ACO-UTR-452/2024

Processo - TC/005824/2016
Contratante - Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito)
Contratada - A2 Transportes Ltda.
Acompanhamento da execução do Contrato 31/2016-SMT.GAB
Objeto - Verificar se o contrato, cujo objeto é prestação dos serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, no Subsistema Local, na área 6.1, está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMT. Serviços de transporte coletivo de passageiros. 1. Do último marco interruptivo, quando da manifestação da Auditoria, decorreram mais de cinco anos, ensejando a prescrição. Art. 2°, 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 estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em reconhecer a ocorrência da prescrição, consoante o art. 2º da Resolução 10/2023 – TCMSP, julgando extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 12 da mesma resolução, para fins de exame sobre a continuidade do presente feito, à míngua de elementos de convicção caracterizadores de materialidade, risco e relevância necessários e em razão da existência de processos recentes de mesmo objeto.

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

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

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

São Paulo, 22 de novembro 2023.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 30/04/2024 12:27:00 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 30/04/2024 14:15:41 -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 5824/2016 – Acompanhamento

Objeto: Acompanhamento da Execução Contratual. Contrato nº 031/2016-SMT.GAB. Prestação de serviços de Transporte Coletivo Urbano de passageiros na Área nº 6.1 do Subsistema Local. Contrato emergencial.
Interessado: Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito - SMT e A2 Transportes Ltda
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente de acompanhamento da execução contratual instaurado com o objetivo de verificar se o Contrato nº 31/2016-SMT.GAB, firmado pela **Secretaria Municipal de Transporte – SMT** (atualmente denominada Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) com a empresa **A2 Transportes Ltda**., está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas.

O referido contrato, de caráter emergencial e datado de 08/07/2016, tem por objeto a prestação de serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Área nº 6.1 do Subsistema Local, no valor de **R$ 105.520.638,00** (Cento e cinco milhões quinhentos e vinte mil, seiscentos e trinta e oito reais), pelo prazo de 180 dias.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (fls. 220/243 - 20/12/2016 – peça 1) elaborou o competente relatório no qual concluiu que durante a execução do ajuste foram descumpridas cláusulas contratuais e dispositivos legais, tanto por parte da Origem quanto por parte da Contratada, a saber:

> **Constatações de responsabilidade da Contratada**
> "4.1 - Foram constatados no cadastro Infotrans 283 operadores sem evidenciação de vínculo trabalhista com a empresa contratada, em infringência à Cláusula Sexta - itens 6.1.5, 6.1.6 e 6.1.41, ao artigo 9º, inciso IV, da L.M nº 13.241/01, e ao artigo 31, § único da L.F. nº 8.987/95 (item 3.6).
> 4.2 - Descumprimentos de viagens cometidos sistematicamente, com infringência à Cláusula Quarta do Contrato – itens 4.6, 4.6.1 e 4.8 e ao art. 6º, § 1º da L.F. nº 8.987/95, trazendo incerteza e irregularidade na prestação do serviço de transporte por ônibus, além de gerar prejuízos a seus usuários, caracterizando, ainda, deficiência grave na prestação do serviço, conforme definido no art. 22 e inciso I do art. 23 da Lei Municipal nº 13.241/03 (item 3.3.1).
> 4.3 - Cumprimento de viagens abaixo do programado em linhas menos rentáveis, e acima do programado em linhas mais rentáveis. Tal procedimento possibilita maximizar a lucratividade em detrimento da qualidade na prestação dos serviços para os usuários (item 3.3.1).
> 4.4 - Tendo por base os índices médios de descumprimento nos meses de janeiro a setembro/2016, aplicados sobre a quantidade de viagens programadas nos dias

úteis, calculamos que foram descumpridas aproximadamente 166.780 viagens (item 3.3.2-a).

4.5 - Na estimativa da Auditoria, foram descumpridas 166.780 viagens no período de janeiro a setembro de 2016, considerando apenas dias úteis, representando uma economia de custos de aproximadamente R$ 13.757.682,20, corroborando a constatação de que é vantajoso descumprir sistematicamente um determinado percentual de viagens (item 3.3.2-a).

4.6 - O valor médio da multa por viagem descumprida (R$ 21,24) é inferior ao custo operacional por viagem programada (R$ 82,64), tornando a punição aos contratados irrisória e ineficaz, não estimulando o cumprimento de viagens, de sorte a se reduzir ou melhorar o ICV. Isto porque o custo médio para se realizar uma viagem é 289% superior ao valor médio de multa por viagem descumprida. Ou seja, compensa financeiramente para o operador deixar de cumprir determinadas viagens, mesmo que ele seja penalizado (item 3.3.2-b).

4.7 - A Portaria n° 16/16 da SMT não contemplou a fiscalização eletrônica para a infração G-49 (descumprir o intervalo programado), mas apenas para o cumprimento de viagens por faixa horária - G-64. No entanto, durante a operação podem ocorrer situações em que o Contratado atende a quantidade de viagens programadas numa determinada faixa horária, mas descumpre a regularidade dos intervalos programados dentro dessa faixa horária, acarretando prejuízo na prestação do serviço à população (item 3.3.2-c).

4.8 - Foram constatados 45 veículos da A2 Transportes com idade acima da permitida contratualmente, em descumprimento ao item 4.27 da CLÁUSULA QUARTA do Contrato, infringindo o disposto no artigo 9º, inciso V, da Lei Municipal nº 13.241/01 (item 3.4).

4.9 - Descumprimento dos subitens 6.1.7, 6.1.13 e 6.1.17 da CLÁUSULA SEXTA do contrato, quanto aos equipamentos e condições dos veículos (item 3.8)

Constatações de responsabilidade da Contratante

4.10 - Para uma quantidade estimada de 166.780 viagens descumpridas nos dias úteis no período de janeiro a julho, apenas 141 foram penalizadas pela SPTrans, cuja atividade precípua é a fiscalização da prestação do serviço (item 3.3.2-a).

4.11 - Na Planilha de Custos, a quantidade de pessoal operacional está 53,40% acima da efetivamente cadastrada e o custo de pessoal operacional programado está 33,22% superior ao custo efetivamente incorrido, considerando-se os quantitativos desse pessoal no cadastro Infotrans, resultando na diferença de R$ 1.857.696,03 mensais não justificados na determinação do preço por passageiro transportado. Essa diferença decorre, principalmente, do fato de a SMT/SPTrans calcular o preço por passageiro com base em quantitativo de cerca de 638 cobradores, muito acima do efetivamente cadastrado - 48 cobradores, ocasionando um valor não justificado, apenas com cobradores, equivalente a R$ 1.573.585,87 por mês (item 3.7).

4.12 - A quilometragem programada na Planilha de Custos (3.151.544 km) é superior à quilometragem mensal efetivamente percorrida mensalmente pelas empresas. A parcela de remuneração não justificada, referente a quilômetros não efetivamente percorridos, apenas em agosto e setembro de 2016, é de R$ R$ 1.469.226,20 (Item 3.3.3)

4.13 - A Administração Municipal não fiscaliza adequadamente a execução do contrato, expondo o Sistema Municipal de Transporte Coletivo a riscos de transtornos operacionais. Ressaltamos que os contratos envolvem valores significativos, além da essencialidade dos serviços que devem ser prestados aos munícipes desta Cidade, evidenciando-se, portanto, descumprimento ao artigo 3º c.c artigo 30, da L.F nº 8.987/95, e ao artigo 8º, inciso III, alínea “a”, “b” e “c” L.M nº 13.241/01 (item 3.12).

4.14 - As irregularidades apontadas caracterizam omissão da SPTrans quanto ao cumprimento do dever de fiscalizar a adequada prestação dos serviços, em

infringência à Cláusula Terceira do Contrato, itens 3.3.3, 3.3.4 e 3.3.6, L.F. nº 8.987/95, art. 29, incisos I e II e L.M. nº 13.241/01, art. 8º, inciso III, alíneas "a", "b" e "c" (item 3).

4.15 - Deixar de aplicar penalidades previstas no Resam relacionadas ao estado de conservação dos veículos (higiene e limpeza), caracterizando infringência à Cláusula terceira do Contrato, itens 3.3.4 e 3.3.6, L.F. nº 8.987/95, art. 29, incisos I e II e L.M. nº 13.241/01, art. 8º, inciso III, alíneas "a", "b" e "c" (item 3.8).

4.16 - Não restou esclarecida pela SPTrans a situação para a efetiva disponibilização do acesso sem fio (Wi-Fi) nos veículos do Sistema Municipal de Transporte Coletivo (item 3.5).

Penalidades aplicáveis

4.17 - Descumprimento do item 4.27 da CLÁUSULA QUARTA (idade da frota) - multa de R$ 1.642.500,00 (item 3.4).

4.18 - Descumprimento dos subitens 6.1.5, 6.1.6 e 6.1.41 da CLÁUSULA SEXTA (credenciamento e vinculação de operadores) - multa de R$ 30.000,00 (item 3.6).

4.19 - Descumprimento dos subitens 6.1.7, 6.1.13 e 6.1.17 da CLÁUSULA SEXTA (equipamentos e condições dos veículos) - multa de R$ 30.000,00 (item 3.8).

Recomendações

4.20 - Apurar as inconsistências nos quantitativos de cobradores programados na planilha de custos, adequando o cálculo do valor por passageiro à realidade operacional, isto é, ao quantitativo efetivamente operado, ou exigindo a disponibilização de cobradores nos veículos (item 3.7).

4.21 - Estender a sistemática de aplicação da penalidade G-64 (fiscalização eletrônica) para os dias úteis e sábados (itens 3.3.2-b).

4.22 - Utilizar, com as devidas adaptações e ajustes, a mesma sistemática de aplicação da penalidade G-64 à infração por descumprimento de intervalos programados (item 3.3.2-c).

4.23 - Providenciar a inclusão de penalidade específica no Contrato e/ou Resam para os casos de veículos sem disponibilização do serviço WI-FI (item 3.5).

4.24 - Adequar a OSO e a Planilha de Custos, calculando o respectivo valor da remuneração por passageiro conforme a realidade operacional, isto é, a quilometragem efetivamente operada pelos concessionários (item 3.3.3).

Para fins de conhecimento e manifestação sobre o relatório técnico, foram oficiados a Origem, os agentes públicos indicados pela Auditoria e a empresa A2 Transportes Ltda., os quais apresentaram suas razões nas peças identificadas na informação da Unidade Técnica de Cartório, Cadastro e Arquivo, excetuando-se a Contratada e a Sra. Ana Odila de Paiva Souza, Diretora de Planejamento de Transportes da SPTrans à época, que deixaram transcorrer "in albis" o prazo regimental (fl. 432).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 434/450 - 04/10/2018 – p.4) analisou as justificativas e defesas juntadas aos autos, sobre as quais teceu abalizadas considerações, destacando-se as seguintes:

Ilegitimidade de parte arguida pelos Interessados, não procede:

Sra. Sonia Maria Garcia Mistrello – Superintendente de Controle de Concessões e Permissões da SPTrans, com atribuições do controle dos contratos de concessão e emergenciais, sendo sua responsabilidade o controle dos prazos de vigência dos contratos; dos vencimentos de certidões tributárias, previdenciárias e fundiárias; do vencimento de garantias contratuais, cadastro de frota etc, itens correlatos com alguns dos apontamentos constantes do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, justificando sua inclusão como uma das responsáveis pela área auditada.

Sr. Jilmar Augustinho Tatto - dirigente máximo da SMT e da SPTrans, igualmente responsável pelas áreas auditadas no período de abrangência da auditoria.

No tocante às justificativas da SPTrans/SMT:

Explicou os procedimentos adotados rotineiramente para garantir as boas condições dos veículos da empresa e para que a Contratada opere somente com profissionais com vínculo trabalhista. Acerca das viagens descumpridas argumentou que podem ser decorrentes de fatores alheios à responsabilidade da empresa.

No mais, dedicou-se aos apontamentos de sua responsabilidade, o item 4.10 e seguintes.

Sobre o descumprimento de viagens apurado e a relação com a aplicação da penalidade G-48 do RESAM, alegou haver pelo menos dois problemas metodológicos que prejudicariam as constatações da Auditoria (fls. 295/296). O Primeiro, a utilização de ICV sem tratamento para fiscalização e o segundo, a comparação de estimativa de viagens descumpridas com partidas penalizadas pelo G-48.

Quanto à quantidade de pessoal operacional e o custo pessoal operacional programado, argumentou inadequada a comparação do custo de pessoal da planilha de 2015 com o custo calculado com base no cadastro de funcionários de outubro de 2016, além de o operador não ser remunerado por planilha de custo e sim por passageiro transportado, o que no entender da Origem também comprometeria os cálculos apresentados na auditoria.

Por sua vez, a Auditoria esclareceu que:

- As constatações da Auditoria são embasadas em dados da Diretoria de Planejamento de Transportes da SPTrans, os quais mostraram que a empresa Contratada apresentou Índice de Cumprimento de Viagens (ICV) insatisfatório.
- O ICV é um dos mais importantes indicadores, o qual tem apontado para o descumprimento sistemático de viagens pela Contratada, sendo adequado para o cálculo do Índice de Qualidade do Transporte (IQT), importante indicador para classificar a qualidade geral da prestação do serviço de transporte pelas empresas.
- O argumento da SPTrans é contraditório, pois como podem os dados obtidos pelo SIM serem utilizados para cálculo do ICV e ao mesmo tempo não serem aptos para a imputação de penalidades.
- Em que pese o argumento da SPTrans de que não há o devido tratamento no descumprimento de viagens apresentadas pelo SIM, a empresa nada fez para justificar a diferença abissal entre a quantidade de multas G-48 aplicadas no período (141) e a quantidade de viagens descumpridas (166.780)
- A Origem sustenta que a remuneração não é "por reembolso de custo", e sim "por passageiro". Ocorre que, como já esclarecido, embora a remuneração não seja por custos, o cálculo da remuneração por passageiro contratual foi feito com base em Custos Referenciais estimados para a operação. Ou seja, adotaram-se Custos Referenciais para calcular o valor da remuneração por passageiro expresso no contrato.
- A metodologia utilizada para o cálculo da remuneração não exclui a necessidade de atualizações periódicas ou de correções por conta de inadequações expressivas na estimativa. Sem correções, um simples erro na definição dos Custos Referenciais poderia justificar lucros extraordinários pelos operadores, ao longo de vários anos. No caso da área 6.1 do Subsistema Local, os parâmetros datam de 2015, sendo inegável a necessidade de revisão.
- observa-se que a SPTrans não tem procedido à correta fiscalização dos veículos quanto aos aspectos de higiene e limpeza ao utilizar-se de critérios subjetivos na aplicação das penalidades previstas no Resam, bem como por proceder à fiscalização apenas no início da operação de cada veículo, não se atentando ao

estado de conservação durante a operação, período em que há grande circulação de pessoas.
- A Origem sustenta que a remuneração não é "por reembolso de custo", e sim "por passageiro". Ocorre que, como já esclarecido, embora a remuneração não seja por custos, o cálculo da remuneração por passageiro contratual foi feito com base em Custos Referenciais estimados para a operação.
- De fato, as operadoras não devem ser remuneradas por custo incorrido, pois existe uma planilha de custos referencias que contêm, dentre outros parâmetros, a quilometragem mensal referencial de cada área. O que se observa, no entanto, é que a quilometragem efetivamente operada vem sendo realizada abaixo da quilometragem referencial de maneira sistemática ao longo dos anos.
- Adotaram-se Custos Referenciais para calcular o valor da remuneração por passageiro expresso no contrato. Cabe esclarecer, mais uma vez, que o objetivo da Auditoria foi apontar a inadequação dos Custos Referenciais que embasaram a remuneração por passageiro, e não sugerir ou defender que a remuneração deveria ser ou é baseada em custos.
- Entretanto, é no mínimo razoável esperar que haja aderência entre o Referencial Adotado e o efetivamente verificado na operação. Do contrário, um simples erro na definição dos Custos Referenciais poderia justificar lucros extraordinários pelos operadores, ao longo de vários anos.
- A Auditoria teve o cuidado de desconsiderar divergências encontradas inferiores a 5%, percentual que se avaliou como dentro da "margem de erro" dos Custos Referenciais em relação ao real. Ressalta-se que as diferenças verificadas nos quantitativos de pessoal foram da ordem de 53,40%.
- A apuração deste item guarda relação com o elevado índice de descumprimento de viagens, vez que os quantitativos de pessoal considerados nos custos referenciais são calculados com base no número de profissionais necessário para a operação "completa", sem descumprimentos, havendo o risco destes custos estarem superestimados.
- Cabe ressaltar que a metodologia de Custos Referenciais exige atualizações periódicas, além de correções por conta de inadequações expressivas nas estimativas. No caso da área 6.1 do Subsistema Local, os parâmetros datam de 2015.
- A SPTrans não esclareceu a situação para a efetiva disponibilização do acesso sem fio (Wi-Fi) nos veículos do Sistema Municipal de Transporte Coletivo.

Tampouco as defesas oferecidas pelos agentes responsáveis apresentam elementos capazes de superar sequer um dos apontamentos, ressaltando que a maioria expõe o mesmo teor e é embasada em informações técnicas da SPTrans, motivo pelo qual propugnam sejam sopesados os argumentos por eles apresentados e, por conseguinte, o acolhimento da execução do contrato em análise.

Ao final de seu pronunciamento, a Auditoria, em linhas gerais, reforça a gravidade e a contumácia das irregularidades praticadas pela Contratada e a persistente ineficiência da fiscalização pelo Poder Público:

> *"A despeito das manifestações das partes, conclui-se que ocorreram descumprimentos de partidas de maneira sistemática nas linhas que compõem a Área 6.1 – Local, sendo passíveis de enquadramento no Resam.*
> *Ocorre que a sistemática de aplicação de penalidades, além de pouco eficiente em razão do baixo valor das multas, pode induzir os descumprimentos em dias úteis, tendo em vista que somente há autuações eletrônicas através do SIM nos fins de semana e feriados.*

Os descumprimentos de viagens no sistema de transporte caracterizam grave deficiência na prestação dos serviços, apontados desde o exercício de 2010, sendo objeto de determinações de exercícios anteriores (2010 e 2014), reiteradas no Relatório Anual das Contas do Executivo do exercício 2015 (TC 72.002.347/16-09).
Outro aspecto de destaque diz respeito à quilometragem operada e ao quantitativo de pessoal, parâmetros que compõem a Planilha Tarifária e estabelecem o valor da remuneração por passageiro para a área.
Constatou-se que, de fato, tais parâmetros encontram-se em patamares inferiores aos estabelecidos como referenciais na Planilha, motivo pelo qual se apontou que o valor de remuneração por passageiro é calculado em bases superiores aos custos reais."

Ao final, manteve na íntegra todos os apontamentos do Relatório de fls. 220/243 (p. 1), por considerar insatisfatórios as informações e os esclarecimentos prestados pela Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes em conjunto com a São Paulo Transporte S/A e pelos agentes responsáveis, em sua totalidade.

Na sequência, a SMT, oficiada para ciência e manifestação quanto à detida análise efetuada pela Auditoria, encaminhou suas justificativas (fls. 456/485v), examinadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 488/494 – 07/03/2019 – P. 13), que ressaltou o principal argumento da Origem no sentido de que o Relatório estaria baseado em critérios, premissas e índices inadequados e negou haver ineficiência na fiscalização ao afirmar que cumpre com sua função fiscalizatória, aplicando as multas devidas à Contratada, pelas irregularidades por ela praticadas.

Sobre as dados considerados na elaboração do Relatório Técnico, a Auditoria sustentou seu acerto, de acordo com os seguintes fundamentos:

- O argumento da SPTrans não se sustenta uma vez que se o ICV calcula o número de viagens cumpridas frente às programadas na OSO e a penalidade G-48 do Resam aplica sanção para cada viagem descumprida, não há justificativa para que se usem diferentes fontes de dados para aferir quantidade de viagens descumpridas e para aplicação de penalidade às empresas.
- Se os dados obtidos pelo SIM servem para cálculo do ICV, deveriam servir também para imputação de penalidades. Ademais, se há tratamento dos dados do SIM para aplicação de penalidades G-64 nos sábados, domingos e feriados, o mesmo tratamento deve existir para os dias úteis, os quais concentram maior volume de serviços.
- A Origem traz alegações genéricas, visando responsabilizar as condições do trânsito, do viário e do clima para justificar fatos injustificáveis, ou seja, para um volume de 166.780 viagens, apenas 141 foram penalizadas. Esses números, por si, demonstram senão a omissão e inexistência de fiscalização efetiva do agente público, no mínimo, a precária e deficiente ação fiscalizatória para inibir o descumprimento de viagens que refletem diretamente na qualidade do serviço, aumentando o tempo de espera entre as viagens.
- a SPTrans permanece sem justificar a diferença entre a quantidade de multas G-48 aplicadas no período (141) e a quantidade de viagens descumpridas (166.780), evidenciando que a aplicação de penalidade foi praticamente abandonada em 2016, após a assunção da administração e operação dos terminais pelos concessionários (gestão do SPUrbanuss)
- Reitera-se que, embora a remuneração não seja por custos, o cálculo da remuneração por passageiro foi feito com base em Custos Referenciais estimados

para a operação em 2015, que buscaram replicar a realidade operacional à época, e que, portanto, devem ser atualizados para manter consonância com a realidade operacional das empresas.
- Os parâmetros do Fator de Utilização, utilizado nas Planilhas de Custos para estimar os quantitativos de pessoal necessários para a operação, consideraram a operação programada, incluindo o total de viagens programadas. Um descumprimento sistemático de viagens poderia resultar, consequentemente, na necessidade de menos pessoal para realizar a operação. Ao apurar os quantitativos de pessoal, de fato, verificou-se que estavam abaixo dos definidos nos Custos Referenciais.
- É sabido que o preço por passageiro é calculado pela relação Custo Total/Demanda Estimada, sendo o custo total definido pelo volume de recursos de produção (pessoal, frota, manutenção, instalações, etc.) necessário para atender à demanda estimada com o nível de qualidade do serviço definido na OSO.
- Ao executar os serviços sistematicamente em nível abaixo do estabelecido em OSO, é evidente que as empresas obtêm economia pela não disponibilização de recursos, principalmente, frota, pessoal e combustível, mas continua a receber o mesmo preço por passageiro.
- A auditoria concluiu que há inadequação dos parâmetros utilizados, que guardam graves distorções com a realidade operacional, seja por erros na estimativa realizada na elaboração da Planilha, seja por desatualização causada pelo distanciamento dos custos operacionais atuais dos custos referenciais, culminando na constatação de que há discrepância entre a quilometragem programada e a realizada pela contratada.
- Diferentemente do que afirmou a Origem, sabe-se que no longo prazo os custos fixos diminuem. Por exemplo, frota e pessoal, fatores com peso relevante na planilha de custos, se reduzem no longo prazo quando a quilometragem operada diminui sistematicamente.
- Não obstante as alegações da SPTrans, o fato é que a auditoria constatou, com base no cadastro de credenciamento, de 06.10.16, disponibilizado pela Gerência de Administração do Cadastro da Frota e de Operadores e Condutores, que faltavam informações a respeito do registro trabalhista de 283 credenciados da empresa A2 Transportes, entre cobradores e motoristas, além de pendências cadastrais da empresa (fls. 231v/232).
- Reitere-se que a constatação feita pela auditoria que culminou na recomendação para que a SPTrans utilize a fiscalização eletrônica para aplicação da penalidade G-49, pois foram constatados casos de cumprimento do número de viagens programadas na OSO em que não foram cumpridos os intervalos programados entre viagens, gerando incerteza aos usuários quanto à previsibilidade de horários de partida, de forma que tais descumprimentos devem ser mensurados a fim de possibilitar o controle pelo poder público.

Após a análise, a Especializada concluiu que as informações apresentadas não acrescentaram elementos novos suficientes para alterar o quanto apurado, motivo pelo qual manteve na íntegra os apontamentos do Relatório de fls. 220/243, ratificados na manifestação de fls. 434/450.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 497/500 e 501 - 16/05/2019 – p. 16/17), no tocante às preliminares arguidas pela Sr.ª Sonia Maria Garcia Mistrello (fls. 357/369) e pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto (fls. 418/431), entendeu devidamente analisadas e afastadas pela Auditoria, que os considerou responsáveis pelas áreas auditadas no período de abrangência da auditoria, o que justifica a participação de ambos no processo, para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

No mérito, endossou a conclusão da SFC, cujos apontamentos entendeu demonstrarem inúmeras irregularidades técnicas, além de outras irregularidades atinentes aos mecanismos de controle e de fiscalização, constatações que não foram infirmadas pelos argumentos apresentados pelos responsáveis, ressaltando que a empresa interessada não apresentou resposta.

Ao final, acompanhou os relatórios técnicos precedentes e opinou pela irregularidade da execução do Contrato nº 031/2016.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 503/513 – 25/06/2019 – p.19) sem abordar as infringências cometidas pela Contratada, entendeu haver divergência técnica quanto aos critérios adotados pela Origem e pela Auditoria e por defender que deve prevalecer o da Administração, a despeito das irregularidades e impropriedades apontadas na fiscalização do contrato, requereu seja julgada regular execução contratual ou o reconhecimento dos efeitos jurídicos e financeiros dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A **Secretaria Geral** (fls. 515/521 e 522 – 03/12/2019 – p. 21/22), com base nas razões expendidas pela AJCE e pela Auditoria, igualmente entendeu legítima a participação da Sra. Sônia Maria Garcia Mistrello e do Sr. Jilmar Augustinho Tatto no processo, pois responsáveis pelas áreas auditadas no período de abrangência do procedimento fiscalizatório.

Com relação às constatações de responsabilidade da Contratada, relacionadas aos apontamentos 4.1 a 4.9, acompanhou as conclusões da SFC, considerando que a Contratada, A2 Transportes Ltda, apesar de oficiada, deixou transcorrer 'in albis' o prazo para apresentação de defesa.

No tocante aos apontamentos de responsabilidade da Origem, destacou como fator principal a deficiência na fiscalização e gestão contratual, conduta incompatível com o poder-dever da Administração de fiscalizar, cumprindo o fiscal e o gestor do contrato a função de garantidores de que o interesse público subjacente não está sendo desvirtuado e que os recursos públicos estão sendo empregados com economicidade e probidade.

Por essas razões e reportando-se às manifestações dos órgãos técnicos, igualmente opinou pela irregularidade da execução contratual em tela.

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

Em face desta normatização, tornou-se direito subjetivo do interessado responsável pleitear o reconhecimento da prescrição de pretensão punitiva ou ressarcitória

deste Tribunal que, inclusive, pode ser também aferida de ofício em qualquer fase do processo.

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peça 36, entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda municipal e pela Secretaria Geral desta corte de contas.

É o Relatório.

VOTO

O acompanhamento da execução contratual, em julgamento, refere-se ao Contrato nº 031/2016, firmado em 08/07/2016, pela então Secretaria Municipal de Transportes com a empresa **A2 Transportes Ltda.**, visando à prestação de serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Área nº 6.1 do Subsistema Local.

O mencionado contrato é um dos sucessivos ajustes emergenciais formalizados entres as mesmas partes e com o mesmo objeto, no período de 15/01/2015 a 21/12/2018[1], num total de 9 (nove) contratações diretas, sem licitação, até a citada empresa celebrar o Contrato de Concessão nº 47/2019, derivado da Concorrência nº 03/2015, relativa à delegação, por concessão, da prestação e exploração do serviço de transporte coletivo público de passageiros, na Cidade de São Paulo, para o Grupo Local de Distribuição.

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,*

[1] Fonte: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/mobilidade/acesso_a_informacao/index.php?p=179762 (em 24/11/2021)
[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.

> *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 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.

---

[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

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*

[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

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

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

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

> "*Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos,* ***entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos (sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica****. O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.*" (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 08; p. 44 do Acórdão, grifos nosso)

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

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

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

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

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

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

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

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[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

[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)

> de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento.” (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> "*O fato de o responsável ter suscitado a ocorrência de prescrição apenas em sede de embargos de declaração não impede o TCU de examiná-la, uma vez que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser aferida em todos os processos em tramitação no TCU, à exceção daqueles já remetidos aos órgãos ou entidades competentes para cobrança judicial (art. 10 da Resolução TCU 344/2022) ou para os quais já tenha ocorrido o trânsito em julgado no TCU até a data de publicação da mencionada resolução (art. 18).*" (Acórdão 23/2023-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

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

AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

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

Conforme asseverado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 59 dos autos, "avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no Relatório de Auditoria de 22/08/2016 (páginas 400/401 da peça 45), 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 (peça 39) 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[11] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[12] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[13] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[14] do mesmo diploma legal.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, julgo **extinto o processo** com resolução de mérito**,** nos termos dos artigos 4, 5 e 6º da mesma.

Para fins de exame sobre a continuidade do presente feito, à míngua de elementos de convicção caracterizadores de materialidade, risco e relevância necessários e, notadamente em razão da existência de processos recentes de mesmo objeto, entendo pela extinção do processo com base no art. 12 da Resolução nº 10/2023 desta E. Corte.

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

[11] 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.
[12] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[13] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...)

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
[14] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente
por EDUARDO TUMA
Data: 04/12/2023
13:02:54 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo