ACO-UTR-400/2024

Processo	-	TC/006365/2004
Recorrentes	-	São Paulo Transporte S.A. e Gerson Luis Bittencourt
Objeto	-	Recursos interpostos em face do Acórdão de 12/12/2009 – São Paulo Transporte S.A. e Socicam Administração Projetos e Representações Ltda. - Serviços técnicos especializados de administração, manutenção, apoio e operação dos terminais de ônibus utilizando-se de tecnologia da informação, conjugada com a exploração comercial de locação dos espaços específicos existentes nos terminais – Inspeção com enfoque no devido recolhimento das parcelas previdenciárias e eventual incidência sobre as bases de reajuste avençadas

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. SPTRANS. VOLUNTÁRIO. Serviços técnicos especializados de administração, manutenção, apoio e operação dos terminais de ônibus. Decisão que julgou regulares os ajustes e aplicou multa. 1. Do último marco interruptivo para esse primeiro procedimento, consubstanciado no V. Acórdão, decorreram mais de 5 anos, o que dá ensejo ao reconhecimento da prescrição. Art. 2º, art. 5º, IV, Res. TCMSP 10/2023. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDOS. PREJUDICADO. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, 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, afastando a sanção imposta no Acórdão recorrido e as determinações dirigidas à Origem.

ACORDAM, à unanimidade, no mérito, em declarar prejudicado o recurso, tendo em vista o reconhecimento da prescrição da penalidade imposta e o cancelamento da determinação de realização de inspeção pela Auditoria deste Tribunal de Contas.

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

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

São Paulo, 22 de novembro 2023.

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

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 13:59:47 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:10:29 -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 6365/2004 – Recurso (Denúncia)

Objeto: Prestação de serviços técnicos especializados de administração manutenção e apoio e operação dos Terminais de Ônibus da SPTrans.
Interessados: São Paulo Transporte S/A e SOCICAM Administração Projeto e Representações Ltda
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente, nesta fase processual, da apreciação dos recursos ordinários interpostos pela SÃO PAULO TRANSPORTE S/A – SPTrans e por GERSON LUIS BITTENCOURT, em face do **Acórdão de folhas 1.155 e 1.156** (de 12 de fevereiro de 2009), que examinou a Concorrência nº 026/2003 e o Contrato 2004/040, dela decorrente, celebrado entre a SPTRans e a SOCICAM Administração Projeto e Representações Ltda, no valor de R$ 89.107.254,00 (oitenta e nove milhões, cento e sete mil, duzentos e cinquenta e quatro reais).

O Acórdão recorrido, por maioria, relevou as falhas formais, acolheu tanto a licitação quanto o ajuste acima referidos, aplicou multa ao ordenador responsável pela não-autuação do processo administrativo, tendo em vista a ocorrência reiterada desta irregularidade e fez as seguintes determinações:

> *"- à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte a realização de inspeção, com enfoque no devido recolhimento das parcelas previdenciárias e eventual incidência sobre as bases de reajuste avençadas (fls. 1001 dos autos);*
> *- à São Paulo Transportes S/A que, no futuro proceda à publicação dos atos dos certames licitatórios nos termos do disposto na legislação e faça inserir nos autos do processo administrativo de suas licitações a justificativa acerca dos índices contábeis utilizados, nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993;*
> *-o envio de cópia do presente Acórdão à São Paulo Transporte S/A, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção aos ofícios constantes dos autos.".*

Ambos os recursos (fls. 1.175/1.178 e 1.183/1.187), ora apreciados, objetivam a reforma parcial do julgado, a fim de que seja afastada a multa aplicada ao Ordenador da Despesa, com base nas seguintes alegações:

> 1 – A SPTrans, não integrando a Administração Direta, teria autonomia para autuar processo de forma própria, segundo os moldes internos da empresa.
> 2 – Argumenta-se, genericamente, que a SPTans não autuou o processo administrativo em exame, sem haver maiores detalhamentos, o que impede a produção de uma defesa mais adequada.
> 3 – "*As leis em vigor exigem somente que seja o processo administrativo autuado – como efetivamente o foi pela SPTrans – não tendo determinado a forma a ser seguida, razão pela qual não poderia essa Corte de Contas, por seus órgãos técnicos, exigir autuação, seguindo seu próprio entendimento*."
> 4 – O "*art. 38 da Lei Federal nº 8.666/93 dispõe, de forma pontual, sobre o dever de autuar o processo administrativo. Todavia, possibilita ao Administrador Público dispor sobre como essa obrigação deverá ser levada a cabo. O modo pelo qual a SPTrans realiza a autuação de seus processos, conforme reiteradamente sustentado, encontra-se no exercício de suas competências – lembre-se – discricionárias, na qual nenhum órgão poderá ingerir-se, venia concessa*."
> 5 – A regra do referido artigo 38 "*tem como objetivo garantir a observância dos princípios fundamentais a que está adstrita a Administração quando da realização de um processo licitatório. A existência de um procedimento formal assegura a seriedade, confiabilidade e fiscalização do processo. E é exatamente o que fez a São Paulo Transporte S/A*."
> 6 - Não configura reconhecimento de procedimento inadequado até então, o fato de a empresa, a partir de 2004, estabelecer novo padrão de autuação do Processo Administrativo de Licitações e Contratos, após os reiterados questionamentos deste Tribunal de Contas sobre esta questão.
> 7 – Deve-se tomar como precedente o entendimento deste Tribunal consignado no julgamento do TC nº 6.164/97-38, no sentido de que "a SPTrans em face dos questionamentos deste Tribunal em outros feitos, já aperfeiçoou seus procedimentos licitatórios nos termos da legislação."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 1.192/1.195) manifestou-se pelo conhecimento dos recursos interpostos, uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, opinou pelo não provimento de ambos, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, vez que os argumentos apresentados são os mesmos já discutidos e analisados na fase de instrução.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 1.197), no exercício da capacidade postulatória da Administração perante este Tribunal de Contas, requer sejam conhecidos e providos os recursos interpostos, pelos motivos aduzidos pela SPTrans.

A Secretaria Geral (1.199/1.203) também entendeu que as razões recursais não trouxeram elementos novos capazes de alterar o quanto decidido pelo V. Acórdão e, ao enfocar o argumento referente à discricionariedade da SPTrans, aduzido pelos Recorrentes, assim manifestou-se:

> *"Destarte, não há como aceitar, sob hipótese alguma, as alegações dos recorrentes, de que a SPTrans tem processo administrativo próprio, segundo moldes internos, não*

> *havendo motivo para a repreensão de sua conduta apenas porque a forma de autuar o processo não é compatível com o procedimento deste Tribunal e, muito menos como aceitar a alegação de que o modo como a SPTrans realiza a autuação de seus processos encontra-se na seara de sua discricionariedade, na qual nenhum órgão poderá ingerir-se.*
> *Isto porque, diferente do alegado pelos recorrentes, o procedimento de autuação do processo administrativo, exigido pelo artigo 38, da Lei nº 8.666/93, está devidamente descrito no artigo 166 e ss., do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, o procedimento de autuação dos processos da Origem não se encontra na seara de sua discricionariedade."*

Por fim, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, pelo seu improvimento, mantendo-se a decisão recorrida.

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

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

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

É o Relatório.

VOTO

Cuida o presente, nesta fase processual, da apreciação dos recursos ordinários interpostos pela SÃO PAULO TRANSPORTE S/A – SPTrans e por GERSON LUIS BITTENCOURT, em face do **Acórdão** que examinou a Concorrência nº 026/2003 e o Contrato 2004/040, dela decorrente, celebrado entre a SPTRans e a SOCICAM Administração Projeto e Representações Ltda, no valor de R$ 89.107.254,00 (oitenta e nove milhões, cento e sete mil, duzentos e cinquenta e quatro reais).

Sintetizada as razões recursais, é caso de primeiramente enfrentar a questão **preliminar de mérito** da prescrição.

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

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

---

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.
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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[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*

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

> *com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra* ***a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais****."* (RE 669069, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, grifos nossos.)

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

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

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

Finalmente no julgamento do Tema 899 o Plenário do Excelso Pretório enfrentou a questão da prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas, decidindo por unanimidade que são prescritíveis as pretensões de

ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. Conforme o Ministro Relator Alexandre de Moraes, as decisões dos temas anteriores 666 e 897 levaram a seguinte conclusão:

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

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

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

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

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

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

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

Ulteriormente, esta questão do prazo foi edificada no julgamento em 11/11/2021 da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509[9], com efeito *erga omnes,* que determinou que a prescrição das pretensões do Tribunal de Contas da União, tanto sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

> "**Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva

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 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)

no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).

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

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

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

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

> LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

Na ADI 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 36 dos autos, "Avaliando o tema da prescrição, verificamos que, desde o último marco interruptivo para esse primeiro procedimento (em 12/09/2009), consubstanciado no V. Acórdão de fls. 1155/1156 dos autos físicos (peça 31, páginas 306/307)[10] , decorreram-se mais de 5 anos, mostrando-se possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva disciplinada pela aludida Resolução nº 10/2023".

Consoante o exposto, a AJCE apontou que entre a ocorrência dos marcos interruptivos apontados decorreu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no artigo 2º da referida Resolução, sem a ocorrência de demais causas suspensivas ou interruptivas.

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória deste Tribunal de Contas, o que, consequentemente, resulta no afastamento da pena de multa aplicada no Acórdão recorrido.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13[11]).

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

Diante de todo o exposto e de conformidade com os pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos acrescento às razões de decidir, **CONHEÇO** dos Recursos, posto que presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

[10] Tal R. Decisão consiste no marco interruptivo indicado no artigo 5º, inciso IV, da Resolução nº 10/2023, e em consonância com o artigo 3º, inciso IV, da Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023.

[11] Art. 13. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento do processo, a expedição de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

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

Quanto ao mérito declaratório, **JULGO PREJUDICADO** o recurso, tendo em vista o reconhecimento da prescrição da penalidade imposta e o cancelamento da determinação de realização de Inspeção pela Auditoria deste Tribunal de Contas.

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: 02/02/2024 10:14:55 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-006.365.04-90

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. Serviços técnicos à operação dos terminais de ônibus. SPTrans. Falhas relevadas. REGULARES. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

Relatório e Voto englobado TC 72.005.946.04-88.

TC's citados 72-000.323.03-47 e 72-005.005.01-47

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com o TC 5.946.04-88, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Presidente Roberto Braguim – Revisor e Edson Simões, relevando as falhas meramente formais, em acolher a Concorrência 026/2003 e o Contrato 2004/040.

Vencido o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, nos termos do voto apresentado em separado, que não acolheu o contrato.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar, independentemente de haver transcorrido a quase totalidade do prazo disciplinado nos termos do artigo 57, inciso II, da Lei Federal 8.666/93, à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte a realização de inspeção, com enfoque no devido recolhimento das parcelas previdenciárias e eventual incidência sobre as bases de reajuste avençadas (fl. 1.001 dos autos).

ACORDAM outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans que, no futuro: a) proceda à publicação dos atos dos certames licitatórios nos termos do disposto na legislação; b) faça inserir nos autos do processo administrativo de suas licitações a justificativa acerca dos índices contábeis utilizados, nos termos da Lei Federal 8.666/93.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, em atenção aos ofícios constantes dos autos. Vencido o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, que não exarou determinações.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos votos do Conselheiro Presidente Roberto Braguim – Revisor, e dos Conselheiros Edson Simões e Antonio Carlos Caruso, com fundamento no parágrafo único do artigo 174 do Regimento Interno desta Corte, bem como consoante notas taquigráficas insertas nos autos, tendo em vista a ocorrência reiterada, em apenar o ordenador responsável pela não-autuação do processo a multa de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Vencido o Conselheiro Maurício Faria – Relator, que não incorporou em seu voto a mencionada multa.

Participaram do julgamento o Conselheiro Presidente Roberto Braguim – Revisor e os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Edson Simões.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de fevereiro de 2009.

Eurípedes Sales
Vice-Presidente no exercício da Presidência

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata o TC nº 6.365.04-90 do exame da Concorrência Pública n° 026/2003 e do contrato dela decorrente, de n° 040/2004, promovidos, respectivamente, pela São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e Socicam Administração, Projeto e Representações Ltda. e voltados à prestação de serviços técnicos especializados de manutenção, administração e apoio na operação dos Terminais de Transporte Coletivo.

Por sua vez, cuida o TC nº 5.946.04-88 de Representação promovida no intento de apurar eventuais irregularidades e sobreposição de objeto em relação aos referidos serviços.

Neste último TC, alega o Representante que a contratação em tela, decorrente da Concorrência nº 026/2003, confronta com as regras estabelecidas para o modelo geral do sistema de serviço de transporte público de passageiros no Município de São Paulo, ao argumento de que a SPTrans avocou para si despesa anual estimada em 84 milhões e, em consequência dessa ilegalidade, aponta a ocorrência de prejuízo ao erário.

Outros aspectos lançados remetem à generalidade da implantação do sistema, razão pela qual os órgãos técnicos deste Tribunal levantaram, entre outros apontamentos que serão analisados por ocasião do voto, o destaque de que as especificidades relativas à Concorrência nº 012/2002 foram objeto de apreciação em processo distinto.

Assim, cabe trazer a lume as questões que fazem alusão às irregularidades relacionadas à Concorrência Pública n° 026/2003 e ao Contrato dela decorrente, de n° 040/2004, objeto de análise do processo acompanhante.

Com isso, passo agora a relatar o TC nº 6.365.04-90, que cuida especificamente dos serviços técnicos especializados de manutenção, administração e apoio na operação dos Terminais, em continuidade ao Contrato n° 028/97, já julgado regular por este Tribunal.

A Auditoria manifestou-se quanto à existência de irregularidades no procedimento da Origem, mais especificamente acerca do objeto, da definição do índice de liquidez corrente, da crítica à modalidade adotada, da ausência de processo administrativo, do entendimento de restritividade para a participação de novas empresas, da deficiência na indicação dos quantitativos e especificações técnicas, das certidões positivas com efeitos de negativas e do critério de medição de serviços.

Encaminhado o feito às demais unidades técnicas de instrução que compõem este Tribunal, constatou-se a existência de posicionamentos contraditórios, seja em relação a outros processos já julgados de mesmo conteúdo, a exemplo da contratação que antecede a presente (cujas signatárias são, inclusive, as mesmas partes), seja em relação à própria instrução do feito ora em julgamento, quando contraposta a análise da licitação e contrato e da Representação. Considerando as contradições existentes, determinei o retorno de ambos os TCs para aclaramento.

Diante disso, a Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu que, em tese, o Contrato n° 040/04 contemplaria serviços integrantes dos ajustes que decorreram da Concorrência n° 012/2002.

Observou, contudo, que as cláusulas transitórias inseridas nos respectivos contratos eliminaram parte do objeto inicialmente definido no Edital da Concorrência nº 012/2002, permanecendo assim com a SPTrans a competência para licitar e contratar referidos serviços.

Dessa forma, e considerando a inexistência de notícia no sentido de que o chamado 'período de transição' se encerrara, concluiu ser autônoma a Concorrência n° 26/2003 e não representar a sobreposição de contratações com mesmo objeto. Dessa maneira, considerou que a validade das cláusulas transitórias – com fulcro na r. Decisão prolatada pelo Colegiado desta Corte no TC nº 72.000.323.03-47 – afasta as alegações invocadas pelo Representante no que concerne à identidade de objeto e à assunção de obrigação que onerou indevidamente os cofres públicos.

Pronunciou-se, assim, pelo conhecimento e, no mérito, pela improcedência da Representação.

No que se refere ao TC nº 6.365.04-90, ponderou, ainda, que os vícios outrora elencados não devem remanescer por não representar agravo ao interesse público, pelo que trouxe à baila considerações fixadas no TC nº 72.006.164.97-38, que tratou de licitação e contrato com conteúdo similar ao objeto dos autos sob exame, tendo esta Corte os julgado regulares, naquela oportunidade, impondo-se nesta ocasião o mesmo raciocínio, por inexistirem elementos que demonstrem a necessidade de alteração das conclusões outrora alcançadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ciente do acrescido em ambos os TCs, reiterou suas manifestações precedentes, pronunciando-se pelo conhecimento da Representação, mas, no mérito, pela sua improcedência, bem como pelo acolhimento da Concorrência n° 026/2003 e do Contrato n° 040/2004.

A Secretaria Geral, analisando a Representação, asseverou que, embora parcialmente idênticos os objetos dos contratos tratados neste e no mencionado TC, não foram simultâneos em sua eficácia, não conduzindo à sobreposição de contratações e, por consequência, não ocorrendo o 'subsídio indireto' aos concessionários, conforme alegado pelo Representante.

Com relação aos demais aspectos reposicionou-se alegando:

a) que o Representante não logrou demonstrar a frágil argumentação de que o novo contrato com a SOCICAM seria 30% superior ao do ajuste anterior, tendo a Auditoria desta Corte verificado, no confronto entre ambos os referidos ajustes, o aumento gradativo da quantidade de terminais em operação, que passaram de 9 para 19, além da implantação do programa Terminais Inteligentes a partir de 2002;

b) que o próprio Representante encontrou, na minuta do contrato, consistente no Anexo I do Edital, a previsão, no subitem .1.2.5, de exploração de publicidade;

c) que o tipo de julgamento técnica e preço foi adequado, ante o disposto no artigo 45, § 4°, da Lei Federal n° 8.666/93, uma vez que a Concorrência n° 026/2003 teve por objeto expresso a utilização de tecnologia de informação, acrescentando que, em expediente relativo a contrato semelhante, analisado no TC nº 72.006.164.97-38, esta Corte julgou regular a licitação e o contrato dela decorrente, por entender adequada a utilização do tipo de licitação técnica e preço, já que o futuro contrato demandava a elaboração de projetos funcionais, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento.

Assim, quanto ao mérito da Representação, entendeu-a improcedente.

Relativamente ao TC nº 6.365.04-90, a Secretaria Geral, reforçando sua conclusão no sentido de serem autônomos a licitação e o contrato nele

tratados, sem qualquer cogitação de prejudicialidade da Concorrência n° 012/2002, não havendo coincidência de objetos, trouxe entendimentos doutrinários e decisões do TCU, do TCE e desta Corte acerca da regularidade da utilização do tipo de julgamento técnica e preço para aquisição de serviços de informática.

Quanto aos demais aspectos trilhou, então, pelo entendimento de que se mostram adequadas e suficientes as justificativas da Origem no que se refere às formas de publicidade utilizadas na retomada do procedimento licitatório, concluindo, portanto, pelo acolhimento da licitação e do contrato.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

A questão angular da Representação que ora se examina, qual seja, a ocorrência de duplicidade de serviços contratados, e consequente prejuízo ao erário, demonstrou-se superada no decorrer da instrução dos presentes feitos, em que ficaram evidenciados os entendimentos conclusivos da AJCE, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, acerca da não ocorrência de identidade entre o objeto do Contrato n° 040/04, decorrente da Concorrência n° 026/2003, e aqueles dos contratos de concessão objetivados pela Concorrência n° 012/2002, não havendo, por conseguinte, sobreposição de contratações para o mesmo objeto, à vista da conclusão pela regularidade da inserção da Cláusula 19 nos contratos de concessão decorrentes da Concorrência Pública n° 012/2002.

Com efeito, a Origem estabeleceu, à época da Concorrência n° 12/2002, de forma prévia e pública, por meio do Esclarecimento SMT n° 04, que integrou o edital, uma fase de transição que se demonstrou necessária para a implantação do novo modelo, considerando que a rede de transporte coletivo prevista no edital não poderia ser ainda plenamente implantada, tendo em vista:

a) a não conclusão dos terminais de integração, provisórios e definitivos, não permitindo aos usuários usufruírem de todas as possibilidades de transferências;

b) encontrar-se ainda em fase de implantação o sistema de bilhetagem eletrônica, que permitiria o registro da quantidade de passageiros e que serviria de referência para a remuneração dos operadores.

Essa matéria foi inclusive objeto de deliberação pelo Colegiado desta Egrégia Corte de Contas, no âmbito do TC nº 72.000.323.03-47, em Acórdão proferido na data de 24/02/2003.

Pois bem.

Mediante a Cláusula 19, Disposições Transitórias, dos aludidos contratos de concessão, a Secretaria Municipal de Transportes estabeleceu as regras que vigorariam durante o período de transição dos modelos, com a suspensão de alguns itens, dentre os quais a execução dos serviços relativos aos terminais de ônibus e alteração, por conseguinte, dos critérios de remuneração e parâmetros técnicos para a revisão do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Grosso modo, por força dessa fase de transição, o que ocorreu foi a suspensão, no momento da assinatura dos contratos decorrentes da Concorrência n° 012/2002, da responsabilidade dos concessionários com relação à reforma, manutenção, operação e fiscalização nos terminais existentes e em construção e nas estações de transferência, muito embora esses aspectos estivessem previstos no edital da referida Concorrência, em face do que se fez necessária também a consequente alteração na sistemática de remuneração das concessões e no funcionamento do sistema licitado, nos termos da aludida Cláusula 19.

Nesse contexto, a despeito do novo modelo idealizado, e diante do dever constitucional do Município de prestar de maneira eficiente o serviço de transporte público coletivo, de caráter essencial, na conformidade do artigo 30, inciso V, e do artigo 37, "caput", da Constituição Federal, a prestação dos serviços técnicos especializados de administração, manutenção e apoio à operação dos terminais de ônibus, com utilização de tecnologia da informação, manteve-se, durante a mencionada fase de transição, a cargo da SPTrans, com os ônus decorrentes da continuidade do exercício de tais atividades, que antes eram desempenhadas em decorrência do Contrato n° 028/97, cuja regularidade já foi reconhecida por esta Corte no julgamento do TC nº 72.006.164.97-38.

Esse foi o objetivo da Concorrência Pública n° 026/2003 realizada pela SPTrans, à qual se refere o Representante, e da qual decorreu o Contrato n° 040/2004, ambos ora examinados no TC nº 6.365.04-90, cujos elementos reforçam as considerações expendidas e as conclusões acerca da inexistência da alegada duplicidade de serviços contratados.

Também a alegação do Representante de ter a SPTrans avocado, com o Contrato n° 040/2004, despesa 30% maior do que a contratação anterior, tornou-se questão superada no decorrer da instrução do feito, tendo os órgãos técnicos desta Corte concluído pela fragilidade da alegação, apontando a Auditoria, por meio do confronto entre os referidos ajustes, o aumento gradativo da quantidade de terminais em operação, que passaram de 9 para 19, além da implantação do programa Terminais Inteligentes a partir de 2002.

Vistos esses aspectos atinentes ao TC nº 5.946.04-88, passo a seguir a enfrentar as irregularidades apontadas pela Auditoria no âmbito do TC nº 6.365.04-90, relativamente à Concorrência n° 026/2003 e ao Contrato n° 040/2004. - Descrição do objeto com utilização de termos genéricos, possibilitando a realização de serviços não licitados (cláusula primeira do contrato).

Relativamente à descrição e especificação dos serviços que seriam executados, estas constaram do Termo de Referência, Anexo II do edital, que fornece o detalhamento, de maneira clara e precisa, de todos os serviços pretendidos com a contratação, inclusive a exploração comercial dos espaços existentes pela contratada, cuja receita deveria em parte reverter, por percentual definido, à SPTrans.

Ainda consoante o referido Anexo II – Termo de Referência, consideram-se Serviços de Administração e Apoio à Operação dos Terminais os serviços de administração, operação e supervisão em áreas que integram os terminais de ônibus sob responsabilidade da SPTrans, bem como suas respectivas áreas de estocagem, túneis, passarelas de acesso, rampas e passeios onde houver, incluindo o fornecimento de mão-de-obra, materiais e equipamentos necessários, com início de atividades a partir de cada Ordem de Serviço.

Por sua vez, as ações pretendidas com a aludida contratação estão repisadas de forma minudente na minuta do contrato – Anexo I do edital – que, a par disso, faz remição expressa ao estabelecido no Termo de Referência.

Nessa conformidade foi celebrado o Contrato n° 040/2004. - Ausência de justificativa para adoção dos índices de liquidez geral, liquidez corrente e grau de endividamento, considerados restritivos.

Esta Corte de Contas já teve oportunidade de se posicionar quanto ao assunto, no TC nº 72.005.005.01-47, já julgado, do qual consta cópia da decisão judicial proferida em 9 de janeiro de 2002 pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando improcedente a ação promovida em face do edital de licitação que exigia a apresentação de índice de liquidez corrente de 1,5.

Entendeu o Magistrado tratar-se de índice costumeiramente utilizado pela Prefeitura Municipal de São Paulo e que foi atendido pelos demais licitantes. Aliás, relativamente a essa questão, nesse mesmo sentido foi também o voto proferido pelo Exmo. Conselheiro Relator naqueles autos.

Embora ausentes, no processo administrativo da licitação, as justificativas para adoção dos índices contábeis definidos pelo edital, que não discreparam desse cenário, considero razoáveis, para que se possa relevar a falha, os esclarecimentos prestados pela SPTrans. - Escolha equivocada do tipo de julgamento técnica e preço.

Este aspecto foi detidamente analisado pela Secretaria Geral deste Tribunal, que concluiu, com fulcro na jurisprudência e na evolução doutrinária, conforme manifestação do TC nº 6.365.04-90, pela adequação, no caso, do tipo de julgamento técnica e preço, uma vez não restar dúvida de que, no objeto licitado, se encontram presentes o fornecimento e a prestação de serviços com equipamento de informática, aplicando-se, desta forma, o disposto no artigo 45, § 4°, da Lei Federal n° 8.666/93.

Ainda que assim não fosse, destaque-se que a AJCE já havia concluído, com arrimo nas lições de Marçal Justen Filho encontradas na 11ª edição de sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos (2005), que a simples opção equivocada do critério de julgamento não é suficiente para conduzir necessariamente a uma contratação incompatível com interesse público em sua máxima expressão. - Falta de autuação do processo administrativo.

Quanto à ausência de processo administrativo, tal como determinado pelo art. 38 da Lei Federal nº 8.666/93, esta Relatoria já teve a oportunidade de expor amplamente seu entendimento quanto à necessidade de completa formalização, apesar de entender que a mera falta de autuação não conduz o julgamento, necessariamente, à irregularidade da licitação e dos respectivos contratos.

Ademais, diante de postura adotada pela SPTrans, por ato de sua Presidência, expedido, em 29 de abril de 2004 (portanto no transcorrer do exercício seguinte ao do início do procedimento licitatório ora examinado), instituindo o regulamento de formalização dos processos administrativos de licitações e contratos – PALC, percebe-se um acolhimento das posições definidas por este Tribunal, sem embargo de ser possível também afirmar, no caso presente, que a ausência de número cadastral do feito não foi fator suficiente para qualquer comprometimento da fiscalização por este Tribunal, e isso claramente se denota dos próprios relatórios de Auditoria.

Desta feita, "in casu", considero que a falha existente não repercutiu de forma insanável na licitação e na contratação, devendo ser relevada. - Cláusula restritiva, impeditiva da participação de novas empresas na licitação, em face da predominância de experiência anterior na fórmula para capacidade técnica (CT).

É inquestionável que a experiência anterior, mediante comprovação por meio de atestado, afigura-se como condição necessária à avaliação da capacidade técnica do licitante, relativamente à execução anterior ou concomitante de objeto equivalente ou semelhante ao licitado, nos termos dispostos pelo artigo 30 da Lei Federal n° 8.666/93. Na fase de habilitação da licitação, portanto, a comprovação da experiência pretérita está relacionada com aspectos subjetivos do licitante frente às características do objeto posto em licitação, e, nessa fase, cumpre papel de caráter eliminatório, visto que somente os habilitados nos termos do edital poderão ter suas propostas apreciadas e classificadas, estando excluídos desse universo os que não lograram comprovar o domínio dos conhecimentos e habilidades exigidos em face dos serviços a serem contratados.

Quando se trata de apreciação das propostas técnicas, o fator experiência assume relevante papel, na medida em que cumpre ao licitante comprovar estar apto à implementação do objeto a ser contratado, assegurando à Administração Pública a concreta adequação do serviço técnico ofertado às particularidades do objeto licitado.

Nesse sentido, o edital deve estabelecer tais atributos de forma objetiva, a fim de não ferir a competitividade, não se encontrando na Lei, relativamente a esse mister, impedimento à adoção, dentre os parâmetros de pontuação

das propostas técnicas, de critério que leve em conta a experiência, a habilidade e a capacitação pessoal do licitante mediante atestados ou certificações, uma vez que essa comprovação, nessa fase, reveste-se de caráter meramente classificatório das propostas formuladas dentro do universo de licitantes previamente habilitados.

Por conseguinte, considerando que os critérios de avaliação das propostas técnicas estabelecidos no edital em exame não se limitam a atestados ou certificações, nem se demonstram impertinentes, desarrazoados ou irrelevantes frente ao objeto licitado, não vislumbro em que medida poderia ocorrer a suscitada restritividade a que se refere o presente tópico da Auditoria, calhando destacar que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União demonstra que aquela Egrégia Corte vem admitindo a apresentação de atestados ou certificados para comprovação de experiência no que concerne à pontuação técnica (cf., nesse sentido, entre outros, Acórdão-0026-03/07-P, Sessão de 24/01/07; Acórdão-2171-48/05-P, Sessão de 7/12/05; Acórdão-2172-48/05-P, Sessão 07/12/05; Acórdão-1782-36/07-P, Sessão 29/08/07; Acórdão-2005-40/07-P, Sessão de 26/9/07). - Inexistência de planilhas que demonstrassem a composição dos valores do orçamento estimativo e da justificativa para constituição da 'contingência prevista.'

Compulsando-se os autos, constata-se, às fls. 681 a 925, que foram demonstradas pela SPTrans todas as composições dos custos envolvidos na instrução do orçamento de referência do edital, de forma detalhada, desmembrando os custos de manutenção de terminais, custos de manutenção do Centro de Operações dos Terminais – COT, custos de Administração e Operação de Terminais e de COT, custos relativos à depreciação de móveis, equipamentos e utensílios, além dos custos de implantação de tecnologia.

Para esse mister verifica-se que foram estimadas equipes para desenvolvimento das atividades, com os respectivos valores, como também foram listados, especificados e quantificados os equipamentos destinados à implantação de tecnologia, à administração, operação e manutenção, baseados em pesquisas de preços que também foram juntadas aos autos. Tais demonstrações referiram-se aos 19 terminais existentes à época.

Com relação aos 18 novos terminais que seriam incorporados, foram feitas projeções com base nas composições elaboradas para os primeiros terminais, consideradas as características de semelhança e equivalência desses.

Assim, mostra-se coerente o critério utilizado pela SPTrans na licitação para projetar a apuração dos custos mensais para os novos terminais, ou seja, baseando-se nos valores médios de terminais existentes, de forma a permitir uma avaliação equânime entre os licitantes.

Ainda acerca da apontada ausência de justificativa para constituição de reserva de contingência, as razões de defesa esclarecem que a medida se referiu aos imprevistos passíveis de ocorrência por ocasião da implantação de todas as funcionalidades do novo Sistema de Transporte Coletivo, notadamente aqueles

relacionados à implantação de tecnologia, e teve como parâmetro a equivalência de seus custos para 5 (cinco) terminais, conforme se vê nas manifestações de fls. 600 e 964.

Assim, considero que restou superada também esta questão suscitada pela Auditoria. - Critério de medição dos serviços, levando em conta a aferição da qualidade do resultado obtido.

A conclusão da Auditoria acerca da existência de subjetividade no critério de medição dos serviços está baseada no aspecto da aferição da qualidade do resultado obtido. Com efeito, o edital fixa, em sua cláusula 7ª, os critérios das medições de forma mensal e condiciona o pagamento das faturas da contratada à sua aprovação pela SPTrans.

Já o item 7.4, dessa cláusula 7ª, dispõe que o valor das medições será apurado conforme Critério de Preço e Medição – Anexo IV, que define como regra a aplicação do valor atribuído a cada uma das atividades previstas no objeto e planilha contratual ao mês de ocorrência dos eventos. Por seu turno, constata-se que tais valores foram estabelecidos conforme composições de preços unitários de cada uma das atividades previstas em planilha, e que as composições tiveram por base pesquisa de mercado para os insumos e equipe dimensionada conforme jornada preestabelecida.

No caso dos serviços de manutenção, inclusive, o Critério de Preço e Medição instituiu tabelas e tempos de referência para atendimento da demanda, com fórmula de cálculo dos eventuais valores passíveis de glosa por inadimplência. Destarte, entendo que da análise concatenada das referidas regras do edital pode-se concluir pela inexistência do suscitado subjetivismo quanto ao critério para medição dos serviços prestados. - Certidões positivas com efeitos de negativas.

O relatório de Auditoria apresenta como questão relevante a existência de débitos ajuizados, processos 0840042, 315240741 e 320840034, e ressalta que, ao participar da licitação, a contratada apresentou preços correspondentes ao regular recolhimento dos tributos devidos e, em seguida, contestou-os em juízo, o que poderia render ensejo ao recebimento de valor maior do que aquele a ser repassado ao INSS.

Neste particular, o enfrentamento da questão se verificará com base nas determinações ao final expendidas. - Inclusão do fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades e especificação, no contrato e no termo de referência, das características dos bens e das quantidades, por terminal, para o fornecimento de móveis, utensílios e equipamentos.

Como elemento de contraposição à existência de irregularidade em relação a esses dois aspectos, menciono o próprio Termo de Referência – Anexo II do edital, que demonstra que o seu item 3.2 contempla o detalhamento dos móveis, equipamentos e utensílios em lista meramente sugestiva, cujos quantitativos deveriam ser ofertados pelos licitantes, de acordo com a respectiva

proposta de prestação dos serviços, valendo destacar que o valor orçado pela SPTrans para tais itens correspondeu a apenas 1,2% do valor total do orçamento de referência. Por seu turno, o item 3.4 do referido Termo de Referência traz a especificação e quantificação dos equipamentos necessários à implantação dos COT's, sendo que nos itens 3.5.2 e 3.5.3 encontram-se relacionados os itens a serem atendidos pela manutenção, com níveis de atendimento definidos, relação de ferramental necessário, e até sua divisão em kits.

Assim, considero esclarecido também esse procedimento. - Falta de publicação do aviso da retomada da licitação em jornal de grande circulação. Considerando a publicidade imprimida aos atos do procedimento licitatório, parece-me não haver elementos sólidos para que se conclua que a referida falha tenha trazido prejuízo ao princípio da competitividade ou aos meios de controle.

Posto isto, na esteira dos pronunciamentos conclusivos da AJCE e Secretaria Geral, bem como da Procuradoria da Fazenda Municipal, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, conheço da Representação tratada nos autos do TC nº 5.946.04-88, por estarem atendidos os pressupostos de admissibilidade, mas, no mérito, julgo-a improcedente pelas razões acima expostas.

Outrossim afasto os aspectos de irregularidade apontados no TC nº 6.365.04-90, diante da análise supra, relevando as falhas meramente formais constatadas, para fins de acolher a licitação e o contrato sob exame.

Deixo de aplicar qualquer penalidade aos agentes responsáveis em face das impropriedades formais constatadas, levando em conta a ausência, nos autos, de indícios de dolo, má-fé ou fraude, bem como de ocorrência de prejuízo ao Erário.

Contudo, independentemente de haver transcorrido a quase totalidade do prazo disciplinado nos termos do artigo 57, inciso II, determino que seja realizada Inspeção com enfoque no devido recolhimento das parcelas previdenciárias, e eventual incidência sobre as bases de reajuste avençadas (fl. 1001).

Determino ainda que a Origem, no futuro:

a) proceda à publicação dos atos dos certames licitatórios nos termos do disposto na legislação;

b) faça inserir nos autos do processo administrativo de suas licitações a justificativa acerca dos índices contábeis utilizados, nos termos da Lei Federal n° 8.666/93.

Encaminhe-se cópia do julgado ao Representante, à Origem e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção aos ofícios constantes dos autos, nos termos regimentais.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso

A SPTrans, diga-se, é de há muito reincidente na irregularidade apontada, recusando-se sempre, a autuar os processos administrativos que cuidam de licitações e contratos como manda a legislação regedora da matéria.

Como ensina, ainda hoje, o Mestre Hely Lopes Meirelles, in 'Direito Administrativo Brasileiro', 34ª edição, pág. 696: 'quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes'.

Ora, a Lei 8.666/93 impõe a formalidade da autuação do processo, protocolado e numerado, ao qual devem ser anexados os documentos enumerados no seu art. 38.

E autuação do processo significa: autos em que há numeração de páginas, anexação de documentos em ordem cronológica e seguimento de ritos e fases como determina a lei.

Não foi por óbvio o que ocorreu no caso presente, conforme asseverado pelos técnicos deste Tribunal. Portanto, não acolho o contrato.