ACO-UTR-1240/2024

Processo - TC/005831/2016
Interessadas - Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Pêssego Transportes Ltda.
Acompanhamento da execução do Contrato 27/2016-SMT.GAB
Objeto - Verificar se o contrato, cujo objeto é a prestação de Serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Área 4.0 do Subsistema Local, está de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste

57ª Sessão Ordinária Não Presencial

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMT. Serviços de transporte coletivo de passageiros. 1. Reconhecida a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória e a extinção do processo. Art. 2º e art. 12, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime. EXTINTO. Votação por maioria.

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, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, RICARDO TORRES – Revisor e JOÃO ANTONIO, em julgar extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 12, parágrafo único do mesmo diploma legal.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI que, consoante declaração de voto apresentada, entendendo que restou preservada a função declaratória do provimento de mérito, não acolheu a execução do contrato, no período e valores examinados.

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

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

São Paulo, 21 de agosto 2024.

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

/hc

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 11/10/2024 10:59:34 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 11/10/2024 16:37:50 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

57ª Sessão Não Presencial – Pleno, 06 a 21 de agosto de 2024

Item 12

TC 5.831/2016
Interessadas: Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito - SMT e Pêssego Transportes Ltda.
Objeto: Acompanhamento da Execução Contratual. Contrato nº 027/2016-SMT.GAB visando à delegação dos serviços de Transporte Coletivo Público de passageiros na Área nº 4.0 do Subsistema Local. Contrato emergencial.

RELATÓRIO

Cuida o presente de acompanhamento da execução contratual instaurado com o objetivo de verificar se o Contrato nº 027/2016-SMT.GAB, firmado pela Secretaria Municipal de Transporte – SMT (atualmente denominada Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) com a empresa Pêssego Transportes Ltda. estava 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 4.0 do Subsistema Local, no valor de R$ 102.846.918,00 (cento e dois milhões oitocentos e quarenta e seis mil, novecentos e dezoito reais), pelo prazo de 180 dias (fls. 08/18).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 145/165vº - 20/12/2016 – peça 1) elaborou o competente relatório no qual concluiu que durante a execução do ajuste foram descumpridos cláusulas contratuais e dispositivos legais diversos, tanto por parte da Origem quanto por parte da empresa contratada, a saber:

> **"Constatações de responsabilidade da Contratada**
> 4.1 - 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).
> 4.2 - 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).

4.3 - Na estimativa da Auditoria, foram descumpridas 324.301 viagens no período de janeiro a setembro de 2016, considerando apenas dias úteis, representando uma economia de custos de aproximadamente R$ 21.630.876,70, corroborando a constatação de que é vantajoso descumprir sistematicamente um determinado percentual de viagens (itens 3.3.2-a).
4.4 - O valor médio da multa por viagem descumprida (R$ 17,87) é inferior ao custo operacional por viagem programada (R$ 67,72), 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 278% 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).
4.5 - 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).
4.6 - Foram constatados 51 veículos da empresa Pêssego 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).
4.7 - Foram constatados no cadastro Infotrans 244 motoristas 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).
4.8 - 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
4.9 - Para uma quantidade estimada de 324.301 viagens descumpridas nos dias úteis no período de janeiro a setembro, apenas 169 foram penalizadas pela SPTrans, cuja atividade precípua é a fiscalização da prestação do serviço (item 3.3.2-a).
4.10 - Na Planilha de Custos, a quantidade de pessoal operacional programada está 89,37% acima da efetivamente cadastrada e o custo de pessoal operacional programado está 63,43% superior ao custo efetivamente incorrido, considerando-se os quantitativos desse pessoal no cadastro Infotrans, resultando na diferença de R$ 2.912.376,53 mensais não justificados na determinação do preço por passageiro transportado. Essa diferença decorre, principalmente, do fato de a SMT/SPTrans calcular a remuneração por passageiro com base em quantitativo de cerca de 645 cobradores, muito acima do efetivamente cadastrado – 5 cobradores, ocasionando um valor não justificado, apenas com cobradores, equivalente a R$ 1.704.935,49 por mês (item 3.7).
4.11 - A quilometragem programada na Planilha de Custos (3.342.312 km) é consideravelmente 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$ 972.492,13. (item 3.3.3).
4.12 - 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).

4.13 - 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 13.241/01, art. 8º, inciso III, alíneas "a", "b" e "c" (item 3.3).

4.14 - 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 8.987/95, art. 29, incisos I e II e L.M 13.241/01, art. 8º, inciso III, alíneas "a", "b" e "c" (item 3.8).

4.15 - Não restou esclarecido 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

4.16 - Descumprimento do item 4.27 da Cláusula Quarta (idade da frota) - multa de R$ 1.861.500,00 (item 3.4).

4.17 - 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).

4.18 - 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

4.19 - 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).

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

4.21 - 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).

4.22 - 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).

4.23 - 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 (fl. 163vº) e a Pêssego Transportes, os quais apresentaram suas razões nas peças identificadas na informação da Unidade Técnica de Cartório, Cadastro e Arquivo, excetuando-se a empresa Contratada, o Sr. Adauto Farias e a Sra. Ana Odila de Paiva Souza, respectivamente Diretores de Gestão Econômico-Financeira e de Planejamento de Transportes da SPTrans, à época, que deixaram transcorrer "in albis" o prazo regimental (fl. 193/194, 364).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 378/386 - 09/10/2018 – p. 4) analisou as justificativas e defesas juntadas aos autos e, inicialmente, ressaltou que pelo fato de a Pêssego Transportes não haver se pronunciado, deixaria de manifestar-se sobre as constatações de responsabilidade da Contratada, ficando, assim, mantidas, na íntegra, as conclusões da Especializada com relação aos respectivos apontamentos.

Prosseguindo na análise dos pontos abordados na documentação acrescida, expôs os devidos argumentos técnicos, dos quais se destacam os seguintes:

Ilegitimidade de parte arguida pelos Interessados, não procede:

Sra. Sonia Maria Garcia Mistrello (fls. 244/256) – 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 (fls. 350/362) - dirigente máximo da SMT e da SPTrans, igualmente responsável pelas áreas auditadas no período de abrangência da auditoria.

Quanto às justificativas da SPTrans/SMT, seguidas pelas defesas apresentadas, as alegações podem assim ser sintetizados:

Acerca do descumprimento de viagens programadas e demais infringências constatadas, a SPTrans negou haver omissão na fiscalização e discorreu, de forma genérica, os procedimentos padronizados de gestão do Sistema de Transporte Coletivo Público adotados pela SPTrans e argumentou estar aprimorando os mecanismos de fiscalização.

Quanto aos índices e valores lançados no relatório técnico alegou:

1 - haver pelo menos dois problemas metodológicos que prejudicariam as constatações da Auditoria sobre à quantificação de viagens descumpridas e a relação com a aplicação da penalidade G-48 do RESAM.

O Primeiro, a utilização de ICV (Índice de Cumprimento de Viagem) sem tratamento para fiscalização e o segundo, a comparação de estimativa de viagens descumpridas com partidas penalizadas pelo G-48 apuradas de forma diferente. Enquanto o primeiro é obtido pelo monitoramento eletrônico do SIM (Sistema Integrado de Monitoramento), as partidas penalizadas decorrem da atuação de fiscais ‘in loco’ (fls. 228/229).

2 - o operador não é remunerado por planilha de custos, mas por passageiro transportado. “A remuneração do contrato auditado consiste em um valor por passageiro transportado, que por sua vez resulta de uma atualização de contratação emergencial anterior desses serviços. (...) Com a remuneração calculada de acordo com a demanda transportada, o operador deve cobrir seus custos, e seu lucro ou prejuízo dependerá [sic] da maior ou menor eficiência em sua gestão.(...) Tal valor [por passageiro transportado] foi calculado por planilha de custos e projeção de demanda no âmbito interno da Administração. Essa planilha não foi parte integrante do contrato emergencial” (fl. 229)

3 – a quilometragem utilizada no Relatório do TCM, não é a realizada e sim a quilometragem monitorada eletronicamente, sem tratamento para aplicação na fiscalização ou para cálculo da remuneração do operador, que consideram os eventos não identificados pelo SIM – Sistema Integrado de Monitoramento, o que inviabiliza toda a argumentação e conclusão. “Além disso, conforme explicado em outro item, a remuneração do operador é calculada por passageiro registrado, e não por reembolso de custo...[e] não está vinculada à quilometragem programada ou realizada.

4 – a comparação entre a quantidade de pessoal da planilha de referência e a encontrada no cadastro retirado do item “Informações de Oferta de Transporte Coletivo” – Infotrans é incorreta, pois este cadastro limita-se apenas ao cobrador, e na planilha de custo de 2014 adotou-se como referência, além do motorista, 01 funcionário por ônibus, critério que não consistiu em quantidade de cobradores contratados. (fl. 230)

Sobre a disponibilização do acesso sem fio (Wi-Fi) afirma que o processo de homologação de equipamentos foi concluído em setembro de 2016 e sua instalação ocorreria até novembro de 2016, após o período de realização da presente auditoria.

A respeito da fiscalização do estado de conservação dos veículos, a SPTrans efetua a verificação das condições de higiene e limpeza dos veículos no início da operação e na hipótese de serem inaceitáveis tais condições, o fiscal procede à autuação mediante os códigos M-04 (veículos com falta de limpeza interna) e G-15 (veículos com falta de limpeza externa).

Há imprecisão em proceder à verificação em qualquer outro momento do dia que não seja no início da operação, pois durante as viagens ocorrem reflexos das condições do viário e variações meteorológicos que podem prejudicar o estado de conservação dos veículos.

Quanto a idade média da frota acima do permitido, a Origem alega haver por parte da Auditoria, equívoco na interpretação do contrato, por não considerar a possibilidade de inspeção extraordinária de veículos, que permite, contratualmente, a operação de carros que ultrapassem as idades máximas estabelecidas no item 4.27 do

contrato (10 anos para ônibus e midiônibus e de 7 anos para miniônibus), em até 12 (doze) meses, desde que previamente aprovados em inspeções extraordinárias.

A **Auditoria** refutou os argumentos da Origem, com base nas seguintes análises e considerações:

- 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.

- Os números de ICV apresentados foram retirados do Relatório Operacional Transporte em Números da SPTrans. Assim, afirmar que a Auditoria utilizou-se de dados não tratados no relatório retrata uma crítica da SPTrans aos seus próprios dados, os quais são tradicionalmente divulgados ao público em geral ao longo de vários anos.

- Outro ponto consiste em dizer que o ICV é um mero indicador que representa a quantidade de viagens monitoradas eletronicamente frente às viagens programadas. No entanto, 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.

- Ante os valores despendidos para implementação do SIM, alocar servidores para fiscalizar o descumprimento de viagens, que pode ser aferido eletronicamente, demonstra claramente distanciamento dos princípios da eficiência e da economicidade.

- Novamente, alega a Origem 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.

- 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.

- Ainda que a remuneração seja por passageiro, é fato que os valores de remuneração consideraram um total de Custos Referenciais estimados, que buscaram

replicar a realidade operacional e que, portanto, devem manter consonância com esta realidade operacional das empresas

- 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 90% e não se pode falar em ganho de eficiência, mas sim em verdadeira inadequação do padrão estabelecido.

- 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 4.0 do Subsistema Local, os parâmetros datam de 2015.

- Mostram-se embasados a verificação feita pela Auditoria e os respectivos valores apurados, razão pela qual se mantêm as constatações feitas, no sentido de que o Custo Referencial de pessoal com salários está 63,438% superior ao custo verificado, considerando-se os quantitativos desse pessoal no cadastro Infotrans, resultando na diferença mensal de R$ 2.912.376,53 (dois milhões novecentos e doze mil trezentos e setenta e seis reais e cinquenta e três) não justificados na definição da remuneração por passageiro, tendo como consequência um valor por passageiro muito superior ao que vigeria com o cálculo de um fator de utilização que estimasse adequadamente os quantitativos de pessoal.

- A própria SPTrans usa esses dados de forma “não tratada” em seus relatórios internos, o que demonstra que não são tão inadequados assim. Ainda, a SPTrans se limita a dizer que os dados são inadequados, mas não informa quais seriam os valores adequados, efetivamente tratados.

- A SPTrans continuou não esclarecendo a situação para a efetiva disponibilização do acesso sem fio (Wi-Fi) nos veículos do Sistema Municipal de Transporte Coletivo, o prazo de aproximadamente 9 meses para proceder à sua homologação dos aparelhos, é demasiadamente alongado e não justificado.

- 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 (Regulamento de Sanções e Multas), 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.

- No que se refere à idade média da frota acima do limite permitido, a Origem afirma que aplica penalidade às Contratadas quando há infringência da cláusula que trata da idade média da frota, contudo, não cita o dispositivo utilizado para aplicação da sanção, razão pela qual restou mantido o apontamento no sentido de que não consta no contrato multa específica sobre idade média da frota acima do limite permitido.

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, e do mesmo modo tentam invalidar os números apurados e cálculos efetuados pela Auditoria, e questionar o período auditado, mas sem apresentarem quaisquer documentos, dados ou informações que possam elidir as conclusões do trabalho fiscalizatório.

E por afirmarem não haver omissão ou retardo no cumprimento de suas funções, entendem os Interessados, que merecem ser sopesados os argumentos por eles apresentados, especialmente "diante da enormidade do Sistema de Transporte Público da Capital", motivos pelos quais propugnam pelo acolhimento da execução do contrato em análise.

Ao final de seu pronunciamento, a Auditoria concluiu que as informações apresentadas não acrescentam elementos novos e suficientes para alterar os resultados expostos no Relatório de fls. 145/165º, mantidos na íntegra.

Na sequência, a SMT, oficiada para ciência e manifestação quanto à detida análise efetuada pela Auditoria, encaminhou suas justificativas de folhas 388/409.

Ao examinar a documentação acrescida aos autos, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (fls. 412/418 – 01/04/2019 – P. 19), constatou a repetição de argumentos já analisados, especialmente o de que o Relatório técnico estaria baseado em índices e critérios inadequados, que a remuneração não é por reembolso de custo, critério que desestimula o operador na busca por eficiência, mas sim remunerado por passageiro transportado.

Aduziu também cumprir com sua função fiscalizatória, aplicando as multas devidas à empresa contratada pelas irregularidades por ele praticadas, além de informar que a fiscalização manual estava sendo gradativamente substituída pela eletrônica.

A respeito da constatação de motoristas (244) sem evidência de vínculo trabalhista, a SPTrans encaminhou informações contraditórias, conforme se verifica às folha 401 e 406vº.

A Diretoria de Operações reconhece a necessidade da operação do sistema dar-se com pessoal devidamente capacitado e habilitado, mediante contratações regidas

pelo direito privado e legislação trabalhista, razão pela qual citou as providências adotadas, a saber:

(i) em 23/02/2016 foi emitida a Carta Circular DP/SCP – 002/2016 sobre o envio de cópia da Carteira de Trabalho, comprovando o vínculo trabalhista, para fins de renovação ou atualização de pendência do Condubus;

(ii) um ano após, em 15/03/2017, constatada a existência de operadores sem comprovação desse vínculo, houve a expedição do Comunicado DO/ACF nº 034/2017, estabelecendo o prazo de 31/03/2017 para a regularização;

(iii) findo o prazo, ocorreram baixas cadastrais compulsoriamente;

(iv) a partir de então não existem mais operadores cadastrados sem a comprovação do vínculo empregatício.

Por sua vez na Folha de Informação SPTrans (fls. 406vº) menciona os procedimentos adotados pela fiscalização:

(i) a abordagem contínua dos veículos em operação, com verificação da documentação do condutor (CONDUBUS) e do veículo;

(ii) confrontação da documentação com as informações do Cadastro da Frota;

(iii) verificadas inconsistências ou irregularidade, o agente aplica as sanções cabíveis previstas no RESAN.

(iv) paralelamente à fiscalização de campo e da conferência contínua do Cadastro da Frota sempre que há a renovação do CONDUBUS dos operadores, é exigida a comprovação do vínculo trabalhista e nenhum operador é cadastro sem esses documentos.

(v) o controle da SPTrans frente ao cadastro da frota é atuante, “não havendo qualquer irregularidade nos procedimentos adotados.”

Contudo, diferentemente do informado à folha 401 pela Diretoria de Operações, alega “que não compete à SPTrans fiscalizar relações decorrentes de contrato de trabalho mantido entre as empresas operadoras do sistema de transporte e seus funcionários, fato esse já reconhecido pelo Poder Judiciário, porquanto não se trata de terceirização de serviços” (fl. 406vº).

A Especializada, novamente, não vislumbrou qualquer elemento que pudesse alterar sequer um de seus apontamentos, destacando de sua manifestação os seguintes pontos:

- O argumento da SPTrans não se sustenta. 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.

- 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.

- Descabido responsabilizar as condições do trânsito, do viário e do clima para justificar fatos injustificáveis, tendo em vista que para um volume de 324.301 viagens descumpridas, apenas 169 foram penalizadas, demonstrando-se senão a omissão e a 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.

- Há subutilização da fiscalização eletrônica (SIM), assim como não se tem um planejamento adequado para fiscalização manual, a qual consegue, no máximo, ser reativa, fiscalizando apenas as urgências operacionais e linhas com maiores índices de reclamações, haja vista a quantidade insuficiente de fiscais para fiscalizar diariamente a totalidade de aproximadamente 1.300 linhas existentes.

- Mantém-se a constatação feita pela auditoria, no sentido de que há grande diferença entre o número de viagens descumpridas apuradas pelo SIM e quantidade de penalidades G-48 do Resam, bem como continua irrisório o número de aplicação de penalidades após assunção da administração, operação e manutenção dos terminais pela Concessionária, em 2016.

- Sabe-se 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.

- 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.

- A SPTrans trouxe documentação referente à aplicação de penalidades relativas ao estado de conservação dos veículos de 2016 a 2018 (31.10.18) (fls. 390v/392). O quadro demonstra a baixa aplicação de penalidade previstas no Resam relacionadas ao estado de conservação dos veículos para 2016, (apenas 44 penalidades aplicadas).

- 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 244 motoristas credenciados da Pêssego (fl. 156).

- Apesar da alegação da SPTrans de que ocorreram baixas cadastrais compulsórias, esta não apresentou quais operadores efetivamente foram alvo da exclusão do cadastro do sistema de transporte, tampouco se houve fiscalização posterior desses operadores para aplicação de penalidades no caso da manutenção da irregularidade.

Com base nesses fundamentos a Auditoria reiterou a conclusão apresentada Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual, lançada às folhas 163v165v.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 420/423 e 425 - 15/05/2019 – p. 21/22), no tocante à preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela Sr.ª Sonia Maria Garcia Mistrello e pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto, entendeu ser improcedente, consoante a constatação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, de que "eram os responsáveis pelas áreas auditadas no período de abrangência da fiscalização".

Quanto à execução contratual em análise, ressaltou que a empresa Contratada não apresentou resposta às constatações de sua responsabilidade e opinou pelo seu não acolhimento, com base nas manifestações da Auditoria, à vista do caráter técnico das irregularidades verificadas, também nos mecanismos de controle e fiscalização.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 426/451 – 19/06/2019 – p.19) reportou-se aos esclarecimentos e justificativas trazidos aos autos pela Origem, com base nos quais entendeu tratar-se de matéria extremamente polêmica e envolver questões passíveis de regularização ao longo do tempo, permitindo que os atos sob exame sejam acolhidos (fls. 444 e 445), ou, ao menos, tenham seus efeitos financeiros e patrimoniais reconhecidos.

A **Secretaria Geral** (fls. 453/455 e 456 – 06/05/2020 – p. 26/27), ressaltou que as irregularidades encontradas quanto ao descumprimento de exigências contratuais e legais relativas à prestação de serviços de transporte são de responsabilidade da

Contratada, enquanto que a ineficiente fiscalização por parte da Contratante é um incentivo ao operador descumprir as viagens em detrimento da qualidade, conforme destacou a Auditoria.

Por essas razões e fazendo referência às manifestações dos órgãos técnicos, igualmente, opinou pelo não acolhimento da execução do Contrato nº 027/2016-SMT.GAB.

Encaminhados os autos à Assessoria Jurídica, PFM e Secretaria Geral, todos concluíram pelo reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória nos moldes do art. 5º, inc. II c/c art. 6º, inc. I da Resolução nº 10/2023.

É o Relatório.

VOTO

Cuida o TC 5.831/2016 de acompanhamento da execução contratual, em julgamento, refere-se ao Contrato nº 027/2016, firmado em 08/07/2016, pela então Secretaria Municipal de Transportes com a empresa Pêssego Transportes Ltda. visando à prestação de serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Área 4.0 do Subsistema Local.

De início cumpre enfrentar o tema da eventual prescrição sobre as pretensões sancionatórias e ressarcitórias no âmbito deste E. Tribunal.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

[3] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.

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

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

> *2. Agravo regimental desprovido*". (RE 578.428, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 28.6.2011, grifo nosso)

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

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

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

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

> "*A regra de prescrição para o exercício do poder punitivo pelo TCU é matéria sujeita à reserva legal, para a qual ainda não há lei específica. Diante da lacuna na Lei 8.443/1992, aplica-se aos processos de controle externo o prazo geral previsto no Código Civil, não o da Lei 9.873/1999, porquanto a atividade judicante do Tribunal não tem como fundamento o exercício do poder de polícia.*" (Acórdão 1683/2013-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)
>
> "*As regras de prescrição para o exercício do poder punitivo por parte do TCU constituem matéria de estrita reserva legal. Em sua ausência, adota-se as regras do prazo decenal do Código Civil*." (Acórdão 5920/2013-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Multa | SUBTEMA: Prescrição)

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

Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[6], 897[7], 899[8] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

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

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

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

Como pode ser visto o Plenário do STF por maioria (vencido o Ministro Edson Fachin) decidiu que a disposição final do §5º, do art. 37, da Carta Magna tem alcance limitado 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

[6] É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil

[7] São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa

[8] É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas

questão trazida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes que questionou como que a ação de ressarcimento de um ato improbo pode ser imprescritível se a culpabilidade do ato improbo é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

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

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

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

> *tese fixada no TEMA 897, será imprescritível*." (RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Voto Ministro Alexandre de Moraes, p.03; p. 09 do Acórdão. Grifos nossos.)

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

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

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

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

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

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9], com efeito *erga omnes,* que

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

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

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

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega 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)

---

constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

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

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

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

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

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

Subsequentemente a normatização do TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) publicou nota em 24/04/2023 conjuntamente com o Instituto Rui Barbosa (IRB), o Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) e a Associação Brasileira dos Tribunais de Contas dos Municípios (ABRACOM),

recomendando que os demais Tribunais de Contas também normatizassem a questão da prescrição e decadência.

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

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

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

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

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

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

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

> "A ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória do TCU, matéria de ordem pública, pode ser revista de ofício em sede de embargos de declaração, mesmo que já tenha sido devidamente enfrentada na decisão recorrida, se esta foi proferida anteriormente à edição da Resolução TCU 344/2022, que regulamentou a matéria no âmbito do Tribunal." (Acórdão 727/2023-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES / ÁREA:

Direito Processual | TEMA: Revisão de ofício | SUBTEMA: Matéria de ordem pública.)

A aprovação da Resolução TCU 344/2022, que regulamenta, no âmbito do Tribunal, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, constitui fato superveniente que autoriza o exame de ofício da incidência da prescrição em sede de embargos de declaração, mesmo que essa questão já tenha sido expressamente analisada, sob a égide do entendimento anterior à resolução, na decisão embargada, por se tratar de matéria de ordem pública.(Acórdão 2971/2023-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN / ÁREA: Direito Processual | TEMA: Embargos de declaração | SUBTEMA: Abrangência)

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

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

Nesta senda conforme asseverado pela **AJCE** e reiterado pela **SG**, observa-se que do último marco interruptivo, consubstanciado no 2º relatório de Auditoria após defesa (fls. 77/104 da peça 35), concluído em **11/10/2018**, até o presente momento, decorreram-se mais de 05 anos, de modo que eventuais pretensões punitivas e ressarcitórias estarão ***fulminadas pelo instituto da prescrição quinquenal***, nos termos do art. 5º, inciso II, c/c art. 6º, inciso I, da Resolução 10/2023.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção dos processos com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único[10] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[11] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[12] do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do artigo 15[13] do mesmo diploma legal.

[10] 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.

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

[12] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...)

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

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

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

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 04/09/2024 09:14:27 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 5.831/2016 - Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) e Pêssego Transportes Ltda. - **Acompanhamento** - Execução Contratual - Verificar se o Contrato 27/2016-SMT.GAB, cujo objeto é a prestação de Serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Área 4.0 do Subsistema Local, está de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste (CJG)

DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhor Presidente, tenho voto divergente.

Mantendo coerência com a minha linha de votos, Voto pelo reconhecimento da prescrição punitiva e ressarcitória.

Todavia, preservada a função declaratória da análise do mérito, **NÃO ACOLHO a execução** do Contrato 27/2016-SMT.GAB, no período e valores examinados, conforme pareceres da Auditoria, Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral.

É como voto.

DOMINGOS ODONE DISSEI:81822650887

Assinado de forma digital por DOMINGOS ODONE DISSEI:81822650887
Dados: 2024.08.21 11:53:57 -03'00'

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro – TCMSP

LAQAF