ACO-UTR-393/2024

Processo	-	TC/001007/2008
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal e Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 24/7/2019 – Secretaria Municipal da Saúde e Centro de Estudos e Pesquisas Doutor João Amorim – Cejam/Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein – Contrato de Gestão 04/2008-NTCSS/SMS (TAs 01/2008 e 02/2008) – Operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital Municipal M'Boi Mirim

49ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. SMS. Operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde. Hospital Municipal M'Boi Mirim. Decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. Do último marco interruptivo, quando da manifestação da Auditoria, até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível, decorreram mais de cinco anos, ensejando a prescrição. Art. 2º, art. 5º, II e IV, art. 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. 2. Preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDOS. PREJUDICADOS. PRESCRIÇÃO. 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 conhecer dos recursos ordinários interpostos, visto que estão presentes os requisitos de admissibilidade, e em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando, por consequência, eventuais pretensões de natureza punitiva ou ressarcitória no âmbito do controle externo.

ACORDAM, à unanimidade, em declará-los prejudicados, pela perda do objeto, mantendo-se, no mais, o conteúdo declaratório do Acórdão proferido.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos 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

/lsr

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/04/2024 10:13:27 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/04/2024 14:10:46 -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 1007/2008 – Recursos (Análise)

Objeto: Contrato de Gestão Referente à Execução de Ações e Serviços de Saúde a Serem Desenvolvidas no Hospital Municipal M'boi Mirim
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o TC 1.007/2008, nesta fase processual, de análise dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein contra o Acórdão proferido na 3.050ª Sessão Ordinária e que tratou da análise do Contrato de Gestão nº 004/2008-NTCSS-SMS.G e dos seus Termos Aditivos nº 001/2008 e nº 002/2008, celebrados em 07.02.2008 entre a Secretaria Municipal da Saúde - SMS e o Centro de Estudos e Pesquisas "Doutor João Amorim" – CEJAM, com a interveniência da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein – SBIBHAE, para o desenvolvimento das ações e serviços de saúde no Hospital Municipal M'Boi Mirim.

O Termo Aditivo nº 001/2008, por sua vez, foi celebrado em 07.03.2008 com o fim de suplementar verbas para investimentos em equipamentos. Já o Termo Aditivo nº 002/2008 foi celebrado em 23.12.2008 com o fim de revisar as atividades contratadas e de suplementar as verbas de custeio.

Concluída a instrução do presente processo, foi prolatado o Acórdão na 3.050ª Sessão Ordinária do Pleno desta Corte de Contas, de cópia constante da peça 18, a seguir transcrito:

> **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, **por maioria**, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, consoante voto proferido separado, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES, em votar pela **irregularidade do processado**, considerando que algumas das falhas constatadas têm o condão de macular substancialmente os ajustes em análise, por terem vinculação direta ao necessário controle e fiscalização, tais como: a falta de clareza nos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza, a ser percebida pelos dirigentes e empregados da Organização Social; falta de definição e qualidade das metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e qualidade do serviço; bem como de indicadores para avaliação de desempenho e

de qualidade na prestação dos serviços, conforme previsão contida no Decreto Municipal 47.544/06.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator, nos termos de seu relatório e voto, que acolheu excepcionalmente o Contrato de Gestão 004/2008-NTCSS/SMS.G e os Termos de Aditamento 001/2008 e 002/2008.

ACORDAM, ainda, **à unanimidade**, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo e ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, em razão das solicitações feitas nos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES.
Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE.
Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de julho de 2019.
JOÃO ANTONIO – Presidente
MAURÍCIO FARIA – Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

O Centro de Estudos e Pesquisa "Doutor João Amorim" - CEJAM deixou de se manifestar no prazo assinalado para oferecimento de recurso (peça 58).

A **Subsecretaria de Controle Externo – SCE**, por sua **Coordenadoria IV**, opinou pela manutenção do v. Acórdão (peça 61).

À peça 63, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** se manifestou sobre os recursos apresentados e a **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** se declarou ciente do acrescido e requereu o provimento dos recursos ordinários (peça 67).

A **Secretaria Geral – SG**, à peça 69, opinou *"pelo conhecimento e desprovimento dos recursos interpostos pela PFM e pela Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein."*

À peça 71, foi determinada a intimação do signatário dos ajustes acerca do acórdão proferido à peça 18 e do prazo para eventual recurso, considerando que foi intimado na fase instrutória, porém não foi cientificado do Acórdão proferido.

À peça 76, consta certidão informando a ausência de manifestação do interessado no prazo designado para apresentação de recurso.

À peça 78, a **Secretaria Geral – SG** exarou parecer nos autos.

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 83, 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 TC 1.007/2008, nesta fase processual, de análise dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM e pela Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein contra o referido v. Acórdão da 3.050ª Sessão Ordinária que tratou da análise do Contrato de Gestão nº 004/2008-NTCSS-SMS.G e dos seus Termos Aditivos nº 001/2008 e nº 002/2008, celebrado em 07.02.2008 entre a Secretaria Municipal da Saúde - SMS e o Centro de Estudos e Pesquisas "Doutor João Amorim" – CEJAM, com a interveniência da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein – SBIBHAE, para o desenvolvimento das ações e serviços de saúde no Hospital Municipal M'Boi Mirim.

O Termo Aditivo nº 001/2008, por sua vez, foi celebrado em 07.03.2008 com o fim de suplementar verbas para investimentos em equipamentos. Já o Termo Aditivo nº 002/2008 foi celebrado em 23.12.2008 com o fim de revisar as atividades contratadas e de suplementar as verbas de custeio.

O processo foi devidamente instruído, com manifestação dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da Origem.

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:

> "*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

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[2] Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.
[3] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.
[4] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[5] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

> DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contudo, este panorama da prescrição no Tribunal de Contas da União recentemente foi alterado pela consolidação do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Nos julgamentos, especialmente, dos temas 666[6], 897[7], 899[8] em repercussão geral, o STF reconheceu a existência e procedência do instituto da prescrição em face das pretensões ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

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

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

> "*Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo 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.

[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

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 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

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

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

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

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

---

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. 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 83 dos autos, "avaliando o tema sob exame nos presentes autos, verificamos que, do marco interruptivo consubstanciado no Relatório de Auditoria de 11/04/2012 (páginas 152/156 da peça 36), até o marco interruptivo subsequente, consubstanciado na decisão condenatória recorrível de 24/07/2019 (páginas 23/24 da peça 37), decorreram-se mais de 05 (cinco) anos (art. 2º, caput, c/c art. 5º, inciso IV e inciso II, c/c art. 6º, inciso I, 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, o que, consequentemente, resulta no afastamento da pena de multa aplicada no Acórdão recorrido.

Não obstante o reconhecimento da prescrição, deve ser salientado que, conforme explica a AJCE em seu parecer citado, "conquanto aplicáveis ao controle externo os prazos de prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, resta preservada a função declaratória do provimento de mérito dos julgados nos Tribunais de Contas, inclusive no que diz respeito às eventuais determinações, recomendações e/ou outras providências de igual natureza (art. 13)[10].

Assim, a prescrição não afeta o conteúdo declaratório do Acórdão guerreado e o julgamento de irregularidade dos atos examinados.

Neste sentido, infere-se dos autos que as razões recursais não trazem novos argumentos aptos a afastar as irregularidades que fundamentaram a decisão recorrida, com destaque à falta de clareza nos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza percebida pelos dirigentes e empregados da Organização Social, falta de definição e qualidade das metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e

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

qualidade do serviço, bem como de indicadores para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços, conforme previsão contida no Decreto Municipal 47.544/06.

Na hipótese em exame, o quadro delineado demonstra a inobservância ao princípio constitucional da eficiência administrativa, expresso no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal de 1988, cujo objetivo principal é atingir uma nova modalidade de gestão por parte do Estado, menos burocrática e mais eficaz. Como bem destaca José dos Santos Carvalho Filho

> **"A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. Não obstante, entendemos que o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo."** (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª Ed., São Paulo: Atlas, págs. 471/474)

A gestão em saúde deve garantir, através da melhor combinação dos recursos disponíveis, o funcionamento dos equipamentos mediante a adoção de ações eficientes, eficazes e efetivas que permitam atingir este objetivo, o que, no caso, não restou demonstrado, corroborando por consequência o desprovimento do recurso.

Ante o exposto, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos **Recursos Ordinários** interpostos em face do **Acórdão proferido, voto pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição**, nos termos do artigo 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, afastando, por consequência, eventuais pretensões de natureza punitiva ou ressarcitória no âmbito do controle externo.

No mérito, declaro a perda de objeto do recurso interposto, mantendo no mais, o conteúdo declaratório da decisão proferida.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 15/01/2024 10:16:56 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 1.007/2008

ANÁLISE. CONTRATO DE GESTÃO. TERMOS AITIVOS. SMS. Operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde. Hospital Municipal M'Boi Mirim. Constatadas falhas substanciais por terem vinculação direta ao necessário controle e fiscalização. Acessoriedade. Dec. Mun. 47.544/06. IRREGULARES. Votação por maioria.

3.050ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 3.044 ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, consoante voto proferido separado, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES, em votar pela irregularidade do processado, considerando que algumas das falhas constatadas têm o condão de macular substancialmente os ajustes em análise, por terem vinculação direta ao necessário controle e fiscalização, tais como: a falta de clareza nos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza, a ser percebida pelos dirigentes e empregados da Organização Social; falta de definição e qualidade das metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e qualidade do serviço; bem como de indicadores para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços, conforme previsão contida no Decreto Municipal 47.544/06.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator, nos termos de seu relatório e voto, que acolheu excepcionalmente o Contrato de Gestão 004/2008-NTCSS/SMS.G e os Termos de Aditamento 001/2008 e 002/2008.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo e ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, em razão das solicitações feitas nos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de julho de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Em julgamento o Contrato de Gestão 004/2008-NTCSS/SMS.G, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a Organização Social – Centro de Estudos e Pesquisas "Doutor João Amorim", com a interveniência da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein, objetivando a operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital Municipal M'Boi Mirim.

A Coordenadoria IV concluiu pela irregularidade do ajuste, em razão dos seguintes motivos:

1. Não indicação no Comunicado de Interesse Público 04/07 da data-limite para que as organizações sociais manifestassem expressamente seu interesse em firmar o contrato de gestão;

2. Fixação do prazo de 5 (cinco) dias para manifestação de interesse, violando o Decreto Municipal 47.453/06, que prevê prazo não inferior a 15 (quinze) dias, contados da data de publicação do Comunicado de Interesse Público no Diário Oficial da Cidade;

3. Falta de definição, no programa de trabalho apresentado pela OS CEJAM, das metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e qualidade do serviço, no tocante aos aspectos econômico, operacional e administrativo prevista no inciso III, do art. 6º do Decreto Municipal 47.544/06;

4. Não constou do Programa de Trabalho a definição de indicadores para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços prevista no inciso IV, do art. 6º do Decreto Municipal 47.544/06;

5. Falta de inclusão dos documentos elencados nos incisos I a IV, do art. 7º, do Decreto Municipal 47.544/06;

6. Falta de cumprimento ao previsto no inciso IV, do art. 4º do Decreto Municipal 48.778/07, eis que não encontrado no P.A., em nome da instituição associada (Albert Einstein), a inscrição no Cadastro Municipal Único das Entidades Parceiras do Terceiro Setor, prevista no Decreto 47.864/06;

7. Não localização no Processo Administrativo da informação de publicação na imprensa, do Regulamento próprio contendo os procedimentos a serem adotados pela Organização Social para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, em atenção ao previsto no art. 19 da Lei Municipal 14.132/06;

8. Não localização no Processo Administrativo da informação de que o regulamento próprio, contendo os procedimentos a serem adotados para contratação de obras e serviços, tenha submetido à aprovação prévia das Secretarias Municipais da Saúde e de Gestão, nos termos do art. 18 do Decreto Municipal 47453/06;

9. Não foi encontrado no Portal da Prefeitura de São Paulo, a disponibilização das metas e dos indicadores de desempenho pactuados, devidamente atualizados, nos termos do parágrafo único do art. 9º do Decreto Municipal 47.453/06;

10. Insuficiência das Notas de Empenho para cobrir a despesa do exercício financeiro, e insuficiência da previsão quantitativa dos subitens II. A – Internação Hospitalar, II.B – Atendimento às Urgências/Emergências e II.C – Serviços de Apoio Diagnóstico e Terapêutico-SADT externo, do item II do Anexo Técnico I, pois refere-se ao primeiro período de 12 meses, não abrangendo todo o período de vigência contratual que é de 3 (três) anos, infringindo o inciso II do art. 8º do Decreto Municipal 47.453/06;

11. Infringência ao § 3º do art. 11 do Decreto Municipal 47.353/06, que prevê que os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão deverão ser analisados, continuamente, pela Comissão de Avaliação, em observância ao interesse público, não existindo a previsão para o Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde (NTCSS) elaborar os instrumentos para o monitoramento e avaliação do funcionamento dos serviços de saúde contratados, assim como não prevê a criação no âmbito da NTCSS de uma Comissão Técnica de Acompanhamento (CTA) que articule e efetive o processo de acompanhamento e avaliação; Não constou no Anexo Técnico I, o item 6, mencionado no subitem 3 do item I do Anexo Técnico III; Não constou no Anexo Técnico III, o item 6.2; mencionado no item II. A do Anexo Técnico III; Infringência por não constar os indicadores de produtividade, previsto no inciso I, do art. 7º da Lei Municipal 14.142/06 e o III, do art. 8º do Decreto Municipal 47.453/0; Infringência ao inciso II do art. 7º da Lei Municipal 14.132/06 e ao inciso IV do art. 8º do Decreto Municipal 47.453/06, eis que não constou no Contrato de Gestão a estipulação clara dos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da Organização Social, no exercício de suas funções, observando que o item 17 da Cláusula II do respectivo

contrato atende parcialmente ao disposto nos incisos citados; Não localizado na página eletrônica da Prefeitura do Município de São Paulo, a divulgação, na íntegra, do nome e qualificação dos integrantes da Diretoria, do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal da organização social, conforme previsto "in fine" do § 2º, do art. 6º, da Lei Municipal 14.132/06;

12. Considerando o prazo de quatro anos previsto no art. 21 da Lei Municipal 14.132/06, para adaptação das normas do estatuto, entendeu que a Origem deveria solicitar a alteração do estatuto do CEJAM para inclusão de alguns itens.

Na sequência, vieram aos autos os Termos Aditivos 001/2008, firmado em 07.03.2008, para suplementação de verbas para investimentos em equipamentos, no valor de R$ 18.368.514,45, e 002/2008, celebrado em 07.03.2008, no valor de R$ 18.368.514,45 que, submetidos à análise, a Equipe Auditora concluiu pela regularidade do primeiro e irregularidade do segundo, pois neste não foi exarado despacho de autorização, violando o artigo 60, da Lei 4.320/64 e a publicação no Diário Oficial foi intempestiva, infringindo o artigo 26, da Lei Municipal 13.278/02.

Observou, ainda, que a documentação não foi encaminhada a este Tribunal, conforme estabelecido na Instrução 01/2008 e Resolução 04/2008, específica sobre Contrato de Gestão.

Analisando o mérito, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou irregular o Contrato de Gestão sub examine, pois além dos apontamentos feitos pela área auditora, a Cláusula 2ª, item 8.2, não define com clareza se a contratação será para atividade-meio ou atividade-fim configurando possibilidade de terceirização ilícita de mão de obra.

Pronunciou-se, igualmente, pela irregularidade dos Aditivos, pois no de 001/2008 a Nota de Empenho emitida previamente a sua celebração foi insuficiente para cobrir as despesas do exercício, havendo necessidade de emissão de outra Nota de Empenho, no mesmo exercício, para cobrir as despesas. No de 002/2008 endossou o apontamento feito por AUD.

Intimados, os responsáveis e os interessados apresentaram defesas que, analisadas, permitiram a Especializada considerar superados a quase totalidade dos apontamentos, com exceção, dos referentes à necessidade de inserção dos dados sobre as metas pactuadas e a qualificação dos integrantes dos Conselhos de Administração e Fiscal e da formulação de pesquisas de mercado que estabeleçam limites concretos à remuneração e vantagens de qualquer natureza dos empregados e dirigentes da OS.

Registrou, ainda, que essas falhas formais seriam passíveis de correção imediata, voluntária ou por meio de determinação deste Tribunal, não havendo razão significativa para considerar o Contrato de Gestão apreciado irregular na sua totalidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou as conclusões da Auditoria no sentido de que as defesas foram suficientes para superar os apontamentos feitos e que as exceções a este entendimento podem ser objeto de recomendações, sem que, necessariamente, venham a constituir-se em irregularidades. Todavia, manteve seu entendimento pela irregularidade decorrente da terceirização ilícita de mão de obra.

Manifestou-se, ainda, pela relevação do apontamento feito em relação ao Aditivo 002/2008.

Assim, considerando o apontamento da área Jurídica, a Coordenadoria IV foi instada a se manifestar e passou a incluir em suas conclusões o apontamento relativo à possibilidade de terceirização ilícita de mão de obra, prevista na Cláusula 2ª, item 8.2 do Contrato de Gestão em exame.

Diante das relatadas conclusões, a Assessoria Jurídica de Controle Externo foi provocada para apontar, neste caso, o fundamento legal determinante do apontamento de irregularidade Cláusula 2ª, item 8.2 do Contrato de Gestão sub examine, esclarecendo que a restrição à terceirização de atividades consideradas meio visa a mitigar o risco de corresponsabilização por parte da Administração, e o desvirtuamento da contratação, com vedação à integral subcontratação do ajuste.

Nesse diapasão, o óbice à terceirização da atividade fim, no caso, decorre da necessidade de adequação da atividade administrativa à lei, bem como dos eventuais reflexos financeiros que podem ser atribuídos ao Poder Público. Daí porque os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, com inegável força normativa, justificam tal exegese. Sendo, também, preocupação desta Egrégia Corte de Contas, a perenidade das relações de trabalho envolvendo atividades outras que não as meramente complementares ou de apoio, de forma a preservar o sentido finalístico das contratações que a Administração Pública realiza.

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que a coordenação e a gestão dos serviços públicos prestados pela entidade contratada, são da sua responsabilidade, sendo, portanto, possível concluir que a terceirização envolve apenas atividades pontuais de execução de atividades, o que não desvirtua absolutamente a contratação ora em exame.

Destacou, primeiro, que as impropriedades formais levantadas pelos doutos técnicos desse Egrégio Tribunal, relativas à necessidade de inserção dos dados sobre as metas pactuadas e a qualificação dos integrantes da Diretoria e dos Conselheiros de Administração e Fiscal no Portal da PMSP e o estabelecimento de limites de remuneração e vantagens aos empregados e dirigentes da OS, realizando-se pesquisas de mercado, são plenamente escusáveis, e, segundo, sobre as observações referentes à terceirização, propugnou pelo seu afastamento, para, ao final requerer a regularidade da à contratação em julgamento.

A Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo e opino pela irregularidade do Contrato de Gestão e dos Termos de Aditamento 001 e 002, ambos de 2008, em virtude da previsão de terceirização da atividade fim, com amparo no que dispõe a Súmula 331 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho e o artigo 71, da Lei Federal 8.666/93, que disciplina a responsabilização da Administração Pública.

É o relatório.

VOTO

1. O relatório inicial da equipe auditora apontou várias falhas que foram superadas após a juntada das defesas aos autos, mesmo porque, referiam-se a aspectos formais decorrentes, principalmente, da necessidade de adaptação da Organização Social e do próprio Poder Executivo ao modelo Contrato de Gestão.

2. Todavia, restou a discussão em torno da Cláusula Segunda, item 8.2, que estabelecia, dentre as obrigações da contratada, a de "contratar serviços de terceiro, sempre que necessário, responsabilizando-se pelos encargos daí decorrentes".

3. Fazendo interpretação literal, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou que, em última análise, a mencionada cláusula possibilitaria a terceirização da atividade-fim do Contrato de Gestão, o que não poderia ser aceita, por força do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, combinado com a Súmula 331, do TST, diante do risco de corresponsabilidade subsidiária da Administração pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

4. De fato, referida cláusula não definiu com clareza se a contratação dos serviços de terceiros seria para atender necessidade relativa a atividades-meio ou atividade-fim do ajuste. Porém, no TC 300/2009, que cuida da execução deste contrato, a Equipe de Auditoria, após as justificativas apresentadas pela Origem, pelo CEJAM, e pela senhora Clara Sette Whitaker Ferreira, entendeu que não se poderia deixar de alertar a Administração sobre a possibilidade dessas contratações implicarem futura responsabilidade subsidiária.

5. De todo modo, pela natureza dessa avença, a capacidade técnica do CEJAM deveria ser avaliada pela sua natureza, seu grau de vinculação a esse ajuste, incluindo o seu histórico de atuação na área, seu porte e tradição como instituição prestadora do serviço em questão.

6. Não é razoável supor que o CEJAM possuísse em seus quadros de funcionários, desde o início, aparato suficiente para o desempenho de todas as atividades envolvendo a operacionalização da gestão e a execução das atividades e serviços de saúde no Hospital Municipal M'Boi Mirim, a ponto se proibir

eventual contratação com terceiros, para a prestação de serviços complementares ou auxiliares, dimensionados de acordo com a demanda específica daquele hospital.

7. E mais. Em nenhum momento a auditoria questionou em seus sucessivos relatórios, ou mesmo apontou indícios de que o CEJAM não tivesse suporte técnico para assumir a gestão do Hospital de M'Boi Mirim.

8. Pondero também que, mesmo que viesse ocorrer inadimplência dos responsáveis com encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, só haveria transferência de responsabilidade à Municipalidade se restasse comprovada a sua conduta culposa, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da prestadora do serviço, como já decidiu a Corte Constitucional brasileira.

9. Por tais razões, acolho excepcionalmente o Contrato de Gestão 004/2008-NTCSS/SMS.G, por considerar que o item 8.2, da Cláusula Segunda, por si só, não é suficiente para conduzir ao julgamento pela irregularidade do inteiro teor do quanto pactuado, mesmo porque não se pode julgar irregular um ajuste por mera presunção de que possa ter ocorrido eventual terceirização ilícita.

10. Acolho, também, o Termo de Aditamento 001/2008, firmado para suplementação de verbas para investimentos em equipamentos, posto que considerado regular pela auditoria.

11. Tendo em vista que as falhas apontadas na formalização do Aditivo 002/2008, que objetivou a revisão das atividades contratadas e suplementação de verbas de custeio, têm cunho meramente formal e que, de maneira alguma, comprometeram o interesse público, relevo-as, para igualmente acolhê-lo.

12. Registre-se que o acompanhamento da execução do presente ajuste está sendo tratado no TC 300/2009.

13. Encaminhem-se cópias deste voto e do Acórdão a ser produzido ao Ministério Público do Estado de São Paulo e do Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, em razão das solicitações feitas nos autos.

14. Após as medidas regimentais cabíveis, arquivem-se os autos.

É como voto. (3.044ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

A análise do CONTRATO DE GESTÃO 004/08, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e o Centro de Estudos e Pesquisas "Doutor

João Amorim" – CEJAM, com a interveniência da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein – SBIHAE, teve por objeto o desenvolvimento das ações e serviços de saúde no Hospital Municipal M'Boi Mirim.

Este contrato de gestão integra um primeiro ciclo de ajustes firmados e executados entre os exercícios de 2005 a 2012, fase esta considerada como de implantação do modelo de parceria entre o Estado e o Terceiro Setor na área da Saúde, pelo Município de São Paulo.

A instrução dos autos evidenciou irregularidades [1] semelhantes àquelas assinaladas na análise de outros contratos de gestão já

[1]a. Não indicação no Comunicado de Interesse Público nº 04/07 da data-limite para que as organizações sociais, qualificadas na forma da Lei Municipal nº 14.132, de 2006, manifestassem expressamente seu interesse em firmar o contrato de gestão (item 2); b. Fixação do prazo de 5 (cinco) dias para manifestação de interesse, o que difere do previsto no Decreto Municipal nº 47.453/06 de que não poderá ser inferior a 15 (quinze) dias contados da data de publicação do Comunicado de Interesse Público no Diário Oficial da Cidade (item 2); c. Falta de definição, no programa de trabalho apresentado pela OS CEJAM, das metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e qualidade do serviço, no tocante aos aspectos econômico, operacional e administrativo prevista no inciso III, do art. 6º do Decreto Municipal nº 47.544/06 (subitem 3.1); d. Não constou do Programa de Trabalho a definição de indicadores para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços prevista no inciso IV, do art. 6º do Decreto Municipal nº 47.544/06 (subitem 3.1); e. Não foram incluídos os documentos elencados nos incisos I a IV, do art. 7º, do Decreto Municipal nº. 47.544/06 quais sejam: certificado de qualificação como Organização Social emitido pela Secretaria Municipal de Gestão; certidões negativas de falência, concordata ou recuperação judicial, concurso de credores, dissolução e liquidação; declaração de idoneidade da Organização Social e, declaração da Organização Social de que não cumpre as sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, quando a Organização Social manifestou expresso interesse em ser contratada (subitem 3.1); f. Falta de cumprimento ao previsto no inciso IV, do art. 4º do Decreto Municipal nº 48.778/07, eis que não encontrado no P.A., em nome da instituição associada, a inscrição no Cadastro Municipal Único das Entidades Parceiras do Terceiro Setor, prevista no Decreto nº 47.864, de 9 de novembro de 2006 (subitem 3.2); g. A informação de publicação na imprensa, do Regulamento próprio contendo os procedimentos que a Organização Social adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, em atenção ao previsto no art. 19 da Lei Municipal nº. 14.132/06, não foi localizada no P.A (item 6); h. Não localizada no P.A. a informação de que o regulamento próprio, contendo os procedimentos que a organização social adotará para contratação de obras e serviços, foi submetido à aprovação prévia das Secretarias Municipais da Saúde e de Gestão, nos termos do art. 18 do Decreto Municipal nº 47453/06 (item 6); i. Na Internet, não encontramos no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo disponibilizadas as metas e os indicadores de desempenho pactuados, devidamente atualizados, conforme determina o parágrafo único do art. 9º do Decreto Municipal nº. 47.453/06 (item 6); j. Infringência ao artigo 60 da Lei Federal 4.320/64, pois as Notas de Empenho para contratação foram insuficientes para cobrir a despesa do exercício financeiro (subitem 6.1); k. Insuficiência da previsão quantitativa dos subitens II.A – Internação Hospitalar, II.B – Atendimento às Urgências/Emergências e II.C – Serviços de Apoio Diagnóstico e Terapêutico-SADT externo, do item II do Anexo Técnico I (fls. 229/230), pois refere-se ao primeiro período de 12 meses, não abrangendo todo o período de vigência contratual que é de 3 (três) anos, infringindo ao disposto no inciso II do art. 8º do Decreto Municipal nº. 47.453/06 (subitem 6.2.2); l. Infringência ao parágrafo 3º do art. 11 do Decreto Municipal nº 47.353/06 que prevê que os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão deverão ser analisados, continuamente, pela Comissão de Avaliação, em observância ao interesse público, não existindo a previsão de que o Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde (NTCSS) elaborará os instrumentos para o monitoramento e avaliação do funcionamento dos serviços de saúde contratados, assim como não prevendo a criação no âmbito da NTCSS de uma Comissão Técnica de Acompanhamento (CTA) que articule e efetive o processo de acompanhamento e avaliação (subitem 6.2.2); m. Não constou no Anexo Técnico I, o item 6, mencionado no subitem 3 do item I do Anexo Técnico III (subitem 6.2.2); n. Não constou no Anexo Técnico III, o item 6.2; mencionado no item II. A do Anexo Técnico III (subitem 6.2.2); o. Infringência por não constar os indicadores de produtividade, previsto no inciso I, do art. 7º da Lei Municipal nº 14.142/06 e o III, do art. 8º do Decreto Municipal nº 47.453/06 (subitem 6.2.2); p. Infringência ao inciso II do art. 7º da Lei Municipal n 14.132/06 e ao inciso IV do art. 8º do Decreto Muncipal nº

julgados por esta Corte. Não obstante as situações particularizadas no contrato em exame, com alguns dos apontamentos superados pelos órgãos técnicos após as justificativas dos interessados, constata-se que o cenário encontrado não difere em essência das irregularidades destacadas nos primeiros casos já julgados por esta Corte[2], razão pela qual, o entendimento pela irregularidade do ajuste se impõe.

Nesse sentido, entendo que algumas das falhas anotadas têm o condão de macular substancialmente o ajuste em análise, por terem vinculação direta ao necessário controle e fiscalização dos contratos, tais como, a falta de clareza nos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza, a ser percebida pelos dirigentes e empregados da Organização Social; falta de definição e qualidade das metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e qualidade do serviço; bem como de indicadores para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços, conforme previsão contida no Decreto Municipal 47.544/06.

Tais pontos corroboram o que se constatou nesse primeiro ciclo de contratação de Organizações Sociais, pela Secretaria Municipal da Saúde, quando se verificou a reiteração de ausência de cautela e de planejamento nas ações praticadas nesta fase inicial de contratações, na medida em que a Origem passou a transferir, de imediato, a execução dos serviços de saúde às entidades privadas parceiras, mesmo diante de Planos de Trabalho deficientes, com falhas na definição de metas e indicadores.

Outro tema de maior relevância está relacionado às reiteradas deficiências apuradas na gestão financeira, orçamentária e contábil dos contratos de gestão, nesse período inicial, matéria esta que deverá ser abordado por ocasião da oportuna análise da execução desse contrato de gestão, no que tange à análise dos efeitos financeiros decorrentes, que se materializa no bojo do TC 300/2009.

Diante do exposto, voto pela irregularidade do CONTRATO DE GESTÃO 004/08, e respectivos TAs 01/08 e 02/08. (3.044ª S.O.)

47.453/06, eis que não constou no Contrato de Gestão a estipulação clara dos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da Organização Social, no exercício de suas funções, observando que o item 17 da Cláusula II do respectivo contrato atende parcialmente ao disposto nos incisos citados (subitem 6.2.3); q. Não localizado na página eletrônica da Prefeitura do Município de São Paulo, a divulgação, na íntegra, do nome e qualificação dos integrantes da Diretoria, do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal da organização social, conforme previsto "in fine" do § 2º, do art. 6º, da Lei Municipal 14.132/06 (subitem 6.4).

[2] SPDM 72.001.202/09-53 e 72.001.811/09-11; Seconci 72.001.808/09-07 e 72.001.870/09-80 e Santa Casa 72.002+903/10-07 e 72.000.135/11-45