ACO-UTR-434/2024

Processo - TC/005859/2016
Contratante - Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito)
Contratado - Consórcio Bandeirante de Transporte (constituído por Viação Santa Brígida Ltda. e Viação Gato Preto Ltda.)
Acompanhamento da execução do Contrato 701/03-SMT.GAB
Objeto - Verificar se o contrato, cujo objeto é a prestação dos serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, na Área 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, consubstanciado no Relatório de Auditoria, decorreram mais de cinco anos, o que dá ensejo ao reconhecimento da prescrição. Art. 2º, art. 4º, art. 5º, II, art. 6°, 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, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, e em julgar extinto o presente processo, com resolução de mérito, nos termos dos artigos 4º, 5º e 6º da referida resolução.

ACORDAM, à unanimidade, em julgar extinto o processo, também com base no art. 12 da referida 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, notadamente, em razão da existência de processos recentes de mesmo objeto.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito), 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 artigo 13 da Resolução 10/2023.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após 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

/affo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 13:52:27 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:09:37 -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 5859/2016 – Acompanhamento

Objeto: Acompanhamento da Execução Contratual. Contrato nº 701/2003-SMT.GAB visando à Concessão dos serviços de transporte coletivo público de passageiros, em áreas do subsistema estrutural, da Cidade de São Paulo Área 1.
Interessados: Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito - SMT e Consórcio Bandeirante de Transporte (Composto à época pela Viação Santa Brígida Ltda. e Viação Gato Preto 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 701/2003-SMT.GAB, firmado pela **Secretaria Municipal de Transporte – SMT** (atualmente denominada Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) com o CONSÓRCIO BANDEIRANTE DE TRANSPORTE (integrado pela Viação Santa Brígida Ltda. e pela Viação Gato Preto Ltda.), está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste.

O referido contrato, datado de 21/07/2003, tem por objeto a Concessão dos serviços de transporte coletivo público de passageiros, em áreas do subsistema estrutural, da Cidade de São Paulo **Área 1**, pelo prazo de pelo prazo de 10 (dez) anos, prorrogáveis por mais 5 (cinco) anos, no valor de **R$** R$ 1.600.000.000,00 (Um bilhão e seiscentos milhões de reais).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (fls. 373/397 - 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 do Concessionário, a saber:

> "4.1 - No período compreendido entre agosto2015 e setembro/2016 o Consórcio Bandeirante descumpriu aproximadamente 266.444 viagens programadas nos dias úteis (item 3.4.3-a), infringindo a Cláusula Quarta - Item 4.1 do Contrato e o art. 6º, § 1º da L.F. 8.987/95, trazendo incerteza e irregularidade na prestação do serviço de transporte por ônibus, além de gerar prejuízos a seus usuários, caracterizando 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 3.4.3-a).
> 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 3.4.1).
4.3 - No período de agosto/2015 a setembro/2016 o Consórcio Bandeirante deixou de realizar aproximadamente 266.444 viagens, sendo que o total de penalidades G48 aplicadas nesse período foi de apenas 2.928 (item 3.4.3-a).
4.4 - Considerando o custo médio estimado da viagem (R$ 120,66), multiplicado pela quantidade de descumprimentos (266.444 viagens), temos que o Consórcio Bandeirante obteve uma economia de custos estimada em aproximadamente R$ 32.149.133,04 apenas no período de agosto/15 a setembro/16, corroborando a constatação de que é vantajoso descumprir viagens com a atual metodologia de aplicação de penalidades (item 3.4.3-a).
4.5 - Os descumprimentos de viagens são sistematicamente promovidos pelos operadores, enquanto a população dependente do transporte coletivo na cidade de São Paulo acaba sendo duplamente onerada: primeiro pela via tarifária e segundo, pelos custos intangíveis ("aumento dos tempos de viagens, diminuição dos níveis de conforto, redução da produtividade da mão-de-obra, elevação do consumo não produtivo de combustíveis e desgaste cada vez mais acelerado da frota veicular de uso privado ou coletivo" (item 3.4.3-b).
4.6 - A idade média da frota acima de 5 anos e veículos com idade acima de 10 anos em infringência aos itens 3.12, 3.12.1 c/c itens 4.1.6 e 4.1.9 do Contrato e artigo 9º, inciso V, da Lei Municipal nº 13.241/01 (item 3.3).
4.7 - A apólice de Seguro das empresas Santa Brígida e Gato Preto não menciona os veículos segurados, sendo que as listagens apresentadas foram elaboradas pelas próprias empresas, não sendo possível aferir a efetiva cobertura de seguro de responsabilidade civil para todos os veículos dessas empresas. Além disso, verificamos que o valor contratado é o mesmo desde 2002. Portanto, o Consórcio Bandeirante descumpriu o estabelecido no subitem 11.1.1 do Contrato, ao deixar de atualizar monetariamente os valores das coberturas do seguro (item 3.9).
4.8 - Nas inspeções 'in loco' realizadas pela Auditoria constatou-se que os serviços de administração, limpeza e vigilância prestados nos terminais não são realizados de forma adequada, tendo em vista as quantidades de recursos humanos inferiores às que foram estimadas na formação do preço dos serviços (item 3.10).
Constatações de responsabilidade da Contratante
4.9 - O Contrato n° 701/03 não prevê multa específica para os descumprimentos de partidas/viagens (item 3.4).
4.10 - A quilometragem programada na Planilha de Custos (5.375.641 km) é superior à quilometragem mensal efetivamente percorrida em todos os meses de 2016, devido aos sistemáticos descumprimentos de viagens. Por conta disso, o concessionário tem recebido, em média, cerca R$ 500 mil mensais que consideramos não justificados, referentes a quilômetros não efetivamente percorridos (item 3.4.2).
4.11 - Para uma quantidade estimada de 266.444 viagens descumpridas nos dias úteis de agosto/15 a setembro/16, apenas 2.928 foram penalizados pela SPTrans, cuja atividade precípua é a fiscalização da prestação do serviço, evidenciando que a aplicação da penalidade por "Descumprimento de Partida - código G-48" foi praticamente abandonada em 2016. Tal fato ocorreu principalmente após os concessionários assumirem a obrigação de administrar, operar e manter os terminais urbanos e estações de transferências (item 3.4.3-a).
4.12 - Não utilização da fiscalização eletrônica para dias úteis e sábados (G-64) infringindo o art. 3º da Portaria nº 016/16 (item 3.4.3-b).
4.13 - O valor médio da multa por viagem descumprida (R$ 31,62) é inferior ao custo operacional por viagem programada (R$ 119,99), 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 279% 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 3.4.3-b).

4.14 - É dever da Administração sancionar, uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, pois os prejuízos financeiros à Municipalidade que arca com custos de um serviço prestado em quantidade inferior à programada somam-se aos das tarifas cobradas dos usuários que, como consumidores desse serviço público, veem ser descumprido ao menos um de seus direitos básicos previstos no inciso X do art. 6º da LF n° 8.078/90 (item 3.4.3-b).

4.15 - 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 3.4.3-c). 4.16 - 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 3.6). 4.17 - Deixar de fiscalizar o estado de conservação dos veículos (higiene e limpeza), infringência à Cláusula segunda do Contrato, itens 2.2.9 e 2.2.10, L.F 8.987/95, art. 29, incisos I e II e L.F 13.241/01, art. 8º, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” (item 3.7).

4.18 - Deixar de fiscalizar a falta de atualização dos valores da apólice de seguro, ensejando a sua responsabilização, bem como do gestor e fiscal do contrato, com fundamento nos art. 58, III, e art. 67, ambos da Lei Federal nº 8.666/93 e art. 4º, III e VIII, do Decreto Municipal nº 54.873/14 (item 3.9).

Penalidades aplicáveis

4.19 - Descumprimento da Cláusula Terceira do 11º Termo de Aditamento ao Contrato (administração e operação dos terminais de ônibus) - multa de R$ 152.000,00 (item 3.10.3-a).

4.20 - Descumprimento da Cláusula Terceira do 11º Termo de Aditamento ao Contrato (vigilância e segurança dos terminais de ônibus) - multa de R$ 114.000,00 (item 3.10.3-b).

4.21 - Descumprimento da Cláusula Terceira do 11º Termo de Aditamento ao Contrato (limpeza dos terminais de ônibus) - multa de R$ 57.000,00 (item 3.10.3-c). Em relação aos seguintes descumprimentos constatados pela Auditoria, não consta no contrato previsão de multa específica:

- Cláusula Terceira - item 3.12 e subitem 3.12.1 do contrato - idade média da frota acima do limite permitido e veículos com idade acima do permitido (item 3.3).
- Cláusula Quarta - item 4.1 e subitem 4.1.10 do contrato - irregularidades constatadas em relação aos equipamentos e condições dos veículos (item 3.7).
- Cláusula Décima Primeira - subitem 11.1.1 do contrato - falta de evidenciação da cobertura do seguro de responsabilidade civil para os veículos que atuam no Sistema Municipal de Transporte Coletivo; e não houve atualização monetária do valor de cobertura das apólices de seguro (item 3.9).

Recomendações

4.22 - Providenciar a inclusão de penalidade no Contrato e/ou no RESAM, específica para os descumprimentos relacionados à idade da frota e para veículos com idade acima do permitido (item 3.3).

> 4.23 - Estender a sistemática de aplicação da penalidade G-64 (fiscalização eletrônica) para os dias úteis e sábados (item 3.4.3-b).
> 4.24 - Utilizar, com as devidas adaptações e ajustes, a mesma sistemática de aplicação da penalidade G-64 à infração por descumprimento de intervalos programados (item 3.4.3-c).
> 4.25 - 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 3.4.2).
> 4.26 - Providenciar a inclusão de penalidade no Contrato e/ou Resam, relativa à não disponibilização de acesso sem fio (Wi-Fi) nos veículos do Sistema Municipal de Transporte Coletivo (item 3.6).
> 4.27 - Providenciar a inclusão de penalidades no Contrato, específicas para irregularidades relacionadas ao seguro de responsabilidade civil para os veículos que atuam no Sistema Municipal de Transporte Coletivo (item 3.9).
> 4.28 - Proceder à reavaliação dos custos estimados na contratação dos serviços de vigilância dos terminais, tendo em vista que nas inspeções in loco constatou-se a presença de porteiros prestando esses serviços (item 3.10).”

Para fins de conhecimento e manifestação sobre o relatório técnico, foram oficiados a Origem, os agentes públicos indicados pela Auditoria e o Consórcio Bandeirante, os quais apresentaram suas razões nas peças identificadas na informação da Unidade Técnica de Cartório, Cadastro e Arquivo, excetuando-se a Sra. Ana Odila de Paiva Souza, Diretora de Planejamento de Transportes da SPTrans à época, que deixou transcorrer “in albis” o prazo regimental (fl. 1.539).

As defesas individuais apresentadas pelos agentes públicos às folhas 1435/1451, 1452/1463, 1464/1483, 1484/1502 e 1529/1535, são por eles adotadas como padrão e também fazem referência a outros processos em trâmite neste Tribunal de Contas, dentre os quais TCs 005833/2016, 005845/2016, 005852/2016, 005842/2016, 005825/2016, 005826/2016, 005828/2016 e 005832/2016, todos tendo por objeto o acompanhamento da execução de contratos relativos à serviços de transporte público de passageiros.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 1.596/1.623 - 04/04/2018 – peça 6) analisou as justificativas e defesas juntadas aos autos, sobre as quais elaborou acuradas considerações, das quais se destacam:

> **Ilegitimidade de parte arguida pelos Interessados, não procede**:
> Sra. Sonia Maria Garcia Mistrello – Superintendente de Controle de Concessões e Permissões da SPTrans à época, com atribuições do controle dos contratos de concessão e emergenciais (prazo de vigência, vencimento de certidões tributárias, previdenciárias e fundiárias, vencimento das garantias contratuais, cadastro de frotas, etc.), são correlatas aos apontamentos constantes do Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual.
> Sr. Jilmar Augustinho Tatto - dirigente máximo da SMT e da SPTrans, sendo inclusive o responsável pela assinatura do Contrato nº 701/2003- SMT.GAB. Não se pretende que sejam dados esclarecimentos quanto às recomendações feitas pela Auditoria, mas dar oportunidade de defesa aos responsáveis, à época, pelas áreas auditadas.

Dessa forma, sendo ambos os Interessados responsáveis pelas áreas auditadas no período de abrangência da auditoria, compete-lhes manifestar-se sobre as infringências e constatações apontadas no referido relatório técnico.

No tocante à Defesa do Concessionário (fls. 445/506 e 507/1396 - anexos)**:**

Alegação de fatores externos que comprometeriam o cumprimento de partidas/viagens – e demais justificativas, improcedentes

O Concessionário alega que os sistemas utilizados para apuração do cumprimento das viagens programadas não são inteiramente confiáveis, devido a interferências externas tanto de ordem técnica, que provocam a falha na transmissão de dados, quanto operacionais relativos à infraestrutura da Cidade e ao trânsito, que prejudicam o cumprimento integral do número de viagens estabelecidas nas ordens de serviços.

Argumenta, também, que o cumprimento de viagens apurado por meio de relatórios do Sistema de Bilhetagem Eletrônica (SBE), aliados com relatórios dos sistemas de monitoramento aponta para o cumprimento de viagens bem superior ao apresentado no Relatório desta Auditoria.

Contestando o número de viagens descumpridas apurado pela Auditoria, aduziu que:

1- os relatórios de verificação de frequência de linhas eram preenchidos por funcionários da Socicam e utilizados inadequadamente para geração de autos de infração.

2 - Tais relatórios eram aplicados apenas nas linhas que tinham seus TP's ou TS's em terminais de transferências, sendo que os pontos terminais que se encontravam fora dos terminais de transferência não eram e nem poderiam ser fiscalizados através do relatório preenchido pelos funcionários da Socicam, devendo tal preenchimento ser feito pelos agentes da SPTrans.

3 – não auferiu vantagem financeira, pois tendo a frota em operação, mas não conseguindo realizar a quantidade de partidas programadas devido às externalidades, não deixa de incorrer em custos de mão de obra e respectivos sociais decorrentes, bem como em despesas administrativas e custos de manutenção de veículos e equipamentos de garagem.

4 - a quantidade de descumprimentos apontada pelos auditores, desconsiderou as informações provenientes dos recursos administrativos apresentados à COMIM, instância em que são "expressamente comprovados os fatos que contribuíram para o não cumprimento integral da ordem de serviços".

Quanto à frota de ônibus em idade superior à ajustada, o Concessionário afirma que a apuração destas idades se dá a partir do 10º dígito da numeração do chassi (ano/modelo). Assim, 35 dos veículos com idade acima de 10 anos apontados no relatório apresentado pela Auditoria são modelo 2006, ou seja, utilizando-se a metodologia de idade pela numeração do chassi, esses veículos ainda não teriam atingido a idade máxima prevista para operação.

No tocante ao seguro de responsabilidade civil o Concessionária aduz que os veículos segurados constam do documento juntado às fls 1254/1305 e no tocante à atualização monetária de seus valores, o Concessionária justifica que nem sempre os reajustes dos contratos de concessão foram aplicados integralmente, sendo insuficientes para a

cobertura dos custos, relativamente àquele determinado lapso temporal e, por conseguinte, impossibilitou o Concessionário de proceder aos corretos reajustes do seguro.

Por fim, discorda dos critérios de avaliação dos serviços de administração, limpeza e vigilância prestados nos terminais, considerando-os subjetivos, e entende ser descabida a alegação da Auditoria de que o número de funcionários é insuficiente, "pois não há previsão contratual para a quantidade de pessoas que devem prestar serviços na administração e operação do Terminal"

A Auditoria contrapôs as alegações da Concessionária, com os seguintes esclarecimentos técnicos:

- a Concessionária, limita-se a afirmar que os descumprimentos de viagens foram originados de dados fornecidos pelo SIM (sistema considerado não confiável pela Concessionária), enquanto as autuações G-48 foram obtidas através de relatório de fiscalização da SPTrans, objeto de recurso administrativo junto à COMIM, fato que por si só não torna as autuações inválidas;
- a justificativa do Consórcio baseia-se apenas em dados de agosto de 2016; contudo, o Relatório de Auditoria aponta para descumprimentos sistemáticos ao longo de vários anos, com determinações de exercícios anteriores (2010 e 2014) reiteradas no Relatório Anual das Contas do Executivo do exercício 2015 - TC 72.002.347/16-09;
- uma das principais reclamações dos usuários são os descumprimentos de partidas/viagens que são aferidos pela SPTrans com o auxílio do Sistema Integrado de Monitoramento (SIM). Além dos dados de partidas, a SPTrans também coleta outros dados por meio de variados sistemas e disponibiliza informações continuamente sobre veículos, passageiros, sistema viário e interface entre esses elementos;
- as diversas falhas do SIM, já alegadas pela Concessionária, podem prejudicar o acompanhamento dos veículos em tempo real, mas não interferem no controle do número de partidas, as quais podem ser registradas em pontos notáveis posteriores aos pontos em que ocorrem perda de sinal;
- caso a premissa adotada pela Concessionária fosse válida, poder-se-ia constatar que o SIM não deveria ser utilizado como ferramenta de monitoramento da operação, nem como ferramenta utilizada para remunerar o operador, como ocorre na Rede da Madrugada;
- não faz sentido a justificativa da Concessionária em dizer que o ICV demonstrado no relatório apresenta valores abaixo dos realmente incorridos quando utilizados dados providos pela própria SPTrans, tendo em vista que quaisquer interferências e interrupções no sinal do SIM ou alterações de tráfego não são suficientes para ensejar o descumprimento de viagens observado, conforme demonstrado no Relatório Operacional Transporte em Números;
- em relação ao cumprimento das viagens, a concessionária ateve-se apenas à crítica aos dados extraídos do SIM além de alegar ocorrências externas para justificar os descumprimentos de partidas, não apresentando defesa sobre número de viagens abaixo do programado em linhas menos rentáveis e acima do programado em linhas mais rentáveis, procedimento que possibilita maximizar lucro em detrimento da qualidade na prestação dos serviços para os usuários;
- ao aferir relatórios de fiscalização realizada pela SPTrans, a Auditoria calculou uma estimativa para o número de viagens descumpridas, multiplicando-se os índices de descumprimento de viagens pela quantidade de viagens programadas. Chegou-se ao

número de 266.444 viagens não realizadas em dias úteis entre agosto/15 e setembro/16, sendo insustentável defender que esse número exorbitante decorre de falhas no SIM e de fatores externos;

- em nenhum momento a defesa apresentada mostra argumentos suficientes para invalidar o trabalho realizado pela Auditoria ao se comparar a relação entre o custo que a Concessionária deixou de incorrer ao descumprir a viagem e o custo incorrido com o pagamento de multa G-64;

- o custo médio estimado para cada viagem é 279% maior que o valor médio da infração G-48, constatando-se que a sanção não cumpre sua função intimidadora, pois caso a Concessionária descumpra viagens pouco rentáveis incorrerá em custo muito menor quando comparado ao custo médio da viagem a ser cumprida;

- inconsistente o argumento apresentado pela Concessionária no sentido de que na comparação dos custos não se considerou a eventual perda de receita ao deixar de se realizar a viagem. Quanto ao ponto, restou comprovado que não houve considerável variação de demanda frente à grande variação na quantidade de viagens descumpridas, pois como as empresas operam sozinhas, o que ocorre é apenas o aumento do índice de ocupação dos veículos para as linhas com viagens suprimidas;

- apólices de seguro:

Sobre a cobertura da frota que não constavas da apólices de seguro: "os adendos são datados do dia 30.09.16, sendo que a emissão das apólices ocorreu em 23.08.16, constatando-se uma lacuna entre o início da vigência até a data do adendo com a relação de frota segurada".

Quanto à falta de atualização do valor do seguro desde a assinatura do contrato:

"*A Concessionaria concentrou-se em afirmar que não ocorreram reajustes do referido seguro devido aos reajustes na remuneração por passageiros serem insuficientes para a cobertura de seus custos operacionais*."

Contudo, "*desde a publicação da Portaria 95/2006-SMT....para a Área 1 da Concessão, até o 13º Termo de Aditamento ao Contrato, com remuneração de R$ 2,7784 por passageiro, houve atualização da remuneração por passageiro em 126%, mesmo percentual que deveria atualizar o valor do SRC"* – seguro de responsabilidade civil.

- quanto à idade da frota:

"A Cláusula 3.12 ainda é infringida devido à utilização de veículos com idade superior a 10 anos. Mais precisamente, no relatório do dia 04.10.16 foram observados 78 veículos com idade superior a 10 anos, sendo 1 da Gato Preto e 77 da Santa Brígida.

Em sua defesa, o Consórcio alega que a metodologia utilizada para apuração da idade da frota foi incorreta, sendo que a idade do veículo pode ser determinada pelo décimo dígito do chassi.

De fato, os cálculos apresentados pela SPTrans não se valeram da idade do chassi do veículo, mas da data em que os veículos foram incluídos no sistema.

Assim sendo, caso se utilizasse a metodologia proposta pela Concessionária, haveria um aumento na idade média dos veículos, tendo em vista que ***, por obviedade, a data de inclusão dos veículos no sistema é sempre posterior à data de fabricação do chassi****."*

E concluiu que as informações apresentadas pela Concessionária não foram suficientes para esclarecer e justificar nem o descumprimento de viagens programadas conforme estabelecido nas Ordens Operacionais dos Serviços, nem as demais infringências apontadas nos itens 2.2 a 2.9 no relatório da Auditoria correspondentes aos itens 4.1 a 4.8 da conclusão.

Quanto aos apontamentos de responsabilidade da Origem (fls. 1401/1429), a Especializada entendeu que as justificadas encaminhadas a este Tribunal de Contas não afastaram as suas constatações, especialmente sobre a incorreta metodologia de remuneração dos operadores tanto em relação ao sistema de transporte de passageiros quanto aos terminais de ônibus, bem como acerca das inúmeras infrações não penalizadas, comportando destacar os seguintes fundamentos da análise realizada:

- alega a Origem que a remuneração não é "por reembolso de custo", e sim "por passageiro". Ainda que a remuneração seja por passageiro, é fato que os valores de remuneração por passageiro adotados basearam-se em um total de Custos Referenciais estimados, o qual deve estar em consonância com a realidade operacional das empresas;
- a Auditoria teve o cuidado de desconsiderar e não levar para o relatório quaisquer divergências encontradas inferiores a 5%, percentual que se avaliou como dentro da "margem de erro" dos Custos Referenciais em relação ao real;
- restou demonstrada a existência de impropriedades nos parâmetros, 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;
- 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 5 do Subsistema Estrutural, os parâmetros datam de 2011, sendo inegável a necessidade de revisão;
- o CONSÓRCIO operou, entre janeiro e outubro de 2016, em média, 5.375.641km, equivalente a 92% da quilometragem da planilha de custos. Cumpre ressaltar que o Contrato nº 701/03-SMT.GAB exige a aderência da operação da Concessionária ao estabelecido na OSO. Ou seja, apesar de a remuneração dos operadores não se dar por custo incorrido, há necessidade de aderência à OSO, pois a realização de viagens abaixo da programada não se pode caracterizar como ganhos de eficiência, mas como verdadeira inexecução parcial do contrato;
- *No Relatório de Auditoria, à fl. 379v ressaltou-se o seguinte: Cabe ressaltar que, embora a análise desse item tenha ficado restrita a 2016, os sistemáticos descumprimentos de viagens indicam que a quilometragem efetivamente operada foi menor também nos anos anteriores. Essa mesma constatação foi feita por auditoria independente realizada pela* ***Ernst & Young em 2014****, que verificou que a produção quilométrica realizada ficou abaixo da programada nas planilhas de custo*.
- o argumento da SPTrans é contraditório, pois como podem os dados obtidos pelo SIM serem utilizados para cálculo do ICV – Índice de Cumprimento de Viagens e ao mesmo tempo não serem aptos para a imputação de penalidades;
- os descumprimentos reiterados de viagens pela Concessionária distanciam-se dos parâmetros operacionais fixados na Planilha de Referência, tendo como consequência uma remuneração por passageiro acima da que efetivamente deveria ser cobrada;
- tendo em vista os valores despendidos para implementação do SIM, a Origem afirmar que aloca servidores para fiscalizar o descumprimento de viagens, que pode ser aferido eletronicamente, demonstra claramente distanciamento dos princípios da eficiência e da economicidade;
- 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 (2.928) e a quantidade de viagens descumpridas (266.444);

- a Portaria nº 016/16 estabelece que o acompanhamento das infrações de descumprimento de viagens por parte do Poder Público deve ser realizado através da fiscalização eletrônica. No entanto, a equipe de Auditoria verificou que as penalidades G-64 são fiscalizadas via SIM apenas aos domingos, procedimento iniciado em 03.04.16;
- os descumprimentos reiterados de viagens pela Concessionária distanciam-se dos parâmetros operacionais fixados na Planilha de Referência, tendo como consequência uma remuneração por passageiro acima da que efetivamente deveria ser cobrada;
- a auditoria questiona discrepância entre os valores apresentados na planilha de custos e os custos realmente incorridos pela Concessionária na execução dos serviços com pessoal de administração e operação dos terminais, bem como com pessoal de limpeza e vigilância;
- a SPTrans não se pronunciou a respeito da contratação de porteiros nos terminais fiscalizados, tendo em vista que a remuneração paga à Administradora dos Terminais considerava apenas a contratação de vigilantes, que têm custo superior ao de porteiro. Ou seja, a remuneração paga não é condizente com a mão de obra efetivamente disponibilizada;
- é certo que há perda de receita com o descumprimento de viagens, tendo em vista que a remuneração está atrelada exclusivamente à demanda de passageiros na linha. No entanto, o relatório comparou a relação entre o custo que a Concessionária deixou de incorrer ao descumprir a viagem e o custo incorrido com o pagamento de multa G-64 (R$ 31,20), ou seja, buscou-se a apuração do custo de oportunidade da empresa em caso de descumprimento de viagem.

Tampouco as defesas oferecidas pelos agentes responsáveis trouxeram elementos capazes de superar sequer uma das obrigações descumpridas por ambas as partes contratantes, ressaltando que a maioria dos Interessados 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, pretendem o acolhimento da execução do contrato em análise.

Ao final de sua minuciosa análise, a Auditoria, em linhas gerais, reforçou a gravidade e a contumácia das irregularidades praticadas pelo Concessionário e a persistente ineficiência da fiscalização pelo Poder Público e indicou as conclusões ratificadas, e as recomendações superadas parcialmente e as sanadas totalmente, nos seguintes termos:

"A despeito das manifestações das partes, conclui-se que ocorreram descumprimentos de partidas de maneira sistemática nas linhas que compõem a Área 1 – Estrutural, 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).

Assim, da análise das informações e esclarecimentos prestados pela Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes, São Paulo Transporte S/A, Consórcio Bandeirante de Transporte, e demais intimados, concluímos:

3.1. Apontamentos mantidos: 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.18, 4.22, 4.23, 4.24, 4.25, 4.26, 4.27 e 4.28.
3.2. Itens cujos esclarecimentos foram considerados parcialmente satisfatórios, mantendo-se os apontamentos quanto aos seguintes aspectos: 4.8 (serviços de administração, limpeza e vigilância prestados de forma inadequada nos terminais) e 4.21 - necessidade de multa específica para os seguintes descumprimentos contratuais: Cláusula Terceira - item 3.12 e subitem 3.12.1 do contrato - idade média da frota acima do limite permitido e veículos com idade acima do permitido; Cláusula Quarta - item 4.1 e subitem 4.1.10 do contrato - irregularidades constatadas em relação aos equipamentos e condições dos veículos; Cláusula Décima Primeira - subitem 11.1.1 do contrato - falta de evidenciação da cobertura do seguro de Coletivo; e não houve atualização monetária do valor de cobertura das apólices de seguro.
3.3. Itens cujos esclarecimentos foram considerados satisfatórios, superando-se o apontamento: 4.19 e 4.20.

Nesta fase, o Ministério Público do Estado de São Paulo solicitou informações sobre processos relacionados à análise da execução do Contrato nº 701/2003, dentre os quais mencionou o presente feito, tendo este Tribunal de Contas atendido aos respectivos ofícios encartados às fls. 1590 e 1625.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 1632/1638 - 12/09/2018 – peças 7/80), no tocante às preliminares arguidas pela Sr.ª Sonia Maria Garcia Mistrello e pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto, entendeu que restaram devidamente analisadas e afastadas pela Auditoria, razão pela qual acompanhou-a por seus próprios fundamentos, opinando pela improcedência das alegações.

No mérito frisou ser manifesta a inexecução do contrato, devendo a Origem apurar os prejuízos causados e aplicar as sanções contratuais e administrativas, ao invés de limitar-se a aplicar multa contratual para apenas poucas infrações, cujo valor é desproporcional ao inadimplemento da Concessionária, e perdeu o seu caráter inibitório, haja vista que a vantagem financeira angariada com o descumprimento contratual é superior ao valor da multa quando aplicada.

No tocante à responsabilidade da Origem, ressaltou as constatações da Auditoria que demonstram o quanto a "Origem foi negligente na fiscalização do contrato, acarretando danos irreparáveis ao Erário", sugerindo a aplicação de multa aos responsáveis pela gestão e fiscalização do ajuste, mediante a instauração de processo administrativo.

Por conseguinte, opinou pela irregularidade da execução do Contrato nº 701/03-SMT.GAB.

A Origem, oficiada com o fito de tomar ciência das peças processuais supervenientes à sua manifestação, conforme requerido pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 1640/1655 – 25/09/2018), apresentou suas justificativas em 25/02/2019, após

diversos pedidos de dilação de prazo, conforme documentos juntados às folhas 1677/1717, dentre os quais consta a cópia do Contrato nº 04/2019, de 17/01/2019, firmado em caráter emergencial com o Consórcio Bandeirante de Transporte (integrado pelas empresas VIAÇÃO SANTA BRÍGIDA e VIAÇÃO GATO PRETO LTDA.), uma vez vencido o prazo do Contrato nº 701/2003.

Ao analisar a documentação da Origem, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (fls. 1720/1727 – 22/04/2019 – peça 35) identificou elementos para considerar superada tão somente a recomendação do item 4.26, mantendo, no mais, suas conclusões anteriores, sendo acompanhada pela **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (fls. 1729/1731 – 20/09/2019 – peças 37/38), por entender tratar-se de questão fática e técnica, motivo pelo qual reiterou sua posição quanto à irregularidade da execução contratual ora examinada.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (fls. 1734/1761 – 03/10/2019 – peça 41) entendeu que a análise contempla matéria extremamente polêmica e, com base nos esclarecimentos prestados pela Origem, requereu o acolhimento da execução contratual ou o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A **Secretaria Geral** (fls. 1763/1798 e 1799/1800 - 25/03/2020 – peças 43/44), ao analisar a preliminar de ilegitimidade arguida pela Sra. Sonia Maria Garcia Mistrello e pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto, concluiu não merecer acolhida, por acompanhar o entendimento dos órgãos técnicos, considerando ambos os agentes responsáveis pelas áreas com atribuição de fiscalizar e gerir a execução contratual, cujo descumprimento do ajuste ocorreu de forma sistemática ante a deficiência demonstrada por essas áreas.

No mérito, ressaltou que as questões ora analisadas são de cunho eminentemente técnico e fático e acompanhou 'in totum' as conclusões Auditoria, e ao final manifestou sua posição, nos seguintes termos:

> *"tendo em vista que os apontamentos 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.18, 4.21, 4.22, 4.23, 4.24, 4.25, 4.27 e 4.28 do Relatório inicial da Auditoria impedem o acolhimento da Execução Contratual sub examine, e que nem mesmo após a apresentação das defesas juntadas a estes autos tais apontamentos puderam ser afastados, opino, na esteira dos órgãos técnicos desta C. Corte de Contas, pelo NÃO ACOLHIMENTO da Execução do Termo de Contrato nº 701/03-SMT.GAB, celebrado entre a SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES - SMT e o CONSÓRCIO BANDEIRANTE DE TRANSPORTE, sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro Relator entender pertinentes."*

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 55, entendendo que incorreu a prescrição no que foi acompanhado pela Procuradoria da Fazenda municipal e pela Secretaria Geral desta corte de contas.

É o Relatório.

VOTO

Cuida o presente de acompanhamento da execução contratual instaurado com o objetivo de verificar se o Contrato nº 701/2003-SMT.GAB, firmado pela **Secretaria Municipal de Transporte – SMT** (atualmente denominada Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito) com o CONSÓRCIO BANDEIRANTE DE TRANSPORTE (integrado pela Viação Santa Brígida Ltda. e pela Viação Gato Preto Ltda.), está sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas estabelecidas no ajuste.

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:

> *"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*

[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.

> *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.*** *2. Agravo*

[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

> *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 questão

---

[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

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 determinou

[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 constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo

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

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

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

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

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

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

---

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)

> "*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 55 dos autos, "avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no Relatório de Auditoria de 13/04/2018 (páginas 143/197 da peça 48), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso II, c/c art. 6º, inciso I, todos da Resolução 10/2023)".

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

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único[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.

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,

---

[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.

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 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: 17/04/2024 11:34:23 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo