ACO-UTR-419/2024

Processo	-	TC/002716/2003
Embargante	-	São Paulo Transporte S.A.
Objeto	-	Embargos de Declaração opostos contra o Acórdão de 05/6/2019 – São Paulo Transporte S.A. e Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros Intercoop – Contrato 2003/004 – Serviços de operação do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros, na modalidade comum, na Cidade de São Paulo

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SPTRANS. Serviços de operação do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros. Opostos em face da decisão que julgou irregular o contrato emergencial e aplicou multa. 1. Do marco interruptivo consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos, o que dá ensejo ao reconhecimento da prescrição. Art. 2º, art. 5º, IV, Res. TCMSP 10/2023. 2. Resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. 3. A decisão recorrida se baseou em dispositivos legais de alcance definido e concreto, bem como no teor do próprio processo/procedimento da contratação, não merecendo provimento ao recurso. PRESCRIÇÃO. Votação unânime. PARCIALMENTE PREJUDICADO excluindo a penalidade imposta. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em sede de embargos de declaração, 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, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, excluindo-se a penalidade imposta.

ACORDAM, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em julgar parcialmente prejudicados os embargos de declaração no que concerne à penalidade imposta, mantendo-se, no mais, o Acórdão recorrido.

Vencido parcialmente o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, consoante declaração de voto apresentada, divergiu por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, sendo mais adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual julgou extinto desde logo os presentes autos, assim como exarou determinação à Origem.

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

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

São Paulo, 22 de novembro 2023.

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

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 13:57:31 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:09:59 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

49ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PLENO

TC nº 2716/2003 – Embargos de Declaração (Análise)

Objeto: Serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, na modalidade comum.
Interessado: São Paulo Transporte S/A
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

Relatório

Cuida o TC 2.716-2003 de Embargos de Declaração interpostos pela São Paulo Transporte S.A. (peças 25 e 26), objetivando a reforma do Acórdão proferido na 3.042ª Sessão Ordinária (peça 12), quando foi analisado o contrato nº 2003/004, celebrado entre a São Paulo Transporte - SPTrans e a INTERCOOP - Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros, objetivando a prestação de serviço de operação de transporte coletivo público de passageiros, na modalidade comum, na cidade de São Paulo, para o período de 45 dias contados a partir de 13.12.2002 (fls. 94/113).

Trata-se de uma contratação emergencial firmada nos termos do artigo 24, inciso IV da Lei Federal 8.666/93.

À peça 02, consta o v. Acórdão, prolatado na 2.543ª Sessão Ordinária desta Corte, contendo a seguinte decisão:

> **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, **por maioria**, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES, consoante voto apresentado em separado, e ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro no exercício da Presidência EURÍPEDES SALES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em **julgar irregular** o Contrato 2003/004, uma vez que as infringências ocorridas, especialmente no que se refere à remessa extemporânea de documentos e à ausência de autuação do processo administrativo, não se tratam de simples atenção ao formalismo exacerbado, deixando, ainda, de aceitar seus efeitos financeiros.
>
> **ACORDAM**, ademais, **por maioria**, pelos mesmos votos, em **aplicar ao signatário do ajuste a multa** no valor de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais), com fundamento no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.
>
> Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos do seu relatório e voto, e ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor que acolheram o Contrato 2003/004,

> tendo em vista que as impropriedades apontadas foram superadas no decorrer da instrução, bem como em homenagem ao princípio da segurança jurídica, considerando que o ajuste foi celebrado em 2003.
>
> Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.
>
> Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.
>
> Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de março de 2011.
>
> EURÍPEDES SALES Conselheiro no exercício da Presidência, com voto
> EDSON SIMÕES Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do artigo 136, § 7º, do Regimento Interno desta Corte.

Às fls. 301-308 (peça 28), consta Recurso Ordinário interposto pela **PFM** contra o v. Acórdão de peça 02.

Às fls. 329-340 (peça 28), consta Recurso Ordinário interposto pelo sr. Maurício Thesin, ex Diretor da SPTrans, contra o v. Acórdão de peça 02.

Às fls. 342-350 (peça 28), consta Recurso Ordinário interposto pela sra. Maria Olívia Guerra Aroucha, ex Diretora da SPTrans, contra o v. Acórdão de peça 02.

Às fls. 361-369 (peça 28), consta Recurso Ordinário interposto pelo sr. Eliel Rodrigues Marins, ex Diretor da SPTrans, contra o v. Acórdão de peça 02.

Às fls. 372-380 (peça 28), consta Recurso Ordinário interposto pelo sr. Sérgio Antunes de Oliveira e Souza, ex Diretor da SPTrans, contra o v. Acórdão de peça 02.

Às fls. 329-340 (peça 28), consta Recurso Ordinário interposto pelo sr. Maurício Thesin, ex Diretor da SPTrans, contra o v. Acórdão de peça 02.

À peça 12 (fls. 413 - peça 28) consta o v. **Acórdão** proferido na 3.042ª S.O., de 05.6.2019, que, **à unanimidade**, conheceu dos recursos. No mérito, **por maioria**, negou provimento aos recursos no que se refere à irregularidade do Contrato nº 2003-004 e à aplicação da multa e, **ainda por maioria**, deu provimento parcial aos recursos somente para aceitar os efeitos financeiros decorrentes do contrato.

Às fls. 427-430 (peça 28), consta o recurso de Embargos de Declaração interposto pela SPTrans.

À peça 36, consta a **Certidão** da Unidade Técnica de Cartório, Cadastro e Arquivo com o seguinte teor:

> "Providenciada a junção dos Embargos de Declaração interpostos pela São Paulo Transporte S.A. (peças 25 e 26), objetivando a reforma do Acórdão de peça 12,

> considerando que Mauricio Thesin, Eliel Rodrigues Marins, Maria Olivia Guerra Aroucha e Intercoop-Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros deixaram transcorrer in albis o prazo para eventual interposição de recurso, todos regularmente oficiados (peças 15 a 22, 24, 33 e 34), encaminho os autos a Vossa Excelência, relator do decisório recorrido, para deliberação quanto ao prosseguimento do feito.
>
> Informo ainda, restar pendente a redistribuição do processado, em virtude do Recurso Ordinário interposto pela São Paulo Transporte S.A (peças 30 a 32)."

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 39, 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

Cuida o TC 2.716-2003, **nesta fase**, de análise dos Embargos de Declaração interpostos pela São Paulo Transporte S.A. (peças 25 e 26), objetivando a reforma do Acórdão proferido na 3.042ª Sessão Ordinária (peça 12), quando foi analisado o contrato nº 2003/004, celebrado entre a São Paulo Transporte - SPTrans e a INTERCOOP - Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros, objetivando a prestação de serviço de operação de transporte coletivo público de passageiros, na modalidade comum, na cidade de São Paulo, para o período de 45 dias contados a partir de 13.12.2002 (fls. 94/113).

A decisão proferida na 3.042ª Sessão Ordinária que julgou os recursos da PFM e SPTrans decidiu o que segue:

> *"A C Ó R D Ã O*
> *Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, após determinação de Sua Excelência, na 3.037ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.*

> *ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.*
> *ACORDAM, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, conforme voto proferido em separado, DOMINGOS DISSEI e ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, votando para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em negar provimento aos recursos no que tange à irregularidade do Contrato 2003/004 e à aplicação da multa.*
> *Vencidos, nesta parte, o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO, que deram provimento para julgar regular o ajuste e afastar a multa aplicada.*
> *ACORDAM, ainda, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO, em dar provimento parcial aos recursos somente para aceitar os efeitos financeiros decorrentes do contrato.*
> *Vencido, neste tópico, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.*
> *ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.*
> *Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, DOMINGOS DISSEI e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.*
> *Presente, nesta sessão, sem direito a voto, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, uma vez que o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO proferiu voto na 3.037ª S.O.*
> *Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.*
> *Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de junho de 2019.*
> *ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto*
> *EDSON SIMÕES – Conselheiro Revisor prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte"*

Alega a SPTrans em seus embargos declaratórios que o acórdão proferido teria suposta omissão por não ter enfrentado argumento trazido em seu recurso ordinário, requerendo que a decisão "seja alterada" (peça 25).

> *"IV - DOS PEDIDOS*
> *Diante do exposto, considerando que as infringências apontadas relavas às extemporâneas remessa de documentos e autuação de processo administravo, por espelharem jurisprudência já consolidada neste Tribunal, não estariam a refletir, por si só, irregularidade tal a macular o contrato celebrado pela SPTrans, requer-se:*
> *seja suprimida a omissão constante do Acórdão em comento;*
> *seja alterada[6] a decisão anterior que julgou irregular o Contrato nº 2003/004 e que manteve a aplicação de multa;*
> *seja concedido efeito suspensivo ao Acórdão recorrido."*

Sintetizada as razões recursais, é caso de primeiramente enfrentar a questão **preliminar de mérito** da prescrição.

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

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

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

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

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

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

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

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão

1 Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
2 Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
3 RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.
4 Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
5 Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> 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 da tomada de contas especial na hipótese houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

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

> "*A prescrição para aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do TCU regula-se pelo prazo vintenário do antigo código civil ou decenário, para o vigente, contada somente após a sua constituição, ou seja, após a publicação do acórdão condenatório, e não desde o fato gerador.*" (Acórdão 771/2010-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)
>
> "*Na ausência de prazo prescricional específico para o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, aplica-se aos processos de controle externo o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.*" (Acórdão 670/2013-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal*

> *não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)
>
> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*." (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666 [6], 897 [7], 899 [8] em 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

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

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[9], com efeito *erga omnes,* que determinou

9 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS.

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 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)

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)

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 39 dos autos, *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 16/03/2011 (páginas 406/407 da peça 27), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, todos da Resolução 10/2023)".*

Consoante o exposto, a AJCE apontou que entre a ocorrência dos marcos interruptivos apontados decorreu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º da referida Resolução, sem a ocorrência de demais causas suspensivas ou interruptivas.

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas, o que, consequentemente, resulta no afastamento da pena de multa aplicada no Acórdão recorrido.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)[10]

Assim, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório do Acórdão guerreado.

Tratada da preliminar de mérito da prescrição, é o caso de analisar o mérito da pretensão recursal.

Alega a SPTrans em seus embargos declaratórios que o acórdão proferido teria suposta omissão por não ter enfrentado argumento trazido em seu recurso ordinário, requerendo que a decisão "seja alterada" (peça 25).

[10] Art. 13. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento do processo, a expedição de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

Inobstante, não se vislumbra da decisão proferida qualquer omissão que mereça ser esclarecida ou obscuridade que mereça ser aclarada. Isso porque os autos trazem elementos e razões suficientes de convencimento, especialmente quanto aos votos proferidos pelos Nobres Conselheiros desta Casa de Contas que não deixam dúvida quanto a decisão.

As irregularidades apontadas foram enfrentadas nos julgamentos não restando margem para qualquer aclareamento da decisão proferida pela Plenário desta Corte.

Ademais, a SPTrans busca "alterar" a decisão, tendo os presentes embargos de declaração claro caráter infringente, o que não se admite.

E quanto ao também alegado no recurso, de que as decisões administrativas devem ser analisadas pelos órgãos controladores e judiciais e não com base em valores jurídicos abstratos, segundo comando do artigo 20 da LINDB, restou assinalado que a decisão recorrida não se baseou em valores jurídicos abstratos, mas sim em dispositivos legais de alcance definido e concreto, bem como no teor do próprio processo/procedimento da contratação, não merecendo provimento ao recurso nestes tópicos.

Sendo assim, o recurso ora apreciado não tem o condão de modificar as irregularidades consideradas no julgamento.

Diante de todo o exposto, voto pelo **reconhecimento da ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, excluindo-se a penalidade imposta.

Quanto ao mérito, **JULGO PARCIALMENTE PREJUDICADO** os Embargos de Declaração no que concerne à penalidade imposta, mantendo, no mais, o Acórdão recorrido quanto à declaração de irregularidade do ajuste, que já teve seus efeitos financeiros acolhidos, ficando afastada a multa aplicada em razão do reconhecimento da prescrição.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 02/02/2024 10:14:49 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

49ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PLENO

TC nº 2716/2003 – Embargos de Declaração (Análise)

Objeto: Serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, na modalidade comum.

Interessado: São Paulo Transporte S/A

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

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 Conselheiro Relator **RECONHECENDO** a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal.

Em relação aos demais aspectos do julgamento, **DIVIRJO** do eminente Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, parecendo-me adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual **JULGO EXTINTO** os presentes autos.

Outrossim**,** proponho o encaminhamento do Relatório, do 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, e ciência das demais partes interessadas, com posterior arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente
por JOAO ANTONIO
DA SILVA FILHO
Data: 02/02/2024
12:19:10 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 2.716/2003

2º Julgado - 3.042ª Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o contrato emergencial, não aceitando os efeitos financeiros e aplicou multa. Serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros. SPTRANS. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS PARCIALMENTE para aceitar os efeitos financeiros. Votação por maioria.

1º Julgado - 2.543ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SPTRANS. Serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros. Ausência de autuação de processo e de CND. INSS. Publicação extemporânea. Inexistência de despacho. Ausência de critérios para utilização de mão de obra de Cooperativa. Falta de remessa SERI. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. Votação por maioria.
Relatório e voto englobado TC 2.714/2003
TC's citados 844/2004 e 845/2004

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Vice-Presidente ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, após determinação de Sua Excelência, na 3.037ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, conforme voto proferido em separado, DOMINGOS DISSEI e ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, votando para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno

deste Tribunal, em negar provimento aos recursos no que tange à irregularidade do Contrato 2003/004 e à aplicação da multa.

Vencidos, nesta parte, o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO, que deram provimento para julgar regular o ajuste e afastar a multa aplicada.

ACORDAM, ainda, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO, em dar provimento parcial aos recursos somente para aceitar os efeitos financeiros decorrentes do contrato.

Vencido, neste tópico, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, DOMINGOS DISSEI e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.

Presente, nesta sessão, sem direito a voto, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, uma vez que o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO proferiu voto na 3.037ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de junho de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto

EDSON SIMÕES
Conselheiro Revisor prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Trata o TC 2.716/03*30 da análise do Contrato 2003/004, firmado entre a São Paulo Transporte e a Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros para serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, na qualidade comum, pelo valor de R$ 830.000,00.

Nesta fase processual, em análise os recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 301/308) e pelos Srs. Eliel Rodrigues Marins (fls. 361/369), Sérgio Antunes de Oliveira e Souza (fls.372/381), Maurício Thesin (fls.329/340) e Maria Olivia Guerra Aroucha (fls.342/350), bem assim pela São Paulo Transporte S/A (fls.352/360), contra o v. Acórdão de fls. 297/298, que, por maioria, julgou irregular o Contrato 2003/004, pelas infringências ocorridas quanto à remessa extemporânea de documentos e à ausência de autuação do processo administrativo, deixando, ainda, de aceitar seus efeitos financeiros.

Decidem, ainda, por maioria, em aplicar ao ordenador da despesa a multa no valor de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais), com fundamento no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.

Pleiteia o Órgão Fazendário a reforma da Decisão, para que seja acolhido o ato questionado, tornando-se insubsistente a multa aplicada ao responsável pela despesa, ou, ao menos, reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Os demais interessados, demandam a reforma do r. julgado para fim de ser julgada regular a contratação realizada entre a São Paulo Transporte S/A e a Cooperativa de Transporte Urbano de Passageiros INTERCOOP aduzindo que a contratação teve por objeto a situação emergencial existente às vésperas da assinatura destes contratos, não ocorrendo nenhuma manobra para frustrar o devido procedimento licitatório, dada a natureza singular do objeto, observando afinal que houve "fiel cumprimento ao contrato, de acordo com a proposta apresentada", já que não houve prejuízo, má-fé ou dolo e a finalidade do contrato foi alcançada.

Alegam, ainda, considerando que a SPTRANS é uma sociedade de economia mista pertencente à Administração Indireta do Município de São Paulo, dotada de personalidade jurídica de direito privado e autonomia administrativa e gerencial, porém, nas normas administrativas, não está subordinada hierarquicamente ao ente que a criou.

A AJCE, às fls. 387/394, aborda com precisão as questões versadas nos recursos oferecidos, entendendo pelo conhecimento dos recursos e no mérito, pelo provimento parcial dos mesmos, para fins de reconhecimento dos efeitos financeiros. Esse entendimento foi endossado pelo Assessor Subchefe de Controle Externo, às fls. 395.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 398) requer conhecimento e provimento dos recursos interpostos para reforma da Decisão de fls. 297/298.

A Secretaria Geral entendeu que os recursos interpostos merecem ser recebidos, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 140 do Regimento Interno e, no mérito, acompanhando os termos

da manifestação da AJCE, às fls.387/396, e do fato de a contratação já ter criado direitos subjetivos para terceiros, propôs a reforma parcial do julgado para o fim de aceitar os efeitos financeiros produzidos.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelos Srs. Eliel Rodrigues Marins, Sérgio Antunes de Oliveira e Souza, Maurício Thesin e Maria Olivia Guerra Aroucha, bem como pela São Paulo Transporte S/A, contra o Venerando Acórdão de fls. 297/298, que, por maioria, julgou irregular o Contrato 2003/004, deixando de aceitar seus efeitos financeiros e aplicando multa ao responsável.

Pleiteiam os Recorrentes a reforma da Decisão, para que seja acolhido o ato questionado, tornando-se insubsistente a multa aplicada ao responsável pela despesa, ou, ao menos, reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Preliminarmente, entendo admissíveis os recursos interpostos, por terem observado os requisitos legais e regimentais aplicáveis.

Sobre o mérito, observo que as irregularidades consistiram em infringência quanto à remessa extemporânea de documentos a este Tribunal e à ausência de autuação do processo administrativo.

Relativamente à remessa extemporânea de documentos a este Tribunal, a falha constitui impropriedade de ordem formal, insuficiente para invalidar a contratação.

No que diz respeito à ausência de autuação de processo administrativo, protocolado e numerado, contendo os documentos previstos no art. 38, da Lei Federal 8.666/93, destaca-se que a Origem teria solucionado plenamente a questão, com a edição de regulamento interno definindo detalhadamente os procedimentos para formalização dos processos administrativos de contratação.

Ademais, este Tribunal entendeu nos autos do TC 3.917.03-28 que a ausência de processo administrativo formalmente completo não é falha revestida de gravidade suficiente para ensejar a irregularidade dos ajustes.

Assim, observa-se dos autos que não houve qualquer demonstração de prejuízo oriundo da contratação, não remanescendo, ainda, indícios de dolo, má-fé ou fraude na conduta praticada pelo agente público responsável à época.

Diante de todo o exposto, CONHEÇO dos Recursos interpostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, DOU-LHES PROVIMENTO INTEGRAL para o fim de julgar regular o Contrato 2003/004, aceitando, por consequência seus efeitos financeiros e afastando a multa aplicada ao responsável.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente. (3.037ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Acompanho o Relator para CONHECER dos recursos Interpostos em 2011, vez que presentes os requisitos de admissibilidade e, no mérito, com base nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Secretaria Geral e mantendo a coerência do voto por mim proferido DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO APENAS PARA ACEITAR OS EFEITOS FINANCEIROS diante da falta, nos autos, de efetivos prejuízos ao erário e do tempo há muito decorrido (3.737ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Vice-Presidente Roberto Braguim, no exercício da Presidência

Os presentes autos cuidam de Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, Eliel Rodrigues Marins, Sérgio Antunes de Oliveira e Souza, Maurício Thesin, Maria Olivia Guerra Aroucha, e pela São Paulo Transporte S/A, em face do v. Acórdão de fls. 297/298, que, por maioria, julgou irregular o Contrato 2003/004, pela remessa extemporânea de documentos a este Tribunal e ausência de autuação de processo administrativo, não aceitou os efeitos financeiros, aplicando aos signatários do Ajuste multa no valor de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais).

O Relator Conselheiro Presidente João Antônio, na Sessão Ordinária 3037, conheceu dos Recursos, por terem preenchido os requisitos legais e regimentais, no que foi seguido pelos demais Conselheiros.

No mérito, deu-lhes provimento integral para julgar regular o Contrato 2003/004, aceitando os efeitos financeiros e afastando a multa aplicada, posto que entendeu superáveis as falhas originalmente apontadas, observando, ademais, que não houve demonstração de prejuízo, bem como indícios de dolo, má-fé ou fraude do agente responsável pela contratação, decisão acompanhada na íntegra pelo Conselheiro Substituto Alexandre Cordeiro.

O Conselheiro Revisor Edson Simões, com base nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, mantendo posicionamento por ele adotado em sede do julgamento inicial, deu provimento parcial aos Recursos apenas para aceitar os efeitos financeiros do Ajuste, considerando a ausência de efetivo prejuízo comprovado nos autos e do tempo decorrido.

Por sua vez, o Conselheiro Domingos Dissei negou provimento a todos os Recursos interpostos, mantendo o v. Acórdão recorrido, pelos seus próprios fundamentos.

Destarte, houve empate na votação quanto ao Aresto de mérito infirmado nos autos, bem como com relação à multa aplicada aos signatários do Ajuste, e no uso da competência ditada pelo artigo 26, inciso IX, do Estatuto Regimental, avoquei o processo para prolação do Voto de Desempate.

Na espécie, adoto a corrente perfilhada pelos Conselheiros Edson Simões e Domingos Dissei, considerando que as infringências consistentes na ausência de autuação do Processo Administrativo, bem como atraso na remessa de documentos a esta Corte de Contas, à época, eram práticas recorrentes daquela Empresa, não cabendo assim a aplicação de qualquer atenuação ao Aresto recorrido, pelo que no que tange ao Contrato, mantenho sua irregularidade, o mesmo decidindo quanto à permanência da multa, restando improvidos os Recursos.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

O Tribunal decidiu:

I – Preliminarmente, à unanimidade, conhecer dos Recursos interpostos posto que preencheram os requisitos legais e regimentais;

II – No mérito, por maioria, com Voto de Desempate do Presidente, negar provimento aos Recursos para manter a decisão recorrida na parte que julgou irregular o Contrato 2003/004 e aplicou aos signatários do Ajuste multa no valor de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais);

III – Por maioria, dar provimento parcial aos Recursos para aceitar os efeitos financeiros decorrentes.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 2.714/2003 e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro no exercício

da Presidência EURÍPEDES SALES, após determinação de Sua Excelência, na 2.542ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, para proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM, tendo os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor votado na 2.429ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES, consoante voto apresentado em separado, e ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro no exercício da Presidência EURÍPEDES SALES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em julgar irregular o Contrato 2003/004, uma vez que as infringências ocorridas, especialmente no que se refere à remessa extemporânea de documentos e à ausência de autuação do processo administrativo, não se tratam de simples atenção ao formalismo exacerbado, deixando, ainda, de aceitar seus efeitos financeiros.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar ao signatário do ajuste a multa no valor de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais), com fundamento no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos do seu relatório e voto, e ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor que acolheram o Contrato 2003/004, tendo em vista que as impropriedades apontadas foram superadas no decorrer da instrução, bem como em homenagem ao princípio da segurança jurídica, considerando que o ajuste foi celebrado em 2003.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de março de 2011.

EURÍPEDES SALES
Conselheiro no exercício da Presidência, com voto

EDSON SIMÕES
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do artigo 136, § 7º, do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento, os contratos celebrados pela SPTRANS com as cooperativas COOTURB (contrato nº 2003/003) e INTERCOOP (contrato nº 2003/004), realizados com dispensa de licitação em regime emergencial, para a prestação de serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, na modalidade comum.

A Auditoria opinou pelo não acolhimento dos ajustes, apontando as seguintes irregularidades:

Contrato 2003/003 – COOTURB:

a) falta de CND à época da contratação;
b) falta de autuação de PA;
c) publicação da resolução de Diretoria após a lavratura do contrato e ausência de despacho de ratificação;
d) ausência de justificativa da escolha da contratada e do preço estabelecido;
e) a cooperativa absorveu parte da mão-de-obra da cooperativa que operava anteriormente, através de convênio não prorrogado, em virtude de má qualidade do serviço prestado, porém não constam os critérios de absorção dos empregados;
f) não encaminhamento das informações no prazo estabelecido a esta Corte de Contas.

Em relação ao Contrato nº 2003/004 celebrado com a INTERCOOP, apontou que incidiram as mesmas irregularidades constantes dos itens “b”, “c”, “d” e “f” retro elencados, acrescentando, além desses, que a cooperativa foi registrada na Junta Comercial menos de um mês antes da lavratura do contrato; que na constituição da cooperativa assinaram menos cooperados (45) do que consta da informação referente ao número de funcionários da cooperativa (360) e que os anexos foram assinados pelo responsável técnico sem a indicação dos dirigentes da cooperativa.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu evidenciada a situação emergencial e considerou superadas ou passíveis de relevação as demais questões apontadas, com exceção da ausência de justificativa do preço, da escolha do contratado e da ausência de CND, razão pela qual acompanhou a Auditoria pela irregularidade.

Após a apresentação de defesa pelos interessados, a Auditoria manteve o posicionamento pela irregularidade dos ajustes, mas considerou superada a questão relacionada à justificativa da escolha das contratadas e do preço fixado nos ajustes.

A AJCE acompanhou a Auditoria e entendeu que ficou esclarecido, em ambos os contratos, o motivo da escolha das contratadas, eis que outras empresas não se dispuseram a operar nos locais abrangidos, bem como o

preço ajustado, manifestando-se pelo acolhimento do contrato celebrado com a INTERCOOP e pela rejeição do ajuste celebrado com a COOTURB, diante da ausência de CND.

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que as falhas são passíveis de relevação e propugnou pelo acolhimento dos ajustes.

Por fim, a Secretaria Geral considerou adequada a conduta da origem ao promover as contratações de forma direta, estando a emergência plenamente configurada, mas que o contrato nº 2003/003, celebrado com a COOTURB, não reunia condições de acolhimento diante da ausência de CND.

Já em relação ao contrato nº 2003/004, celebrado com a INTERCOOP, considerou supridas as irregularidades apontadas e as de natureza formal passíveis de relevação, razão pela qual opinou pelo seu acolhimento sem embargo das determinações cabíveis, em face das impropriedades apontadas.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

As impropriedades de natureza formal, quais sejam, a não autuação de processo administrativo e remessa extemporânea de documentos a esta Corte de Contas, foram consideradas passíveis de relevação, de forma que, não obstante todas as discussões realizadas neste Plenário acerca da primeira delas, relacionada a não instauração de processo administrativo, deixarei de tecer considerações mais aprofundadas para acatar as sugestões dos Órgãos pré-opinantes e relevá-la, inclusive porque, a exemplo do que ocorreu no TC nº 72.003.917.03-28, nos processos em julgamento estão presentes os mesmos elementos tidos por relevantes naquela situação, para se poder concluir que a irregularidade não está revestida de gravidade suficiente para dar ensejo à rejeição dos ajustes.

As irregularidades apontadas, não obstante a gravidade de algumas, foram superadas no decorrer da instrução, sobretudo diante das informações introduzidas pela Origem e pelos ordenadores das despesas, restando a falha relacionada à ausência de CND por ocasião da assinatura do ajuste, no caso do contrato nº 2003/003 celebrado com a COOTURB.

Neste aspecto, cumpre ponderar que reconhecida a presença dos elementos indispensáveis para a invocação da situação emergencial a respaldar a contratação direta, de forma unânime, os Órgãos Técnicos desta Corte reconheceram que a justificativa para a escolha das contratadas restou configurada, diante da cabal demonstração de que nenhuma outra empresa se propôs a assumir os serviços oriundos de convênios não prorrogados pela sua má execução.

Como se denota, por tratar-se de serviço indispensável e essencial que não pode sofrer prejuízo de continuidade, restou justificada a contratação emergencial. Demonstrado também ficou que nenhuma outra empresa se dispôs a assumir os serviços prestados no bairro de Itaquera, local da sede da contratada, de forma que para garantir a continuidade do serviço não restou alternativa à contratante senão contratar de imediato a cooperativa e exigir a posterior demonstração da regularidade com o INSS, dando ênfase ao princípio da supremacia do interesse público. Nesse sentido, as alegações de defesa devem ser ponderadas, uma vez que enfatizaram que se tratava de escolher entre atender à população local, carente de transporte público e sem alternativa de locomoção, ou dar cumprimento à exigência legal.

Não se discute a exigência da certidão negativa de débito com o INSS como absolutamente indispensável e obrigatória. Sobre essa questão, já tive oportunidade de me manifestar com o entendimento segundo o qual a Carta Magna veda expressamente a contratação pelo Poder Público de empresas inadimplentes com o sistema da seguridade social.

Contudo, determinadas situações exigem do julgador ponderação entre o atendimento da exigência constitucional e a manutenção do serviço público de caráter essencial, que deverá se dar à luz do princípio da razoabilidade.

Por óbvio que tais considerações devem sempre ser aplicadas aos casos concretos merecedores de proteção, não cabendo sua invocação a toda e qualquer situação de forma indiscriminada. Neste caso concreto, parece razoável a conclusão no sentido de que a continuidade da prestação dos serviços deve prevalecer, já que essenciais, sem a possibilidade de olvidar o que representa o transporte público numa megalópole como São Paulo, de modo que tal vício poderia ser relevado, ainda que violada a ordem jurídica, diante de outros valores a proteger igualmente albergados pelo ordenamento.

Em face de todo o exposto e das informações contidas nos autos e ainda em homenagem ao princípio da segurança jurídica, considerando que os ajustes foram celebrados em 2003, ACOLHO os contratos nº 2003/003 e nº 2003/004 celebrados pela SPTRANS, respectivamente, com as cooperativas COOTURB e INTERCOOP, sendo que, no tocante ao primeiro ajuste, o faço em caráter excepcional, ante a ausência de CND. (2.429ª S.O.).

VOTO EM SEPARADO englobado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Conforme se pode inferir dos autos, após a apresentação das justificativas pela Origem, esclarecendo as razões de escolha das Contratadas, os preços estabelecidos, bem como a caracterização da situação de emergência, apta a configurar a hipótese inserta no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93,

remanesceram as seguintes irregularidades para o **Contrato nº 2003/003,** analisado no TC nº **2.714/2003:**

a) Ausência de Certidão Negativa de Débito – CND do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, à época da contratação, com infringência ao § 3º do artigo 195 da Constituição Federal;

b) Falta de autuação do processo administrativo, com ofensa ao disposto no artigo 38 da Lei 8.666/93;

c) Publicação do despacho da diretoria após a lavratura do contrato;

d) Inexistência de despacho de autorização;

e) Absorção/utilização, pela Cooperativa Contratada, de parte da mão de obra da cooperativa que operava anteriormente, sendo que tal convênio não foi prorrogado em virtude da má qualidade do serviço prestado, bem como ausência de critérios para a utilização dessa mão de obra;

f) Não encaminhamento das informações, via sistema SERI, para este Tribunal, infringindo o disposto no § 2º da Instrução Normativa nº 01/02 deste Tribunal.

Com relação ao **Contrato nº 2003/004**, objeto do TC nº **2.716/2003,** remanesceram as impropriedades dos itens **"b", "c", "d" e "f"** retroelencadas.

Diante disso, prevalece a conclusão alcançada pela Coordenadoria V, pela Assessoria Jurídica e pela Secretaria Geral, no sentido **da irregularidade do Contrato nº 2003/003**, notadamente pela ausência de Certidão Negativa de Débito, junto ao Sistema de Seguridade Social - INSS, agravada pelas demais impropriedades, especialmente a não autuação de processo administrativo, inclusive porque, a exemplo do que ocorreram nos **TCs nºs 844/2004 e 845/2004**, os quais não foram recepcionados pelo Plenário, por maioria de votos, em vista das mesmas razões salientadas nestes autos.

Quanto ao **Contrato nº 2003/004**, acompanho a conclusão da Coordenadoria V, no sentido de sua irregularidade, posto que as infringências perpetradas pela Origem, especialmente no que se refere à remessa extemporânea de documentos e à ausência de autuação do processo administrativo, não se tratam, por evidente, de simples atenção ao formalismo exacerbado.

Do contrário: a importância de tal medida é ponto passivo na doutrina e na jurisprudência, tanto em razão do necessário cumprimento à formalidade exigida por lei, quanto pelo fato de ser meio apto a garantir a fiscalização pelos Órgãos de controle externo e ainda, para assegurar o exercício da ampla defesa e do contraditório por eventual necessidade dos interessados**.**

Ao instituir a licitação, como veículo adequado para a seleção das empresas a serem contratadas pelo Estado, ainda que seja por meio da contratação direta, o legislador faz uma opção consciente pelo formalismo. Aí está a fundamental distinção entre um sistema de liberdade de escolha dos contratados e aquele onde a licitação se impõe.

Como ponderam os processualistas: a igualdade de tratamento em uma disputa depende da rigidez do procedimento. Reconhecendo-o, Hely Lopes Meirelles, ao arrolar os princípios da licitação, deu absoluto destaque ao do procedimento formal, "que domina toda licitação, jungindo os que a realizam e os que licitam aos mesmos preceitos procedimentais".

Marçal Justen Filho preleciona que *"o processo administrativo, não é simplesmente o conjunto de folhas que documentam e instrumentalizam prática dos atos administrativos"*. Não se confundem "autos" e "processo". Processo é uma relação jurídica, em que o procedimento se sujeita a regime jurídico especial, caracterizado pela subordinação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Quantos aos prazos, estes são improrrogáveis para não ensejar benefício ao relapso; a publicidade inviabiliza os acertos feitos às ocultas. Em suma: o rigor formal não existe em si, mas pela igualdade e probidade. "O formalismo, vale dizer, a obediência a etapas rígidas e previamente seriadas, é condição para lisura do certame, evitando a criação *ad hoc* de etapas que beneficiem concorrentes específicos".

Ademais, a missão da Administração Pública é satisfazer o interesse público, que assume *status* de ponto de convergência de todos os princípios regentes da matéria. O interesse público pertence à coletividade e diz respeito às expectativas do todo, não das partes individualmente concebidas.

Em razão disso, impõe-se à atividade administrativa a rigorosa observância de uma série de formalidades, de limitações, de sujeições mais rigorosas do que as incidentes sobre os particulares.

A formalidade é algo imanente à Administração Pública, já que é elemento indispensável para que se imprima ao gerenciamento do interesse público postura equânime e impessoal.

Assim, julgo irregulares os Contratos nºs 2003/003 e 2003/004, em razão as irregularidades retromencionadas.

Outrossim, deixo de aceitar os efeitos financeiros de ambos os contratos em questão e aplico, com fundamento no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, multa no valor de R$ 481**,**00 (quatrocentos e oitenta e um reais), aos Signatários dos ajustes, em razão das irregularidades acima referidas. (2.542ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Eurípedes Sales no exercício da Presidência

O Excelentíssimo Senhor Conselheiro MAURÍCIO FARIA - Relator acolheu o Contrato nº 2003/004, tendo em vista que as impropriedades apontadas foram superadas no decorrer da instrução, bem como em homenagem ao princípio da segurança jurídica, considerando que o ajuste foi celebrado em 2003.

O Excelentíssimo Senhor Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor acompanhou, na íntegra, o voto do Relator.

O Excelentíssimo Senhor Conselheiro EDSON SIMÕES julgou irregular o Contrato nº 2003/004, deixando de aceitar os efeitos financeiros. E, com fundamento no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, aplicou multa, no valor de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais), aos signatários do ajuste, em razão das irregularidades apontadas.

O Excelentíssimo Senhor Conselheiro ROBERTO BRAGUIM acompanhou, na íntegra, o voto do Conselheiro Edson Simões.

Verificado o empate, avoquei os autos para proferir o meu voto.

Perfilo a corrente dos Conselheiros Edson Simões e Roberto Braguim. Assim, PROCLAMO o seguinte resultado:

Por maioria de votos, é julgado irregular o Contrato nº 2003/004. Não são aceitos os efeitos financeiros. É aplicada a multa de R$ 481,00 (quatrocentos e oitenta e um reais) aos signatários do ajuste, nos termos do voto do Conselheiro Edson Simões.