ACO-UTR-405/2024

Processo - TC/005108/2003
(Tramitam em conjunto os processos TC/005103/2003, TC/005104/2003, TC/005105/2003, TC/005106/2003, TC/005107/2003, TC/005108/2003, TC/005109/2003 e TC/005110/2003)
Contratante - Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito)
Contratada - Consórcio Autho Pam
Contrato e Acompanhamento da Execução 697/2003 R$ 400.000.000,00
Objeto - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiro
local, no Município de São Paulo

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMT. Serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros. 1. Do último marco interruptivo, consubstanciado no Relatório de Auditoria, decorreram mais de cinco anos, o que dá ensejo ao reconhecimento da prescrição. Art. 4º, art. 5º, II, art. 6º, I e art. 12, p.u., Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/005103/2003, TC/005104/2003, TC/005105/2003, TC/005106/2003, TC/005107/2003, TC/005108/2003, TC/005109/2003 e TC/005110/2003, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, e julgar extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 12, parágrafo único da mesma Resolução.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o encaminhamento do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas necessárias, 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

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 13:59:42 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:10:20 -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 5.103/2003 – análise
Objeto: Contrato 692/2003 e Execução Contratual - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros, por intermédio de operadores autônomos, na Área 01 do subsistema local, no Município de São Paulo
Interessados: Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Consórcio Transcooper Fênix.

TC nº 5.104/2003 – análise
Objeto: Contrato 693/2003 e Execução Contratual - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros, por intermédio de operadores autônomos, na Área 02 do subsistema local, no Município de São Paulo**.**
Interessados: Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Consórcio Transcooper/Fênix.

TC nº 5.105/2003 – análise
Objeto: Contrato 694/2003 e Execução Contratual - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros, por intermédio de operadores autônomos, na Área 03 do subsistema local, no Município de São Paulo.
Interessados: Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Consórcio Aliança Paulistana.

TC nº 5.106/2003 - análise
Objeto: Contrato 695/2003 e Execução Contratual - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros, por intermédio de operadores autônomos, na Área 04 do subsistema local, no Município de São Paulo.
Interessados: Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Cooperativa de Trabalho dos Profissionais no Transporte de Passageiros em Geral na Região Sudeste – Transcooper.

TC nº 5.107/2003 - análise
Objeto: Contrato 696/2003 e Execução Contratual - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros, por intermédio de operadores autônomos, na Área 05 do subsistema local, no Município de São Paulo (apensado o TC nº 2851/2007).
Interessados: Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Consórcio Aliança/Cooperpeople.

TC nº 5.108/2003 - análise
Objeto: Contrato 697/2003 e Execução Contratual - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros, por intermédio de operadores autônomos, na Área 06 do subsistema local, no Município de São Paulo.
Interessados: Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Consórcio Autho Pam.

TC nº 5.109/2003 - análise
Objeto: Contrato 698/2003 e Execução Contratual - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros, por intermédio de operadores autônomos, na Área 07 do subsistema local, no Município de São Paulo
Interessados: Secretaria Municipal dos Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Consórcio Autho Pam.

TC nº 5.110/2003 - análise
Objeto: Contrato 699/2003 e Execução Contratual - Termo de Permissão para prestação do serviço de Operação de Transporte Coletivo de Passageiros, por intermédio de operadores autônomos, na Área 08 do subsistema local, no Município de São Paulo
Interessados: Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Consórcio Unicoopers-Cooperalfa – Transcooper.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

Relatório

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

O Edital e o procedimento licitatório da Concorrência nº 13/2002, que antecedem os Ajustes, foram analisados nos autos dos TCs 377/03-76, 959/03-61 e 4.355/03-85 e **julgados regulares** pelo Plenário deste Tribunal.

Em parecer preliminar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo analisou as questões jurídicas e opinou pela "legalidade da inserção da cláusula vigésima das disposições transitórias", e concluiu "pela regularidade dos Contratos, condicionada a apresentação das apólices de seguro por todos os operadores autônomos, bem como, a fixação do prazo de vigência para a Cláusula Vigésima – Das Disposições Transitórias."

Sobre a mencionada Cláusula 20ª – "Disposições Transitórias", observou que teve por finalidade *"compatibilizar a permissão à concessão, durante o período de transição, para a operação do serviço de transporte coletivo de passageiros, entre as quais critérios de remuneração e técnicos para a revisão do equilíbrio econômico-financeiro da permissão,*

considerando que a rede de transporte coletivo prevista no edital ainda não pode ser implantada, em função de:

a.) Não estarem concluídos dos terminais de integração provisório e definitivos; e
b.) Implementação parcial do sistema de bilhetagem eletrônica, que permitirá o registro de passageiros que servirá de referência para a remuneração dos operadores."

Atentou que, segundo noticiado pela própria cláusula, *"a inexistência dos elementos enumerados – rede de transporte, bilhetagem eletrônica e estrutura tarifária definida no edital – impede que a remuneração do operador seja calculada e paga tal como previsto no edital."*

Ressaltou que, a Secretaria Municipal de Transporte, no intuito de justificar a inclusão da referida cláusula, ofereceu parecer da lavra do Jurista Adilson Abreu Dallari, que versa sobre a viabilidade legal da inserção da referida cláusula transitória aos contratos de permissão.

Nesse sentido, registrou que o jurista posiciona-se pela "legalidade da cláusula argumentando que a minuta do contrato que acompanha o edital não pode ser confundida com o seu texto definitivo, não havendo impedimento legal para a sua alteração, desde que a sua essência não seja alterada, alegando, ainda, que *in casu,* a complexidade da implantação de um novo sistema demanda uma transição que garanta a continuidade em níveis satisfatórios do serviço público de transporte, essencial à população. Daí a pertinência da solução encontrada pela Origem no sentido de estipular uma cláusula com disposições transitórias." Nas palavras de Dallari:

> *"A única solução coerente é celebrar os contratos decorrentes da licitação tal como redigidos nas minutas anexas aos editais, ou seja, tal como deverão ser executados no futuro, agregando-se a eles as disposições contratuais transitórias, exatamente para a mesma finalidade: superar as dificuldades inerentes à fase de transição.*
> *(...)*
> *As condições especiais de execução dos serviços de transporte coletivo durante a fase de transição poderiam, também ser objeto de um contrato emergencial, pois estão presentes os requisitos de essencialidade e de urgência. Os serviços não podem ser interrompidos. Em tese, poderiam ser contratados com qualquer empresa ou cooperativa que se dispusesse a executá-los."*

Considerou que o Jurista argumenta, ademais, que "a melhor solução será a prestação dos serviços pelos vencedores da licitação, tendo em vista a indeterminação do tempo necessário à transição" e que arremata afirmando que:

> *"Em síntese, nas disposições transitórias estão sendo contratados serviços de caráter emergencial, que serão executados pelos vencedores das licitações."*

Diante das informações e justificativas apresentadas, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, procedendo a uma análise da viabilidade legal de alteração dos termos da

minuta do contrato quando da sua celebração, invocou, inicialmente, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como o consequente artigo 54, §1º da Lei Federal 8.666/93, que afirma a necessidade de o contrato guardar *"**conformidade** com os termos da licitação e da proposta **a que se vinculam**."*

Neste sentido, trouxe o entendimento de Marçal Justen Filho de que: *"O contrato deverá retratar não apenas as regras constitucionais e legais. É imperioso que o contrato se **harmonize** perfeitamente com a disciplina veiculada no ato convocatório da licitação e com o contido na proposta formulada pelo particular. A harmonia entre o contrato e o instrumento convocatório da licitação é princípio basilar do direito das licitações. Se fosse possível alterar as condições da licitação e (ou) das propostas, a licitação seria inútil. A descoincidência acarreta a nulidade do contrato, sem prejuízo da responsabilização dos envolvidos."*[1]

Chamou atenção para o fato de que o dispositivo supracitado emprega a expressão ***conformidade*** *com os termos da licitação e da proposta*. Na mesma linha, Marçal Justen Filho utiliza-se do termo ***harmonia*** para explicitar a relação que deve existir entre o contrato e o instrumento convocatório.

No mesmo diapasão, ressaltou ser também o entendimento de Floriano Azevedo Marques Neto que assevera "ser *importante gizar que a lei **não exige que se acoste a versão final do contrato**. Sempre haverá uma margem de composição após a adjudicação, **a partir da qual poderão advir cláusulas complementares que não colidam com os termos do edital e não impliquem em alteração das condições impostas para todos os licitantes.**"*[2]

Diante disso, a Assessoria Jurídica concluiu, nos termos do que reza a legislação e os ensinamentos da doutrina, que entre os termos da minuta do contrato, parte integrante do edital, e o conteúdo do consequente contrato deve existir **conformidade e harmonia**, não sendo exigida a identidade total.

Evidenciou que a conformidade e harmonia devem ser avaliadas em face da **não desnaturação do objeto licitado e das disposições referentes às cláusulas essenciais então estipuladas na minuta do contrato oque, no caso concreto, foi atendido, no seu entendimento**. Consignou que, *"o conteúdo da referida cláusula não traz em si uma inovação em relação ao procedimento licitatório. Com efeito, a cláusula 20ª indica em seu teor que ela decorre da pergunta 23 do Esclarecimento n. 04, referente ao processo de concessão*[3]*. Examinando-se o teor da pergunta apresentada, bem como da resposta dada pela Origem, podemos concluir que a necessidade de uma transição das regras do sistema vigente para o novo foi pontuada durante o desenvolvimento do procedimento licitatório."*

[1] In: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 10ª ed., p. 480.
[2] Apud: Adilson Abreu Dallari, in: Aspectos Jurídicos da Licitação, Saraiva, 6ª ed., p.98.
[3] Os pedidos de esclarecimentos dos processos relativos à concessão e à permissão do transporte coletivo foram analisados conjuntamente, daí a referência ao pedido de esclarecimento do processo de concessão e não permissão.

Anotou que o referido questionamento, seguido do respectivo esclarecimento, foi o seguinte:

> "Pergunta 23: A proposta para fins da concessão a que se trata se refere a concorrência será elaborada considerando o novo sistema de transporte, que prevê a implantação da bilhetagem eletrônica, novos terminais e um novo modelo operacional. Entendemos que enquanto esse novo modelo não estiver implantado, a remuneração se dará pela participação das receitas auferidas, considerando uma tarifa diferenciada por área conforme estrutura de custos vigentes no momento da participação. Esse entendimento está correto?
> ESCLARECIMENTO da Comissão*: A proposta deverá ser formulada de acordo com todas as condições e prazos estabelecidos no Edital e seus anexos.*
> *Na hipótese do Poder Concedente constatar a inexistência das condições suficientes para a adequada implantação do Sistema Integrado, poderá ser emitida uma Ordem de Serviço Provisória, anterior à prevista no item 16.1 do Edital, que obedecerá as seguintes diretrizes:*
> *(...)"*

Na visão da **Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral,** na parte final da resposta restaram explicitadas as condições suficientes para a efetiva operação do Sistema Integrado, quais sejam:

> "a) conclusão dos procedimentos de contratação para os subsistemas local e estrutural;
> *b) a implantação do sistema de bilhetagem eletrônica; e*
> *c) a implantação dos terminais provisórios, conforme condições previstas no Edital e anexos."*

Assim, considerando o entendimento pacífico da doutrina e dos Tribunais Superiores de que os pedidos de esclarecimento formulados durante o procedimento licitatório são vinculantes e passam a fazer parte integrante do edital, registrou a Assessoria Jurídica não ser possível considerar o conteúdo da referida cláusula de transição uma inovação em relação às regras constantes da minuta do contrato, já que todos os licitantes tiveram ciência do conteúdo da pergunta formulada e da respectiva resposta.

A propósito, trouxe lição de Marçal Justen Filho sobre o tema:

> "É prática usual, fomentada pelo próprio art. 30, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras gerais editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração. Nesse sentido, já decidiu o STJ, em julgado em que se afirmou que 'A resposta de consulta a respeito de cláusula do edital de concorrência pública é vinculante. Desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital.' (REsp n. 198.665-RJ, rel. Min. Ari Pargendler)."[4]

[4] Ob. cit., p. 396

Sobre a eventual necessidade de aplicação da regra prescrita pelo art. 21, § 4º da Lei 8.666/93, que determina a reabertura de prazo quando o esclarecimento afetar a formulação das propostas, **a Assessoria Jurídica afastou tal hipótese nos seguintes dizeres**: "*in casu* o tipo de licitação adotado é o de melhor técnica. O valor da remuneração do permissionário restou estabelecido no edital pela Administração Pública. Ainda que a licitação não fosse do tipo melhor técnica, e houvesse a formulação de propostas comerciais pelos licitantes, não vislumbramos a necessidade de aplicação da referida regra, tendo em vista que a proposta comercial formulada deve necessariamente levar em conta as regras definitivas que nortearão a prestação do serviço."

De outra parte, a Auditoria opinou pela irregularidade do Contrato, sob o argumento de que a inclusão da Cláusula 20ª – Disposições Transitórias violava os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia.

Intimado, o Ordenador de Despesa sustentou que não havia comprovação de qualquer vício ou irregularidade nas ações realizadas, pugnando pela legalidade de todos os Contratos.

Após o exame da documentação acrescida, a Auditoria reiterou seu parecer pela irregularidade dos Contratos, ressaltando o não atendimento do estabelecido na Cláusula 11 dos Contratos, que determina a apresentação de apólices de seguro e o não cumprimento do item 14.5 do Edital, que exige a comprovação de vistoria na totalidade dos veículos.

(fls. 252/254)

Em novo pronunciamento, a Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou o seu parecer nos seguintes termos: *"acompanho o parecer anterior, sobretudo, no que se refere à possibilidade jurídica da inclusão da Cláusula Vigésima do Contrato – Das Disposições Transitórias, vez que demonstrada à necessidade do período de transição do sistema de transportes e, haja vista, que os licitantes tomaram conhecimento deste fato através de esclarecimentos devidamente publicados e, principalmente, porque a matéria já foi apreciada nos autos do TC 377.03-76, restando, portanto, superada."*

Quanto a não fixação do prazo de vigência da referida cláusula de transição, entendeu que *"a impropriedade foi devidamente sanada com o término do mencionado período de transição. Assim, considerando que o citado parecer esgotou a matéria, reitero os seus termos."*

Contudo, acompanhou a Auditoria no sentido da irregularidade dos Contratos em razão da ausência de apresentação das apólices de seguro de responsabilidade civil objetiva e devido ao cumprimento parcial do dever de submeter todos os veículos utilizados pelos permissionários à vistoria prévia.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propôs o acolhimento dos contratos, pois formalmente regulares.

A Secretaria Geral apontou, inicialmente, que os contratos celebrados em regime de permissão de uso haviam sido objeto de determinação de cancelamento por parte do poder judiciário.

Destacou que a licitação foi considerada nula pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública, em 18 de setembro do presente ano, com fundamento na proibição da participação de pessoas físicas, entendendo a decisão, que tal vedação violou o art. 44 da Lei Municipal 13.241/01, posto que as cooperativas ficariam afastadas, e os perueiros autônomos passariam a vincular-se diretamente à SPTrans. A Prefeitura de São Paulo interpôs recurso que encontrava-se pendente de julgamento.

Quanto aos pontos analisados neste processo, acompanhou a Assessoria Jurídica pela legalidade da clausula 20ª (vigésima) que inseriu as disposições transitórias, citando, inclusive, os fundamentos trazidos pela Origem no parecer do Jurista Adilson Dallari.

Também seguiu a Assessoria Jurídica no sentido da irregularidade do Contrato em razão da ausência de apresentação de caução e pela não realização da vistoria dos veículos, nos termos dispostos no edital.

Diante das notícias de cancelamento dos contratos e anulação da concorrência pelo Poder Judiciário, esta **Relatoria submeteu à referendo do Plenário, o sobrestamento de todos os processos** (acolhido por unanimidade) e, no resguardo do interesse da coletividade e diante da relevância da matéria e da essencialidade dos serviços, foram **expedidas determinações** à Origem e à SFC.

Em resposta, a Secretaria Municipal de Transportes apresentou esclarecimentos e novos documentos às folhas 405/1017 e 1020/1047.

A Auditoria também coletou documentos junto à Origem (fls. 1049/1054) e elaborou relatório de inspeção com enfoque na verificação do cumprimento, pela Secretaria Municipal de Transportes, das determinações exaradas por este Tribunal. A conclusão inicial foi no sentido de que as determinações “a”, “b”, “c” e “d” foram cumpridas integralmente. As determinações “e”, “f”, “g” e “j” e os itens 1, 2 e 3 das determinações “h” e “i” ainda pendiam de atendimento. Também foram observadas algumas inconformidades na execução dos contratos.[5]

[5] SFC: **Cumprimento das Determinações**
Em resumo, obedecida a ordem das determinações contidas na Ata da 2.349ª Sessão Ordinária do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, verificamos:
a) Determinação cumprida;
b) Determinação cumprida;
c) Determinação cumprida;
d) Determinação cumprida;
Cumprida que foi a determinação deste E. Tribunal através de expresso reconhecimento, pela SMT, da fase final de transição, resultou ineficaz a providência adotada, eis que permaneciam não implementadas as condições previstas no edital. Consideramos improvável que aquelas condições venham a ser implementadas no tempo de duração dos contratos de permissão.

Diante das conclusões alcançadas pela Coordenadoria V, foi determinada a realização **de acompanhamento da execução dos contratos, em processos próprios. Dessa forma, a inspeção produzida no âmbito destes processos, passou a ser objeto de exame nos processos referentes a execução dos contratos.**

A Origem encaminhou os documentos de fls. 1131/1230 e 1236/1330, tendo a Subsecretaria de Fiscalização e Controle reiterado o seu parecer, informando, ainda, que a análise formal dos oito Termos Aditivos firmados pela Origem apenas seria possível após a conclusão e julgamento dos Contratos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo perfilhou das conclusões alcançadas no relatório de Inspeção elaborado pela Coordenadoria V, entendendo tratar-se de constatações fáticas e de ordem técnica.

Quanto à anulação dos Contratos, destacou, dentre as ações existentes, a Ação Civil Pública de número 053.03.008918-5, em que houve sentença anulatória e que, naquele momento (2011), encontrava-se pendente de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São o recurso de apelação interposto pela Prefeitura, **recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo**.

---

e) Determinação não cumprida
A execução não obedece às condições estabelecidas no Edital de Concorrência, situação denunciada como irregular pela Auditoria. Também estão sendo descumpridos dispositivos do contrato e dos aditamentos, conforme visto no tópico Execução Contratual **(item 4.2)**.
f) Determinação não cumprida
Ressaltamos que, como já indicado anteriormente, nos períodos destacados nesta determinação, não estavam efetivadas as condições previstas no edital da concorrência, restando inviável que a remuneração correspondesse àquela prevista inicialmente.
Assim, **é de se enfatizar que a execução não obedece às condições estabelecidas no Edital de Concorrência,** situação denunciada como irregular pela Auditoria.
g) Determinação não cumprida;
h) Determinação não cumprida nos itens 1, 2 e 3; cumprida no item 4;
i) Determinação não cumprida nos itens 1, 2 e 3
Como já apontado, as comissões encarregadas de julgar recursos de multas tiveram longos períodos de inoperância. Verificamos que a utilização de meios fraudulentos pelos operadores (art. 27, inciso III da Portaria 97/05 – Resam antigo) resultou, em alguns casos, na mera aplicação de multa sem a exclusão do operador. A SPTrans e a SMT não vêm utilizando as pontuações acumulada e ponderada para aplicação de penalidades contratuais.
j) Determinação não cumprida;
k) k) Determinação cumprida
No entanto, as vistorias realizadas evidenciaram que os índices de reprovação dos veículos são alarmantes, causando preocupação pelo risco à incolumidade das pessoas.
4.2 - Execução Contratual
Verificamos que a Origem não sistematizou informações sobre linhas que não possuem veículos acessíveis, cumprimento do cronograma de renovação da frota, situação econômico-financeira dos operadores, operadores que não fizeram parte do processo licitatório, pontuação acumulada e ponderada de multas e penalidades.
Quanto à renovação da frota, a própria SMT firmou aditamento permitindo a permanência de veículos mais antigos na frota; não há notícias de aplicação de sanções aos consórcios que descumpriram o pactuado. As condições técnicas dos veículos também não foram consideradas graves o suficiente para ensejar medidas mais contundentes por parte da Administração.
A SMT e a SPTrans não fiscalizam a regularidade fiscal dos contratados; não foram exigidas garantias contratuais compatíveis com os valores atualizados dos contratos. Também constatamos que além de não emitir notas fiscais correspondentes aos serviços, os contratados não expedem recibos de quitação dos pagamentos efetuados pela SPTrans.

Finalmente, reiterou os pareceres anteriores pela irregularidade do Contrato, registrando, novamente, que a discussão referente à inclusão da clausula vigésima do contrato – das disposições transitórias, estaria superada, inclusive, com o julgamento pela regularidade do edital e do procedimento licitatório tratados nos autos do TC 377/03-76.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou os seus pareceres pela regularidade dos Contratos, asseverando que a matéria continuava *sub judice*, requerendo, dessa maneira, a permanência do sobrestamento do feito e entendendo ser necessária a análise dos 8 termos aditivos lavrados e trazido aos autos pela Secretaria Municipal de Transportes.

Sobreveio novo parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, informando atualização do andamento das ações judiciais que tramitavam sobre o assunto.

A Procuradoria da Fazenda Municipal trouxe, por fim, a informação de que, em agosto de 2013, "a Prefeitura de São Paulo interpôs recursos especial e extraordinário em face da decisão que negou provimento aos embargos de declaração opostos contra o Acórdão que negou provimento ao recurso de apelação (n 9144820-81.2008.8.26.0000) interposto nos autos da Ação Civil Pública nº 0008918-29.2003.8.26.0053, permanecendo, assim, a questão *sub judice* pois a decisão ainda não havia transitado em julgado."

Em pronunciamento derradeiro, a Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica opinando pela irregularidade formal dos Contratos.

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

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

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer[6], entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda municipal e pela Secretaria Geral desta corte de contas.

É o relatório.

[6] Peça 30 do TC 5103/2003; peça 30 do TC 5104/2003; peça 30 do TC 5105/2003; peça 29 do TC 5106/2003; peça 29 do TC 5107/2003; peça 31 do TC 5108/2003; peça 30 do TC 5109/2003; peça 29 do TC 5110/2003.

VOTO

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

O Edital e o procedimento licitatório da Concorrência nº 13/2002, que antecedem os Ajustes, foram analisados nos autos dos TCs 377/03-76, 959/03-61 e 4.355/03-85 e **julgados regulares** pelo Plenário deste Tribunal.

Os processos foram devidamente instruídos, com a defesa da Origem e manifestações dos Órgãos Técnicos.

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.*"[7]

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*."[8]

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*

[7] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil.* Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[8] Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.

> *ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[9]

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.*" [10] 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 (...)"*[11]

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

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)

> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

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

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

---

[9] 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[12], 897[13], 899[14] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

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

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

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

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

Esta tese foi reforçada no julgamento do tema 897 em que foi firmado após debate do plenário a tese do voto divergente vencedor do Ministro Edson Fachin de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

---

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

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

[15] 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

que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

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

> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)

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

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*

---

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)

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

Na ADI 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[16], avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verifica-se que do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso II, c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023).

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

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único[17] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[18] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[19] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[20] do mesmo diploma legal.

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

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

---

[16] Peça 30 do TC 5103/2003 (de 24/05/2007 - páginas 42/45 da peça 11); peça 30 do TC 5104/2003 (de 21/02/2006 - páginas 204/206 da peça 10); peça 30 do TC 5105/2003 (de 24/05/2007 - páginas 364/368 da peça 10), ; peça 29 do TC 5106/2003 (de 24/05/2007 - páginas 132/135 da peça 10) ; peça 29 do TC 5107/2003 (de 24/05/2007 - páginas 49/53 da peça 10) ; peça 31 do TC 5108/2003 (de 24/05/2007 - páginas 94/97 da peça 11); peça 30 do TC 5109/2003 (de 24/05/2007 - páginas 11/15 da peça 11); peça 29 do TC 5110/2003 (de 24/05/2007 - páginas 390/393 da peça 10).

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

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

[19] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

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

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

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente
por EDUARDO TUMA
Data: 02/02/2024
10:14:54 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo