ACO-UTR-172/2024

Processo - TC/002996/2007
(Tramitam em conjunto os processos TC/002995/2007, TC/002996/2007, TC/002997/2007, TC/002998/2007, TC/002999/2007, TC/003003/2007, TC/003004/2007 e TC/003005/2007)

Contratante - Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito)

Contratado - Consórcio Transcooper Fênix

Acompanhamento da execução do Contrato 693/2003 (TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007)

Objeto - Verificar se o contrato, cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 02 do subsistema local, conforme autorizado pela Lei Municipal n°13.241/01, com a finalidade de atender as necessidades atuais e futuras de deslocamento da população, está sendo executado conforme o pactuado

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SMT. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. 1. Verificada a prescrição tendo em vista que, do último marco temporal interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos. Art. 2º, art. 4º, art. 5º 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 englobadamente os processos TC/002995/2007, TC/002996/2007, TC/002997/2007, TC/002998/2007, TC/002999/2007, TC/003003/2007, TC/003004/2007 e TC/003005/2007, 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, e julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 12, parágrafo único do mesmo Diploma Legal.

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

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

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/cv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 04/04/2024 18:50:38 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 10/04/2024 09:20:36 -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 2995/2007 - Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 692/2003 - TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007), cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 01 do subsistema local, está sendo executado conforme o pactuado.

TC 2996/2007 - Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 692/2003 - TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007), cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 02 do subsistema local, está sendo executado conforme o pactuado.

TC 2997/2007 - Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 692/2003 - TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007), cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 03 do subsistema local, está sendo executado conforme o pactuado.

TC 2998/2007 - Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 692/2003 - TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007), cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 04 do subsistema local, está sendo executado conforme o pactuado.

TC 2999/2007 - Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 692/2003 - TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007), cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 05 do subsistema local, está sendo executado conforme o pactuado.

TC 3003/2007 - Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 692/2003 - TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007), cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 06 do subsistema local, está sendo executado conforme o pactuado.

TC 3004/2007 - Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 692/2003 - TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007), cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços

de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 07 do subsistema local, está sendo executado conforme o pactuado.

TC 3005/2007 - Acompanhamento
Objeto: Execução Contratual - Verificar se o Contrato 692/2003 - TAs 01/2004, 02/2004, 03/2005, 04/2005, 05/2006 e 06/2007), cujo objeto é a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, em parcela da Área 08 do subsistema local, está sendo executado conforme o pactuado.

Interessadas: Secretaria Municipal de Transportes, e Consórcio Transcooper Fênix, Consórcio Aliança Paulistana, Cooperativa de Trabalho dos Profissionais no Transporte de Passageiros em Geral na Região Sudeste – Transcooper, Consórcio Aliança Cooperpeople, Consórcio Autho Pam e Consórcio Unicoopers/Cooperalfa.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

Relatório

Cuidam os autos do acompanhamento da execução dos **Contratos nºs 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698 e 699 de 2003,** firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes e o Consórcio Transcooper Fênix, os dois primeiros, (contratos 692 e 693/03) e os demais, respectivamente, com o Consórcio Aliança Paulistana (694/03) com a Transcooper - Cooperativa de Trabalho dos Profissionais no Transporte de Passageiros em Geral na Região Sudeste (695/03), Consórcio Aliança Cooperpeople (696/03), Consórcio Auhto Pam (697/03) e Consórcio Unicoopers-Cooperalfa (699/03), tendo por objeto a outorga da permissão para prestação do serviço de operação de transporte coletivo de passageiros, por intermédio de operadores autônomos nas áreas nº 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08 do Subsistema Local no Município de São Paulo, conforme autorizado pela Lei Municipal nº 13.241/01, pelo prazo inicial de 7 anos (contados a partir de 18 de julho de 2003), podendo ser prorrogado por até 3 (três) anos.

O Edital e o procedimento licitatório da Concorrência nº 13/2002, que antecedem os ajustes, foram apreciados nos autos dos TCs 377/03.76, 959/03-61 e 4.355/03-85 e **julgados regulares** pelo Plenário deste Tribunal.

Os Contratos (analisados nos autos dos TCs) foram julgados formalmente irregulares pelo Plenário deste Tribunal, ficando a apreciação dos efeitos financeiros para quando do exame da execução dos contratos.

A auditoria compreendeu o acompanhamento da execução no período de **31.08.2007 a 05.11.2007** (para todos os contratos), e teve, também, como objetivo, verificar o

cumprimento das seguintes determinações expedidas a Origem quando do sobrestamento dos processos que analisaram formalmente os contratos:

> *g) Que seja celebrado Termo de Ajustamento de Conduta consoante o previsto no item 3.2.7 dos Contratos de Permissão para que restem consignados o cronograma e a forma do cumprimento das obrigações, inclusive no tocante a melhoria da manutenção contratual eventualmente pendentes, sob pena da aplicação imediata das penalidades legais e contratuais e/ou da rescisão dos Termos de Permissão.*
>
> *h) Adote as medidas cabíveis visando: 1) identificar as formas de fraude praticadas nos aludidos contratos; 2) medidas objetivando reduzir as fraudes e evasões praticadas contra o sistema de arrecadação, em especial, no que tange a utilização do Bilhete Único Integrado; 3) contabilizar, controlar e definir responsabilidades financeiras pelos acessos gratuitos ao sistema (legais ou contratuais); 4) medidas disciplinadoras visando eliminar o transporte clandestino;*
>
> *i) Promova as providências necessárias para: 1) a intensificação da aplicação de penalidades legais e contratuais estipuladas; 2) o descredenciamento do sistema de operadores envolvidos em fraudes e outras posturas ilegais; 3) a responsabilização criminal dos fraudadores.*

O relatório inicial da Coordenadoria V, alcançou conclusão pela irregularidade da execução de todos os contratos, no período e valores auditados em razão do descumprimento das seguintes cláusulas contratuais e exigências legais:

Para os contratos 692/03, 693/03, 694/03, 696/03, 697/03 e 699/03 foi adicionado o "descumprimento da **Cláusula Décima Primeira do Contrato, item 11.6 e Cláusula Décima Oitava, item 18.1 e subitem 18.1.1, e § 3º do art. 4º do Decreto nº. 42.736/02,** pela falta de comprovação da cobertura relacionada ao seguro de responsabilidade civil das Contratadas" enquanto que, para o Contrato 695/03, foi acrescido o descumprimento **da Cláusula Décima Quarta do Contrato, item 14.1**, pela transferência do objeto da permissão para terceiros.

A Auditoria ressaltou, ainda, que "a Secretaria Municipal de Transportes incorre em grandes falhas no acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos de permissão.

Sugeriu que "a SMT avalie a forma como está gerenciando os contratos referentes ao Sistema de Transporte Público Coletivo do Município, visto tratar-se de serviço essencial para toda população, e adote as medidas necessárias para prevenir colapso do Sistema, além de prejuízos financeiros e demandas judiciais."

Propôs, também, que "deve a Secretaria Municipal de Transportes, em conjunto com a SPTrans, avaliar com urgência a questão da emissão de notas fiscais pelos permissionários e quanto à aplicabilidade do artigo 22, inciso IV, da Lei Federal nº 8.212/91 (Lei de Custeio da Previdência Social), por conta da possibilidade de relevantes contingências previdenciárias em face do Poder Público."

Por fim, indicou o **não cumprimento**[1] **da determinação constante da letra "g", que determinava a "**celebrado Termo de Ajustamento de Conduta consoante o previsto no item 3.2.7 dos Contratos de Permissão para que restem consignados o cronograma e a forma do cumprimento das obrigações."

(folhas 422/450)

Oficiada (em todos os processos) a Secretaria Municipal de Transportes apresentou esclarecimentos e, Intimados (também em todos os processos) os Responsáveis pela execução do contrato (Alexandre de Moraes e Fredericco Bussinger), apresentaram defesa.

A Secretaria Municipal de Transportes informou que a conclusão alcançada durante reuniões realizadas com os órgãos técnicos desta Corte, foi a de que "a alternativa viável para regular a situação seria a promoção do saneamento dos contratos."

Informou que foram envidados esforços para sanear as não conformidades, firmando com os permissionários os Termos de Aditamentos nºs 03, 04, 05 e 06.

Com relação à **questão da acessibilidade**, informou que a Ação Civil Pública nº 583.53.1999.407437-3, em trâmite perante a 6ª Vara da Fazenda Pública, foi julgada procedente e encontra-se em fase de execução, tendo sido a Municipalidade condenada a fornecer ao menos 1 ônibus adaptado em cada linha do transporte coletivo, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 por linha desatendida.[2]

---

[1] Determinações consideradas cumpridas:

a) A obrigação prevista nas Cláusulas 11.6 e 18ª dos Termos de Permissão deverá a ser cumprida por meio da contratação por parte das permissionárias de 04 (quatro) apólices de seguro distintas (danos materiais, corporais, morais e acidentes pessoais), no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) cada, consoante estabelece o Esclarecimento nº 01, do instrumento convocatório;

b) O Seguro de Responsabilidade Civil Objetiva previsto nas Cláusulas 11.6 e 18ª dos Termos de Permissão, é obrigação individual dos cooperados e não da Cooperativa. Nesse sentido, mesmo que contratadas em grupo, as apólices deverão individualizar cada um dos cooperados efetivamente cobertos pelo referido seguro, de modo a facilitar a fiscalização do cumprimento da obrigação e a adoção das medidas cabíveis no caso de descumprimento;

c) A Secretaria Municipal de Transportes, caso constate que alguma permissionária não está em conformidade com a obrigação prevista nas Cláusulas 11.6 e 18ª, dos Termos de Permissão, deverá: 1º) oficiar à permissionária (Consórcio, Cooperativa e Cooperado individualmente) exigindo a adoção das providências necessárias para a regularização, dentro de um prazo razoável; 2º) determinar a suspensão da operação do veículo não coberto pelo seguro de responsabilidade civil, na hipótese de descumprimento do determinado no item anterior no prazo assinalado; 3º) excluir o cooperado (individualmente) do sistema, caso constatado, após a realização do devido procedimento administrativo, do inadimplemento das obrigações a que estava submetido;

d) No momento oportuno, formalizar reconhecimento da fase final de transição, prevista na Cláusula Vigésima dos Termos de Permissão contratados;

e) Ordenar que sejam imediatamente executados os Termos de Permissão de acordo com as condições previstas no Edital de Concorrência 13/02, com exceção das cláusulas e condições modificadas por aditamentos e celebrados em conformidade com o artigo 65, inciso II, da Lei Federal 8.666/93;

f) Que proceda, com base nos critérios previstos no instrumento convocatório da Concorrência e nos Contratos de Permissão, a regularidade da remuneração paga aos permissionários nos seguintes períodos: 1 - entre 18/07/03 e 05/03/05; período que coincide com a chamada "fase de transição"; e 2 - entre 05/03/05 e 31/10/07 que coincide com o período posterior ao término da chamada "fase de transição";

[2] NO mesmo sentido, na Ação Civil Pública nº 583.53.2003.008918-1 da 1ª Vara da Fazenda Pública, foram anulados os editais das Concorrências 012/2002 (concessão) e 013/2000 (permissão) e os contratos delas decorrentes em razão do descumprimento de normas referentes aos direitos de acessibilidade; há recurso da Municipalidade.

Cientificou que, em razão dessa decisão, a exigência de fornecer 1 veículo adaptado por linha foi formalizada no Termo de Aditamento nº 04, fixando a data de 28.07.05 para a sua completa implantação. Naquele momento, figurava entre as pendências que devem ser regularizadas pelos permissionários (contratos 695/03) na minuta de Termo de Compromisso (fls. 570/580) apresentada pela Origem. No entanto, diante do não implemento total da medida com atraso informa que houve a aplicação de penalidade às permissionárias.

No contrato 696/03, informou que todas as linhas já se encontravam operando com veículo PPD (acessível para portadores de deficiência).

No que concerne à **renovação da frota**, juntou o Memorando DR/SES 54/08 que apresenta quadro de Renovação da Frota Permissão.

Alegou que, até março/2008, todas as permissionárias ainda tinham pendências de alguns veículos em relação ao cronograma do ano 2007 e 2008, mas asseverou que o descumprimento das cláusulas contratuais pelas permissionárias resultará na aplicação de multa diária de R$ 16.000,00 em favor da Municipalidade.

Sobre a presença de o**peradores que não fizeram parte do processo licitatório,** a Origem apresentou manifestação da Assessoria Jurídica da SMT, em que se afirma que a Concorrência 013/02 foi dirigida a pessoas jurídicas, sem qualquer menção às pessoas físicas. Afirma-se, também, que apenas quanto à qualificação técnica foi admitida a comprovação dos operadores autônomos, mas que nem mesmo esta informação foi utilizada no procedimento licitatório, pois não houve mais de um proponente para cada uma das áreas (fls. 466/467).

Afirmou a Origem que *"o fato dos licitantes terem sido obrigados a apresentar a relação dos operadores autônomos, isso não faz, em absoluto, de tais operadores, participantes da licitação. (...) Portanto, a alteração posterior da relação de operadores apresentada pelo proponente, desde que observadas todas as condições fixadas do Poder Público, não significa ofensa a qualquer dos princípios que regeram o procedimento licitatório em questão. (...) Ademais, imaginar que em um contrato de 7 (sete) anos, prorrogáveis por mais 3 (três), a relação de operadores autônomos apresentada pelo proponente, por ocasião da licitação, não pudesse ser alterada, ou ainda, suplementada, em razão de necessidades operacionais observadas na execução do serviço público, é acreditar em situações fáticas imutáveis, o que não se pode admitir no mundo real."* (fls. 466/467)

*Quanto às **demonstrações contábeis, a*** Origem anexou o documento denominado "Comentários referentes à apresentação das demonstrações contábeis e análise dos indicadores econômicos" (fls. 544/546), documento que destaca: os meios possíveis de divulgação das demonstrações contábeis, as diferenças de escrituração das cooperativas com relação às empresas, o papel das cooperativas do subsistema local focado, basicamente, na representação e administração de seus associados perante a SMT.

Acrescentou que as cooperativas *"**não possuem ativos próprios e nem contabilizam passivos representativos**, que pudessem espelhar na apuração dos indicadores econômicos a efetiva situação econômico-financeira."* O documento conclui que os procedimentos para o cumprimento da disposição contratual devem ser reformulados e as demonstrações contábeis estruturadas de forma adequada para propiciar embasamento às decisões tomadas.

A respeito da r**egularidade fiscal,** a Secretaria Municipal de Transportes manifestou-se sobre o tema no "Relatório referente ao item 'certidões de regularidade fiscal' subscrito pelo Superintendente de Controle de Concessões e Permissões, afirmando que não há obrigação contratual de manter as certidões atualizadas e a ausência de certidões não significa que a permissionária não esteja regular com o fisco. Alegou que a não apresentação das certidões não apresenta risco para o sistema nem fragilidade no acompanhamento do contrato; anexa relação de certidões das permissionárias.

Foram também anexadas (fls. 622/625): CRF, Certidão Negativa de Contribuições Previdenciárias e de Terceiros da Transcooper, mas não há CND e Certidão de Tributos Mobiliários vigentes.

Quanto a ausência de **nota fiscal e contribuição previdenciária,** arguiu que a permissão para exploração de serviço de transporte público de passageiros tem isenção de ISS por força do disposto no artigo 1º da Lei Municipal nº 8.593/77 e os permissionários estariam dispensados de emitir nota fiscal conforme Portaria SF nº 1.283/91; o entendimento exposto é que os permissionários poderiam apresentar outro documento que não a nota fiscal.

Sobre a contribuição previdenciária de que trata o item 5.6 do contrato, alegou a Origem que é discutível a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.876/99, que acrescentou o inciso IV ao artigo 22 da Lei Federal nº 8.212/91; esclarece que a permissão não se confunde com prestação de serviços e acrescenta: *"Temos, portanto, as seguintes premissas que deverão ser consideradas no caso em tela: o tomador do serviço de transporte coletivo é o usuário e não a São Paulo Transporte S.A. ou a PMSP; os recursos da 'Conta Sistema' em sua maior parte são 'tarifas' pagas pelo usuário pela utilização futura do serviço de transporte coletivo. (...) Portanto, s. m. j., não compete a esta Pasta ou a SPTrans o cumprimento das obrigações previdenciárias estabelecidas pela Lei Federal nº 8.212/91 em relação aos valores repassados aos permissionários do serviço de transporte coletivo, uma vez que a hipótese de incidência da norma jurídica não alcança a espécie aqui tratada, ou seja, não se está diante de terceirização mediante contrato de prestação de serviço, mas de delegação de serviço público, mediante concessão e permissão, no qual é o usuário o verdadeiro tomador do serviço público."*

Juntou ainda a manifestação da Assessoria Jurídica da SMT que considera a exigência contratual equivocada, despropositada e inexequível.

Sobre a g**arantia contratual,** afirmou que, decorrido certo tempo do vencimento das garantias, adotou providências para facilitar a obtenção dos seguros por parte das permissionárias, o que foi parcialmente bem sucedido. Foi anexado quadro de controle de garantia contratual, onde se verifica que, na Área 04, foram apresentadas 5 apólices perfazendo o valor segurado de R$ 4.000.000,00; estaria pendente o formulário de caução da Secretaria de Finanças.

No tocante ao **seguro de responsabilidade civil a** Origem manifesta-se pelos assevera que a frota encontra-se segurada, nos termos exigidos pelo Decreto Municipal nº 42.736/02, ocorrendo algumas discrepâncias em razão de novos veículos que ingressam na frota. Foi anexado quadro de controle de seguro de responsabilidade civil (fl. 553).

(folhas 453/665)

Em nova manifestação, a Auditoria, Constatou que a Origem identificou apenas parcialmente as fraudes e não comprovou a adoção de medidas efetivas para coibir fraudes praticadas por operadores, cumprindo, assim, parcialmente a determinação “h”.

Observou que a minuta apresentada do Termo de Compromisso juntada pela SMT contempla a apresentação das demonstrações contábeis pelas cooperativas, mas reiterou o não cumprimento da determinação da letra “g” uma vez que o referido Termo de Compromisso lavrado e trazido aos autos referia-se aos Contratos de Concessão, não mencionando e não guardando relação com os ajustes de Permissão.

Verificou também que, nas vistorias realizadas pela SPTrans, foram altos os índices de reprovação dos veículos, representando sério risco à incolumidade das pessoas.

Atentou para o fato de “ser impossível saber **quem** é, de fato, remunerado, não se pode identificar se a relação das cooperativas com os cooperados é realmente cooperativista ou empresarial.”

Considerou “grave a conduta temerária da SMT ao prever no edital e no contrato o recolhimento de contribuição previdenciária, deixando de recolhê-la ao longo de 5 anos, sem adotar qualquer providência corretiva, o que pode vir a gerar elevados prejuízos ao Poder Público.”

Entendeu que “a opção adotada (permissão) mostrou-se inviável técnica e economicamente; de tal forma que não atendeu, e nem poderia atender, ao propósito de garantir o serviço adequado, ou seja, nos termos da Lei Federal nº 8.987/95, satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade da tarifa.”

Ressaltou também, que, no seu entendimento, “a impossibilidade de a permissão atender ao propósito de garantir o serviço adequado resulta das seguintes razões: a

característica de precariedade do instituto não se coaduna com a necessidade de continuidade, eficiência e segurança específicas do serviço de transporte coletivo; o modelo adotado, de consórcios de cooperativas de operadores individuais, inviabiliza a fiscalização, necessária e suficiente, e a pronta ação do Poder Público na ocorrência de problemas na execução do serviço."

Asseverou "ser inegável que o Poder Público melhorou seus controles e obteve avanços quanto à observância das condições pactuadas com os permissionários."

Nesse sentido constatou que implantação dos veículos adaptados foi atendida integralmente para os contratos 696/03 e 699/03, enquanto para o contrato 694/03 faltavam a implantação em 15 linhas das 51 da Associação Paulistana; para o contrato 693/03 estavam ainda operando sem veículo PPD (acessível para portadores de deficiência) 10 linhas das 30 da Transcooper; no contrato 695/03 estavam operando sem veículo PPD (acessível para portadores de deficiência) 16 linhas das 65 da Transcooper; no contrato 692/03 estavam operando sem veículo PPD (acessível para portadores de deficiência): 10 linhas das 34 da Transcooper e 1 linha das 7 da Fênix, perfazendo 11 linhas não atendidas e para o contrato 697/03 43 linhas ainda estavam operando sem veículos PPD. No contrato 698/03 haviam 20 linhas operando sem veículos acessíveis para portadores de deficiências).

Quanto ao atendimento do cronograma de renovação da frota, a Auditoria constatou que até março de 2008, o cronograma de 2007 foi integralmente atendido para os contratos 696/03, 694/03, 692/03 , 698 e 699/03. Quanto ao contrato 695/03 até março/2008, a Transcooper tinha pendência de 4 veículos em relação ao cronograma do ano 2007. O contrato 697/03 mantinha pendencias quanto a renovação de 26 veiculos. Para o contrato 698/03 haviam pendências de 41 veículos (quanto ao cronograma de renovação da frota de 2007).

Não houve manifestação sobre o contrato 693/03.

a regularização das apólices AUD verificou que foram regularizados também a apresentação de apólices referentes ao s***eguro de responsabilidade civil, cobrindo toda a frota dos contratos 696/03, 694/03, 693/03, 695/03, 697/03, 698 e 699/03.***

A conclusão, portanto, se manteve pela irregularidade da execução de todos os Termos de Permissão, reiterando-se todas as irregularidades.

(folhas 669/675 em 18/11/2008)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, acompanhou as conclusões da Auditoria, opinando pela irregularidade da execução contratual no período e valores auditados.

(folhas 677/685)

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento da execução contratual.

(folhas 687/692)

Por seu turno, a Secretaria Geral, na esteira dos Òrgãos Técnicos concluiu pela irregularidade da execução contratual no período de 31/08/2007 a 05/11/2007, ressaltando que também não há nos autos notícia da celebração formal do Termo de Ajustamento de Conduta para os contratos de permissão, ficando demonstrado o não cumprimento da determinação de letra g[3], expedida quando do sobrestamento do feito no âmbito dos processos que analisam formalmente os contratos.

(folhas 694/696)

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 10 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

Cuida-se dos Processos TC's números 5.095/03-00; 5.096/03-64; 5.097/03-27; 5.098/03-90; 5.099/03-52; 5.100/03-30; 5.101/03-00 e 5.102/03-65, relatados englobadamente, que versam sobre Contratos de Concessão dos serviços de transporte coletivo público de passageiros, decorrentes da Licitação nº 12/2002, celebrados pela Secretaria Municipal de Transportes, pelo prazo de 10 (dez) anos, prorrogáveis por mais 5 (cinco) anos, com os seguintes Concessionários:

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*

[3] *g) Que seja celebrado Termo de Ajustamento de Conduta consoante o previsto no item 3.2.7 dos Contratos de Permissão para que restem consignados o cronograma e a forma do cumprimento das obrigações, inclusive no tocante a melhoria da manutenção contratual eventualmente pendentes, sob pena da aplicação imediata das penalidades legais e contratuais e/ou da rescisão dos Termos de Permissão.*

> *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."*[4]

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*."[5]

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."*[6]

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.*" [7] 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 (...)"*[8]

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

---

[4] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[5] Tratuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[6] 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.
[7] Jacoby Fernande, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[8] Jacoby Fernande, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

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 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[9], 897[10], 899[11] 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:

---

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

> "*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[12], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).

> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide**

[12] 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)

> **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 pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 10 dos "avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria de 27/11/2008 (páginas 228/241 da peça 07), 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[13] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[14] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[15] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[16] do mesmo diploma legal.

---

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

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

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/12/2023 13:10:56 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo