ACO-UTR-601/2024

| | | |
|---|---|---|
| Processo | - | TC/001346/2008 |
| Objeto | - | Execução do julgado do V. Acórdão de 27/02/2019 – Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal, da Secretaria Municipal da Saúde e do Centro de Estudos e Pesquisas Doutor João Amorim – Cejam interpostos em face do V. Acórdão de 28/09/2011 – Secretaria Municipal da Saúde e Centro de Estudos e Pesquisas Doutor João Amorim – Cejam – Acompanhamento – Execução contratual – Verificar se o Contrato de Gestão 03/2007-NTCSS-SMS, cujo objeto é a operacionalização da gestão, apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde na microrregião de M'Boi Mirim, está sendo executado conforme o Plano de Trabalho |

50ª Sessão Ordinária Não Presencial

EXECUÇÃO DO JULGADO. SMS. Operacionalização, apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde. 1. Estabelecido o marco inicial de contagem, uma vez não verificada nenhuma causa interruptiva no intervalo legal, decorridos mais de 5 anos, enseja-se o reconhecimento da prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória. Art. 2º, 5º, II, 6º, I, Res. TCMSP 10/2023. PRESCRIÇÃO. EXTINTO. Votação unânime.

# A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000072/2008 e TC/01346/2008, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, extinguindo o processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único da Resolução 10/2023, complementado pelo item 14 da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM 02/2023, na forma descrita no artigo 487, inciso II do Código Processo Civil.

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

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

São Paulo, 15 de dezembro 2023.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 21/05/2024 16:17:07 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 22/05/2024 11:45:08 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**50ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

**PLENO**

**TC 72/2008 - Análise**
**Objeto:** Operacionalização da Gestão, Apoio e Execução das Atividades e Serviços de Saúde na Microrregião de M'boi Mirim

**TC 1346/2008 - Acompanhamento**
**Objeto:** contratos de gestão verificar se o contrato de gestão nº 3/2007, firmado entre a secretaria municipal de saúde e o centro de estudos e pesquisas dr. joão amorim - cejam, para operacionalização da gestão, apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde no âmbito da microrregião de m'boi mirim está sendo executado conforme o plano de trabalho

**Interessadas:** Secretaria Municipal da Saúde.

**Relator:** Conselheiro EDUARDO TUMA

**Competência:** Pleno

**RELATÓRIOS**

**Do TC 72/2008:**

Trata o presente de análise do Contrato de Gestão nº 003/2007, firmado em 01.08.2007 entre a **Secretaria Municipal de Saúde** e o **Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim – CEJAM**, cujo objeto é a operacionalização da gestão, apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde no âmbito da Microrregião de M'Boi Mirim, pelo valor de R$ 53.385.765,06 (cinquenta e três milhões trezentos e oitenta e cinco mil setecentos e sessenta e cinco reais e seis centavos).

O teor do Contrato de Gestão encontra-se às fls. 213/277 do processo físico, digitalizadas às fls. 252/309 da peça 64 do processo eletrônico.

A dispensa de licitação teve por fundamento o artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, combinado com a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e a Lei Municipal nº 14.132, de 24 de janeiro de 2006, vigentes à época.

Contratualmente está ajustada a possibilidade do contrato e de seus integrantes anexos serem anualmente revisados e alterados, segundo os interesses das partes,

especialmente, no tocante aos anexos, sua substituição e atualização, em razão de seu caráter transitório.

De acordo com a minuciosa análise realizada pela SFC às fls. 331/369, concluiu-se que a presente contratação encontra-se irregular, devendo a Origem promover os devidos ajustes

Em face da conexão das matérias tratadas nos presentes autos e daquelas objeto do **TC nº 1.346/2008**, que cuida da análise da **EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO nº 003/07**, foi ordenada a **reunião de ambos** os processos e determinada a **INTIMAÇÃO DA SIGNATÁRIA DO AJUSTE** e de seus **TERMOS ADITIVOS nºs 001 e 002/08**, respectivamente, para a apresentação de Defesa, tendo sido **oficiada a Origem para o oferecimento de justificativas**.

A SMS apresentou os esclarecimentos que julgou pertinentes (fls. 380/403), pugnando pela regularidade do Contrato e solicitando o arquivamento do presente feito.

Já a signatária do Contrato de Gestão, igualmente notificada, (fls. 412), deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para oferecimento de defesa (fls. 416).

Foram novamente remetidos os autos a Área Técnica, para que analisasse as defesas acrescidas. Em sua manifestação, a SFC (fls. 440/446) analisou os esclarecimentos prestados pela Origem e ratificou sua conclusão anterior, ponderando, contudo, que ainda restavam algumas irregularidades e que deveriam ser adotadas providências em contratos futuros para uma correta elaboração.

Considerou ainda que permaneceram presentes as irregularidades apontadas:

No relatório elaborado pela Auditoria no tocante aos Termos de Aditamento 001 e 002 de 2008 e ao acompanhamento da Execução Contratual, restou esclarecido que os Aditivos consignam serviços ajustados no Contrato de Gestão 003/2007, sendo certo que naquele de nº 001 /08 – há retificação dos termos do contrato e de seus anexos, compreendendo o período de agosto de 2007 a julho de 2008, incluindo a reforma física da Unidade. Figueira Grande para a implantação da Unidade de Assistência Médica Ambulatorial - AMA de mesmo nome, no valor de R$ 4.814.672,86 (quatro milhões, oitocentos e quatorze mil, seiscentos e setenta e dois reais e oitenta e seis centavos).

Consigna, também, o relatório, que o Termo Aditivo 02/08 destinou-se a fixar a suplementação de verbas para investimentos em reforma/instalação, no valor de R$ 508.015,51 (quinhentos e oito mil, quinze reais e cinquenta e um centavos), totalizando os dispêndios a R$ 58.708.453,43 (cinquenta e oito milhões, setecentos e oito mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e quarenta e três centavos).

Determinou-se que fossem os autos remetidos para análise da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que assim opinou (fls. 449/452):

> **Percebe-se que a Área Técnica desta E. Corte de Contas analisou minuciosamente o Contrato de Gestão objeto destes autos, concluindo com base em elementos de ordem fática, pela existência de uma série de irregularidades.**
>
> **Desta forma, acompanho o quanto restou concluído no Relatório de Auditoria, por seus próprios fundamentos, visto que não vislumbro maiores questionamentos de âmbito jurídico.**
>
> **Ante o exposto, opino pela irregularidade do Contrato de Gestão nº 003/2007, sem prejuízo das recomendações pertinentes.**

A Procuradoria da Fazenda do Município, fls. 454/460, exercendo a capacidade postulatória para a defesa dos atos da Administração, de maneira isolada, pugnou pelo acolhimento do Contrato de Gestão e, alternativamente, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Aduziu o seguinte em seu parecer:

> 1) que o contrato foi firmado a fim de que não houvesse comprometimento da prestação dos serviços essenciais de saúde da população.
>
> 2) que a contratada CEJAM já se apresentava qualificada com o histórico de atuação, tendo sido a única interessada, que atendeu ao Comunicado de Interesse Público divulgado para atendimento dos serviços da microrregião de M'Boi Mirim, em atendimento à Lei Municipal 14.132/06 e aos Decretos Municipais 47.544/06 e 47.453/06.
>
> 3) Que os contratos de gestão, formalizando parcerias com os Poderes Públicos no desenvolvimento dos serviços de saúde são instrumentos novos, fato que justifica a existência de possíveis impropriedades como as que foram suscitadas no processo.
>
> 4) Aduziu não consignar o caso concreto nenhuma irregularidade substancial, sendo certo que aquelas de caráter formal não macularam o contrato nem a sua execução.
>
> 5) Propugnou pelo acolhimento dos ajustes examinados, ante a inexistência de prejuízo ou dano ao erário e de culpa, dolo ou má-fé por parte dos agentes públicos responsáveis, e o acolhimento dos efeitos patrimoniais e financeiros produzidos, se não aprovada a avença.

E, por fim, a Secretaria Geral desta E. Corte de Contas (fls. 499/501) manifestou-se afirmando que entende que o contrato não reúne condições de acolhimento, nos seguintes termos:

> **Dos elementos constantes dos presentes autos, notadamente do relatório de SFC, se conclui que o Contrato de Gestão em análise não define minuciosamente as metas a serem atingidas e respectivos prazos de execução; não define as ações estratégicas, planos de ações e revisões periódicas; o contrato celebrado não reflete o Programa de Trabalho; os critérios objetivos de avaliação de desempenho e os indicadores de qualidade e produtividade não fazem parte do Contrato, bem como não consta os limites e critérios para a despesa com a remuneração e**

> **vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados.**
>
> **Diante do exposto, acatando as conclusões do Órgão Técnico, endossado pela AJCE, entendo que o Contrato de Gestão nº 03/2007, não reúne as necessárias condições de acolhimento por esta Corte de Contas.**

Incluso em pauta para julgamento, o presente foi submetido à apreciação dos Nobres Conselheiros que, à unanimidade, no V. Acórdão de fls. 560/562 (peça 3) proferido na 2.579ª Sessão Ordinária, realizada em 28.09.11, julgaram irregular o Contrato de Gestão nº 03/2007-NTCSS-SMS, em razão das infringências mencionadas, nos seguintes termos:

> **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 irregular o Contrato de Gestão 03/2007–NTCSS–SMS, diante das seguintes constatações, em resumo:
>
> a. Não foram descritas de forma clara e abrangente as cláusulas contratuais, consignando, em Programa de Trabalho, as metas a serem alcançadas, com estimativas de quantidades de exames e consultas médicas e de respectivos prazos;
>
> b. Não foi elaborado pela Pasta da Saúde, conforme lhe competia, o Regulamento de Compras, Convênios e Contratações de Obras e de Serviços;
>
> c. Em decorrência das citadas omissões não foram realizadas "in loco" fiscalizações e a elaboração de tabelas representativas das despesas realizadas por categoria, patenteada a insuficiência do número de servidores, revelando-se, em consequência, extremamente frágil o exercício do controle interno do Poder Público Municipal, frente à fiscalização do cumprimento das metas e da fiscalização financeira do contrato;
>
> d. Não foi constituída a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização do Contrato.
>
> (...)

Inconformados com o v. Acordão de fls. 560/562 (peça 3), publicado no D.O.C. em 28 de outubro de 2011, a Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 569/581), o Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim – CEJAM (fls. 599/649), a signatária do Contrato de Gestão (fls. 666/689) e a Secretaria Municipal da Saúde (fls. 692/700), interpuseram Recursos contra a r. Decisão, objetivando a sua reforma.

Na 3.023ª Sessão Ordinária (de 27/02/2019) foi prolatado o V. Acórdão que anulou o V. Acórdão de 28/09/2011 (fls. 560/562 - peça 3), conforme ementa (fls. 817/817v do processo físico – peça 15 do processo eletrônico), uma vez que foi acolhida a preliminar suscitada pela Contratada de nulidade do v. Acórdão por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa inscritos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

> **RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o contrato de gestão. Operacionalização e Apoio à Gestão e Execução das atividades e serviços de saúde. SMS. CONHECIDOS. Votação unânime. Preliminares de cerceamento de defesas ACOLHIDAS, para tornar NULO o julgado. Votação por maioria.**

Em atendimento a supracitada decisão, o CEJAM foi intimado (fls. 849 da peça 66 do processo eletrônico) para ciência e manifestação acerca dos pronunciamentos exarados pela SFC (fls. 331/373; 440/446), pela AJCE (fls. 449/452) e pela SG (fls. 499/501).

Em resposta, o CEJAM encaminhou defesa (anexo à contracapa do processo físico e nas peças 56/59 do processo eletrônico), momento em que se pronunciou apenas a respeito dos apontamentos 5.1.2, 5.1.3 e 5.1.6 (CD anexo à contracapa do processo físico e peças 56/59 do processo eletrônico).

Foram então encaminhados os autos para manifestação da equipe técnica da coordenadoria IV (peça 62). Em sua análise, informou que as alegações de defesa acrescidas pela CEJAM tratam apenas das conclusões 5.1.2, 5.1.3 e 5.1.6 do Relatório de Análise (fls. 331/373). E assim concluiu seu parecer (peça 62):

> **3. CONCLUSÃO**
>
> **Diante do exposto, ratificamos entendimento da auditoria nos itens 5.1.2, 5.1.3 e 5.1.6 e mantemos os demais, nos termos do Relatório de Análise de Contrato de Gestão (fls. 331/373).**

Encaminhados os autos para a Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta assim opinou em conclusão (peças 69 e 70):

> **Ante o exposto, posicionamo-nos pelo não acolhimento Contrato de Gestão nº 003/2007, em razão das conclusões alcançadas pela Auditoria nos relatórios de fls. 331/373 e 909/913, peças 65 e 67, respectivamente, sem prejuízo de outras medidas cabíveis.**

A d. Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação de peça 73, opinou novamente pelo acolhimento da execução do contrato de gestão examinado, ou, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais dos atos realizados, nos seguintes termos:

> **Diante do exposto, este Órgão Fazendário reitera sua anterior manifestação, para o acolhimento do ajuste examinado. Não obstante, caso assim não entendam Vossas Excelências, requer a Fazenda, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, sejam reconhecidos os efeitos jurídicos, uma vez que não se constatou neste processado qualquer indício de dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes responsáveis e, tampouco, prova da existência de dano ou prejuízo ao erário.**

Por fim, a Secretaria Geral (peças 75 e 76) opinou pelo não acolhimento da execução do Contrato de Gestão nº 003/2007. Manifestou-se sobre os apontamentos que a CEJAM se pronunciou (5.1.2, 5.1.3 e 5.1.6), e ratificou os demais, assim concluindo:

> **Do exposto, opino pela irregularidade do Contrato de Gestão nº 003/2007-NTCSS-SMS, tendo em vista os apontamentos 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5, 5.1.6, 5.2.1, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.3, 5.3.4, 5.3.5, 5.3.6, 5.3.7 e 5.4.1.**

**É o relatório do TC 72/2008.**

**Do TC 1.346/2008:**

Trata o presente de análise da execução do Contrato de Gestão nº 003/2007, firmado entre a **Secretaria Municipal de Saúde** e o **Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim – CEJAM**, cujo objeto é a operacionalização da gestão, apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde no âmbito da Microrregião de M'Boi Mirim, pelo valor de R$ 53.385.765,06 (cinquenta e três milhões trezentos e oitenta e cinco mil setecentos e sessenta e cinco reais e seis centavos).

A Auditoria, realizada de 11.06.2008 a 08.07.2008, abrangeu o período de Agosto/2007 a Junho/2008 da execução contratual.

Em atendimento à Ordem de Serviço nº 6.4.7.0213/08, a Coordenadoria IV apresentou o minucioso Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual (fls. 146/160v - peça 51), cuja conclusão inicial foi no sentido da irregularidade da execução (fls. 720/720v):

Devidamente intimada, a Origem apresentou esclarecimentos às fls. 167/172 (peça 51), rebatendo individualmente cada um dos apontamentos trazidos a lume pela Especializada.

Já a signatária do Contrato de Gestão deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para manifestação (fls. 182).

Em nova manifestação (fls. 187/188v – peça 51), a Área Técnica desta E. Corte de Contas ratificou sua conclusão anterior, entendendo, todavia, que as medidas para melhor controlar os Contratos de Gestão estão sendo realizadas e estas devem ser avaliadas nos acompanhamentos futuros.

Conforme determinado à fl. 189 (peça 51), a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se (fls. 191/194 e 195 - peça 51) e opinou pela irregularidade da execução do Contrato de Gestão nº 003/2007, e em sua conclusão assim afirmou:

> **Ainda que se note a tomada de determinadas medidas corretivas, considero que as mesmas não são suficientes para elidir a responsabilidade pela execução desconforme ao Plano de Trabalho traçado neste período apurado.**
>
> **Entendo que as ações atualmente implementadas pela Origem deverão ser avaliadas futuramente, em nova análise de execução contratual.**
>
> **Desta forma, acompanho o quanto restou concluído no Relatório de Acompanhamento da Auditoria, por seus próprios fundamentos, visto que não vislumbro maiores questionamentos de âmbito jurídico.**

> **Ante o exposto, opino pela irregularidade da execução do Contrato de Gestão nº 003/2007, sem prejuízo das recomendações pertinentes.**

A d. Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação de fls. 197/204 (peça 51), opinou pelo acolhimento da execução do contrato de gestão examinado, ou, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, alegando, entre outros pontos, que: (i) *a aludida Organização Social de Saúde já apresentava comprovado histórico de atuação, e, foi a única a se candidatar para a gestão de saúde da aludida Microrregião*; (ii) *na época em que o presente contrato foi firmado, a legislação que o regulamentava era bastante recente*; (iii) as impropriedades levantadas *são plenamente escusáveis, em razão da novidade que tais instrumentos representavam na época*; (iv) deve-se considerar o *esforço da Origem em aprimorar os controles nos instrumentos em tela, o que, aliás, foi reconhecido pelos doutos auditores dessa E Corte de Contas*; (v) *no caso concreto não houve qualquer irregularidade substancial, a qual pudesse ter trazido prejuízo ao Tesouro. E dizer: as falhas apontadas não inquinaram de vício o Contrato de Gestão em exame e tampouco comprometeram a sua execução*.

Às fls. 242/245 (peça 51), a Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Especializada, motivo pelo qual considerou que a execução do Contrato de Gestão nº 003/2007 não se encontrava em condições de ser acolhida por esta Corte de Contas:

> **De minha parte, após a detalhada análise procedida pela SFC, cotejando os serviços previstos e realizados dos controles existentes que garantam a correta execução do objeto contratado, considero que a execução do Contrato de Gestão nº 003/2007 não se encontra em condições de ser acolhida por esta Corte de Contas.**

Em V. Acórdão de fl. 264 (peça 51) proferido na 2.579ª Sessão Ordinária, realizada em 28.09.11, a execução do Contrato de Gestão nº 003/2007/NTCSS-SMS foi julgada irregular, nos seguintes termos:

> **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 irregulares os Termos de Aditamento 01 e 02, ambos de 2008, bem assim a execução contratual dos ajustes, no período compreendido entre agosto de 2007 e julho de 2008, com despesas liquidadas e pagas no montante de R$ 44.646.500,10 (quarenta e quatro milhões, seiscentos e quarenta e seis mil, quinhentos reais e dez centavos), uma vez que não foi executado o instrumento de contrato e respectivos anexos técnicos nos termos do pactuado.

Foram interpostos recursos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 271/281), pelo CEJAM (fls. 295/347 e 361/386) e pela Secretária Municipal de Saúde - SMS (fls.352/360).

Na 3.023ª Sessão Ordinária (de 27/02/2019) foi prolatado o V. Acórdão (fls. 450/450v –peça 52) que reformou o V. Acórdão de 28/09/2011 (fls. 264 – peça 51), uma vez que foi acolhida a preliminar suscitada pela Contratada de nulidade do v. Acórdão por ofensa

aos princípios do contraditório e da ampla defesa inscritos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal

> **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer dos recursos interpostos, visto que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade.
>
> **ACORDAM**, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator; com relatório e voto, e DOMINGOS DISSEI – Revisor, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO, para efeito de desempate, nas termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, reconhecendo que a oportunidade de oferecimento de defesa deve anteceder a decisão que sucede a instrução inaugural do feito, em acolher as preliminares de cerceamento de defesa arguidas, para o fim de promover a anulação do julgado, retornando-se os autos à Relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis por eventuais irregularidades mencionadas no relatório de Auditoria
>
> (...)

Em atendimento a supracitada decisão, após o seu trânsito em julgado, o CEJAM foi intimado (fl. 470) para ciência e manifestação acerca dos pronunciamentos exarados pela SFC (fls. 146/160), pela AJCE (fls. 191/194) e pela SG (fls. 242/245).

Em resposta, o CEJAM encaminhou defesa (CD anexo e peças 43 a 46), a qual foi analisada pela equipe técnica da coordenadoria IV (fls. 532/534v – peça 52), que apresentou as seguintes análises:

> Em relação aos apontamentos 4.1 e 5.1, "*conforme averiguamos às fls. 163 e 253 da Peça 46 do eTCM e CD anexo, a falha no registro do repasse não foi corrigida*".
>
> No tocante aos apontamentos 4.3 e 5.4, "*ainda que afirme ter adotado as medidas saneadoras recomendadas, a OS não traz qualquer elemento probatório do alegado*".
>
> Quanto aos apontamentos 4.4 e 5.5 "*o CEJAM limita-se a veicular defesa genérica, afirmando que observou os princípios constitucionais, sem apresentar quaisquer evidências ou justificativas do alegado*".
>
> As recomendações 5.2 e 5.3 foram ratificadas/reiteradas, respectivamente, nos seguintes termos:
>
> *A recomendação 5.2 destina-se à SMS, visto que, segundo constatado pela Auditoria "o controle interno exercido atualmente pela SMS, no que se refere à fiscalização da gestão financeira, é muito frágil e implica riscos para a municipalidade" (fl. 150).*
>
> *A recomendação 5.3 destina-se à SMS. Cumpre-nos apenas destacar que o Decreto Municipal 49.523/08 foi revogado pelo Decreto Municipal 52.858/2011, o qual, no artigo 40, manteve a função da análise de prestação de contas da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização.*
>
> *Portanto, reiteramos o conteúdo da recomendação 5.3, fazendo atualização apenas para constar o Decreto Municipal 52.858/2011 onde constava o revogado Decreto Municipal 49.523/08.*

Por fim, a Especializada assim concluiu:

> **Diante do exposto, ratificamos as conclusões da auditoria nos itens 4.1 , 4.3 e 4.4. bem como as recomendações 5.1, 5.2, 5.4 e 5.5 do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fls. 146/1 60v).**
>
> **Com relação à recomendação 5.3, reiteramos seu conteúdo, fazendo atualização apenas para constar o Decreto Municipal 52.858/2011 onde constava o revogado Decreto Municipal 49.523/08.**
>
> **As demais conclusões e recomendações mantém-se nos exatos termos do Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual (fls. 146/1 60v).**

Encaminhados os autos para a Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta assim opinou em conclusão (peça 54):

> Ante o exposto, posicionamo-nos pelo não acolhimento da **execução do Contrato de Gestão nº 003/2007**, em razão das conclusões alcançadas pela Auditoria nos relatórios de fls. 146/160vº e 532/534vº, peças 51 e 52, respectivamente, sem prejuízo de outras medidas cabíveis.

A d. Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação de peça 58 opinou, novamente, pelo acolhimento da execução do contrato de gestão examinado, ou, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais dos atos realizados, nos seguintes termos:

> ... requer que a Execução do Contrato de Gestão 03/2007, ora analisada, seja acolhida, posto que formalmente regular, relevando-se as impropriedades apontadas, na medida que as mesmas não comprometeram e tampouco viciaram os atos praticados.
>
> Não obstante, ainda que assim não entendam esses Nobres Conselheiros, requer a Fazenda que, ao menos, sejam reconhecidos os efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais decorrentes dos atos praticados, ante à ausência de dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos, e, principalmente, em face da inexistência da comprovação de um prejuízo concreto ao erário.
>
> Com efeito, em face do longo tempo transcorrido, tal decisão encontra pleno respaldo nos princípios da estabilização das relações entre as partes e da segurança jurídica no tempo.

Por fim, a Secretaria Geral (peças 60 e 61) opinou pelo não acolhimento da execução do Contrato de Gestão nº 003/2007, assim concluindo:

> **Portanto, conforme as razões acima expostas, tendo em vista que os do Relatório da Auditoria, impedem o acolhimento da Execução Contratual *sub examine*, e que nem mesmo após a apresentação das defesas juntadas a estes autos tais apontamentos puderam ser afastados, opino, na esteira dos órgãos técnicos desta C. Corte de Contas, pelo NÃO ACOLHIMENTO da Execução do Contrato de Gestão nº 003/2007, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde – SMS e o Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim – CEJAM, sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro Relator entender pertinentes.**

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

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

Neste contexto, buscando sanear processos possivelmente prescritos, foi encaminhado o presente feito à Assessoria Jurídica de Controle Externo que emitiu seu Parecer de peça 49 dos autos 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

Conforme relatado, o **TC 72/2008** trata da Análise do Contrato de Gestão nº 3/2007 e o **TC 1.346/2008** da respectiva Execução contratual, firmado entre a **Secretaria Municipal de Saúde** e o **Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim – CEJAM**, cujo objeto é a operacionalização da gestão, apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde no âmbito da Microrregião de M'Boi Mirim, pelo valor de R$ 53.385.765,06 (cinquenta e três milhões trezentos e oitenta e cinco mil setecentos e sessenta e cinco reais e seis centavos).

Com o acolhimento da preliminar de nulidade por cerceamento de defesa alegada nos recursos interpostos em ambos os TCs pelos Interessados, os Acórdãos antes proferidos foram anulados, retornando os processos para a fase de instrução inicial.

Dito isso, sobre a incidência da prescrição dos casos ora sob julgamento, 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]

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil*. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.

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

Este posicionamento, inclusive já havia sido referendado pelo Supremo Tribunal

[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

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.

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

[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*

é prescritível. Entretanto, no contexto da Jurisdição dos Tribunais de Contas, o importante que foi definido novamente o limite das ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa. Nesse sentido, confira trecho do voto vencedor do Ministro Edson Fachin:

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

Finalmente no julgamento do Tema 899 o Plenário do Excelso Pretório enfrentou a questão da prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Tribunal de Contas, decidindo por unanimidade que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas. Conforme o Ministro Relator Alexandre de Moraes, as decisões dos temas anteriores 666 e 897 levaram a seguinte conclusão:

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

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

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

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

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

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

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

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

[9] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos "atos dolosos de improbidade administrativa". É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 5509, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

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:

> "*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 nº 5.509, 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 pelo Chefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo na peça 49 dos autos "*conforme apontado no despacho constante da peça 19, observa-se*

*transcurso de lapso temporal superior a 5 anos, sem nova interrupção, após o marco interruptivo destacado na peça 17, fl. 157, ocorrido em 28.07.2014 (também constante da 3), tudo isso com base no art. 5º, inciso II, cumulado com art. 6º, inciso I, da Resolução 10/2023 desta E. Corte de Contas."*

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

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória, entendo ser caso de extinção do processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 12, parágrafo único[10] da Resolução nº 10/2023, complementado pelo item 14[11] da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTC-ABRACOM n° 02/2023, na forma descrita no artigo 487, II[12] do Código

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

**EDUARDO TUMA**
**Conselheiro Relator**

[10] Na hipótese de decisão ou deliberação pela não continuidade do processo, mediante fundamentação, o processo será extinto por decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno.
[11] 14. A decisão que reconhecer a decadência ou a prescrição extinguirá o processo com resolução de mérito.
[12] Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
(...)
II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;



Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 22/05/2024 11:45:11 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

**TC nº 1.346/2008**

**2º Julgado**

**RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular a execução do contrato de gestão. Operacionalização e Apoio à Gestão. Execução das atividades e serviços de saúde. SMS. CONHECIDOS. Votação unânime. Preliminares de cerceamento de defesas ACOLHIDAS, para tornar NULO o julgado. Votação por maioria.**

**3.023ª Sessão Ordinária**

**1º Julgado**

**ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO DE GESTÃO. TERMOS ADITIVOS. SMS. Operacionalização e Apoio à Gestão. Execução das atividades e serviços de saúde. Ajustes não executados nos termos pactuados. IRREGULARES. Votação unânime.**

**Relatório e Voto englobado TC**: 072/2008.

**TCs citados**: 3.243/2003, 5.201/2003 e 6.621/2004

**2.579ª Sessão Ordinária**

**2º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados englobadamente os processos TC 072/2008 e TC 1.346/2008 e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pela Conselheira Substituta MILENA GIOVANNETTI, após vista que fora concedida ao Conselheiro EDSON SIMÕES, na 2.998ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e DOMINGOS DISSEI – Revisor.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer dos recursos interpostos, visto que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade.

**ACORDAM**, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório e voto, e

DOMINGOS DISSEI – Revisor, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO, para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, reconhecendo que a oportunidade de oferecimento de defesa deve anteceder a decisão que sucede a instrução inaugural do feito, em acolher as preliminares de cerceamento de defesa arguidas, para o fim de promover a anulação do julgado, retornando-se os autos à Relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis por eventuais irregularidades mencionadas no relatório de Auditoria.

Vencidos o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, consoante declaração de voto apresentada, e a Conselheira Substituta MILENA GIOVANNETTI, que não acolheram a preliminar de nulidade suscitada nestes autos, e deram provimento parcial ao apelo interposto pelo Centro de Estudos e Pesquisas Doutor João Amorim – CEJAM, apenas no que se refere à recomendação de não aplicação da sanção de inidoneidade pela Municipalidade à referida entidade, mantendo-se, no mais, a decisão exarada no julgamento de Primeiro Grau.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e a Conselheira Substituta MILENA GIOVANNETTI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de fevereiro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente, com voto

MAURÍCIO FARIA
Relator

**RELATÓRIO ENGLOBADO**

Trata-se de julgamento conjunto[1] dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Organização Social "Dr. João Amorim – CEJAM", pela Secretária Municipal de Saúde à época - Sra. Maria Aparecida Orsini de Carvalho Fernandes – e pela Secretaria Municipal da Saúde, em face da decisão unânime que julgou irregular o Contrato de Gestão 03/2007 (objeto do TC 9-23), seus Termos Aditivos 01 e 02, ambos de 2008, bem como a execução contratual

[1] Tendo em vista o julgamento em conjunto dos TCs em epígrafe, bem como o conteúdo dos recursos serem idênticos, igualmente trataremos aqui das razões de forma conjunta.

dos ajustes (objeto do TC 1.346/2008), no período compreendido entre agosto de 2007 e julho de 2008.

Também por unanimidade, o Acórdão determinou a aplicação de multas aos agentes públicos responsáveis e expedição de ofício à Câmara Municipal de São Paulo, ao Conselho Municipal de Saúde, ao Prefeito do Município de São Paulo, ao TCU e ao Ministério Público Federal e do Estado de São Paulo.

Por fim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Relator, Eurípedes Sales – Revisor e Antônio Carlos Caruso – votando no exercício da presidência, para efeito de desempate, acordaram em recomendar ao Exmo. Sr. Prefeito, que declare inidôneo o Centro de Estudos e Pesquisas "Dr. João Amorim – CEJAM".

A Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou recurso alegando, em síntese, que o V. Acórdão prolatado merece ser reformado para acolher os instrumentos examinados, a fim de tornar insubsistentes as multas cominadas aos agentes e, de outra parte, visando o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais do Contrato, ao argumento de que não houve irregularidades aptas a macular o ajuste, nem tampouco houve prejuízo ao Erário ou má-fé dos agentes públicos envolvidos.

O CEJAM, na qualidade de Contratado, apresentou recurso suscitando dois aspectos preliminares. Primeiro, ressaltou a ausência de intimação na fase instrutória, requerendo a anulação da decisão proferida e a reabertura da instrução processual. Na sequência, aduziu a impossibilidade do TCM recomendar ao Chefe do Executivo que declare a inidoneidade do CEJAM, não somente pela ausência de observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, como também pelo fato de que a competência, para tanto, é privativa da autoridade que celebrou o ajuste, conforme se depreende do artigo 87, § 3º, da Lei 8.666/93.

Quanto ao mérito, alegou que: (i) o contrato de gestão trouxe todos os dispositivos necessários à sua execução; (ii) detalhes sobre os resultados, metas e indicadores estavam claramente definidos nos anexos do Ajuste; (iii) a falta de rigidez nas cláusulas do contrato de gestão se justifica pela própria natureza do instrumento, que tem por objeto obrigação de resultado[2], não de uma obrigação de meio; (iv) submeteu o seu regulamento à SMS, que com ele anuiu e enviou para publicação; (v) cabe ao TCM/SP apenas verificar se os procedimentos previstos no regulamento foram respeitados; (vi) não há qualquer impedimento legal para a contratação, pelo CEJAM, de servidores públicos para jornada de trabalho complementar.

[2] (...) no contrato de gestão, impõe-se à organização social uma obrigação de resultado, qual seja, alcançar determinadas metas, mensuráveis por meio de indicadores de qualidade e produtividade. "O controle é feito por meio da verificação do alcance ou não das metas e resultados, ficando em segundo plano a verificação dos meios utilizados para isso." (p. 616)

Em relação aos demais apontamentos, afirmou o Recorrente que a decisão da Corte não condiz com as práticas da SMS, que sempre apresentou um controle efetivo, além do próprio controle interno da organização, por meio do seu Conselho de Administração e Conselho Fiscal. Por fim, trouxe gráficos contendo os indicadores de produção, inclusive com comparação aos anos anteriores.

A Secretaria Municipal de Saúde e a Secretária Municipal de Saúde à época – Sra. Maria Aparecida Orsini de Carvalho Fernandes – apresentaram seus recursos reiterando os termos alegados em suas defesas iniciais. Vale destacar que o recurso da Origem registrou que não há qualquer conduta ou motivo que justifique a recomendação para declarar a inidoneidade da Organização Social CEJAM, pois o contrato foi executado e as metas atingidas. Aduziu, finalmente, a nulidade do Acordão, devido à ausência de intimação do CEJAM, e, portanto, a inobservância da regra constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Passando à instrução recursal, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pelo conhecimento dos recursos interpostos, pelo não acolhimento da preliminar suscitada pelo CEJAM e pela SMS, e, no mérito, pelo não provimento dos mesmos, com a manutenção da R. Decisão recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal pleiteou o conhecimento e provimentos dos recursos, para a reforma da R. Decisão, considerando-se, ao final, regulares os atos analisados, ou, alternativamente, pela aceitação dos efeitos financeiros dos Ajustes devido à ausência de dolo ou prejuízo ao Erário.

A Secretaria Geral manifestou-se no sentido de conhecer os recursos apresentados. No tocante à preliminar arguida pelo CEJAM, propôs seu não acolhimento. Opinou, no mérito, pela negativa de provimento aos apelos, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

É o Relatório.

## VOTO ENGLOBADO

Conheço dos recursos interpostos eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Desta feita, cumpre analisar a matéria suscitada em sede preliminar pelo CEJAM e pela Secretaria Municipal de Saúde, qual seja, a alegação de que não houve intimação da Organização Social contratada na fase instrutória do feito, o que, no seu entender, deságua em prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, considerando que a mesma poderia contribuir com aspectos relevantes à formação do juízo da matéria analisada, mas, de outra parte, somente

teve conhecimento do quanto processado a partir de sua intimação para conhecer Acórdão já proferido.

A meu ver, a preliminar lançada merece destaque, pois, como garantia assegurada às partes em todas as etapas do processo, o exercício do contraditório e da ampla defesa tem previsão expressa no artigo 5º, LV, da Constituição da República, constituindo verdadeira garantia às pessoas.

Quanto ao momento em que se deve desenvolver a oportunidade de defesa, outra forma não poderia existir senão prévia ao julgamento e ao estabelecimento de penalidades. Neste particular, invoco os ensinamentos de Lucia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 4ª ed., p. 410/411), a saber:

"O amplo contraditório, felizmente, foi estendido também ao processo administrativo, no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal".

(...)

Em consequência, assegura-se o amplo contraditório porque a lei pretende seja assegurado direito amplo de defesa. Estar-se-ia garantindo formal e materialmente o amplo contraditório.

Anote-se que a defesa, em regra, há de ser prévia, e não "a posteriori"."

Frise-se que em casos nos quais esta Corte imputou débito ao ordenador da despesa sem que ele tenha tido oportunidade de se manifestar durante a instrução processual, houve a judicialização da questão, tendo sido invalidada a decisão desta Corte justamente sob a assertiva de que foi subtraída a oportunidade de defesa prévia à aplicação de penalidades. Este é o teor da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO E DECLARATÓRIA – Parecer do Tribunal de Contas, condenando o autor a restituir aos cofres públicos o prejuízo apurado – Interposição de recurso perante o Tribunal de Contas que não supre a ausência de ampla defesa – Ofício expedido pela Municipalidade determinando a restituição do valor, sob pena de inscrição na dívida ativa – Ilegalidade – Ausência de regular processo administrativo – Formalidades legais não observadas – Ato condicionado a prévio procedimento administrativo, com direito a ampla defesa e ao contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal – Manifestação perante o Tribunal de Contas, que não justifica a ausência de oportunidade de defesa em sede administrativa – Atos diversos, cujas consequências também o são – Manutenção da R. sentença impugnada, que decretou a nulidade do processo administrativo –

Improvimento aos recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade".[3] (Grifos nossos).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também caminha conforme a tese trilhada, a saber:

"CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO."

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o 'due process of law', nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do 'due process of law' (CF, artigo 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, artigo 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do 'due process of law', que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. – Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência[4].

[3] Apelação Cível n.º 585.295-5/0-00, Relator Desembargador Prado Pereira, Décima Segunda Câmara - Seção de Direito Público, DJ 04.03.2009.
[4] RMS 28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 30.04.2014

Importante registrar, também, o precedente deste E. Tribunal ocorrido em 05.04.2017, no julgamento dos TCs 391/2008 e 886/2008, de minha relatoria, quando se decidiu, por unanimidade[5], dar provimento parcial ao reexame necessário e voluntário da PFM, para anular o julgado devido à ausência de intimação da contratada.

Desta feita, entendo que não prospera o argumento lançado pela Assessoria Jurídica de Controle Interno e Secretaria Geral no sentido de que, em sede de recurso, o interessado poderá promover as razões de defesa que entender cabíveis, assegurando-lhe, com isso, o direito constitucional da ampla defesa.

Diante do exposto, e reconhecendo que a oportunidade de oferecimento de defesa deve anteceder à decisão que sucede à instrução inaugural do feito, voto no sentido do acolhimento das preliminares de cerceamento de defesa aduzidas pela Organização Social CEJAM e pela Secretaria Municipal de Saúde, para o fim de promover-se a anulação do julgado, retornando-se os autos à Relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis por eventuais irregularidades mencionadas no relatório de Auditoria.

**DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim**

Conheço dos Recursos, posto que preenchem os pressupostos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte de Contas. Não acolho a preliminar suscitada pela Contratada de nulidade do v. Acórdão por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa inscritos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, ante a ausência de demonstração e prova de prejuízo por falta de intimação para exercer aqueles direitos, durante a fase de informação e instrução dos processos, harmonizando-se, igualmente, ao entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral. Para não alongar a apreciação e discussão desse tema, permito-me reportar aos fundamentos dos Votos de Desempate por mim proferidos nos TCs 481/2006 e 4.674/2002.

No mérito, dou provimento parcial ao Recurso interposto pela CEJAM – Centro de Estudos e Pesquisas Doutor João Amorim, nos autos do TC 72/2008, apenas no que se refere à recomendação de não aplicação da sanção de inidoneidade pela Municipalidade à referida Entidade, pois entendo que não restaram configurados nos autos novos elementos provenientes de aprofundamento da análise dos Ajustes capazes de fundamentar a referida pena, mantendo a decisão por mim exarada no julgamento de Primeiro Grau, em que fui vencido neste tema e nego provimento aos demais Recursos interpostos, mantendo a Decisão recorrida

[5] Exmo. Cons. Domingos Dissei (Revisor), Exmo. Cons. Edson Simões, Exmo. Cons. João Antônio e Exmo. Cons. Roberto Braguim (Presidente).

nos demais dispositivos, em harmonia aos pareceres da Secretaria Geral e da Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte de Contas.

**1º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados englobadamente com o TC 072/2008, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

**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 irregulares os Termos de Aditamento 01 e 02, ambos de 2008, bem assim a execução contratual dos ajustes, no período compreendido entre agosto de 2007 e julho de 2008, com despesas liquidadas e pagas no montante de R$ 44.646.500,10 (quarenta e quatro milhões, seiscentos e quarenta e seis mil, quinhentos reais e dez centavos), uma vez que não foi executado o instrumento de contrato e respectivos anexos técnicos nos termos do pactuado.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda "ad hoc" MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de setembro de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES
Relator

**RELATÓRIO ENGLOBADO**

O primeiro trata da análise e julgamento do **Contrato de Gestão 03/2007–NTCSS–SMS** (folha 220/232), firmado entre a **Secretaria Municipal da Saúde** e a **Organização Social** denominada **CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS "DR. JOÃO AMORIM" – CEJAM**, enquanto no **TC 1.346/2008,** estão analisados os **Termos de Aditamento 01 e 02/2008 e o Acompanhamento da Execução do referido ajuste,** cujo objeto consiste na operacionalização da gestão, apoio à gestão e execução das atividades e serviços de saúde na

**MICRORREGIÃO DE M'BOI MIRIM,** segundo disposto nos anexos técnicos que integram o ajuste.

O valor estimado ajustado pelos serviços contratados é de R$ 53.385.765,06 (cinquenta e três milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, setecentos e sessenta e cinco reais e seis centavos), com prazo de vigência fixado em 03 (três) anos, a partir de 1º/08/2007 (data da assinatura).

Contratualmente está ajustada a possibilidade do contrato e de seus integrantes anexos serem anualmente revisados e alterados, segundo os interesses das partes, especialmente, no tocante aos anexos, sua substituição e atualização, em razão de seu caráter transitório.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle se pronunciou no sentido da irregularidade do contrato, propondo que a Pasta contratante observasse as formalidades legais atinentes à documentação contratual, às justificativas expostas para a contratação e aquelas relacionadas à elaboração do ajuste e ao valor empenhado, a saber:

**A - Quanto à documentação para a contratação**

1 - Não houve a juntada no P.A. 2007.0.091.788-4 da Origem do ato de designação da Comissão Especial de Seleção, conforme dispõe o artigo 2º, § 1º, inciso IV, do Decreto Municipal 47.544/06.

2 - Não foram exibidos documentos da Organização Social, tais como:

a - certificado de sua qualificação como ente social;

b - certidões negativas de falência, recuperação judicial, concurso de credores, etc.;

c - declaração de idoneidade da entidade;

d - declaração de que a contratada não cumpre as sanções previstas no artigo 87 da Lei Federal 8.666/93;

e - ato constitutivo ou estatuto social.

3 - Inobservância de todas as exigências expressas no artigo 6º do Decreto Municipal 47.544/06, e em especial dos seguintes incisos:

II – detalhamento do valor orçado para implementação do Programa de Trabalho;

III – definição de metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e qualidade do serviço, no tocante aos aspectos econômico, operacional e administrativo, e os respectivos prazos e cronogramas de execução;

IV – definição de indicadores para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços;

V – comprovação de satisfatória situação econômico-financeira da entidade;

4 - O parecer exarado pela Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal da Saúde abrange anteriores contratos de gestão e não aquele relativo ao contrato em análise, como preceitua o artigo 2º, inciso VII, do referido decreto.

5 - Ausência de metas e indicadores de desempenho pactuados entre as partes no Portal da Prefeitura Municipal de São Paulo na Internet.

6 - Ausência, no Processo Administrativo, do Regulamento Próprio da Contratada e de sua divulgação no Diário Oficial da Cidade, fixando os procedimentos a serem observados pela contratada para a contratação de obras e serviços para compras, a teor do disposto no artigo 19 da Lei Municipal 14.132/06.

**B - No que diz respeito à justificativa do ajuste**

1 – Nas razões apresentadas pela Secretaria Municipal da Saúde não estão expostas com clareza e detalhes as justificativas acerca da necessidade da contratação. Está conferida licença em caráter genérico enunciando achar-se a Organização Social para Gestão da Microrregião M'Boi Mirim autorizada para a contratação unicamente, em razão das prementes necessidades da Administração Pública.

2 - A Secretaria Municipal da Saúde deixou de elaborar as metas mínimas para assinatura do contrato na ocasião em que a contratada foi convocada a apresentar sua proposta técnica.

**C - Quanto à elaboração do contrato**

1 - Inexistência de metas claramente definidas, em cláusula específica vinculando o Contrato de Gestão ao Programa de Trabalho, obrigando ambas as partes ao cumprimento do estabelecido, fato que acarreta a possibilidade de descumprimento da avença, uma vez que as condições de execução do pactuado apenas geram obrigações quando especificamente estabelecidas, infringindo, desse modo, ao disposto no artigo 7º, inciso I, da Lei Municipal 14.132/06.

2 - Descumprimento do artigo 11, §§ 1º e 2º do Decreto Municipal 47.453/06, considerando que restaram indefinidas as metas a serem alcançadas e ausentes os indicadores de desempenho, sendo, portanto, impossível a elaboração de relatório de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e de produtividade previstos no contrato de gestão sob análise.

3 - O ajuste fere o disposto no artigo 7º, inciso II, da Lei Municipal 14.132/06, uma vez que não foram explicitados, de forma clara, os limites mínimos, médios e máximos e os critérios para a realização de despesas com a remuneração e vantagens a serem percebidos pelos dirigentes e empregados da contratada.

**D - Quanto ao valor empenhado**

1 - O contrato não define os valores necessários para as despesas com equipamentos, materiais permanentes e reformas.

A Secretaria Municipal da Saúde apresentou suas justificativas acerca dos aspectos expostos no Relatório da Auditoria, tendo a Coordenadoria IV, retificado as conclusões exaradas às folhas 362/369, concluindo que subsistiram, ainda, as seguintes irregularidades no Contrato de Gestão 003/2007:

1- Não houve a juntada no P.A. 2007.0.091.788-4, do ato de designação da Comissão Especial de Seleção, conforme dispõe o artigo 2º, § 1º, Inciso IV, do Decreto Municipal 47.544/06;

2- Não foram apresentados pela Organização Social, os documentos enunciados no artigo 7º, incisos I a V, do Decreto Municipal 47.544/06;

3- Não há no Portal da Prefeitura do Município de São Paulo, na Internet, a disponibilização das metas e dos indicadores de desempenho pactuados, de acordo com o estabelecido no parágrafo único do artigo 9º do Decreto Municipal 47.453/06;

4- O contrato de gestão não estipula claramente os limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidos pelos dirigentes e empregados da Organização Social, de acordo com o estabelecido no artigo 7º, inciso II, da Lei Municipal 14.132/06.

No relatório elaborado pela Auditoria no tocante aos Termos de Aditamento 001 e 002 de 2008 e ao acompanhamento da Execução Contratual, restou esclarecido que os Aditivos consignam serviços ajustados no Contrato de Gestão 003/2007, sendo certo que naquele de nº 001/08 – há retificação dos termos do contrato e de seus anexos, compreendendo o período de agosto de 2007 a julho de 2008, incluindo a reforma física da Unidade Figueira Grande para a implantação da Unidade de Assistência Médica Ambulatorial – AMA de mesmo nome,

no valor de R$ 4.814.672,86 (quatro milhões, oitocentos e quatorze mil, seiscentos e setenta e dois reais e oitenta e seis centavos).

Consigna, também, o relatório, que o Termo Aditivo 02/08 destinou-se a fixar a suplementação de verbas para investimentos em reforma/instalação, no valor de R$ 508.015,51 (quinhentos e oito mil, quinze reais e cinquenta e um centavos), totalizando os dispêndios a R$ 58.708.453,43 (cinquenta e oito milhões, setecentos e oito mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e quarenta e três centavos).

Em preliminares considerações, a área auditora afirmou que as contratações de ajustes de parceria público-privadas, denominados Contratos de Gestão com Organizações Sociais que atuam na área da saúde, administrando a gestão de serviços e equipamentos municipais, surgiu com o advento da Lei Municipal 14.132, de 24/01/2006.

Ao analisar as despesas examinadas nos balancetes das prestações de contas da Contratada – CEJAM, concluiu que, no tocante à fiscalização da gestão financeira, era extremamente frágil o controle interno exercido pela Secretaria Municipal da Saúde, pois os documentos que a evidenciam e dão suporte às prestações de contas permaneceram nos arquivos da contratada.

Apontou que a Pasta não efetua “in loco” nenhuma fiscalização nas unidades geridas pela Organização Social e que, apenas um servidor é responsável pela análise das prestações de contas dos oito contratos de gestão existentes até a data do relatório apresentado.

E mais, que de acordo com os termos do Decreto Municipal 47.453, que vigorou até maio de 2008, a análise das prestações de contas era incumbência de uma Comissão Técnica de Acompanhamento, que contava com reduzido número de integrantes e deveria encaminhar o relatório conclusivo de suas atividades ao Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde da Secretaria, o qual detém a condição de órgão supervisor.

No tocante ainda à análise dos Termos Aditivos e ao Acompanhamento da Execução Contratual, ao abordar os aspectos mais significativos da matéria, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou o seguinte:

**1- No tocante aos contratos firmados pela contratada**

Ressaltou que no mês de Abril de 2008, foram firmados contratos de locação de veículos, de imóveis e de seguros, de prestação de serviços de exames radiológicos, de conservação de equipamentos radiológicos, etc.

**2- Quanto às contratações de obras e serviços.**

Assinalou que as aquisições, obras e serviços que representaram as despesas examinadas no mês de Abril de 2008 pela Cejam, resultaram na inobservância dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e do julgamento objetivo, em ofensa ao artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, uma vez que o Regulamento de Compras, Convênios e Contratações das Obras e Serviços das Organizações Sociais não consigna a obediência aos preceitos da lei federal citada.

**3- No respeitante à administração de pessoal.**

a) Não foram encontrados servidores públicos afastados, no quadro de pessoal do Cejam, mas que foi, entretanto, constatado, que os servidores municipais afastados, que no Município cumprem jornada de 4 (quatro) ou de 6 (seis) horas diárias, possuem outro vínculo com a Organização Social para complementar a carga horária legal.

b) É obedecido para a contratação de pessoal o documento Norteador de Recursos Humanos, instituído pela Portaria 892 de 29/12/2004, o qual estabelece provas escritas, práticas etc. E que, para a contratação de médicos, a realização de provas e dinâmicas é opcional, uma vez que a oferta de profissionais é inferior à demanda desejada, constituindo um dos maiores problemas enfrentados nas atividades dos contratos de gestão.

c) Apurou-se que os salários pagos pelas Organizações Sociais do Município de São Paulo são compatíveis com aqueles remunerados pelo CEJAM.

**4- Das visitas realizadas nas unidades de saúde do M'boi Mirim.**

Afirmou, ainda, que nas visitas efetuadas nas unidades inspecionadas, não se constatou existir afixado em local visível, a indicação de ser gratuita a prestação dos serviços, infringindo o disposto na cláusula segunda do contrato de gestão em exame.

**5- Do acompanhamento do contrato e avaliação dos serviços de saúde.**

Restou esclarecido constar do Anexo II da avença, que trata a respeito dos critérios gerais para o acompanhamento do contrato, que objetivando o monitoramento e a avaliação dos contratos de gestão, a Secretaria da Saúde constituiria no âmbito do Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde – NTCSS, a Comissão Técnica de Avaliação – CTA.

Aduziu mais, que, objetivando acompanhar e fiscalizar a execução do contrato de gestão, outra comissão, designada Comissão de Acompanhamento e Fiscalização – CAF, citada no Decreto Municipal 49.523/08, que regulamenta a Lei Municipal 14.132/06, não fora ainda constituída.

Arrematou, em conclusão, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que em razão dos exames documentais realizados e das diligências efetuadas, que o Contrato de Gestão em apreço não estava sendo executado de conformidade com o pactuado e prescrito pela legislação pertinente, sendo, portanto, irregulares as despesas liquidadas e pagas no montante de R$ 44.646.505,10 (quarenta e quatro milhões, seiscentos e quarenta e seis mil, quinhentos e cinco reais e dez centavos), no período compreendido entre agosto de 2007 a julho de 2008.

Constatou ser frágil a fiscalização da gestão financeira do ajuste, situação essa da qual resultam riscos financeiros para o Poder Público Municipal, ante a precária estrutura do Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde – NTCSS, em termos de recursos humanos e metodologia de análise das prestações de contas da contratada.

Afirmou que não estão definidas no Regulamento de Compras, Convênios e Contratações de Obras e Serviços, as diversas etapas a serem observadas do processo de seleção de empresas responsáveis pela realização de obras e reformas, resultando de tal omissão, desrespeito ao artigo 3º da Lei Federal 8.666/93.

Sugeriu a expedição de extenso rol de recomendações a ser dirigido à Pasta da Saúde do Município de São Paulo, visando ao aprimoramento da execução dos ajustes.

Em face da conexão das matérias tratadas nos processos ora relatados, foi ordenada a reunião de ambos e determinada a intimação da signatária do ajuste e de seus termos aditivos 001 e 002/08, respectivamente, para a apresentação de defesa, tendo sido oficiada a Origem para o oferecimento de justificativas.

A Origem se manifestou às folhas 167/172 e 174/179 do TC 1.346/2008, tendo deixado fluir sem resposta a oportunidade deferida à responsável Maria Aparecida Osni de Carvalho Fernandes.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, apreciando os argumentos alinhados pela Secretaria Municipal da Saúde, ratificou as conclusões já exaradas no processo, ressaltando, entretanto, que "*as medidas para melhor controlar os contratos de gestão estão sendo realizadas e que estas devem ser avaliadas nos acompanhamentos futuros."* (TC 1.346/2008 – fls. 187/188).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões apresentadas pela Auditoria, no sentido da irregularidade do contrato, bem como do acompanhamento da execução contratual, sem embargo das determinações pertinentes.

O Órgão Fazendário, no tocante ao contrato e os termos aditivos em análise, aduziu o seguinte em seu parecer:

1) que o contrato foi firmado a fim de que não houvesse comprometimento da prestação dos serviços essenciais de saúde da população.

2) que a contratada CEJAM, já se apresentava qualificada com o histórico de atuação, tendo sido a única interessada, que atendeu ao Comunicado de Interesse Público divulgado para atendimento dos serviços da microrregião de M'Boi Mirim, em atendimento à Lei Municipal 14.132/06 e aos Decretos Municipais 47.544/06 e 47.453/06.

3) Que os contratos de gestão, formalizando parcerias com os Poderes Públicos no desenvolvimento dos serviços de saúde são instrumentos novos, fato que justifica a existência de possíveis impropriedades como as que foram suscitadas no processo.

4) Aduziu, não consignar o caso concreto nenhuma irregularidade substancial, sendo certo que aquelas de caráter formal não macularam o contrato nem a sua execução.

5) Propugnou pelo acolhimento dos ajustes examinados, ante a inexistência de prejuízo ou dano ao erário e de culpa, dolo ou má-fé por parte dos agentes públicos responsáveis, e o acolhimento dos efeitos patrimoniais e financeiros produzidos, se não aprovada a avença.

De maneira isolada, a Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento da execução contratual, ou se assim não fosse entendido, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros dos atos praticados, sob a seguinte argumentação:

a - Que o Contrato cuja execução ora se cuida foi firmado em cumprimento à necessidade de prestação dos serviços de saúde à população da Capital, uma vez que são essenciais e contínuos.

b - Que em obediência à Lei Municipal 14.132/06 e aos Decretos Municipais 47.544/06 e 47.453/06, foi publicado Comunicado de Interesse Público convocando as firmas interessadas que atuam na área da saúde, para candidatarem-se a gerir referidos serviços na microrregião de M'Boi Mirim, tendo acorrido ao chamamento apenas o CEJAM, razão pela qual não foi instituída Comissão Especial de Seleção, formalizando-se, unicamente, o Contrato de Gestão 03/07, com fundamento no artigo 5º do Decreto Municipal 47.453/06.

c - Serem plenamente justificáveis as impropriedades suscitadas pelos Órgãos Técnicos, entendidas como de caráter meramente formais, considerando a novidade do assunto, à época do ajuste.

d - Que os serviços contratados eram essenciais e não acarretaram prejuízos para o erário.

A Secretaria Geral, no tocante ao contrato em análise, endossou as conclusões da Auditoria e da Assessoria Jurídica, pronunciando-se no sentido da irregularidade do ajuste, aduzindo, sinteticamente, o seguinte:

> *"Dos elementos constantes dos presentes autos, notadamente do relatório de SFC, se conclui que o contrato de gestão em análise, não define minuciosamente as metas a serem atingidas e respectivos prazos de execução; não define as ações estratégicas, planos de ações e revisões periódicas; o contrato celebrado não reflete o Programa de Trabalho; os critérios objetivos de avaliação de desempenho e os indicadores de qualidade e produtividade não fazem parte do contrato, bem como não consta os limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados".*

O referido Órgão, reportando-se às conclusões da área auditora, endossadas pela Assessoria Jurídica, considerou que a Execução do Contrato de Gestão em análise, não se encontra em condições de ser acolhida por este Tribunal.

## VOTO ENGLOBADO

O Contrato foi firmado para viger pelo prazo de três anos, com valor inicialmente estimado de R$ 53.385.765,06 (cinquenta e três milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, setecentos e sessenta e cinco reais e seis centavos), montante esse posteriormente, alterado para R$ 58.708.453,43 (cinquenta e oito milhões, setecentos e oito mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e quarenta e três centavos), em razão da lavratura dos Termos Aditivos antes citados.

A Auditoria considerou irregulares os ajustes, bem como sua Execução, em face das despesas liquidadas e pagas no montante de R$ 44.646.505,10 (quarenta e quatro milhões, seiscentos e quarenta e seis mil, quinhentos e cinco reais e dez centavos), referentes ao período de 1º de agosto de 2007 (início da avença), até julho de 2008.

O Contrato e seus Aditivos firmados entre a Secretaria Municipal da Saúde e o Centro de Estudos e Pesquisas "Dr. João Amorim" – Cejam apresentam como objeto a operacionalização da gestão e a execução dos serviços de saúde na microrregião de M'Boi Mirim.

De acordo com as justificativas da Pasta da Saúde, a ideia que orientou o Município de São Paulo a contratar entidades sociais por meio dos chamados Contratos de Gestão foi a necessidade de superar aspectos de ineficiência ou mesmo da ausência dos serviços executados diretamente pela

Administração Municipal na área da saúde, objetivando a consecução de satisfatórios resultados com economia de recursos públicos.

Focada no aludido ideal foram criadas as Organizações Sociais.

A criação das organizações sociais voltadas para o exercício das atividades de proteção, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, teve início com a edição da Lei Federal 9.637, de 15 de maio de 1998.

O modelo estatuído pela citada legislação foi reproduzido pelo Município de São Paulo com a promulgação da Lei 14.132/06.

A constitucionalidade de citados normativos legais é atualmente objeto de apreciação perante o Poder Judiciário. No tocante à referida Lei Federal citada, tramita no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1923-5 e, quanto à Lei Municipal, está em curso, a Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal, perante a 3ª Vara Cível Federal (Autos nº 2006.61.00.009087-9).

Considerando que os comandos inscritos nas referidas leis estão vigentes, por não terem sido deferidas medidas liminares de suspensão de seus efeitos, não está vetada a possibilidade do Município de São Paulo continuar celebrando contratos de gestão com organizações sociais.

De acordo com o contido no artigo 18 do Decreto Municipal 49.523/08, que regulamentou a Lei Municipal 14.132/06 – foi facultado ao Poder Público Municipal a elaboração de processo de seleção para eleger aludidas entidades.

Em face da existência de diversas Organizações Sociais no Município de São Paulo, a seleção de interessadas se opera por meio de processo de seleção.

De conformidade com a legislação enunciada, a Secretaria Municipal da Saúde, previamente à contratação do Cejam, divulgou no Diário Oficial da Cidade – edição de 20/03/07**,** comunicado expressando sua intenção de obter propostas comerciais de organizações sociais, visando a futura contratação da gestão dos serviços de saúde para a microrregião de M'Boi Mirim composta de 50 (cinquenta) UBSs (Unidades Básicas de Saúde) e de AMAs (Assistências Médicas Ambulatoriais) – Jardim Capela, Jardim São Luiz e Parque Novo Santo Amaro, com a realização da prestação de consultas médicas, visitas domiciliares, vacinação, coleta de exames, medicação etc.

Cientificou para tanto, onze entidades sociais, tendo, apenas**,** o Centro de Pesquisas Dr. João Amorim – CEJAM, aquiescido em firmar o contrato em análise com o Município de São Paulo.

Considerando o comparecimento de uma única interessada ao chamamento efetuado, é de se entender desnecessária, na espécie, a criação de Comissão Especial de Seleção prevista no artigo 2º, § 1º do inciso IV, do Decreto Municipal 47.544/06, por se achar devidamente motivada a escolha do Contratado, único interessado em firmar a avença, que assim que concordou em prestar os serviços, assinou o Contrato ora em exame.

O papel das Organizações Sociais deveria ser o de complementar à função Estatal, até a sua organização definitiva. Entende-se, portanto, como suprindo uma fase transitória.

A possibilidade da prestação dos serviços de saúde da população, a teor do prescrito pelo artigo 199, § 1º, da Constituição Federal é facultado não apenas às Organizações Sociais, mas, também, às entidades filantrópicas, de atuarem, de modo complementar, com a atividade do Estado.

A referida atuação não pressupõe a substituição da Administração Pública por citadas entidades privadas, mas sim o deferimento da execução da gestão propriamente dos serviços de saúde, sempre, porém, submetida aos comandos de previsão e de controle das metas e prazos fixados pelo organismo estatal.

Assiste razão à Auditoria ao concluir que deveria a Secretaria da Saúde previamente à celebração do contrato em análise, ter elaborado um Programa de Gestão *"fixando detalhadamente todos os serviços de saúde a serem geridos, com metas mínimas de desempenho operacional e estabelecimento de critérios objetivos de avaliação de desempenho, fixados indicadores de qualidade e produtividade, bem como definidos os respectivos prazos de execução para efeito de avaliação"*.

Esta conclusão emerge lógica, uma vez que, em essência, o contrato de gestão, pressupõe a otimização e mais eficiência na prestação dos serviços de saúde.

Não poderia, portanto, como ocorreu, ter deixado a Secretaria da Saúde a cargo do Contratado CEJAM, a criação do Instrumento de Acompanhamento da Progressão da Implantação do Sistema Local de Saúde, que se acha anexado sob folhas 40/62 do TC 72/2008.

Ademais, conforme enfatizado pela área Auditora, são vagas e por demais abrangentes as cláusulas contratuais elaboradas, como, por exemplo, aquela que admite a possibilidade do estabelecimento de "*outros serviços de acordo com plano de trabalho específico".* Ademais, realçou que *"o que poderia ter sido estabelecido é um cronograma de implementação dos serviços nas AMAs, nos moldes como consignado no presente Programa de Trabalho, bem como que a cláusula com a referência feita no contrato de gestão especificasse com clareza a*

***vinculação*** *do cronograma ao Programa de Trabalho apresentado pela Organização Social e encartado no presente PA".*

Ressaltou ainda, a propósito do assunto, que "*o contrato de gestão traz o número de atividade mensal esperada: da quantidade de consultas dos médicos e enfermeiros e de visitas dos Agentes Comunitários de Saúde nas Unidades de Saúde"*. Também nas unidades AMA/UBS há estimativa do número de consultas esperadas.

Prosseguiu observando que: *"dizer que se espera um determinado número de atendimentos é diferente de indicar que a meta é realizar um número determinado de atendimentos". Por tal motivo, entendemos que o Contrato de Gestão 003/2007 não define especificamente as metas a serem atingidas e respectivos prazos de execução, infringindo-se o disposto no artigo 7º, inciso I, da Lei Municipal 14.132/06*.

Assim sendo, em decorrência da citada omissão do Poder Público Municipal, é forçoso concluir, como proclamado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle que, uma vez ausentes metas e indefinidos os prazos respectivos de execução *"não há* como *fazer a verificação relativa ao cumprimento das diretrizes e metas definidas porque não há metas definidas. Ademais, também não há indicadores de desempenho estabelecidos"*. E também que, *"sem metas definidas e sem indicadores de desempenho estabelecidos, não há como elaborar-se o relatório"*, infringindo-se o artigo 11, §§ 1º e 2º, do Decreto Municipal 47.453/06.

Eis porque, em realidade, ante a citada conclusão da Auditoria, não há como negar que a transferência dos serviços de saúde na Microrregião de M'Boi Mirim, não constituiu genuíno contrato de gestão, mas mero ajuste de prestação de serviços com repasse de volumosas somas de recursos financeiros do Município de São Paulo a particular, desprovido de efetivo controle de execução pelo Poder Contratante.

Apesar de constar do preâmbulo do contrato, que os contratantes ajustaram *"o gerenciamento e execução das atividades e serviços de saúde a serem desenvolvidos na microrregião de M'Boi Mirim"*, da leitura de sua cláusula primeira se verifica que o objeto contratual **está** definido de forma vaga e pouco explícita, a saber: "*O presente Contrato de Gestão tem por objeto a operacionalização da Gestão, Apoio à Gestão e execução, pela contratada, das atividades e serviços de saúde da microrregião de M'Boi Mirim, em conformidade com os Anexos Técnicos que integram este Instrumento. O objeto contratual executado deverá atingir o fim a que se destina, com a eficácia e qualidade requeridas".*

Assim sendo, apesar da Origem ter justificado, que o Programa de Trabalho apresentado pelo CEJAM com a proposta de atividades e ações contém o valor para a implementação das ações, bem como os resultados esperados e o cronograma, assiste razão à Auditoria reafirmar: *"que no momento da*

*apresentação da proposta da Organização Social não foram atendidos os requisitos estabelecidos nos incisos II, III, IV e V do artigo 6º do Decreto Municipal 47.544/06."*

Desta forma, e ante a imprecisão do objeto do contrato, descrito de forma genérica na citada cláusula primeira, foi necessário a Origem elaborar os Termos Aditivos 01 e 02/08 para aditar seus dizeres, os quais consignam acréscimos de serviços nos valores de R$ 4.814.672,86 (quatro milhões, oitocentos e quatorze mil, seiscentos e setenta e dois reais e oitenta e seis centavos) e de R$ 508.015,51 (quinhentos e oito mil, quinze reais e cinquenta e um centavos), destinados a realização da reforma física da Unidade Figueira Grande, visando à implantação da unidade de Assistência Médico Ambulatorial – AMA, de mesmo nome.

Além das impropriedades existentes no ajuste firmado, com relação a execução contratual, depois da análise dos Balancetes Financeiros do Cejam, a Coordenadoria IV elaborou tabelas representando as despesas realizadas, por categoria, afirmando não ter havido fiscalização "in loco", por parte da Secretaria da Saúde nas Unidades geridas pelo CEJAM.

Concluiu que, o exercício do controle interno do Poder Público Municipal, no respeitante à fiscalização da gestão financeira é frágil em virtude, principalmente, da carência de servidores indispensáveis para o aludido mister.

Acerca das compras realizadas, as contratações de terceiros para a execução das obras e serviços destinados à execução propriamente dos serviços de saúde, apesar de não ter sido elaborado, nem sequer ter sido previamente aprovado pela Pasta da Saúde, como lhe competia, a Contratada Cejam elaborou o Regulamento de Compras, Convênios e Contratações de Obras e Serviços.

Quanto ao assunto acima assinalado, afirmou a Auditoria achar-se comprometida a observância do artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, pelo fato de não estarem definidas as diversas etapas dos procedimentos de seleção para aquisições de bens.

No respeitante à administração do pessoal, no relatório de acompanhamento da execução do Contrato de Gestão em análise, a Auditoria afirmou que no quadro de empregados do contratado ficou registrado o rol de servidores municipais obrigados à carga horária no Município de São Paulo, de 04 (quatro) ou de 06 (seis) horas, servidores esses que possuem outro vínculo de trabalho com o contratado para complementar a carga horária. (confira-se na tabela de folha 154 dos autos do TC 1.346/2008).

Do citado relatório consta, igualmente, que para a contratação de pessoal em geral, em regra, são obedecidos os termos da Portaria 893 de 29/12/2004, com exceção da contratação de médicos, para a qual são opcionais as provas e dinâmicas, pois a oferta de tais profissionais no mercado de

trabalho é inferior à demanda almejada, constituindo-se tais contratações entraves para as atividades de gestão.

Para a fiscalização e o acompanhamento dos serviços de saúde contratados, consta do Anexo IV do contrato em análise, que dentre os "critérios gerais para o acompanhamento do contrato", que, no âmbito do Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde – NTCSS, seria criada Comissão Técnica de Acompanhamento – CTA, com atribuições definidas. Segundo afirmou a Auditoria, o acompanhamento do ajuste vinha sendo efetuado de maneira sistemática, com *"ressalva feita à análise das prestações de contas, que não vem sendo realizadas"*.

Outra Comissão denominada Comissão de Acompanhamento e Fiscalização – CAF, que não se confunde com aquela antes citada, cuja existência está regulamentada pelo Decreto Municipal 49.523/08, apresenta como atribuição analisar o relatório respeitante à execução do contrato de gestão, com base nas metas contratualmente estipuladas, nos resultados efetivamente alcançados e no cumprimento dos respectivos prazos de execução, comissão essa que não foi constituída pela Origem.

Em resumo, e sintetizando, toda a matéria analisada, não há como negar a procedência das conclusões dos Auditores desta Casa, no sentido de não ter sido exercido, como legalmente devido, pela Secretaria Municipal da Saúde, o controle interno sobre a representativa soma de recursos públicos repassados por força das avenças em julgamento ao Cejam.

Tal assertiva resulta das análises e conclusões a que chegou a Auditoria ao constatar que, no âmbito do Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde, a Comissão Técnica de Acompanhamento não promovia as verificações das prestações de contas da contratada e, também, por não haver sido criada a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização incumbida de regularmente analisar o relatório de execução do ajuste e da aferição da execução e do controle das metas e respectivos prazos, os quais não foram estabelecidos, como previamente se afirmou, em face da total imprecisão do objeto contratual.

Em se encontrando indefinidas as metas contratuais da avença, como é possível aferir seus resultados e respectivos prazos de execução, deixando claro que o objeto do contrato firmado foi executado de forma menos onerosa, em qualidade e quantidade mais eficientes, como é pressuposto da natureza do contrato de gestão?

A própria Secretaria da Saúde (folha 171 nº 6 do TC 1.346/2008) reconheceu a omissão, ao afirmar que estava providenciando ofício objetivando a indicação dos membros da sociedade civil para integrar a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização, que ainda não fora criada, restando, pois, inconteste a infringência aos artigos 8º da Lei Municipal 14.132/06 e 40 do Decreto Municipal 49.523/08.

Assim sendo, em resumo, ficou constatado que:

**a-** Não foram descritas de forma clara e abrangente as cláusulas contratuais, consignando, em Programa de Trabalho, as metas a serem alcançadas, com estimativas de quantidades de exames e consultas médicas e de respectivos prazos;

**b-** Não foi elaborado pela Pasta da Saúde, conforme lhe competia, o Regulamento de Compras, Convênios e Contratações de Obras e de Serviços;

**c-** Em decorrência das citadas omissões não foram realizadas "in loco" fiscalizações e a elaboração de tabelas representativas das despesas realizadas por categoria, patenteada a insuficiência do número de servidores, revelando-se, em consequência, extremamente frágil o exercício do controle interno do Poder Público Municipal, frente à fiscalização do cumprimento das metas e da fiscalização financeira do contrato, e

**d-** Não foi constituída a Comissão de Acompanhamento e Fiscalização do contrato.

Diante de todo o relatado e do que mais dos autos consta, JULGO IRREGULARES o Contrato de Gestão SMS 03/2007 os Termos de Aditamento 01 e 02/2008, assim como a Execução Contratual dos ajustes, no período compreendido entre agosto de 2007 a julho de 2008, com despesas liquidadas e pagas no montante de R$ 44.646.500,10 (quarenta e quatro milhões, seiscentos e quarenta e seis mil, quinhentos reais e dez centavos), de vez que não executado o instrumento de contrato e respectivos anexos técnicos nos termos do pactuado.

Em razão da gravidade dos fatos ocorridos e da desídia dos agentes públicos responsáveis, aos quais foi deferido o exercício do contraditório e da ampla defesa, aplico a cada um deles, devidamente identificados nos autos, a multa no valor de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), com fundamento no disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Considerando que por meio do Termo Aditivo 07/2010, publicado no Diário Oficial da Cidade, edição de 05/08/2010, o Contrato 03/07 continua a produzir efeitos, uma vez que teve sua vigência prorrogada por mais três anos, até agosto de 2013, determino:

**I-** Que a Secretaria Municipal da Saúde:

a) No prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento do ofício a ser expedido, fixe diretriz da qual conste a sistemática de trabalho a ser desenvolvida pelo Núcleo Técnico de Contratação de Serviços da Saúde – NTCSS, número de seus integrantes e respectivas atribuições, bem como com auxílio de instrumental da Tecnologia de Informação, comprove as condições de efetivo controle do contrato de gestão em exame e de sua inserção no conjunto dos

contratos de gestão firmados pelo Município.

b) Em idêntico prazo de 30 (trinta) dias, elabore levantamento físico-financeiro, indicando a correspondência entre os repasses de recursos efetuados ao Contratado Cejam e a identificação dos gastos realizados, de forma discriminada.

c) Proceda, imediatamente, a abertura de conta-corrente específica e relatório circunstanciado, para efeito de controle discriminado de gastos, inclusive para definição dos custos suportados por cada uma das Unidades de Saúde gerenciadas.

**II-** Que a Auditoria deste Tribunal, enquanto o contrato estiver em vigor:

a) Proceda à análise atualizada da Execução Contratual subsequente ao período ora examinado;

b) De posse do levantamento físico-financeiro ordenado à Secretaria da Saúde promova conforme item I, letra b, acima citado, inspeção aferindo a correlação entre os serviços prestados e seus respectivos custos, inspeção essa cujo resultado determinará, em posterior julgamento, a aceitação ou não dos efeitos financeiros do Contrato de Gestão em apreço.

Em decorrência, autorizo a expedição de ofícios acompanhados das cópias reprográficas da decisão a ser alcançada pelo Plenário, à Câmara Municipal de São Paulo, ao Conselho Municipal de Saúde, ao Excelentíssimo Prefeito do Município de São Paulo, ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em razão dos ofícios pelo mesmo endereçados a esta Casa, datados de 10/09/2010 (folha 462), 09/12/2010 (folha 502), 14/02/11 e 08/06/2011 (folhas 520 e 537 do TC 72/2008).