ACO-UTR-467/2024

Processo	-	TC/000239/2011
Objeto	-	Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e do Instituto de Câncer Arnaldo Vieira de Carvalho interpostos em face do Acórdão de 03/03/2021 – Secretaria Municipal da Saúde e Instituto de Câncer Arnaldo Vieira de Carvalho – Acompanhamento – Execução do convênio – Verificar se o Convênio 77/SMS.G/2008 (TAs 01/2009 e 02/2010), cujo objeto é a execução de assistência à saúde que homologa o processo de adesão ao Programa de Reestruturação e Contratualização dos Hospitais Filantrópicos no Sistema Único de Saúde – SUS, que institui a Política Nacional de Atenção Oncológica, compreendendo a promoção, prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação e cuidados paliativos, para o tratamento de clientela portadora de patologia oncológica, em regime ambulatorial e de internação, para atender a demanda submetida à regulação e autorização do Complexo Regulador Municipal, está de acordo com o Plano de Trabalho, bem como a regularidade da prestação de contas

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. SMS. Execução de assistência à saúde. Decisão que julgou irregular a execução do convênio. 1. Do 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. 2. Reconhecido excepcionalmente os efeitos financeiros produzidos pela execução contratual e afastada as determinações à Origem, mantido o Acórdão recorrido quanto à declaração de irregularidade da execução contratual. PARCIALMENTE PREJUDICADOS. 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 artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, nos termos do art. 12, em declarar parcialmente prejudicados os recursos e, em virtude da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, em reconhecer, excepcionalmente, os efeitos financeiros produzidos pela execução contratual no período e valores auditados, bem como em afastar as determinações à Origem, mantendo-se, no mais, o Acórdão recorrido quanto à declaração de irregularidade da execução contratual, por seus próprios fundamentos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao instrumento objeto desta ação, 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

/cv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 30/04/2024 12:22:23 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 30/04/2024 14:15:11 -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 239/2011 – Recursos Ordinários (Acompanhamento)

Objeto: Execução Contratual. Verificar se a execução está de acordo com o Plano de Trabalho bem como a regularidade da prestação de contas. Acompanhamento do Convênio nº 077/SMS.G/2008, que tem por objeto o tratamento de pacientes com patologia oncótica, em regimes ambulatorial e de internação, para atender à demanda submetida à regulação e autorizada pelo Complexo Regulador Municipal.
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde – SMS e Instituto do Câncer Arnaldo Vieira de Carvalho
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente, nesta fase processual, de recursos ordinários interpostos em face do Acórdão (peça 14) que apreciou a Execução Contratual referente ao Convênio nº 077/SMS.G/2008, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde – SMS e Instituto do Câncer Arnaldo Vieira de Carvalho, que tem por objeto o tratamento de pacientes com patologia oncótica, em regimes ambulatorial e de internação, para atender à demanda submetida à regulação e autorizada pelo Complexo Regulador Municipal.

O referido Aresto, prolatado pelo Pleno em 03/03/2021 (3.129ª S.O.), que deixou de acolher a execução do contrato em apreço, está redigido nos seguintes termos:

> *"**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos de seu relatório e voto, ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA, em não acolher a execução do Convênio 077/SMS.G/2008.*
>
> ***ACORDAM**, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar que a Secretaria Municipal da Saúde calcule a diferença entre o valor pago pelo cumprimento integral das metas e o valor que seria cabível para o cumprimento parcial de metas, durante todo o período de execução convenial, realize a atualização necessária do montante e encete as providências necessárias para que a entidade conveniada ressarça o dano causado ao erário.*
>
> *Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, que acolheu excepcionalmente a execução.*
>
> ***ACORDAM**, afinal, à unanimidade em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator, bem como deste Acordão, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento à solicitação formulada nos autos."*

Conforme consta do relatório/voto do Relator o presente procedimento fiscalizatório decorre de "ofício do Ministério Público do Estado de São Paulo, que encaminhou cópia de denúncia formulada pelo Sindicato dos Médicos de São Paulo que se referia à falta de atendimento médico pela Entidade Conveniada, no período de dezembro de 2009 a março de 2010, em razão da demissão de médicos que não concordavam com a substituição do vínculo celetista que possuíam com a entidade por um contrato de prestação de serviços autônomos."

Os recursos ora analisados foram interpostos pela **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 22) e pelo **Instituto do Câncer "Arnaldo Vieira de Carvalho**" (peça 35) objetivando a reforma do Acórdão de peça 14, considerando que os demais oficiados deixaram transcorrer "in albis" o prazo assegurado para eventual interposição de recurso (peça 43).

A Secretaria Municipal de Saúde (peças 37/38) encaminhou esclarecimentos e documentos em relação ao deliberado pelo Pleno.

A **Subsecretaria de Controle Externo (peça 46)** ao analisar a documentação acrescida aos autos, registrou a manifestação da Origem de peças 37/38, da qual consta o cálculo do valor apurado que deve ser ressarcido ao Erário Municipal pelo Instituto conveniado, já oficiado para proceder ao pagamento desse montante.

A Conveniada, entretanto, solicitou que a cobrança fosse suspensa até o trânsito em julgado da decisão do TCM (fl. 65 da peça 37).

Quanto aos recursos apresentados, a Auditoria verificou não haver elementos que possam afastar as irregularidades que fundamentam o Aresto recorrido.

Enquanto a PFM, em seu recurso, aduziu tratar-se de falha formal e não haver impedimentos à aceitação dos efeitos econômicos do ajuste, a Conveniada alegou restar incontroverso na instrução processual, o cumprimento de 70% das metas físicas (quantitativas) diante de um repasse integral de recursos.

A Auditoria apontou o equívoco da Recorrente, considerando não constar do ajuste a hipótese sustentada nas razões recursais, mas sim que 90% do valor pré-fixado responde pelo cumprimento das metas quantitativas do convênio.

Em conclusão, consignou "que as razões recursais apresentadas não modificam as irregularidades consideradas no Acórdão de Peça 14."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peças 48/49) verificou estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade dos Recursos, podendo ser conhecidos.

No mérito, na linha da análise técnica da Auditoria, reiterou seu entendimento quanto à irregularidade da execução contratual em tela e opinou pelo não provimento dos Recursos, por inexistirem elementos novos a ensejar a reforma do v. Aresto recorrido.

O **Assessor Subchefe da AJCE,** endossou o parecer da assessora pré-opinante e observou que os agentes responsáveis, intimados na fase de instrução, não foram cientificados do V. Acórdão, razão pela qual foram expedidas intimações para os Srs. Januário Montone, Ailton Lima Ribeiro e José Maria da Costa Orlando, os quais deixaram transcorrer "in albis" o prazo recursal.

Em decorrência da superveniente Resolução nº 10/2023, deste Tribunal de Contas, publicada em 12/06/2023, seguindo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, firmados nos Temas 666, 897 e 889 de repercussão geral, os autos retornaram à Assessoria Jurídica de Controle Externo, com o objetivo de avaliar a eventual ocorrência de prescrição (peça 60).

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 61, 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**, de recursos ordinários interpostos em face do Acórdão (peça 14) que apreciou a Execução Contratual referente ao Convênio nº 077/SMS.G/2008, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde – SMS e Instituto do Câncer Arnaldo Vieira de Carvalho, que tem por objeto o tratamento de pacientes com patologia oncótica, em regimes ambulatorial e de internação, para atender à demanda submetida à regulação e autorizada pelo Complexo Regulador Municipal.

Os recursos foram processados, com os pareceres dos Órgãos Técnicos deste Tribunal de Contas.

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]

---

[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.

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:

> "*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***

---

[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

> ***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

[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

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 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**

[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)

> **punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia**. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada." (MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017, grifos nossos).
>
> "(...) **1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (...) (MS 35940, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 13-07-2020 PUBLIC 14-07-2020. Grifos nossos)
>
> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO**. I – A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.** II – A aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei, ressalvada a possibilidade de o Poder Público buscar, na esfera judicial, o ressarcimento de valores decorrentes de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas. III – Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 36054 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 10-12-2021 PUBLIC 13-12-2021. Grifos nossos)

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

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A 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 61 dos autos "avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no Relatório de Auditoria de 12/04/2012 (páginas 59/61 da peça 25), 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.

Quanto ao mérito, nos termos do artigo 12, **JULGO PARCIALMENTE PREJUDICADOS** os recursos e, em virtude do reconhecimento da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, reconheço excepcionalmente os efeitos financeiros produzidos pela execução contratual no período e valores auditados e afasto as determinações à Origem, mantenho, no mais, o Acórdão recorrido quanto à declaração de irregularidade da execução contratual, por seus próprios fundamentos.

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

[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.

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 12/12/2023 14:45:08 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 239/2011

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONVÊNIO. SMS. Promoção, prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação e cuidados paliativos, para o tratamento de clientela portadora de patologia oncológica. 1. Descumprimento das metas relativas às internações cirúrgicas e à própria realização de cirurgias. NÃO ACOLHIDO. DETERMINAÇÃO. 1. Calcule a diferença entre o valor pago pelo cumprimento integral das metas e o valor que seria cabível para o cumprimento parcial, realize a atualização do montante e providencie o ressarcimento ao erário. Votação por maioria.

3.129ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados 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, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos de seu relatório e voto, ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA, em não acolher a execução do Convênio 077/SMS.G/2008.

ACORDAM, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar que a Secretaria Municipal da Saúde calcule a diferença entre o valor pago pelo cumprimento integral das metas e o valor que seria cabível para o cumprimento parcial de metas, durante todo o período de execução convenial, realize a atualização necessária do montante e encete as providências necessárias para que a entidade conveniada ressarça o dano causado ao erário.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, que acolheu excepcionalmente a execução.

ACORDAM, afinal, à unanimidade em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator, bem como deste Acordão, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento à solicitação formulada nos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de março de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trago a julgamento o presente expediente no qual foi realizado o acompanhamento do Convênio nº 077/SMS.G/2008, que tem por objeto o tratamento, pelo Instituto do Câncer Dr. Arnaldo Vieira de Carvalho, de pacientes com patologia oncótica, em regimes ambulatorial e de internação, para atender à demanda submetida à regulação e autorizada pelo Complexo Regulador Municipal.

A instauração do processo deu-se em razão do recebimento de ofício do Ministério Público do Estado de São Paulo, que encaminhou cópia de denúncia formulada pelo Sindicato dos Médicos de São Paulo que se referia à falta de atendimento médico pela Entidade Conveniada, no período de dezembro de 2009 a março de 2010, em razão da demissão de médicos que não concordavam com a substituição do vínculo celetista que possuíam com a entidade por um contrato de prestação de serviços autônomos.

Manifestou-se inicialmente a Auditoria apontando as seguintes impropriedades:

a) Inexistência de aviso afixado em local visível informando que a entidade é integrante do SUS e que a prestação de serviços é gratuita;

b) Não realização de revisão das metas previstas no Plano de Trabalho, conforme previsto em cláusula convenial;

c) Redução na realização de intervenções cirúrgicas a partir do quadrimestre relativo ao período de dezembro de 2009 a março de 2010.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanha o entendimento da Auditoria sobre as impropriedades constatadas e acrescenta que o próprio ajuste apresenta irregularidade ao permitir a terceirização de sua atividade-fim. Ressalta que a concepção do convênio é utilizar a estrutura existente da entidade conveniada e se o número de profissionais não fosse suficiente para o objeto pactuado, ou o ajuste não deveria ser firmado ou a entidade deveria contratar diretamente novos profissionais suficientes para atender à demanda convenial, não podendo terceirizar a prestação de serviços que lhe foi acometida.

Em respeito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, foram intimadas a Origem, o Ordenador da Despesa à época dos fatos e o representante legal da Entidade Conveniada para se manifestarem nos autos.

A Secretaria Municipal da Saúde afirmou que já havia diligenciado para que a Entidade Conveniada providenciasse a instalação de placas de identificação dos serviços como integrantes do SUS. Assevera que a revisão das metas não foi realizada, temporariamente, pela necessidade de substituição de membros da Comissão de Acompanhamento e Avaliação dos Hospitais de Ensino e Filantrópicos, o que também atingiu a análise do próprio convênio objeto deste expediente. Arguiu que a Auditoria apontou que a queda na realização de intervenções cirúrgicas foi compensada com a inclusão de cirurgias ambulatoriais e que a execução convenial está atendendo ao plano de trabalho proposto.

O Instituto do Câncer Dr. Arnaldo Vieira de Carvalho trouxe os seguintes esclarecimentos:

a) Foram tomadas as providências necessárias para afixação de placas sobre a vinculação dos serviços ao SUS e a gratuidade destes;
b) Revisão das metas não se deu devido aos problemas arguidos pela Secretaria Municipal da Saúde;
c) Redução do número de cirurgias deu-se por curto lapso temporal e em razão de implantação de novas estratégias administrativas para superar a crise em que se encontrava a entidade, que culminaram com o aumento desse indicador no exercício seguinte;
d) Cláusula quarta do convênio permite que a Entidade mantenha profissionais terceirizados, como profissionais autônomos, o que corresponde ao padrão SUS adotado em outros entes federativos, não sendo os médicos trabalhadores de categoria hipossuficiente;
e) Eventual pleito de vínculo celetista não implica qualquer responsabilidade do Município, mesmo em caráter subsidiário, em razão de cláusula convenial e do entendimento jurisprudencial existente.

Ailton de Lima Ribeiro e José Maria da Costa Orlando foram intimados na qualidade de ordenadores de despesas à época dos fatos (convênio e termos aditivos, respectivamente), mas não apresentaram manifestação.

Tornados os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, para análise das defesas apresentadas, a Coordenadoria IV concluiu que a execução do convênio estava de acordo com o plano de trabalho e que a prestação de contas era regular.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por meio da Assessora designada, opinou pela existência de dois apontamentos não superados, quais sejam, o repasse integral dos recursos embora não tenha sido atingidas as metas físicas e de procedimentos e não revisão das metas constantes do Plano de

Trabalho. Ressaltou, por derradeiro, que a execução do convênio não pode ser considerada irregular pela terceirização de atividade fim, pois esta era admitida pelo termo convenial, sendo, portanto, a seu ver, uma irregularidade do ajuste em si, e não de sua execução.

O Assessor Jurídico Chefe acompanhou o entendimento referido no que tange à manutenção das duas impropriedades apontadas. No entanto, considerou que eles não eram aptos a impedir o acolhimento da execução contratual.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reportou-se à manifestação do Assessor Jurídico Chefe e pleiteou o reconhecimento da regularidade da execução do convênio e de seus aditivos.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou pelo não acolhimento da execução do convênio, por considerar que houve o cumprimento de apenas 70% das metas físicas diante de um repasse integral.

É o relatório.

V O T O

A instrução probatória comprovou, inclusive com elementos trazidos pelas partes interessadas – a Origem e a Entidade Conveniada –, que realmente houve processo de extinção de vínculos celetistas com médicos que prestavam serviços à última, no âmbito do Convênio nº 077/SMS.G/2008, ora julgado, caracterizando-se, com isso, uma terceirização de serviços de atividade-fim cuja validade foi questionada pelo Sindicato dos Médicos de São Paulo perante o Ministério Público.

Preliminarmente, é necessário esclarecer que os fatos em julgamento ocorreram entre 2009 e 2010, muito antes da edição da Lei Federal nº 13.429/2017, que regulamentou a chamada terceirização da atividade-fim e da decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional tal forma de contratação, em acórdão proferido em 16/06/2020.[1]

Portanto, o caso ora em julgamento deve ser analisado à luz do ordenamento vigente naquele período e das orientações gerais daquela época, respeitando-se assim, a segurança jurídica.

[1] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. Lei Federal 13.429/2017. Trabalho temporário. Prestação de serviço a terceiros. 3. Terceirização da atividade-meio e da atividade-fim. Terceirização na administração pública. 4. Ausência de inconstitucionalidade formal e material. Precedentes: ADPF 324, Rel. Min. Roberto Barroso, e RE-RG 958.252, Rel. Min. Luiz Fux. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5685, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 20-08-2020 PUBLIC 21-08-2020)

Nesse sentido, conforme se extrai das manifestações dos Órgãos Técnicos, em especial da Assessoria Jurídica de Controle Externo, embora a terceirização da atividade-fim pudesse ser tida como vedada, à época do conveniamento, a cláusula IV, itens II e III, do Convênio, aponta ser indiferente que o profissional tenha vínculo de emprego, ou seja, profissional autônomo em relação à Entidade Conveniada.

Essa cláusula, a seu turno, não pode ser considerada uma ilegalidade decorrente de uma conduta de agente público da Municipalidade, que a inseriu no termo convenial, pois ela reflete uma diretriz da Política Nacional de Atenção Oncológica do Ministério da Saúde, que repassou os recursos que custearam o convênio analisado de acordo com um plano operativo.

Ou seja, uma análise da terceirização nestes autos resvala na própria política imposta pelo Ministério da Saúde para efetuar repasses entre o Fundo Nacional e o Fundo Municipal de Saúde, extrapolando os limites de cognição desta Corte analisar condutas no âmbito da Administração Federal.

Nos termos do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a decisão controladora deve levar em consideração os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo. No caso em tela, como a vedação à terceirização poderia obstar o repasse de recursos, com prejuízo no atendimento da população, não é cabível reconhecer irregularidade neste ponto.

Não obstante, afastar a irregularidade da abordagem da terceirização neste caso não significa reconhecer que a execução convenial merece acolhimento.

Isso porque, independentemente do estabelecimento da terceirização como causa, restou comprovado nos autos que a Entidade Conveniada deixou de atender às metas propostas no Convênio ora em exame e, ainda assim, a Origem efetuou o repasse do valor integral dos recursos, correspondente a um cumprimento pleno das metas propostas.

As justificativas trazidas pela Origem e pela Conveniada não elidem a constatação de que as metas quantitativas não foram atingidas e que a população atendida pelos serviços do SUS na área oncológica deixou de receber, no tempo e modo devidos, os cuidados médicos de que necessitava.

Não se pode admitir que a substituição do quadro médico interfira na prestação dos atendimentos ambulatoriais e/ou cirúrgicos. Mesmo considerando lícita a substituição da equipe médica, há que se ponderar que esta decisão, tomada pela Entidade Conveniada, no mínimo, foi conduzida de forma ineficiente, pois gerou impacto nos atendimentos e consequente inobservância do Plano de Trabalho.

A esse respeito, lembre-se que a cláusula terceira do convênio prevê que a Conveniada está obrigada a manter todos os recursos necessários ao atendimento do paciente, dispondo a cláusula doze, parágrafo terceiro, que qualquer alteração ou modificação que importe em diminuição ou suspensão da capacidade operativa da Entidade, poderá ensejar a terminação do ajuste. Ainda pode ser invocada a cláusula treze, que prevê as penalidades aplicáveis por descumprimento de obrigações constantes do ajuste, nos termos do art. 58, inciso IV da Lei Federal nº 8.666/93, que prevê aplicação de sanções por inexecução parcial.

Desta forma, verifica-se que tanto a Entidade Conveniada quanto a Origem falharam no que tange ao cumprimento do convênio e à observância dos dispositivos legais cabíveis.

Por derradeiro, esclareça-se que diferentemente do que foi sustentado pela Auditoria e, em consonância com o parecer da Assessora Jurídica de Controle Externo, não se pode corroborar com o entendimento de que a queda nas internações cirúrgicas foi compensada pela inclusão de cirurgias ambulatoriais.

Não é necessário conhecimento médico especializado para compreender que internações cirúrgicas são aquelas destinadas a procedimentos de maior complexidade, enquanto cirurgias ambulatoriais são procedimentos mais simples, demandando, cada um, números de profissionais diferentes, insumos e materiais diversos, entre outros fatores que os desassemelham.

Assim, a realização de cirurgias ambulatoriais não se presta a uma compensação válida, primeiro, porque ela atende a uma população que necessitava de outro tipo de tratamento, deixando, portanto, desamparados aqueles que necessitavam de vagas de internação e procedimentos cirúrgicos mais complexos.

Em segundo lugar, apesar do reconhecimento de que o Plano de Trabalho precisasse de revisão, a Origem foi omissa em fazê-lo, não sendo justificativa aceitável que o afastamento de um único membro, que demandasse substituição, pudesse impedir o funcionamento da Comissão de Acompanhamento e Avaliação dos Hospitais de Ensino e Filantrópicos, responsável por realizar, junto à Conveniada, a adequação do Plano de Trabalho.

Sem a repactuação do Plano de Trabalho, não há como estabelecer um termo de comparação entre internações cirúrgicas e cirurgias ambulatoriais. Na verdade, sem o estabelecimento de metas físicas e quantitativas, não se pode sequer afirmar que as cirurgias ambulatoriais estavam sendo realizadas em padrões aceitáveis.

Assim, é inafastável a conclusão de que as metas não

foram atendidas em relação às internações cirúrgicas e à própria realização de cirurgias e que isso causou dano ao Erário e, mais grave, à saúde da população que não recebeu o tratamento médico oncológico.

Diante do exposto, **NÃO ACOLHO** a execução do Convênio nº 077/SMS.G/2008 e **DETERMINO** que a Origem calcule a diferença entre o valor pago pelo cumprimento integral das metas e o valor que seria cabível para o cumprimento parcial de metas, durante todo o período de execução convenial, realize a atualização necessária do montante e encete as providências necessárias para que a Entidade Conveniada ressarça o dano causado ao Erário.

Por derradeiro, **OFICIE-SE** encaminhando cópia deste voto e do acórdão resultante ao Ministério Público do Estado de São Paulo em atendimento à solicitação formulada nos autos.