dependência.

A SPTrans faz um resumo da vida funcional do ex-empregado, com tempo a ser considerado e valores percebidos. A Gerência de Recursos Humanos - GRH pede autorização à Superintendência Jurídica – SJU para inclusão na folha de pagamento, quando é avaliado se o benefício é devido. O parecer da SJU subsidia a decisão da GRH. Há casos de inclusão por decisão judicial.

São feitos recadastramentos em janeiro e julho de cada ano: o beneficiário comparece *in loco* e faz declaração em formulário próprio (caso resida a mais de 100 km da Capital, declaração autenticada é remetida pelo correio), apresentando também extrato atual do INSS.

A Empresa também verifica os benefícios na página do INSS na internet, a fim de certificar-se se há alteração ou bloqueio do benefício. A folha de pagamento é feita pela própria SPTrans, e os valores são depositados em conta corrente indicada pelo beneficiário.

A exclusão é feita por comunicação dos familiares ou, em certos casos, quando a Origem inicia procedimento de averiguação após detectar bloqueio pelo INSS.

Em síntese, o Relatório de Auditoria Extraplano da Equipe de Fiscalização deste E. Tribunal referiu-se à origem da complementação da aposentadoria, relacionou os principais procedimentos internos, adotados pela SPTrans, bem como, por amostragem, realizou exames de prontuários alusivos a 24 beneficiários de complementação de aposentadoria e 19 beneficiários de complementação de pensão, com alusão aos grupos de beneficiários em faixas de valores mensais de complementação de aposentadoria e de pensão, chegando à seguinte conclusão:

> "4. CONCLUSÃO
>
> 4.1 - A complementação da aposentadoria foi introduzida na Companhia Municipal de Transportes Coletivos (CMTC) em 07.01.1957 (Aviso nº 64) para contemplar empregados com 30 anos de serviço na CMTC ou nas empresas das quais se tornou sucessora legal.
>
> Trata-se de prestação devida pela SPTrans a ex-empregados seus ou de empresas sucedidas ou seus dependentes, em obrigação integrante do contrato de trabalho.
>
> 4.2 - Movimentação dos Recursos (item 3.9)
>
> A SPTrans recebeu no exercício de 2009 o montante de R$ 32.548.963,00. Os recursos recebidos são gerenciados em fluxo de caixa específico – Aposentadoria Complementar – cujos demonstrativos financeiros evidenciam pagamentos no total de R$ 32.245.225,00. O saldo em 31.12.2009 do fluxo de caixa era de R$ 440.328.
>
> 4.3 - Controles Internos (itens 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7 e 3.8)
>
> Houve limitação do escopo dos procedimentos de auditoria para avaliação dos controles internos, tomados em conjunto, tendo em vista a não evidenciação, nos prontuários, de documentação de admissão de beneficiários aposentados há muito tempo, particularmente de empresas sucedidas pela CMTC
>
> Isto posto, em relação aos exames efetivamente realizados pela Auditoria, verificamos a necessidade de aprimoramento dos controles internos, em função dos seguintes aspectos:
>
> a) Há necessidade de normatização dos procedimentos, rotinas e atividades desenvolvidas em relação à concessão dos benefícios de complementação de aposentadoria.
>
> b) Ausência, nos prontuários dos beneficiários, de requerimento do benefício, extratos do INSS, certidões de casamento e óbito, e de pareceres jurídicos. Há necessidade de que seja procedida pela Empresa revisão dos prontuários, de forma que estes contenham todos os documentos essenciais para evidenciação da regular concessão dos benefícios.
>
> 4.4 - Assunção da Obrigação pela PMSP (item 3.10)
>
> Não ficou evidenciada a formalização da assunção pela PMSP da obrigação do pagamento da aposentadoria complementar dos empregados da SPTrans.
>
> 4.5 - Outras Constatações
>
> Constatamos situações que devem ser esclarecidas pela SPTrans:
>
> a) Quanto aos empregados não concursados que permaneceram na Empresa após a aposentadoria e informar se há casos presentes (item 3.5).
>
> b) Em relação a toda a situação verificada quanto ao empregado de prontuário nº **734.260-8**; a atribuição de frequência durante o afastamento, a permanência na Empresa após a aposentadoria, o longo período decorrido sem trabalho e com salário e a concessão da complementação (item 3.5).

> c) Quanto à concessão de complementação no cargo de 'Diretor de Escola do Senai', ocorrido no prontuário nº **36.166-6** (item 3.6)".

Após a expedição de Ofício por determinação do então Conselheiro Relator à SPTransportes S/A, a fim de que esta se manifestasse no prazo regimental, recebidos os aludidos esclarecimentos (fls. 46-76), a Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 79-82) relacionou as seguintes recomendações à SPTrans:

> "● ***Normatizar os procedimentos****, rotinas e atividades desenvolvidas com relação aos benefícios de complementação de aposentadorias e pensões;*
> ● *Proceder* ***revisão dos prontuários dos beneficiários de complementação de aposentadorias*** *e pensões.*
> Constatamos as seguintes irregularidades, cabendo à SPTrans a indicação dos responsáveis e do prejuízo ao erário:
> ● ***Concessão da complementação*** *ao* ***ex-empregado de prontuário nº 734.260-8****, bem como a atribuição de frequência durante o afastamento, a permanência na empresa após a aposentadoria e o longo período decorrido sem trabalho e com salário;*
> ● ***Concessão da complementação ao ex-empregado de prontuário nº 36.166-6*** *no* ***cargo "Diretor de Escola do SENAI"****.*
> A Origem não esclareceu e deve esclarecer as situações passadas de empregados **não concursados** que permaneceram na SPTrans após a aposentadoria e informar se há casos presentes.
> Por fim, a situação, com as informações de que dispomos até o presente momento, pode configurar, para a **SPTrans**, a **definição de empresa estatal dependente do artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal)**, ou seja, recebe recursos financeiros do ente controlador para pagamento de despesa de pessoal.
> Tendo em vista a gravidade da questão aqui tratada, faz-se imprescindível que a PMSP, pela Secretaria Municipal de Transportes e pela Secretaria de Negócios Jurídicos, manifeste-se quanto ao aqui apontado".

Após oficiada, a Origem apresentou novos esclarecimentos (fls. 88-140), e instada a se manifestar, a Auditoria (fls. 143-146) reforçou em seu parecer que a SPTrans, diante da manifestação do então Gerente de Administração de Recursos Humanos, Sr. José Carlos de Almeida Fonseca, iria acatar a recomendação de **normatização dos procedimentos** (fl. 136).

Em relação à **revisão dos prontuários**, subscrita pela Sra. Marluce Maria de Paula (DJ/SJU/TRA), esta admitiu que não havia localizado nenhum dos documentos citados anteriormente pela SFC, sob a justificativa de que um deles havia sido incinerado, e admitiu a questão da antiguidade dos documentos como motivo para a sua não localização (dado constante da fl. 110). Sobre esse quesito, assim opinou a Auditoria (fls. 143-144):

> "A ausência de documentos essenciais impede a verificação da regularidade da concessão dos benefícios, inviabilizando qualquer controle. Ainda assim, a Origem não manifestou aceitação quanto à recomendação de revisão dos prontuários.
>
> Lembramos que a despesa com a complementação de aposentadorias e pensões foi de R$ 32.245.255,00 no exercício 2009.
>
> Reiteramos a proposta de que se recomende à SPTrans a revisão dos prontuários dos beneficiários de complementação de aposentadoria ou pensão".

Quanto à afirmação da Auditoria em seu parecer de que "pode configurar, para a SPTrans, a definição de empresa estatal dependente do artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), ou seja, recebe recursos financeiros do ente controlador para pagamento de despesa de pessoal", em manifestação esposada pela Sra. Lúcia Helena Rodrigues Capela (DJ/SJU/TRI), foram transcritos trechos do Parecer DP/GJU nº 83/04, em alusão às Resoluções ns. 40/01 e 43/01 do Senado Federal, afirmando que a obrigação referente à complementação da aposentadoria é da PMSP; caso contrário, havendo modificação no tratamento contábil, isso obrigaria a SPTrans a pagar tributos sobre a receita (Cofins e Pasep), a ponto de afetar o seu resultado, podendo levá-la a apurar IR e CSLL a pagar (fl. 96).

Quanto ao referido apontamento, a Auditoria (fl. 144) discorreu sob esta perspectiva:

> "Em primeiro lugar, esclarecemos que não fizemos qualquer recomendação quanto ao tratamento contábil que a Origem adota.
>
> As Resoluções do Senado Federal mencionadas não tratam do assunto aqui analisado; a conceituação de empresa estatal dependente veiculada pelas Resoluções traz hipótese de exclusão apenas quanto aos casos de aumento de capital, questão inteiramente alheia ao objeto desta auditoria.
>
> A SPTrans entende que a obrigação é da PMSP e utiliza argumentação tautológica: a obrigação é da PMSP porque há dotação na lei orçamentária e há dotação na lei orçamentária porque a obrigação é da PMSP.
>
> Conforme já exposto nestes autos, trata-se de prestação devida pela SPTrans a ex-empregados seus ou de empresas sucedidas ou seus dependentes, em obrigação integrante do contrato de trabalho.
>
> Ou seja, a obrigação tem natureza trabalhista, portanto trata-se de despesa de pessoal da própria SPTrans, para a qual a empresa está recebendo recursos financeiros da PMSP, sua controladora.
>
> A lei orçamentária não gera essa obrigação para a PMSP, portanto não pode ser a fonte da suposta assunção da obrigação. Do mesmo modo, a PMSP não pode assumir obrigação desta espécie sem qualquer formalização, e a Origem não trouxe qualquer elemento que comprove a assunção.
>
> Observamos que, no orçamento municipal, a dotação 'Aposentadoria Complementar aos Servidores da São Paulo Transporte S/A" -- 20.10.09.273.0251 .4651.33904100 indica tratar-se de elemento de despesa 'contribuição' na função 'Previdência Social'
>
> A Origem não trouxe novos elementos, portanto, a situação, com as informações de que dispomos até o presente momento, pode configurar, para a SPTrans, a definição de empresa estatal dependente do artigo 2o, inciso 111d,a Lei Complementar nº 10 1/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), ou seja, recebe recursos financeiros do ente Controlador para pagamento de despesa de pessoal.
>
> Tendo em vista a gravidade da questão aqui tratada, faz-se imprescindível que a PMSP, pela Secretaria Municipal de Transportes e pela Secretaria de Negócios Jurídicos, manifeste-se quanto ao aqui apontado".

Em relação ao apontamento da Auditoria que versa sobre o não esclarecimento de situações passadas de **empregados não concursados**, a Sra. Marluce Maria de Paula 9DJ/SJU/TRA) afirmou que "os empregados admitidos antes de 1988, mesmo sem concurso público, e que permaneceram na empresa após a aposentadoria, exerceram um direito", tendo reiterado que a aposentadoria voluntária "não extingue o contrato de trabalho" e que não há registro de outros empregados nessa mesma situação.

Em contraposição, a Auditoria (fl. 145) sustentou a seguinte tese:

> "(...) a permanência do empregado não concursado, após a aposentadoria, configura violação dos princípios norteadores da Administração Pública (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), em especial os princípios da impessoalidade e da moralidade; viola, ainda, diretamente, a obrigatoriedade do concurso público (inciso II do mesmo artigo).
>
> Indicamos no relatório que, no caso do empregado de prontuário nº 39.118-2, a diferença entre o valor pago pelo INSS e o salário-base aumentou devido ao cargo em comissão ocupado após a aposentadoria, onerando a folha da complementação. O valor da complementação devida a esse ex-empregado, em dezembro/2009, era R$ 6.767,76.
>
> Observamos que, novamente, a Origem não esclareceu as situações passadas e presentes de aposentados que permaneceram na empresa.
>
> Reiteramos nosso apontamento anterior de que a SPTrans deve esclarecer as situações passadas de empregados não concursados que permaneceram na empresa após a aposentadoria e informar se há casos presentes".

Quanto à situação mencionada pela Auditoria do **ex-empregado de prontuário nº 734.260-8**, em manifestação subscrita pela Sra. Marluce Maria de Paula (DJ/SJU/TRA) a fls. 98/109, esta afirma que não teria havido irregularidade nem prejuízo ao Erário, haja vista que a Origem "não havia como não computar este tempo para efeito de complementação de aposentadoria", nem justificou por que a DH e a CGH teriam abonado o ponto, em período integral, a pagar os salários e descontar INSS do empregado. Ao final, justificou que "devido a inúmeras mudanças sofridas na empresa no decorrer dos anos, acabaram por deixar o empregado sem função" (fl. 105), o que explicaria o fato de ele receber salário sem trabalhar.

A SFC (fl. 145vº) considerou **irregular** a **concessão da complementação ao ex-empregado de prontuário nº 734.260-8**, uma vez que a Origem não explicou por que foi indicada frequência integral no período. E diante da dispensa de milhares de empregados por ocasião das mudanças ocorridas na CMTC/SPTrans, não haveria justificativa para a empresa ter mantido um empregado já aposentado que não tinha nenhuma função, tendo argumentado:

> "A SPTrans deve esclarecer toda a situação verificada quanto ao empregado de prontuário nº 734.260-8: a atribuição de frequência durante o afastamento, a permanência na Empresa após a aposentadoria, o longo período decorrido sem trabalho e com salário e a concessão da complementação; em cada caso, a Origem deve apontar os responsáveis e o prejuízo ao erário".

No que tange ao apontamento da Auditoria sobre o **cargo de "Diretor de Escola do Senai",** em manifestação de fls. 98/109, a Sra. Marluce Maria de Paula (DJ/SJU/TRA) afirmou

que "a CMTC oferecia cursos de aprendizagem, tendo para isso celebrado Termo de Acordo com o Senai".

Quanto a esse ponto, para a Auditoria (fl. 145vº), como não houve explicação sobre "a nomenclatura do cargo ocupado pelo ex-empregado", considerando que lhe era devido o valor da complementação, em dezembro/2009, de R$ 6.395,61, manteve a conclusão anterior de irregularidade da **concessão de complementação de aposentadoria ao ex-empregado de prontuário nº 36.166-6**, cabendo à SPTrans a indicação dos responsáveis e do prejuízo do Erário.

Em síntese, a Auditoria (fls. 145vº-146) apresentou as seguintes recomendações à SPTrans quanto aos controles internos:

> "● *Normatizar os procedimentos, rotinas e atividades desenvolvidas com relação aos benefícios de complementação de aposentadorias e pensões;*
>
> ● *Proceder revisão dos prontuários dos beneficiários de complementação de aposentadorias e pensões.*
>
> Constatamos as seguintes irregularidades, cabendo à SPTrans a indicação dos responsáveis e do prejuízo ao erário:
>
> ● *Concessão da complementação ao ex-empregado de prontuário no 734.260-8, bem como a atribuição de frequência durante o afastamento, a permanência na empresa após a aposentadoria e o longo período decorrido sem trabalho e com salário;*
>
> ● *Concessão da complementação ao ex-empregado de prontuário n' 36.166-6 no cargo 'Diretor de Escola do SENAI'.*
>
> A Origem não esclareceu e deve esclarecer as situações passadas de empregados não concursados que permaneceram na SPTrans após a aposentadoria e informar se há casos presentes.
>
> Por fim, a situação, com as informações de que dispomos até o presente momento, pode configurar, para a SPTrans, a definição de empresa estatal dependente do artigo 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), ou seja, recebe recursos financeiros do ente controlador para pagamento de despesa de pessoal.
>
> Tendo em vista a gravidade da questão aqui tratada, faz-se imprescindível que a PMSP, pela Secretaria Municipal de Transportes e pela Secretaria de Negócios Jurídicos, manifeste-se quanto ao aqui apontado".

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 149-164), ao acompanhar a Auditoria, trouxe o seguinte parecer:

> "(...) entendo procedentes as irregularidades apontadas pela Auditoria.
>
> De fato, não restou devidamente esclarecida a situação dos **empregados de prontuários nº 734.260-8 e nº 36.166-6**.

Com relação ao (...) prontuário nº 734.260-8 (...) entendo que a Origem deverá esclarecer se efetivamente o empregado esteve afastado ou não, indicando, ainda, sob que fundamento foi considerada normal a sua frequência durante tal período, ensejando o pagamento do salário e o consequente recolhimento ao INSS.

(...) a Origem deve informar sob que condições o ex-empregado manteve vínculo com a empresa, esclarecendo se foi em continuidade ao emprego anteriormente ocupado ou na condição de ocupante de cargo em comissão, bem como o que justificou a permanência do ex-empregado após a sua aposentadoria, por um período tão longo, sem qualquer função percebendo salário.

(...) quanto à complementação de aposentadoria de ex-empregado na condição de Diretor de Escola do SENAI – **prontuário nº 36.166-6** – entendo que a Origem deverá apresentar documentos que comprovem a existência do mencionado emprego, bem como que o ex-empregado em questão exerceu tal função, comprovando, ainda, o período de exercício.

Merece, ainda, esclarecimento a situação de aposentados que mantêm ou mantiveram por algum tempo, vínculo com a SPTrans após a aposentadoria.

Nesses casos a Origem deve informar se os empregados aposentados permaneceram no mesmo vínculo, sob o argumento de que a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho, ou se tais empregados passaram a ocupar vínculo em comissão.

(...) para o trabalhador da iniciativa privada, a aposentadoria não encerra o contrato de trabalho, existindo a possibilidade, de acordo com o interesse do empregador e do empregado, da continuidade do contrato de trabalho após a aposentadoria.

Entretanto, tal possibilidade não se estende aos empregos públicos, pela própria natureza do vínculo.

(...) Sobre emprego público, ensina a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro em sua obra 'Direito Administrativo' (...):

'o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante de cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos (...)' (18.ed., p. 450/451).

(...) o emprego público e o cargo são constitucionalmente previstos, sendo criados por lei e providos por concurso público, (...) **nas duas hipóteses a aposentadoria do ocupante dá causa a extinção do vínculo funcional**. (...) **admitindo, contudo**, (...) **a percepção de proventos de aposentadoria e a remuneração correspondente a cargo em comissão.**

Outro aspecto considerado pela Auditoria, diz respeito ao **empregado do prontuário nº 39.118-2**, para o qual foi apontado que **a diferença entre o valor pago pelo INSS e o salário-base aumentou em decorrência do cargo em comissão ocupado após a aposentadoria**.

Essa situação também deve ser esclarecida pela SPTRANS, uma vez que **para a complementação deve ser considerado o salário que o servidor percebia no momento da aposentadoria**, **não se justificando**, s.m.j., considerar-se para tanto **a remuneração do empregado decorrente de cargo em comissão** que tenha ocupado após a sua aposentadoria.

Por fim, não restou esclarecido o fundamento para o repasse anual para a SPTRANS, conforme dotação orçamentária específica no orçamento da Prefeitura, para fins de pagamento de complemento de aposentadoria.

> Desse modo, assiste razão à Auditoria quanto à necessidade de se esclarecer o fundamento legal para que a PMSP assumisse a despesa em questão, especialmente considerando as alterações ocorridas ao longo do tempo em relação a vantagens funcionais e previdenciárias, tratando-se a aposentadoria de benefício concedido a muitos anos, inicialmente previsto por ato de 1957.
>
> Ante o exposto, considerando a ausência de informações nos autos, bem como a necessidade de que a matéria reste esclarecida, entendo correta a sugestão da Auditoria, no sentido de que a questão seja submetida à Administração Direta, encaminhando-se Ofício à Secretaria Municipal de Transportes".

Após serem oficiadas a SPTrans, na pessoa do então Secretário, e a Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos, em nome do Secretário da época, cujas manifestações constam, respectivamente, de fls. 176-220 e 223-288, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 291-294), ao aludir ao fato de que parte da documentação encaminhada tratou-se de cópias de documentos já apresentados e avaliados pela Auditoria, reiterou o apresentado às fls. 145vº-146 e concluiu:

> "A Origem não trouxe elementos capazes de alterar as conclusões anteriores. Observamos, ainda, que a SPTrans atendeu apenas parcialmente à solicitação de esclarecimentos".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 298-309) acompanhou o parecer anterior da Auditoria às fls. 291/294, **mas reviu sua posição adotada em fls. 149/164**, segundo a qual era de que **a aposentadoria voluntária para o empregado público extingue o contrato de trabalho.**

O motivo de sua mudança de posição deveu-se a decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho[1], com fundamento na Orientação Jurisprudencial 361 da SBDI, acenando

[1] "AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E REMUNERAÇÃO. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.
Nega-se provimento ao agravo em que a reclamada não consegue desconstituir os fundamentos da decisão proferida no agravo de instrumento, no sentido de que a matéria suscitada no recurso de revista encontra-se pacificada pela Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-l do TST, segundo a qual a aposentadoria espontânea não constitui causa de extinção do contrato de trabalho, se o empregado permanecer prestando serviços após a jubilação. No que tange à circunstância de ser o reclamante empregado público, na decisão ora agravada foi devidamente afastado o argumento de que a extinção do vínculo é imposta pela Constituição Federal, ante a vedação à acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo público. Esta Corte Superior firmou jurisprudência de que a regra se aplica somente aos servidores ocupantes de cargo público efetivo de vínculo estatutário, sujeitos ao regime de aposentadoria especial. Quanto à hipótese em apreço, tratando-se de empregado público, cuja aposentadoria segue as regras do regime geral da previdência social (RGPS), não há tal vedação. Agravo a que se nega provimento.
Processo: Ag-AIRR - 1474-24.2010.5.12.0025 Data de Julgamento: 08/02/2012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, lª Turma, Data de Publicação: DEJT l0/02/2012."
"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. FUNDAÇÃO PADRE ANCHIETA. ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONUNUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. REINTEGRAÇÃO. 0Js 361 E 364 DA SBDI-l DO TST. Tratando-se de recurso submetido à regência da Lei 11.496/2007, irrelevante a tese de violação de dispositivo constitucional e da legislação ordinária. De outra parte, a decisão da Turma está em consonância com as Orientações Jurisprudenciais 361 e 364 desta Subseção, o que inviabiliza o apelo. Com efeito, a diretriz da citada OJ 364 prescreve que as fundações instituídas por lei e que recebem dotação do Poder Público para a realização de atividade de interesse do Estado ostentam natureza pública, ainda que detenham personalidade jurídica de direito privado. Logo, seus empregados são beneficiários da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT. Ademais, pacificado o entendimento de que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho (OJ 361 da SBDI-l do TST), restando incontroversa a continuidade da relação laboral, é nula a dispensa imotivada fundamentada na jubilação, o que respalda a reintegração determinada. Incabível o recurso de embargos, nos termos do art. 894, II, parte final, da CLT, sendo certo que a função uniformizadora deste Colegiado já foi cumprida. Recurso de embargos não conhecido. Processo: E-ED-RR - 84100-67.2006.5.02.0042. Data de Julgamento: 02/02/2012, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção l Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT l0/02/2012."

para a continuidade do contrato de trabalho após a aposentação do empregado público, cuja redação da OJ é a seguinte:

> "361. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO (DJ 20, 21 e 23.05.2008). A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral".

Ao adotar o **novo posicionamento**, concluiu a Jurídica:

> "Em face da posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em que pese a manifestação anterior desta ALCE, **entendo que a permanência em serviço após a aposentadoria dos empregados da SPTRANS por si só não deve caracterizar irregularidade**, devendo ser analisados os demais aspectos de cada caso individualmente" (destaques nossos).

Em face do acrescido pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Auditoria (fls. 313-314) opinou somente quanto ao ponto divergente que fora esposado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, qual seja, o que envolve a permanência em serviço de empregado público após a aposentadoria, tendo sustentado sua posição nos seguintes termos:

> "As decisões do TST consideram que a aposentadoria voluntária do empregado não constitui causa de extinção do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1) e que a vedação de acumulação de remuneração e proventos de aposentadoria aplica-se apenas aos servidores públicos estatutários e não aos empregados públicos.
>
> Como indicado em manifestações anteriores desta Coordenadoria, a posição que vem sendo expressa pelo STF é que não pode haver acumulação de proventos (aposentadoria e pensão) e vencimentos (salário) nas empresas públicas e sociedades de economia mista.
>
> (...) o STF reconheceu a repercussão geral da questão aqui colocada no RE nº 655.283-DF, ainda não julgado até a presente data.
>
> É certo que o regime dos empregados das sociedades de economia mista difere do regime dos funcionários públicos estatutários; no entanto, os empregados públicos estão também sujeitos às normas constitucionais que regem a Administração Pública.
>
> O regime dos empregados públicos é o da CLT que, no entanto, sofre derrogação parcial por normas de Direito Público, notadamente, a necessidade de concurso público e a proibição de acumulação de remuneração e proventos de aposentadoria.
>
> (...) a permanência no emprego do empregado público aposentado espontaneamente atinge o princípio constitucional da acessibilidade aos empregos públicos e propicia a possibilidade de eternização de um indivíduo em determinado emprego público.
>
> (...) podemos (...) afirmar que a permanência do empregado não concursado, após a aposentadoria, configura violação dos princípios norteadores da Administração Pública (artigo 37, caput, da Constituição Federal), em especial os princípios da impessoalidade e da moralidade; viola, ainda, diretamente, a obrigatoriedade do concurso público (inciso II do mesmo artigo).

> Lembramos, por fim, que a SPTrans não é empresa que explora atividade econômica, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal.
>
> Portanto, conhecido o posicionamento adotado pela d. Assessora da AJCE, **permitimo-nos adotar entendimento divergente** e **mantemos nosso entendimento anterior de irregularidade da permanência na SPTrans dos empregados após a aposentadoria**".

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em defesa dos interesses da Municipalidade, não cogitando adentrar no debate adstrito ao caráter axiológico da matéria, assim se manifestou:

> "A Fazenda, considerando prescindir o presente de análise axiológica ou. de mérito, face sua natureza documental, requer sejam, a Auditoria realizada e Informações e esclarecimentos de SPTrans, SMT e SNJ, conhecidos, para fins de Registro, sem embargo de assistir à C. Corte o alvitre de mandar expedir as 'Recomendações" que entenda apropriadas".

Na sequência, a Secretaria Geral (fls. 318-321), diante das manifestações da Coordenadoria V e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou neste sentido: "a presente auditoria encontra-se em condições de ser submetida à apreciação (...) para conhecimento e deliberação".

Por determinação do então Conselheiro Relator, diante do pronunciamento exarado pela Coordenadoria V à peça 6, retornaram os autos para a análise da Jurídica, que opinou, desta vez, pelo **rompimento do vínculo de aposentadoria de empregado público submetido ao Regime Geral de Previdência Social**, com base em novo entendimento da Suprema Corte em face da edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, publicada em 13.11.2019, que dispôs sobre novas regras de transição e disposições transitórias sobre o sistema previdenciário.

Assim opinou a Jurídica:

> "há que se considerar que o entendimento do STF era no sentido de que a concessão de aposentadoria voluntária não extinguia o contrato de trabalho, no entanto, para as aposentadorias concedidas a empregados públicos a partir da EC 103/2019, esse entendimento deverá ser alterado.
>
> (...) De acordo com publicação no site do Supremo Tribunal Federal[2], tendo em vista a alteração introduzida pela EC 103/2019, consta a seguinte decisão de 28.09.2020, no RE 655.283:
>
> > Decisão: Após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes e do voto da Ministra Cármen Lúcia, que acompanhavam a divergência do Ministro Edson Fachin para dar parcial provimento aos recursos extraordinários; e do voto do Ministro Dias Toffoli, que negava provimento aos recursos por fundamento autônomo distinto, qual seja, a inaplicabilidade do artigo 37, § 14, da CF/88 por força do art. 6º da EC nº 103/2019, e fixava a seguinte tese (tema 606 da repercussão geral): 'A natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativa e não trabalhista, o que atrai a competência da Justiça comum para julgar a questão. **A concessão de aposentadoria aos empregados públicos inviabiliza a permanência no emprego, nos termos do art.**

[2] http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4132643&numeroProcesso=655283&classeProcesso=RE.

> **37, § 14, da CRFB, salvo para as aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/09**, nos termos do que dispõe seu art. 6º, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Afirmou suspeição o Ministro Luiz Fux (Presidente). Plenário, Sessão Virtual de 18.9.2020 a 25.9.2020'.

> Da decisão acima transcrita é possível extrair duas conclusões: *i)* até a data da vigência da EC 103/2019 a aposentadoria concedida aos empregados públicos submetidos ao RGPS não ensejava o rompimento do vínculo; e *ii)* **a aposentadoria concedida após a vigência da referida EC 103/2019 aos empregados públicos submetidos ao RGPS acarreta o rompimento do vínculo**.
>
> À vista do exposto, reitero os termos da manifestação anterior desta Assessoria pela possibilidade de manutenção do vínculo após a aposentadoria de empregado público submetido ao Regime Geral de Previdência Social, conforme jurisprudência existente à época, ressaltando, contudo, que este entendimento se aplica às aposentadorias concedidas pelo RGPS até a data de entrada em vigor da EC 103/2019" (destaques nossos).

Na oportunidade de manifestar-se, a Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 15) opinou neste sentido:

> "Como bem apontado pela AJCE, o marco normativo foi modificado pela EC 103/2019, sendo que as aposentadorias posteriores a ela passaram a inviabilizar a permanência no emprego público.
> Esta Procuradoria acompanha o entendimento da AJCE nesse ponto, reiterando sua manifestação anterior, pelo registro das conclusões, reconhecendo-se a regularidade dos atos praticados.

Por derradeiro, a Secretaria Geral (peça 17) reiterou sua manifestação anterior às fls. 318-322, que acatou as conclusões da Coordenadoria V, tendo acompanhado o último parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo no tocante à questão envolvendo "permanência de emprego público no serviço após a aposentação", visto que a Emenda Constitucional nº 103/2019, de 13-11-2019, alterou o sistema de previdência social mediante a adoção de regras de transição e disposições transitórias, não mais havendo a possibilidade de o empregado público, submetido ao Regime Geral de Previdência Social, permanecer no emprego após a aposentadoria voluntária, nos termos no novo §14 ao artigo 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

> "Portanto, antes da edição da EC 103/2019 existia a possibilidade de manutenção do vínculo após a aposentadoria de empregado público submetido ao Regime Geral de Previdência Social, conforme jurisprudência existente à época ressaltando, contudo, que este entendimento se aplica às aposentadorias concedidas pelo RGPS até a data de entrada em vigor da EC 103/2019".

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 peça 22 dos 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

Tratam os autos de Auditoria Extraplano (fls. 27-37) realizada junto à **São Paulo Transporte S/A - SPTRANS**, entre 26.01.2010 e 23.03.2010, a fim de verificar se os recursos recebidos foram aplicados no objeto de sua vinculação, qual seja, apurar a regularidade da aplicação dos recursos transferidos da PMSP para **complementação de aposentadoria** e se os controles são adequados.

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

> *"Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos."*[3]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[4]

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

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[5]

[3] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[4] Tratuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[5] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -

o tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[6] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)*"[7]

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

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

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

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

Não obstante este entendimento, interessante pontuar que o TCU no art. 6º, inciso II, da instrução Normativa TCU º 71/2012, dispôs que ficava dispensada a instauração

MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.

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

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

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[8], 897[9], 899[10] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

O §5º, do art. 37, da Constituição Federal prevê que "*a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem*

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

prejuízos ao erário, ***ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento****.*" (grifos nossos)

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

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

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

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O debate do Plenário se revolveu na questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de*

> *ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> "**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

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

> apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

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

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

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

> "*Com fundamento nesses precedentes, é possível, portanto, sintetizar a orientação aplicável para a fixação e a contagem dos prazos prescricionais das ações de*

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

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

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

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

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

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

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

Mencionada obrigação deve ser cumprida independente do momento processual, dado a natureza de matéria de ordem pública da prescrição, exceto os que já estão transitados em julgado (regra do art. 17 da Resolução TCMSP nº 10/2023), de acordo com o que já firmou a jurisprudência do TCU:

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em*

> *tramitação no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).*" (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

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

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

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

Conforme asseverado pelo Chefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 49 dos autos "*avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria de 22/07/2010 (páginas 97/102 da peça 08), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso II, c/c art. 6º, inciso II, todos da Resolução 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[12] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[13] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[14] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[15] 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 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

[12] 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.
[13] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[14] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[15] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 16/11/2023 11:40:16 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo