Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ACO-UTR-68/2024

Processo	-	TC/000619/2012 (Tramitam em conjunto os processos TC/000458/2012, TC/000619/2012 e TC/000715/2012)
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal e Flávia Maria Porto Terzian
Objeto	-	Recurso interposto em face do V. Acórdão da 28ª Sessão Ordinária Não Presencial de 20/10/2021 – Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde) e Guima Conseco Construção Serviços e Comércio Ltda. – Pregão Presencial 208/2010 – Contrato 175/2010 (TAs 01/2011, 02/2011, 03/2011, 01/2012, 02/2012, Tº Retirratificação 01/2012) Prestação de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais para o Hospital Municipal Professor Doutor Alípio Correa Neto, Hospital Municipal Professor Waldomiro de Paula, Hospital Municipal Tide Setúbal e para a sede administrativa

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. SMS. Serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial. Decisão que julgou irregular o termo de retirratificação. 1. Decorridos mais de cinco anos do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria ao marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível. Art. 2º, art. 5º, II e IV, art. 6º, II, Res. TCMSP 10/2023. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria. PRESCRIÇÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000458/2012, TC/000619/2012 e TC/000715/2012, 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, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, com relatório e voto, RICARDO TORRES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em conhecer dos recursos interpostos, uma vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, e, quanto ao mérito declaratório, em

negar-lhes provimento, uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar o V. Acórdão guerreado, mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seus conteúdos declaratórios, dado a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, consoante declaração de voto apresentada, julgou extinto os presentes autos, com determinação à Origem.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP.

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

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

São Paulo, 25 de outubro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 03/04/2024 09:02:21 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 03/04/2024 09:08:14 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

48ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC nº458-2012 – Recursos Ordinários (Acompanhamento)
Objeto: Execução Contratual do Contrato nº 175/2010. Prestação de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais para os Hospitais Municipais Prof. Dr. Alipio Correa Neto, Prof. Waldomiro de Paula, Tide Setubal e sede administrativa e sede da Autarquia Hospitalar Municipal.
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde (extinta AHM) e Guima Conseco Construções Serviços e Comércio Ltda.

TC nº619-2012 - Recursos Ordinários (Análise)
Objeto: Análise do Pregão nº 208/2010, Contrato n.º 175/2010 e Termos Aditivos nºs 001/2011, 002/2011, 003/2011, 001/2012, 002/2012 e Termo de Reti-Rati n.º 001/2012 ao TA n.º 001/2012-Prestação de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais para os Hospitais Municipais Prof. Dr. Alipio Correa Neto, Prof. Waldomiro De Paula, Tide Setubal e sede administrativa e sede da Autarquia Hospitalar Municipal.
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde (extinta AHM)e Guima Conseco Construções Serviços e Comércio Ltda.

TC nº715-2012 - Recursos Ordinários (Representação)
Objeto: Representação em face do aditamento ao Contato nº 175/2010/AHM, cujo objeto é a prestação de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais para Hospitais Municipais Prof. Dr. Alipio Correa Neto, Prof. Waldomiro De Paula, Tide Setubal e sede administrativa e sede da Autarquia Hospitalar Municipal. - Inclusão do Hospital Central Sorocabana.
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde (extinta AHM) e Vereador Carlos Alberto Pletz Neder.

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata-se, nesta fase processual, da apreciação dos recursos ordinários interpostos nos **TCs 458/2012, 619/2012 e 715/2012**, em face dos V. Acórdãos prolatados nos respectivos processos e publicados em 16/12/2021, os quais deliberaram na forma abaixo, sobre a licitação, a contratação, os aditamentos e a execução contratual de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais para os Hospitais

Municipais Prof. Dr. Alipio Correa Neto, Prof. Waldomiro de Paula, Tide Setúbal e sede da Autarquia Hospitalar Municipal.

No **TC 619/2012**, o Pleno julgou excepcionalmente regulares o Pregão Presencial 208/2010 e o Contrato 175/2010, regulares os Termos Aditivos 001/2011, 002/2011 e 002/2012, regular com ressalvas o Termo Aditivo 003/2011.

No mesmo julgado, foram considerados irregulares o Termo Aditivo 001/2012 e o Termo de Retirratificação 001/2012, devido à ilegalidade da Portaria 262/2012-SMS, expedida por autoridade sem competência para autorizar a inclusão do Hospital Sorocabana no escopo do Contrato nº 175/2010, e pela ausência de condições jurídicas para a realização de investimentos no referido bem, que autorizariam a Permissão de Uso do imóvel pertencente ao Estado de São Paulo. Aplicou-se multa à senhora Flávia Maria Porto Terzian, signatária do TA 001/2012 e ordenadora da despesa (peças 12/13).

No **TC 458/2012** julgou-se irregular a execução contratual no período auditado, com reconhecimento dos efeitos financeiros do Contrato e respectivos aditivos, à exceção do TA 01/2012 e determinou à Origem a apuração e restituição aos cofres públicos dos valores pagos indevidamente à contratada durante a vigência do Termo Aditivo 01/2012, considerando o superdimensionamento dos serviços acrescidos "quanto ao quadro de funcionários especializados, tendo em vista que o Hospital Sorocabano está desativado, encontrando-se o prédio na mesma situação em que foi recebido do Estado, e que a manutenção corretiva é pontual não se justificando o acréscimo de R$ 36.882,30", sobre o valor mensal. (peças 13/14).

No **TC 715/2012**, o Pleno conheceu da Representação e, no mérito, julgou-a procedente, devido à ilegalidade da Portaria 262/2012-SMS, expedida por autoridade sem competência para autorizar a inclusão do Hospital Sorocabana no escopo do Contrato nº 175/2010, efetivada por meio do Termo Aditivo 001/2012, afora a ausência de condições jurídicas para a efetiva Permissão de Uso do imóvel público estadual (peças 11/12).

Nos referidos arestos o Pleno determinou o envio dos Acórdãos ao Ministério Público do Estado de São Paulo e à Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Os recursos ora analisados foram interpostos pela **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peças 24, 33 e 22 respectivamente dos TCs 458/2012, 619/2012 e 715/2012) e pela **Sra. Flavia Maria Porto Terzian** (peças 30, 33 e 26 respectivamente dos TCs 458/2012, 619/2012 e 715/2012), tendo os apelos o escopo de reforma dos julgados de modo a ver acolhidos por regulares todos os atos analisados e, por conseguinte, tornadas insubsistentes a penalidade aplicada e a determinação de medidas para ressarcimento do Erário Municipal.

Em sede de preliminar, a Recorrente Flávia Terzian arguiu a ocorrência de prescrição nos três feitos em pauta.

Manifestaram-se sobre as razões recursais a Subsecretaria de Controle Externo (SCE), a Assessoria Jurídica de Controle Externo (AJCE), o órgão fazendário (PFM) e a Secretaria Geral (SG), na forma assim sintetizada:

Nos TCs 458/2012 (peça 37), 619/2012 (peça 45) e 715/2012 (peça 34) a **SCE** concluiu que as razões recursais da PFM apresentadas aos autos não modificam as irregularidades consideradas nos Votos e Decisões proferidos.

A seu turno, a **AJCE** em primeira manifestação quanto à preliminar arguida, entendeu pelo seu acolhimento no TC 619/2012 (peça 47), para o fim de ser afastada a multa imposta e

pela sua rejeição nos TCs 458/2012 (peça 39) e 715/2012 (peça 36) em razão do viés declaratório do Aresto, sem teor condenatório ou ressarcitório que alcance a Interessada.

No tocante ao mérito dos recursos apresentados por ambos os Recorrentes, opinou pelo não provimento dos mesmos, em razão da ausência de elementos capazes de alterar os Vv. Acórdãos guerreados.

Sobreveio, em 12/06/2023, a publicação da Resolução nº 10/2023 deste Tribunal de Contas do Município de São Paulo (assinada em 07/06/2023), disciplinando 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.

Devido à normatização da matéria, 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, por tratar-se de questão de ordem pública, razões essas que justificaram o retorno dos processos à Assessoria Jurídica de Controle Externo visando à identificação de eventual ocorrência de prescrição à luz da referida Resolução.

A **AJCE**, ao reanalisar as razões recursais sob o crivo da prescritibilidade da pretensão punitiva e ressarcitória no âmbito da atividade do controle externo, posicionou-se nos seguintes termos em cada um dos três processos em tela, ressaltando ao final que, caso a questão prescricional venha a ser superada, no mérito, opina pelo não provimento do recurso ordinário interposto por Flávia Terzian:

TC 458/2012 (peças 48, 49 e 53): "No que tange à discussão sobre o tempo decorrido, tendo em vista que o penúltimo marco interruptivo ocorreu em 08.12.2015 (fls.336/367 da peça 26), reiniciando a contagem do prazo quinquenal, e a decisão condenatória recorrível foi prolatada somente em 20.10.2021 (fls.408/408vº da peça 26), portanto, mais de cinco anos depois, entendo, s.m.j., que a pretensão ressarcitória foi fulminada pela prescrição."

TC 619/2012 (peças 56, 57 e 61): "No que tange à discussão sobre o tempo decorrido, tendo em vista que o penúltimo marco interruptivo ocorreu em 24.10.2013 (fls. 974/982 da peça 28), reiniciando a contagem do prazo quinquenal, e a decisão condenatória recorrível foi prolatada somente em 20.10.2021 (fls. 1506/1506vº da peça 30), portanto, mais de cinco anos depois, entendo, s.m.j., que a pretensão ressarcitória foi fulminada pela prescrição."

TC 715/2012 (peças 52, 53 e 57): No que tange à discussão sobre o tempo decorrido, tendo em vista que o penúltimo marco interruptivo ocorreu em 08.12.2015 (fl.336 da peça 24), reiniciando a contagem do prazo quinquenal, e a decisão condenatória recorrível foi prolatada somente em 20.10.2021 (fls.371/371vº da peça 24), portanto, mais de cinco anos depois, entendo, s.m.j., que a pretensão ressarcitória foi fulminada pela prescrição.

Na sequência, os autos seguiram para manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, onde se encontram atualmente (20/09/2023), que acompanhou os pareceres da AJCE. No mesmo sentido pronunciou-se a Secretaria Geral.

VOTO

Conforme relatado, trata-se, nesta fase processual, da apreciação dos recursos ordinários interpostos nos **TCs 458/2012, 619/2012 e 715/2012**, em face dos V. Acórdãos prolatados nos respectivos processos e publicados em 16/12/2021, os quais deliberaram na

forma abaixo, sobre a licitação, a contratação, os aditamentos e a execução contratual de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais para os Hospitais Municipais Prof. Dr. Alipio Correa Neto, Prof. Waldomiro de Paula, Tide Setúbal e sede da Autarquia Hospitalar Municipal.

No **TC 619/2012**, o Pleno julgou excepcionalmente regulares o Pregão Presencial 208/2010 e o Contrato 175/2010, regulares os Termos Aditivos 001/2011, 002/2011 e 002/2012, regular com ressalvas o Termo Aditivo 003/2011.

No mesmo julgado, foram considerados irregulares o Termo Aditivo 001/2012 e o Termo de Retirratificação 001/2012, devido à ilegalidade da Portaria 262/2012-SMS, expedida por autoridade sem competência para autorizar a inclusão do Hospital Sorocabana no escopo do Contrato nº 175/2010, e pela ausência de condições jurídicas para a realização de investimentos no referido bem, que autorizariam a Permissão de Uso do imóvel pertencente ao Estado de São Paulo. Aplicou-se multa à senhora Flávia Maria Porto Terzian, signatária do TA 001/2012 e ordenadora da despesa (peças 12/13).

No **TC 458/2012** julgou-se irregular a execução contratual no período auditado, com reconhecimento dos efeitos financeiros do Contrato e respectivos aditivos, à exceção do TA 01/2012 e determinou à Origem a apuração e restituição aos cofres públicos dos valores pagos indevidamente à contratada durante a vigência do Termo Aditivo 01/2012, considerando o superdimensionamento dos serviços acrescidos "quanto ao quadro de funcionários especializados, tendo em vista que o Hospital Sorocabano está desativado, encontrando-se o prédio na mesma situação em que foi recebido do Estado, e que a manutenção corretiva é pontual não se justificando o acréscimo de R$ 36.882,30", sobre o valor mensal. (peças 13/14).

No **TC 715/2012**, o Pleno conheceu da Representação e, no mérito, julgou-a procedente, devido à ilegalidade da Portaria 262/2012-SMS, expedida por autoridade sem competência para autorizar a inclusão do Hospital Sorocabana no escopo do Contrato nº 175/2010, efetivada por meio do Termo Aditivo 001/2012, afora a ausência de condições jurídicas para a efetiva Permissão de Uso do imóvel público estadual (peças 11/12).

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

---

[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

> "*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

---

[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

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

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

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

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

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)

> "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, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A AJCE em sua manifestação (peça 75) dispôs que "*avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no relatório de auditoria de 28/03/06 (páginas 172/175 da peça 49), ao marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 10/08/2011 (páginas 313/315 da peça 49), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV e inciso II, c/c art. 6º, inciso II, todos da Resolução 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, afastando-se, por consequência, **a determinação à Origem para apuração e restituição aos cofres públicos dos valores pagos indevidamente à contratada durante a vigência do Termo Aditivo 01/2012, bem como a penalidade de multa aplicada à ordenadora da despesa e o não reconhecimento dos efeitos financeiros do TA 01/2012.**

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seus pareceres citados, *"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)."*

Assim, a prescrição não afeta os conteúdos declaratórios dos Acórdãos guerreados, mas tão somente a determinação de ressarcimento e a penalidade de multa aplicada.

Tratada da preliminar de mérito da prescrição, é caso de analisar o mérito da pretensão recursal.

Nesse sentido, extrai-se dos feitos que os recorrentes não apresentaram novos elementos capazes de corroborar a alteração dos julgados, que devem ser mantidos naquilo em que não fulminados pela prescrição.

Ante o exposto, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade elencados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, **CONHEÇO** dos Recursos interpostos.

À vista do exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP.

Quanto ao **mérito declaratório**, **NEGO-LHE PROVIMENTO** uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar a decisão nos v. Acórdãos guerreados, **mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seus conteúdos declaratórios (irregularidade do Termo Aditivo 001/2012 e do Termo de Retirratificação 001/2012, da execução contratual no período analisado, bem como a procedência da Representação), dado a ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas**.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2023 10:50:51 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC nº458-2012 – Recursos Ordinários (Acompanhamento)
TC nº619-2012 - Recursos Ordinários (Análise)
TC nº715-2012 - Recursos Ordinários (Representação)

DECLARAÇÃO DE VOTO

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo o tema da prescrição foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: “**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**”.

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em

12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, acompanho o voto proferido pelo eminente Conselheiro Relator RECONHECENDO, a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal.

Em relação aos demais aspectos do julgamento, divirjo do eminente Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, me

parecendo adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual JULGO EXTINTO os presentes autos.

Outrossim**,** proponho 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, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, e ciência das demais partes interessadas, com posterior arquivamento dos autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 09/11/2023 14:44:51 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – ACÓRDÃO

Processo	-	TC/000619/2012 (Tramita em conjunto com os processos TC/000458/2012 e TC/000715/2012)
Contratante	-	Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde)
Contratada	-	Guima Conseco Construção Serviços e Comércio Ltda.
Pregão Presencial	-	208/2010
Contrato	-	175/2010 R$ 567.500,00
TA	-	001/2011 (alteração contratual)
TA	-	002/2011 (retificação contratual)
TA	-	003/2011
TA	-	001/2012
TA	-	002/2012
Termo de Retirratificação		001/2012 ao TA 001/2012
Objeto	-	Prestação de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais para o Hospital Municipal Professor Doutor Alípio Correa Neto, Hospital Municipal Professor Waldomiro de Paula, Hospital Municipal Tide Setúbal e Sede Administrativa da Autarquia

28ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS E DE RETIRRATIFICAÇÃO. SMS. Serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial. Pregão. Contrato. REGULARES excepcionalmente. TAs 011/01, 2/11 e 2/12. REGULARES. TA 3/11. REGULAR com ressalvas. TA 1/12 e TERMO RETIRRATIFICAÇÃO. IRREGULAR. MULTA. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000619/2012, TC/000458/2012 e TC/000715/2012, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar excepcionalmente regulares o Pregão Presencial 208/2010 e o Contrato 175/2010, regulares os Termos Aditivos 001/2011, 002/2011 e 002/2012, e regular com ressalvas o Termo Aditivo 003/2011.

ACORDAM, à unanimidade, em julgar irregulares o Termo Aditivo 001/2012 e o Termo de Retirratificação 001/2012.

ACORDAM, à unanimidade, em aplicar a multa de R$ 837,71 à senhora Flávia Maria Porto Terzian, signatária do TA 001/2012 e ordenadora da despesa.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio deste Acórdão aos interessados, ao Ministério Público do Estado de São Paulo e à Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Participaram do julgamento os Conselheiros ELIO ESTEVES JUNIOR – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDUARDO TUMA.

São Paulo, 20 de outubro de 2021.

JOÃO ANTONIO – Presidente
MAURÍCIO FARIA – Relator

/cv

Assinado digitalmente por MAURICIO FARIA PINTO
Data: 17/12/2021 10:40:55 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 17/12/2021 11:56:12 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Pleno

Relator: Cons. Maurício Faria

VOTO ENGLOBADO

1) TC nº 72.000.619.12-02

Interessados: AHM – Autarquia Hospitalar Municipal

Guima Conseco Construções Serviços e Comércio Ltda.

Objeto: Análise do Pregão nº 208/2010, Contrato n.º 175/2010 e Termos Aditivos nºs 001/2011, 002/2011, 003/2011, 001/2012, 002/2012 e Termo de Reti-Rati n.º 001/2012 ao TA n.º 001/2012- Prestação de Serviço de Conservação, manutenção preventiva e corretiva predial se fornecimento de material.

2) TC nº 72.000.458.12-67

AHM – Autarquia Hospitalar Municipal

Guima Conseco Construções Serviços e Comércio Ltda.

Objeto: Acompanhamento da Execução do Contrato nº 175/2010.

3) TC nº 72.000.715.12-98

Interessados: AHM – Autarquia Hospitalar Municipal

Vereador Carlos Alberto Pletz Neder.

Objeto: Representação em face do aditamento ao Contrato n.º 175/2010/AHM, cujo objeto é a prestação de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais para os hospitais municipais prof. Dr. Alipio Correa Neto, prof. Waldomiro de Paula, Tide Setúbal e sede administrativa e sede da Autarquia Hospitalar Municipal. - inclusão do Hospital Central Sorocabana

Egrégio Plenário,

Cuida o **TC 619.12-02** da análise do Pregão Eletrônico nº 208/2010, do Contrato nº 175/2010 e dos Termos Aditivos nºs *001/2011, 002/2011, 003/2011, 001/2012, 002/2012 e Termo de Retirratificaçãp n.º 001/2012 ao TA n.º 001/2012*, firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal e a empresa Guima Conseco Construção Serviços e Comércio Ltda, tendo por objeto a prestação de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem

fornecimento de materiais para os hospitais municipais prof. Dr. Alipio Correa Neto, prof. Waldomiro de Paula, Tide Setúbal e sede administrativa da Autarquia Hospitalar Municipal.

Em seu relatório inicial, a Auditoria assim se manifestou:

"Pregão Presencial nº 208/2010 - encontra-se regular.

Contrato nº 075/2010 - encontra-se regular.

Termo Aditivo nº 001/2011 - encontra-se regular.

Termo Aditivo nº 02/2011 – encontra-se regular.

Termo Aditivo nº 03/2011 – encontra-se irregular por infringência ao artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87.

Termo Aditivo nº 01/2012 – encontra-se regular, com a ressalva pelo não atendimento da Portaria 15/2010."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo seguiu em parte os termos do parecer de auditoria acrescentando as seguintes irregularidades:

1) Quanto ao Pregão Presencial: **(1.1)** ausência de justificativa e dos critérios adotados pela AHM para definição das quantidades licitadas e para as categorias profissionais constantes da Planilha de Postos de Serviços; **(1.2)** não juntada aos autos da comprovação das consultas formuladas pela AHM às empresas participantes da pesquisa de preços; **(1.3)** ausência de ampla pesquisa de preços, com a elaboração de uma planilha de composição dos preços; **(1.4)** classificação orçamentária incorreta; **(1.5)** ausência de julgamento dos recursos interpostos na 1ª sessão pública, realizada em 30.08.2010.

2) Quanto à Contratação: **(2.1)** Ausência de justificativa administrativa para as quantidades licitadas e para os cargos profissionais fixados; **(2.2)** ausência de comprovação da regularidade fiscal perante o INSS, o FGTS e a Fazenda Estadual, com certidões em vigência no período da contratação (12/11/2010), bem como ausência de comprovação da consulta ao CADIN; **(2.3)** A NE 2739 foi emitida intempestivamente em 28.12.2010 para cobertura de despesas de 01.12.10 a 31.12.10; **(2.4)** A classificação funcional

programática é inadequada em relação ao elemento de despesa 39 – Outros Serviços de Terceiros - Pessoa Jurídica. O correto seria a classificação no elemento de despesa 37 - Locação de Mão de Obra, tendo em vista a definição da quantidade de funcionários; **(2.5)** publicação extemporânea do extrato do Termo de Contrato no DOC, contrariando o disposto no artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02 e no artigo 61, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93.

3) TA n.º 001/2011 e 002/2011 – acompanhamento da conclusão do relatório auditoria

4) TA nº 003/2011 - acompanhamento da conclusão do Relatório de Auditoria, com as ressalvas relacionadas (4.1) a planilha de preços não contém o nome de todas as empresas consultadas e a formalização das consultadas encaminhadas às empresas, e (4.2) classificação funcional programática inadequada.

5) TA n.º 001/2012 - acompanhamento da conclusão dp Relatório de Auditoria, com as ressalvas relacionadas (5.1) ausência de justificativa para a inclusão do Hospital Sorocabana, e (5.2) classificação funcional programática inadequada.

A Subchefia de Controle Externo acompanhou o parecer precedente, com destaque para a questão relacionada à falta do Termo de Permissão de Uso de que trata o art. 2º do Decreto Estadual n.º 57.738/12, bem como do documento que demonstre que o Chefe do Poder Executivo Municipal tenha autorizado a incorporação do Hospital Central Sorocabana, já que a regularidade da inclusão do referido Hospital, no escopo do Contrato n.º 175/2010, está intimamente ligada à legalidade do procedimento de transferência do mesmo para a gestão da Autarquia Hospitalar Municipal.

Ato contínuo, a Autarquia Hospitalar Municipal, a Secretaria Municipal de Saúde e o representante legal da empresa contratada foram oficiados/intimados

para conhecimento do processado e apresentação de defesa, o que assim fizeram, conforme documentos juntados aos autos.

Nesse interim, a Auditoria procedeu à análise de mais dois termos aditivos, quais sejam:

1) Termo de Retiratificação n.º 001/2012 ao TA n.º 001/2012 – apontamento: (i) publicação do ajuste no Diário Oficial 11 dias após a data limite.

2) Termo Aditivo n.º 002/2012 – apontamento: (i) publicação do ajuste no Diário Oficial 27 dias após a data limite.

Quanto às defesas apresentadas, as mesmas não foram consideradas suficientes para modificar o entendimento exarado no primeiro relatório de Auditoria, concluindo a manifestação técnica nesses termos:

"Com base nas análises efetuadas, entendemos, quanto ao aspecto contábil/orçamentário e legislação vigente, que nos processos de elaboração dos presentes termos apresentaram as seguintes infringências:

Instrumento	***Analisado às fls.***	***Infringências***
Pregão Presencial nº 208/2010	*800/803*	
Contrato nº 175/2010	*804/807*	*(1a) e (2a)*
Termo Aditivo nº 001/2011	*808/810*	
Termo Aditivo nº 002/2011	*811/813*	
Termo Aditivo nº 003/2011	*814/816*	*(1b) e (2b)*
Termo Aditivo nº 001/2012	*817/819*	*(3)*
Termo de Retificação nº 001/2012	*961/963*	*(1c)*
Termo Aditivo nº 002/2012	*964/966*	*(1d)*

(1) Houve infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, pelo atraso na publicação do ajuste no Diário Oficial:

a. O Contrato nº 175/2010 foi publicado no Diário Oficial (04.12.10) 2 dias após a data limite (02.12.10).

b. O Termo Aditivo nº 003/2011 foi publicado no Diário Oficial (30.11.11) 2 dias após a data limite (28.11.11).

c. O Termo de Retificação nº 001/2012 ao TA 001/2012 foi publicado no Diário Oficial (19.04.12) 11 dias após a data limite (08.04.12).

d. O Termo Aditivo nº 002/2012 foi publicado no Diário Oficial (06.12.12) 27 dias após a data limite (09.11.12).

(2) Houve infringência ao artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87:

a. A Nota de Empenho 2739 foi emitida em valor suficiente, porém, intempestivamente em 28.12.10 para cobertura das despesas de 01.12.10 a 31.12.10.

b. A Nota de Empenho insuficiente para cobrir a despesa de 2011. Não foi emitido empenho para cobrir a despesa referente ao mês de dezembro/2011. As Notas de Empenho 3006 e 417 foram emitidas intempestivamente em 28.12.11 e 09.02.12 para cobertura das despesas de 01.11.11 a 30.11.11.

(3) Houve infringência à Portaria 146/2005, alterada pela Portaria 15/2010, pela não transmissão mediante acesso ao PUBnet das informações do Termo Aditivo nº 001/2012."

Na mesma toada, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que os esclarecimentos trazidos não tiveram o condão de afastar as conclusões exaradas no parecer anterior, opinando pela irregularidade da licitação, da contratação e dos respectivos aditamentos.

Em homenagem ao contraditório e a ampla defesa, o Secretário Municipal de Saúde à época, o Superintendente da AHM à época e o Representante Legal da Contratada foram novamente oficiados /intimados para conhecimento da analises promovidas por AUD referentes aos Termos de Retirratificação n.º 001/2012, Aditivo n.º 001/2012 e Aditivo n.º 002/2012.

Procedendo à análise da documentação encaminhada pelas partes acima, a Auditoria ratificou seu parecer anterior.

Por seu turno, a Assessoria Jurídica de Controle Externo efetuou a análise devida concluindo pela possibilidade de afastamento dos apontamentos relacionados à (i) pesquisa de preços; (ii) emissão extemporânea da nota de empenho; e (iii) publicação extemporânea do extrato do termo de contrato. No mais, opinou pela manutenção das irregularidades relacionadas à (iv) classificação funcional programática; (v) comprovação da regularidade fiscal da empresa no momento da efetivação do contrato e (vi) inclusão do Hospital Central Sorocabana no escopo do Contrato n.º 175/2010.

O Assessor Chefe de Controle Externo, acompanhando a manifestação anterior, entendeu passível de relevação ainda dos seguintes pontos: (i) extemporaneidade na publicação dos ajustes; (ii) vício no processo licitatório quando da análise de recursos apresentados pelos licitantes; anotando que os apontamento referentes a (iii) intempestividade de Nota de Empenho n.º

2739 e (iv) falha na comprovação de regularidade fiscal devam constar como impropriedades, sem prejuízo da (v) origem viciada da contratação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, requereu o julgamento regular dos atos examinados, ou o aceite dos seus efeitos financeiros.

Finalizando a etapa instrutória, a Secretaria Geral opinou pela regularidade com ressalvas do Pregão Presencial nº 208/2010, em razão da falha na justificativa para abertura do certame, mormente em relação aos quantitativos licitados, e, também, pela inadequação da dotação orçamentária utilizada. Opinando, ademais, pela regularidade com ressalvas do contrato em exame, em face das impropriedades apontadas pela AJCE e, ainda, pela regularidade dos Termos Aditivos nºs. 001/2011, 002/2011 e pela regularidade com ressalvas do Termo Aditivo nº 003/2001.

Por fim, posicionou-se pela ilegalidade da Portaria nº 262/2012-SMS, tendo em vista que o ato contém autorização oriunda de autoridade sem competência para expedi-la, e, ainda, pela irregularidade do Termo Aditivo nº 001/2012.

No **TC 458.12-67**, que trata do Acompanhamento da Execução do Contrato nº 175/2010, no período de abrangência de novembro de 2011 a março de 2012, após análise dos argumentos prestados pela Secretaria Municipal da Saúde, Superintendência da Autarquia Hospitalar Municipal e representante legal da empresa contratada, a Auditoria concluiu que o Contrato foi executado conforme pactuado, ressalvadas as seguintes impropriedades:

"4.1 - Superdimensionamento do T.A 01/2012 quanto ao quadro de funcionários especializados da contratada, tendo em vista que o Hospital Sorocabana está desativado, encontrando-se o prédio na mesma situação em que foi recebido do Estado, e que a manutenção corretiva é pontual não se justificando o acréscimo de R$ 36.882,30 **(item 3.5.2)**.

4.2 - Falta do PIE – Prontuário de Instalações Elétricas **(item 3.3).**
4.4 - Falta de empenho prévio e suficiente para atender as despesas do mês de dezembro de 2011, passando para DEA o valor de R$ 543.295,86 **(item 3.4.2)."**

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, acompanhou as conclusões de Auditoria no que tange às evidências de cunho fático que dão suporte às constatações realizadas.

Quanto ao TA n.º 01/2012, ressaltou que o Hospital Sorocabano se encontrava desativado no momento da realização da vistoria, e na mesma situação em que foi recebido pelo Estado, revelando, assim, superdimensionamento dos serviços acrescidos no referido aditivo.

Por seu turno, a Subchefia de Controle Externo, concluiu que embora houvesse a constatação de que a execução contratual se deu conforme pactuado, na realidade, pode ser considerada irregular tanto pelo descumprimento do disposto no artigo 60 da lei Federal n.º 4320/64, como por se originar de procedimento licitatório e ajuste tidos como irregulares nos TCs 619/12-02 e 715/12-98.

Novamente oficiados acerca das conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, apresentaram manifestações a Autarquia Hospitalar Municipal e a Secretaria Municipal de Saúde, razões que não foram suficientes para modificar as conclusões de Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o julgamento regular da execução contratual, ou reconhecimento dos seus efeitos financeiros.

A Secretaria Geral opinou pela irregularidade da execução do Contrato nº 175/2010, mormente em face da irregularidade decorrente do Termo Aditivo nº 01/2012, uma vez que a inclusão do Hospital Central Sorocabana no escopo do contrato citado foi considerada irregular pelos órgãos técnicos, no TC nº 72.000.619.12-02, e, nos termos do pronunciamento da área auditora, no período de vigência do TA, não foi demonstrada a medição dos serviços efetivamente prestados para apuração de eventuais valores pagos a maior à contratada.

O TC nº **715.12-98**, trata de representação interposta pelo Vereador Carlos Alberto Pletz Neder, contra o aditamento n.º 01/2012 ao Contrato nº 175/2010/AHM - Inclusão do Hospital Central Sorocabana -, cujo objeto é a prestação de serviços de conservação, manutenção preventiva e corretiva predial sem fornecimento de materiais aos Hospitais Municipais Prof.º Dr. Alipio Correa Neto, Prof.º Waldomiro de Paula, Tide Setúbal e sede administrativa da Autarquia Hospitalar Municipal.

Em linhas gerais, requereu o Representante a instauração de competente procedimento para que se apure a legalidade da autorização dada pelo Secretário Municipal de Saúde e a Superintendência da Autarquia Hospital Municipal para o aditivo contratual mencionado, a regularidade de gastos efetuados pela Autarquia, com equipamento que não está sob sua gestão, bem como a regularidade na ausência de procedimento licitatório específico para as despesas mencionadas nos aditivos já assinados pelas autoridades identificadas.

A instrução processual contou com a juntada das manifestações da Superintendência da Autarquia Hospitalar Municipal, da Secretaria da Saúde e do representante legal da Contratada.

Por entender que as intimações tiveram por objeto as manifestações da AJCE, a Auditoria limitou-se a encaminhar as mesmas para o setor jurídico, registrando que as questões fáticas foram tratadas no TC .º 458/12-67.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, nos moldes dos outros TCs aqui relatados, indicou inexistência de instrumento jurídico que permitisse a utilização do imóvel pela Municipalidade, bem como pela ilicitude da inclusão do Hospital Sorocabana no escopo do Contrato nº 175/2010. Ao final, opinou pela procedência da Representação quanto à ilegalidade da autorização da inclusão do Hospital no Contrato nº 175/2010, bem como quanto à ausência de condições jurídicas para a realização de investimentos no referido bem.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a improcedência da Representação, ou o reconhecimento dos efeitos pretéritos dos atos praticados.

Encerrando a instrução, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da Representação, eis que respaldada no disposto no art. 23 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

No tocante ao mérito, opinou pela procedência da Representação, em face da ilegalidade da Portaria nº 262/2012-SMS, tendo em vista que o ato contém autorização oriunda de autoridade sem competência para expedi-la, e do Termo Aditivo nº 001/2012, que autorizou indevidamente a realização de investimentos no Hospital Central Sorocabana.

Por fim, vale destacar ofício do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Polícia Civil do Estado de São Paulo, requerendo informações sobre o objeto tratado nestes TCs, bem como juntando respectivas cópias do Procedimento n.º 293/2012 (arquivado com recomendação, conforme publicação DOE de 30.04.2015) e do Inquérito Policial n.º 15/2012 (Processo DIPO 3 0020380-74.2012.8.26.0050 – em segredo de justiça) visando apurar irregularidades no contrato n.º 175/2010 e na prestação de contas do Hospital Sorocabana.

É o relatório.

V O T O

1. Preliminarmente, conheço da Representação, pois preenchidos os requisitos legais de admissibilidade previstos no Regimento interno deste E. Tribunal.

2. Antes de adentrarmos na análise dos apontamentos suscitados em relação à Licitação, ao Contrato, aos Termos Aditivos e à Execução Contratual, cabem considerações sobre a situação legal do Hospital Central Sorocabana diante do Município de São Paulo.

, Conforme produzido na instrução processual, o referido Hospital se encontra em um imóvel público estadual e o Decreto Estadual n.º 57.738/2012, do então Governador Geraldo Alckmin, autorizou a Fazenda Estadual a permitir o uso, a título gratuito e pelo prazo de 20 (vinte) anos, em favor do Município de São Paulo, de um imóvel designado como “Um Conjunto de Edifícios”, destinado ao Hospital Sorocabana.

A destinação do imóvel foi prevista pelo parágrafo único, do artigo 1º do Decreto Estadual em comento, qual seja “*O imóvel de que trata o “caput” deste artigo, destinar-se-á ao reinício das atividades assistenciais, com vista a suprir a carência de leitos hospitalares naquela região do município, voltados ao atendimento da população SUS-dependente*”

O instrumento previu, ainda, em seu artigo 2º, que a permissão de uso seria efetivada por meio de termo a ser lavrado pela unidade competente da Procuradoria Geral do Estado, dele devendo constar as condições impostas pela Permitente.

O Decreto Estadual n.º 57.738/2012 foi revogado pelo Decreto Estadual n.º 59.084/2013, que também previu que caberia a Fazenda do Estado autorizar a permissão do uso, a título gratuito e pelo prazo de 20 (vinte) anos, em favor do Município de São Paulo, de um imóvel designado como "Conjunto de Edifícios", destinados ao Hospital Sorocabana, nos mesmos moldes e condições do Decreto.

Por fim, o Decreto Estadual n.º 59.084/2013, foi revogado pelo Decreto Estadual n.º 61.902/2016, que dispôs da mesma forma que os Decretos anteriores.

Da cronologia da legislação acima se identifica que a permissão de uso do imóvel não decorre da mera aplicabilidade do disposto nos referidos Decretos, que, como dito, apenas AUTORIZAM a emissão de ato administrativo de autoria da unidade competente da Procuradoria Geral do Estado para que o uso dos imóveis seja usufruído pelo Município de São Paulo por vinte anos.

Sob esse prisma, a própria Origem à época admitiu “*não existir qualquer instrumento jurídico permitindo o uso do imóvel pela Municipalidade*”, o

que sustentava a impossibilidade jurídica de realização de qualquer investimento no referido bem, simplesmente porque sem o ato administrativo de Permissão de Uso, o imóvel continuava sendo de uso exclusivo do Estado de São Paulo.

Diversamente do que tenta enquadrar a Origem, ao ressalvar que o imóvel "*teria sido objeto de permissão de uso, pelo Estado de São Paulo a esta Municipalidade, a título gratuito e pelo prazo de 20 (vinte) anos, conforme Decretos Estaduais n.º 57.738/2012 e n.º 59.084/2013*", a permissão de uso somente se perfaria com a competente lavratura do termo de permissão de uso pelo órgão estadual respectivo, em observância aos artigos 2º e 3º dos mencionados decretos.[1]

Portanto, da mera leitura dos dispositivos indicados, assimila-se que referidos Decretos autorizaram a Permissão de Uso do imóvel, condicionando sua efetividade à emissão de ato administrativo com as providências jurídicas complementares, do que não se teve notícia na instrução processual.

Contudo, inobstante às orientações levadas à época, em 25.01.2012 foi editada a Portaria n.º 262/2012 - SMS, determinando à Autarquia Hospitalar Municipal, dentro dos limites de sua competência, a adoção das medidas necessárias para o reinício das atividades de assistência à saúde do Hospital

---

[1] **Decreto Estadual n.º 57.738/2012**

Artigo 2º - A permissão de uso de que trata este decreto será efetivada por meio de termo a ser lavrado pela unidade competente da Procuradoria Geral do Estado, dele devendo constar as condições impostas pela permitente.

Decreto Estadual nº 59.084/2013

Artigo 3º - As permissões de uso de que trata este decreto serão efetivadas por meio de termos a serem lavrados pela unidade competente da Procuradoria Geral do Estado, dele devendo constar as condições impostas pela permitente.

Decreto Estadual n.º 61.902/2016

Artigo 2º - A permissão de uso de que trata este decreto será efetivada por meio de termo a ser lavrado pela unidade competente da Procuradoria Geral do Estado, dele devendo constar as condições impostas pela permitente.

Sorocaba (art. 1º), culminando com o Termo Aditivo n.º 001/2012, celebrado em 13.02.2012, que incluiu o Hospital Sorocabana no escopo do Contrato n.º 175/2010, representando um acréscimo de R$ 36.882,30 sobre o valor mensal.

Nesse ponto, merece trazer à baila a conclusão condensada no parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo no TC 715/12-98: "*A falta de comprovação de que tenha havido um ato jurídico do Chefe do Poder Executivo Municipal permitindo a alocação do Hospital Central Sorocabana sob a égide de competência da AHM e a falta de provas da existência do termo de permissão de uso de lavra estadual tornam ausentes dois elos significativos da cadeia normativa de legalidade que levaria até a validade da Portaria nº 262/2012.*

Por decorrência lógica sobre os elos seguintes dessa cadeia, tal falta tem implicações na própria ilicitude da inclusão do Hospital Central Sorocabana no escopo do Contrato n° 175/2010, mesmo que apenas durante o interstício entre o Termo Aditivo nº 1/2012 e o Termo Aditivo n° 2/2012."

Partindo das premissas inicialmente traçadas, tem-se que a Representação é procedente, notadamente devido à ilegalidade da autorização da inclusão do Hospital Sorocabana no escopo do Contrato n.º 175/2010, bem como quanto à ausência de condições jurídicas para a realização de investimentos no referido bem.

Sendo assim, não há que se falar em regularidade do Termo Aditivo n.º 001/2012, nem da execução contratual no período auditado referente a este espectro, já que no período de vigência do aditivo não foi demonstrada a medição dos serviços efetivamente prestados para apuração de eventuais valores pagos a maior à contratada.

Vale destacar que a própria Origem pôs solução a esta obrigação ao celebrar o Termo Aditivo n.º 002/2012 que teve por objeto "*excluir do presente contrato 01 veículo/transporte e 05 postos diaristas das 8h às 17h, sendo 01 pintor, 01 pedreiro, 01 eletricista, 01 auxiliar de manutenção predial e 01 encanador que prestavam serviços no Hospital Central Sorocabana, mantendo*

a unidade de saúde", representando um decréscimo mensal de R$ 36.882,30, a partir de 04.10.12.

3. Quanto ao Pregão Presencial n.º 208/2010, os pontos remanescentes – (i) falha na justificativa para abertura do certame, porque não há nos autos uma motivação mínima acerca dos quantitativos licitados, e (ii) inadequação da dotação orçamentária utilizada, por conta do disposto na Portaria Interministerial SOF/STN n.º 163/2011, entendo que revelam desídia por parte da Origem, mas que não podem ser considerados suficientes para inquinar todo o procedimento licitatório.

De fato, a justificativa elencada para a abertura do procedimento licitatório revela-se deficitária na medida em que não demonstra os critérios que deveriam ter sido adotados para a definição das quantidades licitadas. Contudo, em que pese a deficiência da motivação do ato administrativo, não foram produzidos elementos no relatório de Auditoria que impugnassem as quantidades licitadas.

No que tange à utilização de classificação orçamentária inadequada, conforme produzido na instrução processual o edital de Pregão Presencial adotou a classificação orçamentária que tem como elemento de despesa o 39 (outros serviços de terceiros – pessoa jurídica), quando deveria ter sido adotado o elemento de despesa 37 (locação de mão de obra), visto que a contratação é para locação de mão de obra.

Os dois apontamentos indicam impropriedades na condução do procedimento licitatório, motivo pelo qual julgo o Pregão Presencial n.º 208/2010 regular com as referidas ressalvas.

4. Na mesma toada, entendo que o Contrato n.º 175/2010 merece ser considerado regular com ressalvas referentes (i) à falha na comprovação de regularidade fiscal; já que conforme anotado por AJCE à fl. 1462v *"a documentação acrescida aos autos se ressente apenas da comprovação de inexistência de inscrição no Cadin Municipal. E a consulta de fls. 1120/1121,*

posterior à data da formalização do ajuste, indica inúmeras pendências, todas decorrentes de multas de trânsito", revelando lacuna na instrução do processo que antecedeu a contratação e falta de zelo dos agentes encarregados, mas que, por si só, não é suficiente para conduzir a irregularidade da Contratação.

Já no que tange (ii) à intempestividade da nota de empenho n.º 2739, entendo que merece ser considerada a justificativa dos limites impostos pelo Poder Executivo à liberação dos recursos financeiros, que remetem ao tema da liberação parcial das cotas orçamentárias. Assim, inobstante as ponderações acerca da legalidade ou não desse sistema, elas vinculam os agentes públicos dos órgãos da Administração, de modo que esse ponto possa ser superado.

5. Outrossim, na linha dos relatório de AUD, voto pela regularidade dos Termos Aditivos n.ºs001/2011, 002/2011, 002/2012 e 003/2011, este último pelos mesmos motivos exposto no parágrafo acima.

6. Quanto à execução contratual, merece destaque o apontamento referente ao superdimensionamento do TA n.º 01/2012 quanto ao quadro de funcionários especializados, tendo em vista que o Hospital Sorocabana está desativado, encontrando-se o prédio na mesma situação em que foi recebido do Estado, e que a manutenção corretiva é pontual não se justificando o acréscimo de R$ 36.882,30.

Nesse ponto, o relatório de Auditoria se consolida como importante diagnóstico da situação ao identificar que nos meses de fevereiro e março/2012, foram emitidas 78 Ordens de Serviço e que

> "*A tabela evidencia que praticamente a totalidade dos serviços não se caracteriza como manutenção, sendo constituída basicamente pela modalidade "serventia" que não demanda maior qualificação do funcionário da contratada. Constatamos, pelo exame das ordens de serviço, que a serventia compreendeu o deslocamento de mobiliário e equipamentos de um andar para outro dentro do prédio. Os serviços que demandam profissionais com maior qualificação são esporádicos.*

Assim sendo, entendemos que o ajuste está superdimensionado quanto à qualificação dos funcionários da contratada, visto que não há realização de manutenção preventiva até o momento, uma vez que o prédio encontra-se ainda desativado, necessitando de reforma prévia".

Os outros apontamentos elencados pela área técnica também denotam falha na prestação dos serviços, quais sejam: (i) falta de prontuário de Instalações Elétricas e (ii) falta de empenhamento prévio e suficiente para atender às despesas do mês de dezembro de 2011, passando para Despesas de Exercícios Anteriores – DEA o valor de R$ 543.295,86.

Dos pontos acima, merece especial destaque a falta de empenho para atender as despesas do mês de dezembro de 2011, pois em desacordo ao disposto no artigo 60 da Lei Federal n.º 4320/64, que veda a realização de despesa sem prévio empenho.

7. Diante do exposto, e à vista das manifestações dos órgãos técnicos constantes dos autos, cujas razões passam a integrar o presente**, CONHEÇO** da Representação, por presentes seus requisitos de admissibilidade, e, no mérito, voto pela **PROCEDÊNCIA** da mesma devido à ilegalidade da Portaria n.º 262/2012-SMS, pois o ato contém autorização oriunda de autoridade sem competência para expedi-la, e do Termo Aditivo n.º 001/2012, que abarcou investimentos no Hospital Central Sorocabana.

VOTO ainda:

- pela **regularidade excepcional** do Pregão Presencial n.º 208/2010 e do Contrato n.º 175/2010,

- pela **regularidade** dos Termos Aditivos n.º 011/2001, 002/2011, 002/2012 e pela **regularidade com ressalvas** do termo Aditivo n.º 003/2011.

- pela **irregularidade** do Termo Aditivo n.º 001/2012 e do Termo de Retirratificação, - pela **irregularidade** da execução contratual no período auditado. Contudo, diante da inexistência de notícia de não execução do objeto

contratual ou de prejuízo ao Erário, bem como do tempo decorrido, reconheço os efeitos financeiros do Ajuste, à exceção do período de vigência do TA n.º 001/2012.

Outrossim, aplico **MULTA** de R$ 837,71 à Senhora Flávia Maria Porto Terzian, signatária do TA n.º 001/2012 e ordenadora da despesa

Por derradeiro, **DETERMINO** que a Origem apure os valores pagos indevidamente à Contratada durante a vigência do TA n.º 001/2012 e tome as providências necessárias para a restituição dos mesmos aos cofres públicos.

Dê-se ciência aos interessados da decisão proferida, nos termos regimentais.

Proceda-se ao envio ao Ministério Público do Estado de São Paulo e À Polícia Civil do Estado de São Paulo, de cópia da presente decisão.

MAURÍCIO FARIA

Conselheiro Relator

TLC

Assinado digitalmente por MAURICIO FARIA PINTO
Data: 13/12/2021 13:17:22 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo