II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-535/2025

Processo	-	TC/004736/2005
Recorrente	-	Frederico Victor Moreira Bussinger
Objeto	-	Recurso interposto em face do Acórdão de 13/03/2019 – Recursos interpostos em face do Acórdão de 10/08/2011 – Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana e Trânsito) e Himalaia Transportes Ltda. – Contrato 05/2005-SMT.Gab – Serviços de transporte coletivo público de passageiros, na Área Operacional 4 da Cidade de São Paulo

3.380ª Sessão Ordinária

RECURSO. SMT. SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO DE PASSAGEIROS. 1. Reconhecida a incidência da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória do Tribunal de Contas. Art. 5º, II e § 2º c/c art. 6º, I, Res. 10/2023 c/c art. 3º, II, OI SG/GAB 07/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro RICARDO TORRES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO e EDUARDO TUMA, votando o Conselheiro Presidente DOMINGOS DISSEI para efeito de desempate, nos termos do art. 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o art. 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em reconhecer a incidência da prescrição, em conformidade com a Resolução 10/2023 desta Corte, julgando extinto o presente feito, nos termos do art. 12, parágrafo único, da citada Resolução, ficando preservado o reconhecimento do conteúdo declaratório apenas com o fim de reorientar a Administração Pública, sob o viés pedagógico para casos futuros, com remessa 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.

Vencidos os Conselheiros RICARDO TORRES – Relator, com relatório e voto, e ROBERTO BRAGUIM – Revisor, que não conheceram do recurso.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar à Origem, na pessoa do Senhor Secretário Municipal de Mobilidade Urbana e Transportes, bem como as demais partes interessadas no feito, para ciência do presente voto e deste Acórdão resultante.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após o trânsito em julgado, e cumpridas as cautelas de praxe, o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, JOÃO ANTONIO e EDUARDO TUMA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de agosto de 2025.

DOMINGOS DISSEI – Presidente, com voto
RICARDO TORRES – Relator
JOÃO ANTONIO – Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do art. 136 do Regimento Interno desta Corte

/mfl

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RICARDO TORRES – RELATOR

Processo: **TC/004736/2005**
Origem: Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana e Transportes – SMT
Objeto: Petição/Recurso Ordinário – Análise do Contrato nº 05/2005 para prestação de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros na área operacional 4 da cidade de São Paulo.

RECURSO. ANÁLISE DO CONTRATO 05/2005. SECRETARIA MUNICIPAL DE MOBILIDADE URBANA E TRANSPORTES. SMT.
1. Ausência de hipótese regimental para o conhecimento do recurso ordinário interposto. 2. Não comprovação das formalidades para que seja recepcionado como recurso por divergência.
RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. CONSTATADO O TRÂNSITO EM JULGADO.

RELATÓRIO

Egrégio Plenário,

Trago a julgamento Petição apresentada como Recurso Ordinário pelo Sr. Frederico Victor Moreira Bussinger (peças 43/44) em face do Acórdão proferido em 13.03.2019 (peça 20), que reformou parcialmente o Acórdão prolatado em 10.08.2011 (peça 6).

O acórdão proferido em 10.08.2011 julgou irregular o Contrato nº 005/2005-SMT.GAB, celebrado com a empresa Himalaia Transportes LTDA para prestação de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros na Área Operacional 4, nos seguintes termos:

> ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 005/05-SMT.GAB, tendo em vista as seguintes impropriedades:
> a) não caracterização da situação emergencial, conforme preceitua o inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, não sendo possível alegar a emergência para situação previsível, como é o caso dos autos, que trata da continuidade da prestação de serviços de transportes coletivo público de passageiros na Cidade de São Paulo, os quais já se encontravam em execução por meio da contratação emergencial 240/2004;

b) inexistência, no processo, de planilha contendo a composição do preço contratado, contrariando o preceituado no inciso III do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93;
c) ausência de justificativa do valor contratado, infringindo o disposto no artigo 26, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;
d) constatação de que a frota, formada por um total de 368 (trezentos e sessenta e oito) veículos, atingiu a idade média de 6,44 (seis vírgula quarenta e quatro) anos, em desacordo, portanto, com o estabelecido nos itens: 4.3.9 do termo de referência e 3.10 do contrato, que estabelecem idade média máxima não superior a 5 (cinco) anos.
ACORDAM, ademais, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros do ajuste.
ACORDAM, ainda, à unanimidade, em razão das irregularidades verificadas, em aplicar, individualmente, aos agentes públicos responsáveis, a multa no valor de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.
ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do presente Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para eventual responsabilidade civil dos agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento aos cofres públicos.
ACORDAM, afinal, à unanimidade, após observadas as formalidades legais, em arquivar os autos.

Do acórdão supratranscrito, foram interpostos Recursos Ordinários pela Sra. Roberta Arantes Lanhoso, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Himalaia Transportes LTDA.

Após a regular instrução processual, proferiu-se Acórdão, em 13.03.2019, que reformou parcialmente o Aresto anterior, nos seguintes termos:

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, à vista de atendidos os requisitos de admissibilidade.
ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar provimento total ao apelo formulado pela Senhora Roberta Arantes Lanhoso, para o fim de afastar a responsabilidade da recorrente e, consequentemente, as penalidades a ela impostas, pois a responsabilização do assessor jurídico só deve ocorrer em caso de má-fé, dolo, culpa grave e erro grosseiro, segundo dispõem a doutrina e a jurisprudência dominantes, situações não caracterizadas durante a instrução processual, deixando, por conseguinte, de analisar o pedido preliminar de nulidade processual, uma vez que a decisão de mérito coloca termo à questão.

> ACORDAM, ademais, por maioria, no mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, com voto apresentado em separado, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, 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, com amparo nos pareceres unânimes dos Órgãos Técnicos e da Secretaria Geral, em negar provimento aos recursos de Himalaia Transportes Ltda. e da Procuradoria da Fazenda Municipal, tendo em vista que permanecem todas as irregularidades que macularam a contratação.
> Vencidos, no mérito, os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e MAURÍCIO FARIA que deram provimento aos recursos.
> ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à 2ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social do Ministério Público Estadual, em atendimento ao pedido formulado nos autos.
> ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Em face do Acórdão proferido em 13.03.2019, a empresa Himalaia Transportes e Participações LTDA opôs Embargos de Declaração. Desse recurso, sobreveio Acórdão (peça 69) proferido em 22.11.2023, na 49ª Sessão Ordinária Não Presencial, com o seguinte teor:

> ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em conhecer do recurso interposto, visto que estão presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, assim como em reconhecer, por unanimidade, a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando sanção imposta no Acórdão recorrido.
> Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, nos termos de sua declaração de voto apresentada, divergiu do Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, sendo adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual julgou extintos desde logo os presentes autos.
> ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, quanto ao mérito declaratório, em negar-lhe provimento, mantendo-se, integralmente, o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
> ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, arquivando-se os autos, após o cumprimento das formalidades legais.

Julgados os Embargos de Declaração, passou-se à redistribuição da relatoria do feito em razão da Petição apresentada como Recurso Ordinário pelo Sr. Frederico Victor Moreira Bussinger (peças 43/44), protocolado em 15.09.2020 em face do Acórdão proferido em 13.03.2019 (peça 20).

Em peça 45 há o registro de que esse pretenso Recurso Ordinário seria encaminhado à deliberação Plenária após o julgamento dos Embargos de Declaração, o que foi realizado em 22.11.2023.

A Assessoria Jurídica (peças 84/85) relembrou, inicialmente, a disciplina regimental para os recursos ordinários, que é estabelecida pelo art. 147 RITCMSP:

> Art. 147 - Das decisões terminativas proferidas por Juiz Singular, ou pela Câmara, caberá recurso ordinário ao Tribunal Pleno.
> § 1º - Caberá ainda recurso ordinário ao próprio Tribunal Pleno, dos acórdãos por este prolatados como instância originária, ou que estiverem em conflito manifesto com outro acórdão, proferido anteriormente, em idêntica questão de direito.
> § 2º - O recurso ordinário deverá ser interposto dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação do acórdão ou da decisão recorrida, por meio de petição, devidamente fundamentada, dirigida ao Presidente do Tribunal.
> § 3º - Não cabe recurso ordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal Pleno, em grau de recurso ordinário ou de recurso "ex officio", nos casos de competência originária do Juiz Singular ou da Câmara, salvo na hipótese de divergência prevista no § 1º, deste dispositivo.
> § 4º - A indicação prévia e a comprovação da divergência constituem formalidade essencial do recurso ordinário por divergência, devendo ser promovidas nos seguintes termos:
> a) pela indicação do número do processo em que exarado o acórdão apontado como discordante, acrescida, se possível, da citação do Diário Oficial do Município em que publicado, ou pela junção de sua certidão ou cópia autêntica ao recurso interposto;
> b) pela transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio e menção às circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Continuou a Assessoria Jurídica no sentido de que o recurso em tela, ainda que não seja intempestivo, não é admissível em razão de o v. Acórdão guerreado não comportar mais a interposição de recurso ordinário, uma vez que o primeiro julgado, ocorrido em 10/08/11, fora realizado pelo Tribunal Pleno (peça 6), tendo sido objeto de prévio recurso ordinário. Ainda a AJ:

> Como se identifica do supracitado § 1º do art. 147, o recurso ordinário interposto em face de acórdão adotado pelo Tribunal Pleno somente é possível na hipótese

de atuar como instância originária – o que ocorreu, quando do julgamento de 2011.

De acordo com o mesmo dispositivo, subsidiariamente, seria possível a interposição de novo recurso ordinário se houvesse a comprovação de divergência em face de outro acórdão proferido pelo Tribunal Pleno, em idêntica questão de direito ("conflito manifesto"), atendidas as formalidades essenciais estabelecidas no § 4º do mesmo dispositivo – o que, s.m.j., não ocorreu.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 88) acompanhou o posicionamento exarado pela Assessoria Jurídica em peças 84/85.

Por fim, a Secretaria Geral (peças 90/91) observou que, de acordo com os arts. 140 e 147 do RITCMSP, "*a admissão de interposição de recurso ordinário em face de acórdão proferido pelo Pleno se dá no exercício da sua competência originária, ou quando estiver em conflito manifesto com outro acórdão seu, sobre idêntica questão de direito*". E, no caso em tela, apesar da tempestividade do recurso em apreço, não houve comprovação de que se trata de recurso de divergência, razão pela qual tal recurso não pode ser admitido nem recepcionado como recurso por divergência.

É o Relatório.

V O T O

Trago a julgamento Petição apresentada como Recurso Ordinário pelo Sr. Frederico Victor Moreira Bussinger (peças 43/44) em face do Acórdão proferido em 13.03.2019 (peça 20), que reformou parcialmente o Acórdão prolatado em 10.08.2011 (peça 6).

1. De início, destaco que é o caso de **NÃO CONHECER** do Recurso interposto pelo Sr. Frederico Victor Moreira Bussinger (peças 43/44).

2. Conforme já apontado pela Assessoria Jurídica (peças 84/85) e pela Secretaria Geral (peças 90/91), impõe-se a observância do Regimento Interno desta E. Corte de Contas.

3. De acordo com o art. 147, § 1º do RITCMSP, o Recurso Ordinário é cabível ao Tribunal Pleno nas seguintes hipóteses: i) de acórdãos proferidos pelo Pleno enquanto instância originária; ou ii) de acórdãos que estiverem em conflito manifesto com outro acórdão, proferido anteriormente, em idêntica questão de direito.

4. No caso em tela, o Plenário deliberou já em grau recursal e não mais em instância originária. Caberia, então, observar se haveria a possibilidade de recepcionar o recurso em apreço como recurso por divergência.

5. O § 4º do art. 147 do RITCMSP indica as formalidades para a admissão do recurso ordinário por divergência, quais sejam:

> § 4º - A indicação prévia e a comprovação da divergência constituem formalidade essencial do recurso ordinário por divergência, devendo ser promovidas nos seguintes termos:
> a) pela indicação do número do processo em que exarado o acórdão apontado como discordante, acrescida, se possível, da citação do Diário Oficial do Município em que publicado, ou pela junção de sua certidão ou cópia autêntica ao recurso interposto;
> b) pela transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio e menção às circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

6. Do recurso interposto pelo Sr. Frederico Victor Moreira Bussinger, contudo, não se observam tais formalidades, motivo pelo qual não se afigura possível sua admissão como recurso ordinário por divergência.

7. Somado a isso, o § 3º do art. 147 do RITCMSP dispõe expressamente que "*não cabe recurso ordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal Pleno*". Sendo esta exatamente a hipótese dos autos, inadmissível, portanto, o recurso interposto às peças 43/44.

8. Sendo assim, em respeito à segurança jurídica e à formação da coisa julgada como princípios da Jurisdição e conforme o quanto estabelecido pelo entendimento no Judiciário,[1] pelo disposto no Regimento Interno desta E. Corte e pelo que foi opinado pelas Áreas Técnicas desta E. Corte, é o caso de **NÃO CONHECER** do recurso, visto que o não preenchimento dos requisitos regimentais impede o seu conhecimento.

---

[1] EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE – APELAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE - Embargos de declaração a sentença não conhecido por intempestividade – Não há interrupção do prazo para interposição de apelação. – Recurso de apelação – Interposição após quinze dias úteis da publicação da sentença – Não conhecimento – Inteligência do art. 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil: – À luz do que dispõe o art. 1.003, § 5º c.c. 219, ambos do Código de Processo Civil, o recurso de apelação interposto após o prazo de quinze dias úteis da publicação da sentença é manifestamente intempestivo e, por esta razão, não comporta conhecimento. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJ-SP - AC: 20218260564 SP 23.2021.8.26.0564, Relator: Nelson Jorge Júnior, Data de Julgamento: 26/10/2022, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/10/2022)

9. Não conhecido o recurso ordinário em apreço, é impositivo constatar o **trânsito em julgado** do Acórdão (peça 69) proferido em 22.11.2023, na 49ª Sessão Ordinária Não Presencial.

10. Formada a coisa julgada no caso em tela, não se observa juridicamente possível a apreciação de quaisquer outras matérias, inclusive as de ordem pública. É o que também já se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do decidido no REsp nº 1.985.436/SP, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 10/09/2024 (grifos nossos):

> RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUESTÕES DEVIDAMENTE ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE SOERGUIMENTO PELO JUÍZO A QUO. INSURGÊNCIA DE APENAS UM CREDOR QUIROGRAFÁRIO. POSTERIOR DESISTÊNCIA DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RAZÃO DA CESSÃO DO CRÉDITO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO MANTIDO NA ÍNTEGRA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
> (...)
> 1. Cinge-se a controvérsia a definir se houve negativa de prestação jurisdicional e se é possível não aceitar o pedido de desistência do agravo de instrumento interposto por credor contra a sentença que homologou o plano de recuperação judicial do Grupo Abril, considerando a suposta existência de matéria de interesse público suscitada pelo Ministério Público Estadual.
> 2. Tendo o Tribunal de Justiça entendido que **houve o trânsito em julgado da decisão que homologou o plano de recuperação judicial do Grupo Abril, em razão do pedido de desistência formulado pela única credora recorrente (cessionária), não se fazia necessário avançar no julgamento das supostas ilegalidades suscitadas pelo Ministério Público**, razão pela qual afasta-se a apontada violação ao art. 1.022, inciso II, do CPC/2015.
> 3. Nos termos do art. 998 do CPC/2015, "O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso" (caput), sendo que "A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos" (parágrafo único).
> 4. A desistência do recurso constitui ato unilateral, não dependendo do consentimento da outra parte e nem sequer de homologação judicial para a produção de seus efeitos, concretizando-se pela simples manifestação de vontade do recorrente. Logo, a desistência do recurso produzirá efeitos imediatamente, sob pena, inclusive, de violação ao princípio da voluntariedade recursal, que vigora em nosso ordenamento jurídico.
> (...)

> 7. O processo deve ser uma marcha para frente, não comportando o retorno às etapas já vencidas, em que não houve qualquer impugnação pelos sujeitos processuais atuantes no feito, em razão do fenômeno da preclusão.
> 8. Com efeito, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte Superior, "sujeitam-se à preclusão consumativa as questões decididas no processo, inclusive as de ordem pública, que não tenham sido objeto de impugnação recursal no momento próprio" (AgInt no AREsp 2.019.623/SP, Relator o Ministro Raul Araújo, DJe de 4/10/2022).

Diante do exposto, **NÃO CONHEÇO** do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Frederico Victor Moreira Bussinger (peças 43/44), mantendo-se incólume o Acórdão (peça 69) proferido em 22.11.2023, na 49ª Sessão Ordinária Não Presencial.

INTIME-SE a Origem, na pessoa do Senhor Secretário Municipal de Mobilidade Urbana e Transportes, bem como as demais partes interessadas no feito, para ciência do presente voto e do acórdão resultante.

Após o trânsito em julgado, e cumpridas as cautelas de praxe, arquivem-se os autos.

É como Voto.

Plenário Cons. **PAULO PLANET BUARQUE,**

Ricardo Torres
Conselheiro

ACO-UTR-389/2024

Processo	-	TC/004736/2005
Embargante	-	Himalaia Transportes e Participação Ltda.
Objeto	-	Embargos de Declaração opostos em face do V. Acórdão de 13/3/2019 – Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal, de Roberta Arantes Lanhoso e de Himalaia Transportes Ltda. interpostos em face do V. Acórdão de 10/8/2011 – Secretaria Municipal de Transportes e Himalaia Transportes Ltda. – Contrato 05/05-SMT.Gab – Serviços de transporte coletivo público de passageiros, na Área 4, na Cidade de São Paulo

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SMT. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. Opostos em face da decisão que julgou irregular o contrato. 1. Do último marco interruptivo, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos, ensejando a prescrição. Art. art. 5º, II e IV, art. 6º, I e art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados 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, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em conhecer do recurso interposto, visto que estão presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, assim como em reconhecer, por unanimidade, a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando sanção imposta no Acórdão recorrido.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, nos termos de sua declaração de voto apresentada, divergiu do Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, sendo adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual julgou extintos desde logo os presentes autos.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, quanto ao mérito declaratório, em negar-lhe provimento, mantendo-se, integralmente, o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, arquivando-se os autos, após o cumprimento das formalidades legais.

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

/lsr

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 10:15:20 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:10:52 -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 4736/2005 – Embargos de Declaração (Análise)

Objeto: prestação de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros na área operacional 4 da cidade de São Paulo.
Interessados: Secretaria Municipal de Transportes
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

Relatório

Trata o presente, neste estágio processual, de análise dos Embargos de Declaração interpostos pela empresa HIMALAIA TRANSPORTES E PARTICIPAÇÃO LTDA. (fls.533/542 – peça 34), em face do V. acórdão de fls. 507/507vº - peça 20, referente à análise do Contrato nº 005/05 - SMT.GAB, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes - SMT e a empresa Himalaia Transportes Ltda., objetivando a prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, na área 4, com a finalidade de atender às necessidades atuais e futuras de deslocamento da população.

À peça 02, consta a conclusão do relatório de análise técnica da **Subsecretaria de Controle Externo – SCE** (com data de 27.03.2006) que considerou **irregular** a contratação

A Secretaria Municipal de Transportes - SMT encaminhou documentos de fls. 155 - 169, subscritas pelo Secretário Municipal de Transportes, Sr. Frederico Bussinger, em resposta ao Ofício SSG nº 10775/2006 (fl. 143) e de fls. 171 - 185, em resposta à Intimação nº 1567/2006 (fl. 149).

À peça 04, a **SCE** procedeu à análise da defesa apresentada, ao fim da qual, ratificou a irregularidade do certame e da contratação, tendo em vista remanescerem os apontamentos já indicados.

À peça 06, consta o v. Acórdão proferido na 2.571ª Sessão Ordinária contendo a seguinte decisão:

> **A C Ó R D Ã O**
>
> Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.003.009-05-50, 72.001.733.06-67 e 72.004.443.06-93, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à **unanimidade**, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em **julgar irregular** o Contrato 005/05-SMT.GAB, tendo em vista as seguintes impropriedades:

a) não caracterização da situação emergencial, conforme preceitua o inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, não sendo possível alegar a emergência para situação previsível, como é o caso dos autos, que trata da continuidade da prestação de serviços de transportes coletivo público de passageiros na Cidade de São Paulo, os quais já se encontravam em execução por meio da contratação emergencial 240/2004;

b) inexistência, no processo, de planilha contendo a composição do preço contratado, contrariando o preceituado no inciso III do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93;

c) ausência de justificativa do valor contratado, infringindo o disposto no artigo 26, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;

d) constatação de que a frota, formada por um total de 368 (trezentos e sessenta e oito) veículos, atingiu a idade média de 6,44 (seis vírgula quarenta e quatro) anos, em desacordo, portanto, com o estabelecido nos itens: 4.3.9 do termo de referência e 3.10 do contrato, que estabelecem idade média máxima não superior a 5 (cinco) anos.

ACORDAM, ademais, **à unanimidade**, em não aceitar os efeitos financeiros do ajuste.

ACORDAM, ainda, **à unanimidade**, em razão das irregularidades verificadas, em aplicar, individualmente, aos agentes públicos responsáveis, a multa no valor de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, também, **à unanimidade**, em determinar o envio de cópias do presente Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para eventual responsabilidade civil dos agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento aos cofres públicos.

ACORDAM, afinal, **à unanimidade**, após observadas as formalidades legais, em arquivar os autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de agosto de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO - Vice-Presidente no exercício da Presidência.
EDSON SIMÕES – Relator.

Contra aludido Acórdão, foram apresentados recurso pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 227/233), Sra. Roberta Arantes Lanhoso (fls. 279/333) e Himalaia Transportes Ltda. (fls. 336/356) em face do v. Acórdão que, **à unanimidade**, julgou irregular o Contrato 005/05-SMT.GAB, bem como aplicou multa de R$ 481,02 aos agentes responsáveis.

À peça 08, a **Secretaria Geral – SG** assim se manifestou sobre os recursos interpostos:

> "As razões dos recursos interpostos não tiveram o condão de afastar as irregularidades descritas no V. Acórdão de fls. 225/226, aliás, referidas razões possuem idêntico teor das defesas apresentadas em sede de instrução processual e não verifico argumentos que propiciem a modificação do julgado, destarte já foram exaustivamente apreciadas e consideradas quando da prolação do Acórdão, ora guerreado.
>
> Contudo, em relação ao recurso interposto pela Sra. Roberta Arantes Lanhoso, entendo que a mesma não deve ser responsabilizada pela desídia que acarretou na contratação emergencial, posto que como assessora jurídica não lhe caberia a promoção de quaisquer atos preparatórios visando à instauração de procedimento licitatório, assim, opino, pelo provimento parcial do referido recurso para afastar a multa aplicada.
>
> Considerando, as informações colacionadas aos autos e, principalmente, a decisão proferida pelo Judiciário no que concerne a não comprovação de prejuízo ao erário, sou pelo reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos em homenagem ao princípio da relação jurídica já consolidada.
>
> Assim sendo, opino pelo conhecimento dos Recursos interpostos vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, pelo provimento parcial do Recurso interposto pela Sra. Roberta Arantes Lanhoso para extingui-la do feito, tornando inexistente a multa que lhe foi aplicada e pelo provimento parcial, para aceitar os efeitos financeiros produzidos, dos Recursos da D. Procuradoria da Fazenda Municipal e da empresa Himalaia Transportes Ltda., mantendo-se no mais o V. Acórdão."

À peça 15, a Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, opinou "(...) *pelo conhecimento dos recursos interpostos e, quanto ao mérito, pelo provimento parcial dos apelos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Himalaia Construtora Ltda., com o propósito de aceitar os efeitos financeiros do Contrato nº 005/05, e pelo provimento parcial do apelo da Sra. Roberta Arantes Munhoz para o fito de cancelar a multa que lhe foi imposta e extingui-la do feito, mantendo-se, no mais, o V. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem prejuízo das recomendações que o Nobre Conselheiro entender cabíveis*."

À peça 34 foram interpostos **Embargos de Declaração** por parte da empresa Himalaia Transportes Ltda., em face do v. Acórdão proferido por esta Egrégia Corte de Contas à peça 06.

À peça 52, a **AJCE** opinou pelo conhecimento dos Embargos e, quanto ao mérito, "(...) opino, s.m.j., pelo parcial provimento dos Embargos de Declaração, devendo os Nobres Conselheiros desta E. Corte de Contas, data máxima vênia, aclarar apenas a questão atinente à errônea interpretação dada à Apelação nº 0535801-71.2010.8.26.0000, que deu provimento ao recurso da empresa contratada, devendo ser mantido os demais termos do r. Julgado de fls.507/507vº (peça 49), por seus próprios e jurídicos fundamentos, com as considerações acima destacadas, e sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro entender cabíveis."

À peça 56, a **PFM** se manifestou "(...) em consonância com o posicionamento firmado em Primeira Instância, esta Procuradoria entende que, "data venia", o recurso intentado poderá ser conhecido e provido, para o fito de sanar a contradição e obscuridade apontada."

À peça 58, a SG assim opinou:

> "Ante o exposto, opino, s.m.j., pelo CONHECIMENTO dos Embargos de Declaração, por preencher o requisito de admissibilidade previsto no Regimento Interno. Quanto ao mérito, na esteira do entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opino, pelo ACOLHIMENTO dos Embargos de Declaração, devendo os Nobres Conselheiros desta E. Corte de Contas, data máxima vênia, aclarar apenas a questão atinente à errônea interpretação dada à Apelação nº 0535801- 71.2010.8.26.0000, que deu provimento ao recurso da empresa contratada, devendo ser mantido os demais termos do r. Julgado de fls.507/507vº (peça 49), por seus próprios e jurídicos fundamentos.
>
> Por derradeiro, no que se refere ao recurso ordinário interposto nestes autos pelo Sr. Frederico Victor Moreira Bussinger (fls. 551/603 - peça 43), entendo, com a devida vênia, que a análise deve ser postergada em razão da primazia do julgamento dos embargos declaratórios."

À peça 60, consta **despacho desta Relatoria** encaminhando os autos a fim de que essa AJCE avalie eventual ocorrência de prescrição, nos termos da Resolução nº 10/2023, publicada em 07/06/2023, o entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal e nota recomendatória da ATRICON sobre a matéria.

À peça 61, em resposta, a **AJCE** assim se manifestou:

> "Destaca-se que a temática da prescritibilidade da pretensão punitiva e ressarcitória no âmbito da atividade do controle externo sofreu evolução interpretativa pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento dos precedentes RE 669.069 (tema 666), RE 852.475 (tema 897) e RE 636.886 (tema 899), bem como da ADI 5.509-CE, que reconheceu a incidência dos marcos interruptivos/suspensivos da Lei 9.873/1999 aos processos de controle externo, com efeito erga omnes.
>
> A partir de então, o Tribunal de Contas da União-TCU, revendo posicionamento anterior, editou a Resolução nº 344, de 11 de outubro de 2022, e a AtriconIRB-Abracom-CNPTC editaram, conjuntamente, a Nota recomendatória nº 02, de 25 de

> abril de 2023, trazendo diretrizes de encaminhamento da matéria aos Tribunais de Contas. No âmbito deste Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM/SP), a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento foi regulamentada por meio da Resolução nº 10/2023, publicada em 12/06/23.
>
> Assim, avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 10/08/2011 (páginas 268/269 da peça 48), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, e inciso II c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023).
>
> Saliente-se, de toda sorte, que, conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição das pretensões 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).[1]
>
> Por fim, observa-se que o eventual reconhecimento da prescrição – nos matizes ressarcitório e sancionatório – em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem, para fins de apuração de atos de improbidade – cujas ações de reparação são imprescritíveis, nos termos do Tema 897 de repercussão geral - e/ou criminais."

À peça 63, a **PFM** informou nada ter a se opor quanto ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e/ou de ressarcimento, exclusivamente no âmbito do controle externo, nos termos da Resolução nº 10/2023 e em conformidade com os entendimentos dos órgãos técnicos e especializados dessa E. Corte de Contas.

É o Relatório.

VOTO

Trata o presente, neste estágio processual, de análise dos Embargos de Declaração interpostos pela empresa HIMALAIA TRANSPORTES E PARTICIPAÇÃO LTDA. (fls.533/542 – peça 34), em face do V. acórdão de fls. 507/507vº - peça 20, referente à análise do Contrato nº 005/05 - SMT.GAB, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes - SMT e a empresa Himalaia Transportes Ltda., objetivando a prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, na área 4, com a finalidade de atender às necessidades atuais e futuras de deslocamento da população.

[1] **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.

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.*"[2]

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

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

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

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*" [5] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

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

Historicamente no tema a jurisprudência do Tribunal de Contas da União era firme no sentido de que não se aplicava o instituto da prescrição nas pretensões ressarcitória

---

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

de suas tomadas de contas especial, em razão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666 [7], 897 [8], 899 [9] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

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

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

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra* ***a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de***

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

> ***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[10], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na 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

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

> provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

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

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

Na ADI nº 5.509, 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 61 dos autos, *"avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 10/08/2011 (páginas 268/269 da peça 48), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV, e inciso II c/c art. 6º, inciso I, 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)[11].

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

Diante de todo o exposto e de conformidade com os pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos

[11] 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.

fundamentos acrescento às razões de decidir, **CONHEÇO** dos Recursos, posto que presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **afastando sanção imposta no Acórdão recorrido**.

Quanto ao mérito declaratório, **NEGO-LHES** provimento, ficando mantida, integralmente, a r. Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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: 15/01/2024 10:17:03 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 004.736/2005

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

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 11/01/2024 17:14:41 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 4.736/2005

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o contrato, com aplicação de multa e determinação. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. SMT. CONHECIDOS. Recurso voluntário de Roberta Lanhoso, assessora jurídica, PROVIDO para afastar a responsabilidade e a multa que lhe foi aplicada, excluindo-a do polo passivo. Votação unânime. Demais recursos NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

TCs citados: 1.733/2006, 4.443/2006.

3.025ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SMT. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. Art. 24, IV, Lei 8.666/93. Lei 13.241/01. Emergência não caracterizada. Ausência de justificativa de preços. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC's: 1.733/2006, 4.443/2006 e 3.009/2005.

2.571ª Sessão Ordinária

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 EDSON SIMÕES – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.852ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator.

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, à vista de atendidos os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar provimento total ao apelo formulado pela Senhora Roberta Arantes Lanhoso, para o fim de afastar a responsabilidade da recorrente e, consequentemente, as penalidades a ela impostas, pois a responsabilização do assessor jurídico só deve ocorrer em caso de má-fé, dolo, culpa grave e erro grosseiro, segundo dispõem a doutrina e a jurisprudência dominantes, situações não caracterizadas durante a instrução processual, deixando, por conseguinte, de analisar o pedido preliminar de nulidade processual, uma vez que a decisão de mérito coloca termo à questão.

ACORDAM, ademais, por maioria, no mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, com voto apresentado em separado, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, no exercício da Presidência, 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, com amparo nos pareceres unânimes dos Órgãos Técnicos e da Secretaria Geral, em negar provimento aos recursos de Himalaia Transportes Ltda. e da Procuradoria da Fazenda Municipal, tendo em vista que permanecem todas as irregularidades que macularam a contratação.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e MAURÍCIO FARIA que deram provimento aos recursos.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à 2ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social do Ministério Público Estadual, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

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

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de março de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
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

Os processos foram instaurados para analisar o contrato 240/04 de 31/12/04 a 27/06/05 (valor estimado de R$ 63.500.000,00), contrato 05/05 de 28/06/05 a 26/12/05 (valor estimado de R$ 80.000.000,00), contrato 20/05 de 27/12/05 a 23/06/06 (valor estimado de R$ 100.000.000,00) e contrato 021/2006 de 24/06/06 a 21/12/06 (valor estimado de R$ 90.000.000,00), celebrados entre a Prefeitura Municipal de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Transportes, e a empresa Himalaia Transportes Ltda., cujo objeto foi a prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros, na área 4, nos termos dos artigos 2º e 3º do Decreto 42.736/02, com a finalidade de atender às necessidades de deslocamento da população.

Em julgamento englobado realizado em 10 de agosto de 2011, o Plenário desta Corte de Contas julgou à unanimidade irregulares os Contratos 240/04, 05/05, 020/05 e 021/06-SMT, diante das seguintes irregularidades:

a) não caracterização da situação emergencial, contrariando o artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, por se tratar do 4º contrato consecutivo de mesmo objeto dos três anteriores;

b) falta de justificativa para o preço contratado, infringindo o artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03 combinado com o inciso III do artigo 55 e com o inciso III do parágrafo único do artigo 26, ambos da Lei Federal 8.666/93;

c) ausência, no termo de contrato, de exigência relativa às apólices de seguro de responsabilidade civil objetiva, infringindo o § 3º do artigo 4º do Decreto Municipal 42.736/02.

- ausência nos autos de cópias dos Anexos I e II do contrato, relativos à descrição do sistema e seu funcionamento e às especificações do serviço de Atendimento Especial – Atende, nem cópia do item 3.3 do Anexo III e do "Termo de Transferência de Bens Móveis e Imóveis" apontando que o Anexo III apresentava o item/Anexo 3.2, iniciando-se pelo subitem 3.2.3.1.1 – Locais de Instalação dos Postos de Venda, equivocadamente;

- ausência de informações e esclarecimentos para a indicação das dotações, saldos e recursos orçamentários provisionados, para atender a despesa; a razão da adoção para um mesmo programa (serviço Atende) das dotações relativas a "Projeto" e "Atividade"; qual o custo estimado para o serviço Atende; e, por fim, se estava sendo adotada a mesma fórmula para efeito de reajuste da remuneração dos serviços, conforme contratação anterior.

"Acordam, ademais, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros do ajuste.

Acordam, ainda, à unanimidade, em razão das irregularidades verificadas, em aplicar, individualmente, aos agentes públicos

responsáveis, a multa no valor de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

Acordam, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do presente Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para eventual responsabilidade civil dos agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento aos cofres públicos.

Acordam, afinal, à unanimidade, após observadas as formalidades legais, em arquivar os autos."

No presente momento, em apreciação apenas os recursos interpostos nos autos do TC 4.736/2005.

A Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs recurso contra o V. Acórdão dispondo, dentre outros: a observância dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, do decurso do tempo, razoabilidade e proporcionalidade; ausência de lesão ao erário; justificativa plausível quanto à situação de emergência e natureza de serviço essencial.

A interessada Roberta Arantes Lanhoso, Assessora Jurídica da Secretaria de Transportes, apresentou sua peça recursal (fls. 279/332), dispondo, dentre outros: preliminar de ausência de intimação durante a instrução processual; no mérito destaque para sua participação no contexto e quanto à natureza jurídica do parecer da assessoria jurídica.

Por fim, a empresa Himalaia Transportes Ltda. apresentou sua peça recursal, com destaque, dentre outros: peculiaridade na Área 04; contratação com fundamento no princípio da boa-fé; apresentou precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, extraídos dos autos da Apelação 0535801-71.2010.8.26.000, em que desonera a empresa quanto à responsabilidade civil pelas contratações emergenciais; ausência de prejuízo ao erário e serviço efetivamente prestados.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, pelo provimento parcial dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Himalaia Transportes Ltda., para aceitar os efeitos financeiros da avença, e pelo provimento parcial do recurso de Roberta Arantes Lanhoso para cancelar as penalidades aplicadas e julgando extinto o processo em relação à mesma, mantendo-se, no mais, a decisão.

A Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

O processo TC 1.733/2006 foi analisado em sede de segundo julgamento em 19 de março de 2014, cujo extrato de julgamento restou assim consignado:

"A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro João Antonio.

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 pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso e pela empresa Himalaia Transportes Ltda., por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.

Acordam, ademais, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros João Antonio – Relator, Maurício Faria, apresentado em separado, e Domingos Dissei, em dar provimento aos apelos oferecidos pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso, para o fim de afastar a responsabilidade e, consequentemente, as penalidades a elas impostas, pois a responsabilização do assessor jurídico só deve ocorrer em caso de má-fé, dolo, culpa grave e erro grosseiro, segundo dispõem a doutrina e a jurisprudência dominantes, situações não caracterizadas durante a instrução processual, tendo o Conselheiro Maurício Faria consignado que houve equívoco de interpretação da decisão proferida, por parte dos Órgãos Técnicos desta Corte, quando se incluiu a indicação das citadas servidoras como responsáveis.

Acordam, ainda quanto ao mérito, por maioria, pelos mesmos votos, com fundamento nas manifestações colacionadas aos autos e, principalmente, na decisão proferida pelo Judiciário no que concerne à não comprovação de prejuízo ao erário, em dar provimento parcial aos recursos interpostos pela PFM e pela empresa Himalaia Transportes Ltda., para aceitar os efeitos financeiros decorrentes da contratação, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, mantendo-se, no mais, o V. Acórdão atacado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, que negou provimento aos recursos.

Acordam, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à 2ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, do Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao pedido formulado nos autos, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Maurício Faria e Domingos Dissei."

Este é o relatório.

VOTO

Em julgamento os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, Roberta Arantes Lanhoso e Himalaia Transportes Ltda., contra V. Acórdão que julgou irregular o contrato, não aceitou os efeitos financeiros e aplicou multa aos responsáveis. Por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal, conheço dos Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal, Roberta Arantes Lanhoso e pela empresa Himalaia Transportes Ltda.

Merece provimento o recurso interposto por Roberta Arantes Lanhoso, para o fim de afastar a responsabilidade da Recorrente e, consequentemente, as penalidades a ela impostas, pois a responsabilização do assessor jurídico só deve ocorrer em caso de má fé, dolo, culpa grave e erro grosseiro, segundo dispõem a doutrina e a jurisprudência dominantes, situações não caracterizadas durante a instrução processual.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 5, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

> *"Advogado. Dispensa ou inexigibilidade de licitação. Contratação. Poder Público. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício de seu mister, emitir parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manfestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB)."*

Ainda, utilizo da fundamentação do Nobre Conselheiro Maurício Faria na análise do TC 1.733/2006, em que houve na realidade um erro na identificação dos responsáveis, uma vez o V. Acórdão determinou a responsabilização dos agentes públicos envolvidos, enquanto único responsável apurado seria o então Secretário Municipal de Transportes à época (fls. 1136 do TC 4.443/2006).

Quanto aos recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da empresa Himalaia Transporte destaco o precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, extraídos dos autos da Apelação 0535801-71.2010.8.26.000, cujo trecho do Venerando Acórdão apresento como razões de decidir:

"Contudo, não há evidência de dano ao erário, pois não consta que a empresa tenha sido contratada em condições mais favoráveis de preço,

em comparação com as outras empresas do setor, sendo por isso excluída a determinação de ressarcimento, tanto em relação à empresa quanto ao secretário.

A empresa contratada não responde por improbidade administrativa, dado que aceitou as contratações, embora sem licitação, porque o serviço poderia ser interrompido e a providência administrativa não era da sua alçada, tendo tampouco dever de exigir que a licitação fosse feita, menos ainda se dificuldades ou embaraços eram alegados para tal mister."

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO INTEGRAL ao recurso interposto por Roberta Arantes Lanhoso, para o fim de afastar a responsabilidade da Recorrente e, consequentemente, as penalidades a ela impostas, deixando, por conseguinte, de analisar o pedido preliminar de nulidade processual, uma vez que a decisão de mérito coloca termo à questão, excluindo em definitivo sua responsabilidade.

E com fundamento nas manifestações colacionadas aos autos e, principalmente, na decisão proferida pelo Judiciário no que concerne a não comprovação de prejuízo ao erário, DOU PROVIMENTO PARCIAL aos Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Himalaia Transportes Ltda., para aceitar os efeitos financeiros decorrentes da contratação, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, mantendo-se, no mais, o Venerando Acórdão atacado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Encaminhe-se cópia da decisão a ser alcançada pelo Plenário à 2ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social do Ministério Público Estadual, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

Após as comunicações de praxe, ARQUIVEM-SE os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente. (2.852ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Acompanho em parte o Relator.

Cuidam os autos da análise dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, Roberta Arantes Lanhoso e Himalaia Transportes Ltda. em face do Acórdão, que, à unanimidade, julgou irregular o Contrato 005/05-SMT.GAB, sem a aceitação dos seus efeitos financeiros, bem como aplicou multa de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos) aos agentes responsáveis.

O Contrato 5/2005, firmado com dispensa de licitação, pautado no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, objetivando a prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros, no subsistema estrutural, nas

áreas de operação 4, no valor de R$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais- data base 2005), foi julgado irregular, sem ter os seus efeitos financeiros aceitos, por unanimidade, (voto de minha Relatoria, acompanhado pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim, Maurício Faria e Eurípedes Sales), em razão das seguintes infringências:

1.- não caracterização da situação emergencial, conforme preceitua o inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, não sendo possível alegar a emergência para situação previsível, como é o caso dos autos, que trata da continuidade da prestação de serviços de transportes coletivo público de passageiros na Cidade de São Paulo, os quais já se encontravam em execução por meio da contratação emergencial 240/2004;

2.- inexistência de planilha de composição do preço contratado, contrariando o preceituado no inciso III do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93;

3.- ausência de justificativa do valor contratado, infringindo o disposto no artigo 26, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03; e

4.- frota de 368 (trezentos e sessenta e oito) veículos com idade média de 6,44 (seis vírgula quarenta e quatro) anos, quando o contrato impunha idade média máxima não superior a 5 (cinco) anos. Também a unanimidade, foi determinado o envio de cópias do Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para eventual responsabilização civil dos agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento aos cofres públicos.

No que diz respeito aos recursos, tanto a Assessoria Jurídica de Controle Externo, quanto a Secretaria Geral opinaram pelo provimento parcial do Recurso de Roberta Lanhoso, em razão de esta não ser a Ordenadora da Despesa ou Signatária do Contrato, mas tão somente a Assessora Jurídica da Secretaria Municipal de Transporte à época, que emitiu parecer jurídico de caráter opinativo.

No mais, opinaram pelo improvimento de todos os outros recursos em função da ausência de elementos novos capazes de afastar as irregularidades que macularam a contratação.

Diante do exposto, CONHEÇO dos recursos, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade para NO MÉRITO, lastreado nas manifestações dos Órgãos Técnicos, DAR PROVIMENTO PARCIAL APENAS AO RECURSO DE ROBERTA LANHOSO para afastar a multa que lhe foi aplicada, excluindo-a do polo passivo.

Todavia, com amparo nos pareceres unânimes dos Órgãos Técnicos e da Secretaria Geral, e, ainda, mantendo a coerência com o voto

por mim proferido em sede de julgamento original, NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS de FREDERICO BUSSINGER, HIMALAIA TRANSPORTES LTDA. e da PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICIPAL, tendo em vista que permanecem todas as irregularidades que macularam a contratação.

Finalmente, no que diz respeito à decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (apelação 0535801-71.2010.8.26.0000 – nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público – citada no voto de desempate do Conselheiro Roberto Braguim proferido no TC 4.443/2006 de objeto quase que idêntico ao presente) no sentido de que "não há evidência de dano ao erário, pois não consta que a empresa tenha sido contratada em condições mais favoráveis de preço em comparação com as outras empresas do setor, sendo por isso excluída a determinação de ressarcimento tanto em relação à empresa quanto ao secretário, IMPORTA CONSIGNAR O SEGUINTE:

1º - Conforme se infere do citado Acórdão, ainda que o Tribunal de Justiça tenha excluído a determinação de ressarcimento- frise-se, por falta de provas concretas nos autos judiciais de que haveria no mercado empresas com preços mais vantajosos, FORAM MANTIDAS a condenação por responsabilidade do então Secretário (Frederico Bussinger) ante a gravidade das irregularidades na contratação bem como as demais sansões aplicadas, quais sejam, a multa civil de 10 vezes o valor da última remuneração recebida, perda da função pública e suspensão dos seus direitos políticos por 3 anos e, à empresa Contratada a aplicação de multa de 100 vezes o valor da remuneração que percebia o Secretário, somada à penalidade de proibição de contratação com o Poder Público pelo prazo de 3 anos, sendo mantida a declaração de nulidade dos contratos)."

2º- A despeito do decidido, não há uma relação de dependência ou vinculação direta entre a citada decisão do Poder Judiciário e a decisão deste Tribunal de Contas, tanto em razão do objeto analisado (que não são idênticos) quanto em função da natureza das decisões desta Corte de Contas – que é Órgão administrativo, dotado de independência e autonomia;

3º - A mencionada decisão – que transitou em julgado no final de 2013, encontra-se em fase de execução, sendo determinado pelo Juiz de primeira instância ao Ministério Público do Estado de São Paulo que adote as medidas necessárias ao cumprimento do Acórdão, (a referida DECISÃO é de 8 de março de 2018). Nesse sentido, a referida decisão judicial encontra-se produzindo efeitos no que diz respeito à todas as condenações e sansões que foram mantidas pelo Tribunal de Justiça (fatos que corroboram o quanto decidido por esta Corte naquilo que é coincidente).

4º - O fato deste Tribunal de Contas não acolher os efeitos financeiros, nem sempre diz respeito à necessidade de devolução/ressarcimento dos valores recebidos pela Contratada. O Tribunal de Contas indica a ilegalidade na contratação e, o não acolhimento dos efeitos financeiros, pode representar tanto o pagamento, quanto o recebimento indevidos, fato que influencia diretamente na responsabilização por eventual ressarcimento ao erário pelo prejuízo causado.

5º - O não acolhimento dos efeitos financeiros nem sempre estará vinculado à existência ou não de prejuízos causados ao erário – relacionados diretamente aos preços contratados e pagos. A não aceitação dos efeitos financeiros muitas vezes estará relacionada à verificação de GRAVE ilegalidade na licitação ou contratação ou, ainda, na execução contratual, de forma que a NATUREZA e a IMPORTÂNCIA dessa ilegalidade, por si só, já indicará a ocorrência de "INDICIOS" de prejuízo ao erário. (tal como a dispensa indevida de licitação em razão de situação emergencial fabricada por desídia e falta de planejamento por parte da Administração; a indicação de irregularidades no edital que ocasionem o direcionamento da licitação, a imposição de cláusulas restritivas à competitividade, ou ainda, a inexistência de projeto básico ou executivo, a exemplo de muitos outros casos).

6º - A responsabilização por ilegalidades dar-se-á em outras esferas (cível, administrativa ou criminal – tanto para o agente público, quanto para o particular contratado) independentemente da constatação de prejuízos efetivos causados ao erário – exatamente como ocorreu no caso em comento: onde houve a responsabilização e a penalização dos agentes públicos e da empresa Contratada em ação judicial movida pelo Ministério Público, nos termos da lei de improbidade administrativa – AINDA que dispensados de ressarcir o erário.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 3.009/2005, 1.733/2006 e 4.443/2006, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 005/05-SMT.GAB, tendo em vista as seguintes impropriedades:

a) não caracterização da situação emergencial, conforme preceitua o inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, não sendo possível alegar a emergência para situação previsível, como é o caso dos autos, que trata da continuidade da prestação de serviços de transportes coletivo público de passageiros na Cidade de São Paulo, os quais já se encontravam em execução por meio da contratação emergencial 240/2004;

b) inexistência, no processo, de planilha contendo a composição do preço contratado, contrariando o preceituado no inciso III do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93;

c) ausência de justificativa do valor contratado, infringindo o disposto no artigo 26, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;

d) constatação de que a frota, formada por um total de 368 (trezentos e sessenta e oito) veículos, atingiu a idade média de 6,44 (seis vírgula quarenta e quatro) anos, em desacordo, portanto, com o estabelecido nos itens: 4.3.9 do termo de referência e 3.10 do contrato, que estabelecem idade média máxima não superior a 5 (cinco) anos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros do ajuste.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em razão das irregularidades verificadas, em aplicar, individualmente, aos agentes públicos responsáveis, a multa no valor de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do presente Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para eventual responsabilidade civil dos agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento aos cofres públicos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, após observadas as formalidades legais, em arquivar os autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de agosto de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos dos **TCs 3.009/2005, 4.736/2005, 1.733/2006 e 4.443/2006,** ora julgados de forma englobada**,** da análise dos **Contratos 240/04, 05/05, 020/05 e 21/06** celebrados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a empresa Himalaia Transportes Ltda., com dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, objetivando a prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros, no subsistema estrutural, nas áreas de operação nº 4, nos valores de R$ 63.500.000,00 (sessenta e três milhões e quinhentos mil reais), R$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais), R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) e R$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais) respectivamente.

Os contratos foram firmados em caráter emergencial, com duração de 180 dias, sendo o período de vigência do **Contrato 240/04** de 31/12/04 a 27/06/05; do **Contrato 05/05** de 28/06/05 a 26/12/05, do **Contrato 20/05** de 27/12/05 a 23/06/06 e do C**ontrato 21/06** de 24/06/06 a 21/12/06.

Em análise preliminar, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle alcançou a seguinte conclusão:

1º) irregularidade do Contrato 240/2004 em razão de:

a) Ausência de renovação da caução abrangendo todo o período contratual, infringindo o disposto no artigo 56, § 4º, da Lei Federal 8.666/93 e no item XIII do contrato;

b) falta de parecer técnico que justifique o preço contratado, identificando as parcelas que o compõe, infringindo o disposto no artigo 26, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;

c) Inexistência de especificação do ano de fabricação de 102 veículos da Relação da Frota, impossibilitando a verificação da sua idade média;

d) Infringência à cláusula 4.3.9 do Termo de Referência e 3.10 do contrato, por apresentar 02 veículos com idade superior a 10 anos.

2º) irregularidade do Contrato 05/2005 diante da:

a) Não caracterização da situação emergencial, conforme preceitua o inciso IV, do artigo 24, da Lei Federal 8.666/93, não sendo possível alegar a emergência para situação previsível, como é o caso dos autos, que trata da continuidade da prestação de serviços de transportes coletivo público de passageiros na cidade de São Paulo, os quais já se encontravam em execução por meio da contratação emergencial de nº 240/2004;

b) Inexistência, no processo, de planilha contendo a composição do preço contratado, contrariando o preceituado no inciso III, do artigo 55, da Lei Federal 8.666/93;

c) Ausência de justificativa do valor contratado, infringindo o disposto no artigo 26, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 e no artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;

d) Constatação de que a frota, formada por um total de 368 (trezentos e sessenta e oito) veículos, atingiu a idade média de 6,44 (seis vírgula quarenta e quatro) anos, em desacordo, portanto, com o estabelecido nos itens: 4.3.9 do termo de referência e 3.10 do contrato, que estabelecem idade média máxima não superior a 5 (cinco) anos.

3º) irregularidade do Contrato 20/2005 em razão do seguinte:

a) Não caracterização de situação emergencial, evidenciada pela tardança no início do procedimento licitatório, à longa indefinição quanto ao modelo a ser adotado e, ao tempo transcorrido do suposto fato gerador da situação emergencial ser superior a um ano, desrespeitando o positivado no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93;

b) Ausência de justificativa do preço contratado infringindo o inciso III do parágrafo único do artigo 26 combinado com o inciso III do artigo 55, da Lei Federal 8.666/93 e o artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;

c) Acréscimo do valor contratado, em 7,69% após cinco dias da vigência do contrato;

d) Existência, na relação da frota da empresa contratada, de 49 (quarenta e nove) veículos com idade superior a 10 (dez) anos, infringindo o item 3.9 do contrato.

4º) irregularidade do Contrato 21/2006 diante de:

a) Não caracterização da situação emergencial, contrariando o artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, por se tratar do 4º contrato consecutivo de mesmo objeto dos três anteriores;

b) Falta de justificativa para o preço contratado, infringindo o artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03 combinado com o inciso III, do artigo 55 e com o inciso III, do parágrafo único do artigo 26 ambos da Lei Federal 8.666/93;

c) Ausência, no termo de contrato, de exigência relativa às apólices de seguro de responsabilidade civil objetiva, infringindo o § 3º do artigo 4º do Decreto Municipal 42.736/02.

Para este contrato, a Auditoria observou, ainda, que não foram encontradas nos autos cópia dos Anexos I e II do contrato, relativos à descrição do Sistema e seu funcionamento e às especificações do serviço de Atendimento Especial - Atende, nem cópia do item 3.3 do Anexo III e do *"Termo de Transferência de Bens Móveis e Imóveis",* apontando que o Anexo III apresentava o item/Anexo 3.2, iniciando-se pelo subitem 3.2.3.1.1 – Locais de Instalação dos Postos de Venda, equivocadamente.

Acrescentou, também, que ficaram pendentes as necessárias informações e esclarecimentos para a indicação das dotações, saldos e recursos orçamentários provisionados, para atender a despesa; a razão da adoção para um mesmo programa (serviço Atende) das dotações relativas a "Projeto" e "Atividade"; qual o custo estimado para o serviço Atende; e, por fim, se estava sendo adotada a mesma fórmula para efeito de reajuste da remuneração dos serviços, conforme contratação anterior.

Oficiada, a Secretaria Municipal de Transportes ofereceu seus esclarecimentos em todos os processos: folhas 155/169 no TC 4.736/2005; 184/191 no TC 3.009/2005; 222/241 no TC 1.733/2006 e folhas 249/256 do TC 4.443/2006.

Intimados, os Ordenadores da Despesa e Signatários dos ajustes também apresentaram defesa.

Em novo exame, a Coordenadoria V, reiterou seus pareceres precedentes pela irregularidade de todos os contratos, afastando, quanto ao Contrato 240/04, tão somente o apontamento sobre a falta de renovação da caução, tendo em vista que, embora a garantia não tenha abrangido todo o período contratual, o descompasso da Carta Fiança em relação à vigência do contrato ocorreu pelo lapso temporal de 6 dias.

Em todos os processos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pela irregularidade dos contratos, tanto em virtude da não caracterização da situação emergencial, quanto pela falta de justificativa dos preços contratados.

Consignou que, a partir do Contrato 05/2005, o problema da contratação correspondeu à chamada "segunda emergência".

No seu entendimento, se a primeira contratação direta, (analisada nos autos do TC 3.009/2005), era válida entre 30/12/04 e 27/06/05 e se justificou pela rescisão do contrato de concessão anterior, presume-se que o devido certame licitatório deveria ter sido providenciado imediatamente para evitar novas contratações diretas.

Sopesou que restou evidenciada a desídia administrativa e a falta de planejamento.

Ponderou que a emergência se liga a situações fáticas. Entretanto, alertou que esta situação fática deve ser anormal e impeditiva da contratação normal pelas vias legais (licitação), sendo que *"no caso, não vejo como uma situação anormal e, portanto, impeditiva da licitação, o período de transição: a uma, porque tal fase se arrasta desde que foram firmados os contratos de concessão no primeiro semestre de 2003; a duas, porque a própria SPTrans, por meio do seu Diretor Operacional, já admitiu que o citado período de transição poderia ser encerrado, tendo em vista que os obstáculos à implantação do sistema estariam superados, como, aliás, também afirmou a Assessora de SMT em seu parecer".*

Concluiu que os casos sob análise podem ser *"perfeitamente enquadrados como emergência ficta ou fabricada".*

Apoiou o posicionamento da Auditoria de que as sucessivas contratações emergenciais são irregulares, consoante precedentes jurisprudenciais.

Quanto à falta de justificativa de preços, avaliou que é patente a contrariedade ao disposto no inciso III do parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93, que tem por objeto evitar prejuízo à Administração.

Endossou, desse modo, o parecer da Coordenadoria V no tangente à irregularidade de todos os contratos ante a ausência de justificativa de preços, entendendo que *"os elementos trazidos nos esclarecimentos demonstraram-se insuficientes para configurar uma verdadeira justificativa de preço, pois a legislação exige que sejam estabelecidos critérios para o preço e o seu reajustamento".*

Perfilhou, outrossim, os apontamentos daquela Área Técnica sobre as contrariedades verificadas nas cláusulas contratuais, notadamente quanto à existência de veículos com idade acima de 10 anos e idade média da frota superior ao limite de 5 anos.

Por derradeiro, com relação à ausência de renovação de caução, anotou que *"de fato, de acordo com o artigo 56, §4º, da Lei Federal de Licitações, a caução deve ter o mesmo prazo de validade do contrato, eis que seu objetivo principal é assegurar a correta execução contratual. No presente caso, porém, há um descompasso em relação às datas de vigência do contrato (de 30/12/04 a 27/06/05) e da caução (23/12/04 a 21/06/05), o que é considerado uma irregularidade".*

A Procuradoria da Fazenda Municipal propôs o acolhimento dos contratos e, subsidiariamente, a aceitação dos seus efeitos financeiros.

A Secretaria Geral, na esteira da manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, propugnou pela irregularidade dos ajustes.

Ressaltou que os contratos encontram-se inquinados de irregularidade ocasionada tanto pela não configuração da situação emergencial apta a fundamentar a dispensa de licitação, quanto pela ofensa à determinação expressa da Lei Federal 8.666/93 pela não justificação dos preços pactuados.

A propósito, com relação a esta última, citou o posicionamento deste Tribunal exarado no TC 2.576/2001, que julgou irregular o ajuste por entender que a justificativa de preços é requisito essencial para demonstrar que a contratação direta não é desvantajosa ao interesse público.

Por fim, no tocante à ausência das apólices de seguro de responsabilidade civil objetiva, entendeu que não pode o agente público desconsiderar os preceitos legais atinentes à matéria por tratar-se de contratação direta e que o Decreto Municipal 42.736/02 deve ser acatado em conjunto com a Lei Federal 8.666/93.

VOTO

A Administração Pública introduziu, unilateralmente, uma fase de transição aos contratos de concessão licitados nos termos da Lei Municipal 13.241/01, que reestruturou totalmente o sistema de transporte público de passageiros do Município de São Paulo. Esse período de transição foi responsável por alterar a forma de execução dos contratos, a forma de remuneração e toda a sistemática de funcionamento do sistema.

Os contratos que ora se examinam tiveram por escopo a execução dos serviços correspondentes à área operacional nº 4, tendo em vista a não realização de novo procedimento licitatório, em tempo hábil, pela Secretaria Municipal de Transportes, para outorgar a concessão do serviço de transporte coletivo público da citada área operacional nº 04.

Afirmou a SMT, em todas as oportunidades de manifestação que lhe foram concedidas durante a instrução, que não houve possibilidade de se iniciar nova licitação para delegar os serviços da área operacional nº 04, pois *"encontravam-se em fase final de elaboração os estudos do custo do sistema e o plano para a implantação da rede de transporte organizada, restando ainda a discussão junto aos operadores e órgão do governo"*.

Consoante se verificou, as justificativas apresentadas tanto pela Origem, quanto pelos Ordenadores da Despesa e Signatários dos ajustes em suas defesas, não tiveram o condão de comprovar a caracterização da situação de emergência, notadamente porque ficou demonstrado que tal circunstância se arrastou desde que foram firmados os contratos de concessão no primeiro semestre de 2003.

A Secretaria Municipal de Transportes baseou as contratações no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93.

Dispõe o citado artigo que

> "*É dispensável a licitação, nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos".*

Nos casos em concreto, conforme o entendimento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, não restou caracterizada a situação de emergência capaz de ensejar a invocação do mencionado dispositivo legal, para as contratações 05/05, 20/05 e 21/06, que sucederam a primeira contratação emergencial 240/04.

A regra para as contratações da administração pública é a licitação, prevendo, o legislador, as hipóteses passíveis de dispensa ou inexigibilidade em casos excepcionalíssimos.

Esse entendimento foi apregoado pelo legislador ordinário em decorrência de deliberação expressa no texto da Constituição da República, a teor do inciso XXI do seu artigo 37 que assim estabelece:

> *"ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes...".*

A jurisprudência, refletindo as lições da doutrina majoritária, é pacífica no sentido de que a falta de planejamento não pode fundamentar a utilização da exceção legal à licitação.

Por evidente, a hipótese de contratação direta por emergência é idealizada para fazer frente à situação imprevisível, existindo o permissivo legal tão somente para municiar o gestor público na sua atividade de compor as necessidades da coletividade que forem **inesperadas**.

Esse não foi o caso dos contratos ora analisados: conforme se infere dos autos, a primeira contratação foi efetivada em 30 de dezembro de 2004 e a licitação autuada somente em 17 de junho de 2005.

A audiência pública para licitar a concessão do transporte coletivo na área 4, inicialmente designada para ocorrer no dia 12/05/05, foi realizada apenas no dia 31/03/06, o que comprova, em absoluto, a prática de atuação tardia por parte da Origem.

Em outras palavras, desde a primeira contratação emergencial já se evidenciava que as providências atinentes ao início do procedimento licitatório foram adotadas tardiamente.

Nas palavras da Assessoria Jurídica*, "não resta dúvida, portanto, que houve desídia da Origem no que tange ao início de um novo procedimento licitatório, fato que culminou no surgimento de uma situação emergencial".*

Nesse diapasão, vale destacar as lições colacionadas por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, extraídas de Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, a saber:

> *"...só deve realizar aquisições com dispensa de licitação, fundada no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93, quando devidamente caracterizada a situação emergencial ou de calamidade pública, desde que a situação não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis e desde que esteja comprovado que a imediata contratação é o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente destacado".*
>
> Da mesma forma, adverte Mariense Escobar que *"a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível, e não da inércia administrativa"*.

Assim, para que se pudesse aceitar a fundamentação para a dispensa de licitação, seria necessário que o certame tivesse se iniciado em tempo hábil, considerando, com folga, os prazos legais, não podendo ser o atraso resultado de falta de planejamento ou desídia administrativa.

O ordenamento jurídico não considera legítimo o comportamento do administrador que deu causa à aludida situação emergencial, motivo que justifica a apuração de responsabilidades**,** como bem salientado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo. Nesse sentido, também são os julgados do Tribunal de Contas da União, nos Acórdãos 1357/98 e 106/97.

Nas palavras da Área Jurídica, que se utiliza das lições de Lúcia Valle Figueiredo,

> *"os casos sob exame, poderiam, perfeitamente, serem enquadrados como "emergência ficta ou fabricada", na qual, apesar de não se negar a ocorrência da emergência, ela foi resultante da incúria administrativa de prover, a tempo e hora, as necessidades administrativas*".

No entendimento da mencionada autora, nesses casos, torna-se imprescindível identificar e aplicar as sanções disciplinares cabíveis ao responsável pela autorização da despesa decorrente dessa emergência**,** sendo que "somente dessa forma ficaria satisfeito o princípio da moralidade administrativa".

Não obstante a irregularidade pela dispensa de licitação, foi apontado também, para todas as contratações, a irregularidade em virtude da ausência de justificativa para os preços pactuados, em patente ofensa à determinação expressa no artigo 26, inciso III,da Lei Federal 8.666/93.

É dever da Administração, ainda que caracterizada a situação emergencial, observar as formalidades previstas no aludido artigo 26 da Lei de Licitações.

A exigência legal revela a preocupação do legislador em coibir aquisições ou contratações por preços excessivos que causem prejuízo ao erário.

Cautela maior deve tomar o administrador quando se tratar de contratação por dispensa de licitação, em que há ausência de competição entre os preços ofertados e, por conseguinte, o risco de contratação por preços elevados é ampliado.

A legislação pertinente revela nítida preocupação no sentido de que a Administração Pública não pague preços incompatíveis com os praticados no mercado, em homenagem, inclusive, ao princípio da economicidade previsto no artigo 70 da Carta Constitucional.

A justificativa de preços é, portanto, requisito essencial e indispensável nas contratações públicas, com o fim de comprovação de que o ajuste foi a melhor maneira de atingir o interesse público, diante do caso concreto, inclusive, em termos econômicos, demonstrando-se a vantajosidade dos valores pactuados.

Com efeito, consoante entendeu a Auditoria e a Assessoria Jurídica, a declaração do então Secretário da Pasta de que *"o valor do contrato emergencial foi estimado a partir de uma projeção de passageiros mensais para a referida área operacional"*, não supre o requisito imposto pela lei, visto que não justifica o preço pactuado.

As justificativas colacionadas pela Origem e pelos Responsáveis também não afastaram a ilegalidade, tendo a Subsecretaria de Fiscalização e Controle reiterado, mesmo após o exame das defesas, que *"não*

localizou a razão de se ter sido definida em R$ 1,8155 (um vírgula oito um cinco cinco reais) a remuneração por passageiro para o Contrato 21/2006 e de R$ 1,6859 (um vírgula meia oito cinco nove reais) para o Contrato 5/2005, já que não se tratam de contratos de concessão, não havendo previsão de investimentos, em que o concessionário executa o serviço público em seu próprio nome, correndo o risco do empreendimento".

Também foi considerada inaceitável a justificativa da Origem de que *"o valor foi definido considerando o sistema como um todo".*

Nas palavras da Assessoria Jurídica de Controle Externo, subscritas pela Secretaria Geral, a exigência prescrita no citado artigo 26 do Estatuto das Licitações *"apresenta-se com inexcedível clareza e exige que o preço contratado seja objeto de justificação sempre, ainda que, na hipótese dos autos, tal justificação fosse procedida pela São Paulo Transporte S/A, não se limitando, entretanto, à apresentação de uma tabela; é certo que os dados constantes da tabela devem ter suporte em fatos, os quais, certamente, originaram os valores insertos na mesma; ocorre que, do que consta dos autos, tais fatos não foram devidamente justificados, e isto é que foi o objeto do apontamento de AUD, segundo nos parece".*

O Tribunal de Contas da União já se posicionou sobre a matéria ao recomendar que:

> *"ao promover licitações e contratações, observe a Lei 8.666/93, em especial o que dispõe sobre a instrução de processos de Dispensa de licitação com a justificativa do preço praticado na contratação*".

No caso do Contrato 20/2005, além da ausência de justificativa para o preço pactuado, também não houve sequer explicação para o aumento de quase 8 % (oito por cento) no valor ajustado após 5 (cinco) dias de vigência do contrato.

Assim, patente o descumprimento de exigência que decorre de lei, não podendo ser excepcionada.

Não bastasse a não caracterização da situação emergencial e a falta de justificativa dos preços, o que por si só, já macularia a legalidade de todos os contratos ante a gravidade das infrações e à ofensa aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, tais como a legalidade, moralidade, economicidade, eficiência e vantajosidade, a Auditoria apontou ainda, outras questões que levam à irregularidade das contratações sob exame, como a constatação, em todos os contratos, de que a idade média da frota era superior a 5 anos, limite este imposto em todos os ajustes e, ainda, que a idade de muitos dos veículos superava o prazo de 10 anos também estabelecido nos contratos.

No caso do Contrato 20/2005, foram identificados 49 (quarenta e nove) veículos da frota com idade superior a 10 anos, em total desacordo com o pactuado.

Finalmente, com relação à irregularidade ante a ausência, no Termo de Contrato 21/2006, de exigência das apólices de seguro de responsabilidade civil objetiva, infringindo o artigo 4º, § 3º, do Decreto Municipal 42.736/02, filio-me ao entendimento da Área Jurídica no sentido de que não assiste razão à Origem ao argumentar pela desnecessidade de tal providência por se tratar de contratação emergencial regida pela Lei Federal 8.666/93 e não pelo Decreto 42.736/02.

Isso porque, a finalidade do citado Decreto Municipal 42.736/2002, ao cuidar da organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, busca disciplinar um dos pontos mais sensíveis da atuação do Município de São Paulo, qual seja, o transporte coletivo intramunicipal, em perfeita harmonia com os ditames constitucionais, sobretudo com o gravado no artigo 30, inciso V, da Constituição Federal.

Desta forma, a previsão constante do § 3º do artigo 4º do referido Decreto busca preservar e dar segurança tanto aos interesses da Administração pública (visto que a Lei Maior lhe impõe responsabilidade civil objetiva pela prestação dos serviços públicos), quanto aos dos munícipes, uma vez que tal exigência ampara e garante a reparação dos danos em caso de acidente.

Assim, ainda que se trate de contratação emergencial, sobreleva a importância do seu objeto, que é a prestação de transporte coletivo urbano, carecendo, sem sombra de dúvida, de amparo pelo seguro de responsabilidade civil objetiva, representado pela apólice a ser ofertada previamente à assinatura do contrato, sob pena de ser esvaziada a intenção do legislador.

Por fim, importante enfatizar que, apesar de ter sido concedida, em todos os processos, oportunidade para que a Secretaria Municipal de Transportes, bem como os Responsáveis apresentassem suas justificativas e demais documentos que entendessem necessários para a elucidação das impropriedades apontadas, nenhuma das irregularidades foi afastada, entendendo os Órgãos Técnicos deste Tribunal, de forma unânime, que os esclarecimentos foram insuficientes.

Diante de todo o exposto e considerando os posicionamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, passando a integrar o presente, julgo irregulares o Contrato 240/04, 05 e 20 de 2005 e 21/2006, não aceitando seus efeitos financeiros.

Em razão das irregularidades verificadas, aplico**,** individualmente**,** aos Agentes Públicos Responsáveis, a multa no valor de R$ 481,02

(quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

Determino o envio de cópias da decisão a ser alcançada por este Plenário à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de que adote as providências necessárias para eventual responsabilidade civil dos Agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento dos cofres públicos.

Após, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.