ACO-UTR-1283/2024

Processo	-	TC/003027/2013 (Tramitam em conjunto os processos TC/002211/2013 e TC/003027/2013)
Recorrente	-	Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM
Objeto	-	Recurso interposto em face do Acórdão de 18/5/2022 – Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde) e Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina – SPDM – Pregão Presencial 36/2013 – Contrato 24/2013 – Contratação de empresa especializada na prestação de serviços hospitalares para assistência aos pacientes com quadro clínico associado e/ou induzido por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, com ou sem distúrbio de humor, comportamento grave e comorbidades psiquiátricas, que requeiram tratamento, internação voluntária ou involuntária e atendimento intensivo para desintoxicação, oferecidas 80 vagas, na Unidade de Atendimento ao Dependente – Unad Heliópolis

58ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSO. VOLUNTÁRIO. SMS. Serviços hospitalares para assistência aos pacientes com quadro clínico associado e ou induzido por uso de álcool e ou outras substâncias psicoativas. Decisão que julgou irregulares os ajustes. 1. Prescreve em cinco anos as pretensões punitivas e ressarcitórias. Preservada a função declaratória. Res. TCMSP 10/2023. CONHECIDO. Reconhecida a PRESCRIÇÃO, afastando o ressarcimento. Art. 2º, Res. 10/2023. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, uma vez que estão preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade, em conhecer do recurso ordinário interposto pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM contra o Acórdão, à peça 19 dos autos, que julgou irregulares o Pregão Presencial 36/2013 e o Contrato 24/2013.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito declaratório, em negar-lhe provimento, visto que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar o Acórdão guerreado, mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, dada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas.

ACORDAM, à unanimidade, em reconhecer a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 2º da Resolução 10/2023/TCMSP, afastando o ressarcimento dos recursos determinado no Acórdão recorrido.

ACORDAM, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDUARDO TUMA – Relator, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO, em determinar o envio do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Vencido o Conselheiro RICARDO TORRES – Revisor, que, consoante declaração de voto apresentada, expediu outras determinações à Origem.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 18 de setembro 2024.

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

/mfl

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 13/11/2024 15:33:25 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 13/11/2024 17:56:11 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

58ª Sessão Não Presencial – Pleno, 03 a 18 de setembro de 2024

Item 1 – Pleno

TC 3.027/2013 – análise de licitação/recurso
Objeto: análise da licitação PP 36/13 e do Contrato nº 24/13 firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e a SPDM - Associação Paulista Para Desenvolvimento da Medicina
Interessados: Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e SPDM – Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina

RELATÓRIO

Cuida o TC 3.027/2013 da análise da licitação PP 36/13 e do Contrato nº 24/13 firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e a SPDM - Associação Paulista Para Desenvolvimento da Medicina, tendo por objeto a prestação de serviços hospitalares na área de assistência a pacientes com quadros clínicos que estejam associados e/ou induzidos por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, com ou sem distúrbio de humor, comportamentos graves e comorbidades psiquiátricas que requeiram atendimento intensivo e de internação para desintoxicação. A contratação tem prazo de duração de 12 (doze) meses, autorizada sua prorrogação, ao preço mensal de R$ 935.000,00 (novecentos e trinta e cinco mil reais) e Valor Global de R$ **11.220.000,00** (onze milhões e duzentos e vinte mil reais), neles incluídos todos os custos e margem de lucro da Contratada.

Ultimada a instrução do presente processo, foi prolatado na 3.215ª Sessão Ordinária do Pleno desta Corte de Contas, de 18.5.2022, o v. Acórdão à peça 19, que julgou irregulares os instrumentos analisados com os fundamentos seguintes:

> **A C Ó R D Ã O**
> Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002211/2013 e TC/003027/2013, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.
>
> **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, **à unanimidade**, pelos votos do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos de seu relatório e voto, do Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR – Revisor, com declaração de voto apresentada, e dos Conselheiros EDUARDO TUMA e ROBERTO BRAGUIM, em julgar **irregulares** o Pregão Presencial 36/20131 e o Termo de Contrato 24/2013, tendo em vista a irregularidade dos seguintes apontamentos consignados pela Auditoria: a incompatibilidade da ocupação de leitos com o valor pago, bem como a alta ociosidade de leitos, indicativos de que a contratação, na forma realizada, não espelhou vantajosidade para a Administração Pública, tendo presente o custo fixado, o que remete a deficiências no planejamento da contratação.

ACORDAM, **à unanimidade**, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão aos interessados, com o posterior arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

São Paulo, 18 de maio de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
MAURÍCIO FARIA – Relator
ELIO ESTEVES JUNIOR – Revisor, com declaração de voto.

À peça 26, não se conformando com a decisão contido no referido acórdão, a SPDM – Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina interpôs Recurso Ordinário visando a reforma desse *decisum*, cuja análise vem a ser o objeto deste TC nesta fase processual.

Em análise dos termos do recurso apresentado pela SPDM, a **Subsecretaria de Controle Externo – SCE** apresentou seu relatório de análise à peça 34 com a conclusão seguinte:

*"**2. ANÁLISE DO RECURSO ORDINÁRIO***
Abaixo, os principais excertos da defesa apresentada:

Manifestação da SPDM (Peça 26, fl. 4)
Com relação ao pregão presencial nº 36/20131, há que se destacar que o procedimento adotado, por mais questionável que possa ser em termos de natureza formal, não trouxe prejuízo à seleção das entidades, principalmente se levarmos em consideração que desde o julgamento da ADI 1923/DF, ficou definido que o órgão público contratante deve proceder a um chamamento público, não sendo necessário o procedimento licitatório.

Desta forma, com a devida venia, o processo de contratação não deve seguir as regras das Lei 8666/93 e da Lei Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002 (Pregão presencial). Em assim sendo, há que se reconhecer e relevar todos os apontamentos da douta equipe de fiscalização, uma vez que não mais se tornam úteis diante da decisão do STF como supramencionado.

Análise da Coordenadoria
As alegações da recorrente, ora apresentadas, sob a análise técnica, que nos compete, não trazem novos elementos com o condão de modificar a r. decisão recorrida, mas, sim, fatos que já foram analisados e discutidos na fase de instrução, inclusive no relatório inicial de auditoria (Peça 01, fls. 01/02)

De forma análoga, os documentos encartados à Peça 27 (anexos) já foram examinados durante nossos trabalhos de análises do certame e do ajuste pactuado.

Do exposto, os argumentos da SPDM não afastam os fatos apurados durante a instrução do processo e julgamento da matéria por este Tribunal, quanto às irregularidades consignadas no v. Acórdão recorrido."

À peça 36, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE** apresentou seu parecer sobre o recurso formulado pela SPDM, como segue:

*"**I – Da admissibilidade dos recursos.***

O recurso interposto pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM (Peças 26-27) encontra-se, s.m.j., em condições de ser conhecido, tendo em vista o cumprimento do art. 137, caput, e inciso II, art. 138 e art. 147, combinados com o art. 119, todos do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, bem como do artigo 46 da Lei Orgânica, ambos deste Tribunal de Contas (Peça 31).

II – Do mérito.

Passo a opinar quanto ao mérito das razões recursais oferecidas pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM (Peças 26-27) em face do v. Acórdão prolatado por este E. Tribunal de Contas, que julgou, em votação unânime, irregulares o Pregão Presencial nº 36/2013 e o Termo de Contrato 24/2013, tendo em vista as irregularidades apontadas pela Auditoria, a saber: incompatibilidade da ocupação de leitos com o valor pago e alta ociosidade de leitos, indicativos da desvantajosidade da contratação e da deficiência em seu planejamento.

Pois bem, a Recorrente, após discorrer sobre o seu histórico institucional, insurge-se, inicialmente, em relação ao apontamento lançado pela D. Auditoria (Peça 13, pág. 131-150), afeto ao modelo de contratação adotado pela Origem e a modalidade licitatória escolhida para o desenvolvimento da licitação instaurada – "pregão presencial" –. A este respeito, considerando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, manifestado na ADI 1923/DF, quanto à desnecessidade de licitação para a escolha da Entidade a ser qualificada como organização social, e a inexistência da notícia de prejuízo quanto à seleção das entidades, sustenta que as impropriedades detectadas devem ser relevadas.

No que pertine à execução contratual, objeto de análise no TC nº 2211/2013, a Recorrente aponta que cabe a Central de Regulação de Vagas do Município realizar o planejamento e a distribuição dos leitos, uma vez que a demanda por internação é de competência e gestão do Município, e que busca contribuir para a melhoria da taxa de ocupação e otimização dos leitos operacionais, anexando documentos comprobatórios de suas alegações.

Por fim, enfatiza que os serviços decorrentes da parceria firmada com o Poder Público foram executados a contento, com reconhecimento e satisfação partes dos seus usuários, ressaltando que o controle exercido pelo Tribunal de Contas sobre as entidades do terceiro deve ter caráter finalístico, com foco no resultado de gestão.

Posto isto, entendo importante anotar que a licitação (Pregão Presencial nº 36/2013) e o respectivo Contrato, de nº 24/2013) objetivam, como apontado pela Especializada (Peça 13, pág. 131-150), a ***transferência da gestão operacional das atividades de assistência à saúde****, por meio de uma parceria junto a uma entidade privada – o que facilmente se extrai da análise contextual do ato convocatório e de seus anexos –, e* ***não a simples transferência da execução material de uma atividade ligada a um serviço de saúde*** *– como alude o seu preâmbulo –.*

Por decorrência lógica, as impropriedades relacionadas à ***modelagem da contratação*** *adotada e* ***modalidade licitatória escolhida****, indicadas pela Especializada, decorrem justamente da correta identificação técnica da natureza do objeto da presente licitação.*

Com efeito, e sob o prisma estritamente jurídico, o chamamento público destinado a seleção de uma organização social qualificada destinada a gestão compartilhada de uma unidade de saúde, nos moldes preconizados pela Lei nº 9.637/98, cujo objeto envolve alta complexidade e a definição de critérios objetivos e impessoais de seleção de uma proposta que efetivamente atenta a necessidade pública perquirida, não pode ser substituído por uma licitação, na modalidade pregão, do tipo menor preço, regida pelas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, que pressupõe a celebração de contratos com interesses contrapostos, destinados a aquisição e/ou prestação de serviços "comuns".

Aliás, considerando-se o regime publicista aplicável ao Poder Público, ***uma empresa privada com fins lucrativos*** *jamais poderia assumir a gestão de uma unidade pública de saúde – atividade considerada finalística do Estado, embora de natureza não exclusiva e podendo ser prestada em caráter complementar, nos termos previstos no artigo 199, § 1º, da Constituição Federal –.*

A própria Recorrente reconhece, inclusive, e em suas razões recursais, a complexidade que envolve o gerenciamento de uma Instituição de Saúde, admitindo, ainda que por amor a argumentação, a inadequação do regime jurídico adotado, conforme se infere da leitura dos trechos abaixo transcritos:

> "[...] . As Instituições de Saúde são estruturas complexas que demandam um conjunto de ações integradas e resolutivas para a sua operacionalização, sejam em relação aos aspectos técnicos, operacionais, administrativos e/ou econômico-financeiros.
> [...]
>
> Com relação ao pregão presencial nº 36/20131, há que se destacar que o procedimento adotado, **por mais questionável que possa ser em termos de natureza formal**, [...]
>
> Desta forma, e com a devia vênia, **o processo de contratação não deve seguir as regras da Lei 8666/93 e da Lei nº 10520, de 17 de julho de 2002** (Pregão presencial. [...] " (g.n.)

*Reputo bastante razoável presumir, neste sentido, que inadequação do tratamento jurídico atribuído à contratação em exame (****modelagem da contratação*** *e* ***modalidade licitatória adotadas****) conduziu às* ***imprecisões***

***atinentes à quantificação e classificação dos leitos**, e à **ausência de aferição adequada dos custos da contratação**, por meio de planilha de custos e preços unitários (orçamento estimado), também lançadas pela D. Coordenadoria em seu Relatório (Peça 13, pág. 131-150), as quais não foram superadas no v. Acórdão prolatado.*

Assim, e embora o contrato tenha sido executado em consonância com o pactuado, como constatado pela D. Auditoria (TC 2211/2013, Peça 12, págs. 235-257), e reafirmado pela Recorrente em suas razões recursais, não se tem como descurar do fato, também apurado pela Especializada, de que a taxa de ocupação dos leitos ficou aquém do contratado, resultando em reflexos financeiros desvantajosos para o Poder Público. E mais: que os vícios originariamente identificados no TC nº 3027/2013 prejudicaram o monitoramento contratual e a adoção das medidas corretivas necessárias.

Por fim, entendo mister esclarecer que o controle de resultados efetuado pelo Tribunal de Contas objetiva avaliar o que resultou da atuação da Administração frente aos recursos aplicados, estando, por evidente, imbricado com o controle formal, vale dizer, de legalidade, cujos requisitos não podem ser desrespeitados. Aquele não suplanta este.

No caso em exame, portanto, e no meu entender, a ação proposta pelo Poder Público não atendeu aos aspectos constitucionais e legais, como também não atingiu ao resultado esperado, em que pese a execução contratual tenha se dado preponderantemente nos moldes contratuais propostos, conforme afirmado pela Especializada.

No mais, e na linha da manifestação oferecida pela D. Auditoria, a Recorrente não trouxe novos elementos de ordem fática e/ou jurídica, ou novos documentos que possam modificar os fundamentos do r. Decisão recorrida, ressaltando

que as alegações lançadas relativas à modelagem contratual e modalidade licitatória, quantificação, classificação dos leitos e sua ociosidade, atinentes à licitação e ao contrato, já foram objeto de exame pela Auditoria (Peça 14, págs. 13-19) e, por esta Assessoria Jurídica (Peça 13, págs. 156-160; Peça 14, págs. 23-35), assim como pela Secretaria Geral (Peça 14, págs. 49-64), durante a instrução processual.

Por todas essas razões, entendo, s.m.j., que os argumentos recursais ora lançados não merecem acolhimento.

III – Conclusão

Opino, desta feita e s.m.j., pelo conhecimento do recurso interposto pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, por preencher os pressupostos de admissibilidade, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo-se o v. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos."

À peça 40, a **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, expressando sua ciência do atual estágio do processo, informou ter deixado de recorrer contra o r. Julgado mencionado, em razão da aceitação dos efeitos econômicos dos atos. Entretanto,

coerentemente com seu posicionamento em sede de análise de primeiro grau, requereu fosse apreciado e provido o recurso ordinário apresentado nos autos para reconhecer a regularidade dos atos em exame.

À peça 42, a **Secretaria Geral – SG** apresentou seu parecer analisando o recurso interposto, assim como a incidência de prescrição no presente processo, com as razões seguintes:

> *"**I – Da admissibilidade***
>
> *Com relação à admissibilidade do recurso ordinário interposto pela SPDM, opino pelo seu conhecimento, tendo em vista o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 119 e 138 e ss. do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.*
>
> ***II – Da prescrição***
>
> *A priori, válido frisar que a prescrição constitui matéria de ordem pública, podendo ser conhecida de ofício, com amparo no artigo 332, §1º do CPC/2015.*
>
> *Assim, passo a análise preliminar da incidência prescricional sobre as pretensões sancionatórias e ressarcitórias no âmbito deste E. Tribunal, o que se faz válido rememorar que em janeiro de 2003 passou a vigorar entendimento no Tribunal de Contas da União (TCU) pelo reconhecimento da prescrição para as pretensões ressarcitórias e punitivas no prazo de **10 (dez) anos**.*
>
> *Ao seu turno, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2008, fixou a tese da **imprescritibilidade da pretensão ressarcitória**, no julgamento do Mandado de Segurança nº 26210.*
>
> *Este TCMSP acompanhou o entendimento do TCU, aplicando o prazo decenal para pretensões ressarcitórias e, posteriormente, passou a adotar a tese do STF, no sentido da imprescritibilidade das pretensões ressarcitórias.*
>
> *Ressalta-se que a temática prescricional continuou a sofrer evolução interpretativa com base nos entendimentos firmados pelo STF nos julgamentos dos Recursos Extraordinários **nºs 669.069** (tema 666) e **852.475** (tema 897) e, mais especificamente quanto aos Tribunais de Contas, quando do julgamento dos REs **nºs 636.553** (tema 445) e **636.886** (tema 899), que assentaram teses de repercussão geral.*
>
> *Contudo, no ano de 2023, com o advento do julgamento da ADI 5.509 pelo STF, se reconheceu a aplicação da Lei Federal nº 9.873/1999 para fins de contagem do prazo prescricional aos processos de controle externo, considerando-se a aplicação do **prazo quinquenal**, além das causas interruptivas e suspensivas previstas no referido normativo.*
>
> *De modo a compatibilizar seu entendimento à jurisprudência do STF, o **TCU** aprovou a Resolução nº 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, ao passo que a **ATRICON**, em 24.04.2023, por meio da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTCABRACOM n° 02/2023, estabeleceu diretrizes aplicáveis no âmbito da*

atuação finalística dos Tribunais de Contas para conformar a aplicação dos institutos da prescrição e da decadência à atual posição do STF quanto ao tema.

No âmbito deste TCMSP, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento foi regulamentada por meio da ***Resolução nº 10/2023****, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, e por meio da* ***Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023****.*

No caso vertente, analisando-se, em tese, a incidência dos marcos prescricionais previstos na alvitrada resolução, observa-se que entre o penúltimo marco interruptivo, consubstanciado no relatório de Auditoria após defesa da Origem (páginas 13/19 do processo eletrônico – peça 14), elaborado em 05.01.2016, e a decisão recorrível (peça 19) prolatada em 18.05.2022, teria decorrido mais de 05 anos, de modo que eventuais pretensões ressarcitórias e punitivas teriam sido fulminadas pelo instituto da prescrição, nos termos do art. 2º, caput, c/c art. 5º, incisos II e IV, § 2º c/c art. 6º, inciso I, da Resolução 10/2023.

Destaca-se, contudo, que a r. Decisão recorrível veicula provimento declaratório, a medida em que os Nobres Conselheiros desta E. Corte de Contas limitaram-se a julgar irregulares o Pregão Presencial 36/20131 e o Termo de Contrato 24/2013, pelas razões lá expostas, sem a previsão de comandos ressarcitórios ou punitivos.

III – Do mérito

Quanto ao mérito, tenho as seguintes considerações:

O presente processo trata da análise do Pregão Presencial nº 036/2013 e do Termo de Contrato nº 24/2013, celebrado entre a Autarquia Hospitalar Municipal – AHM e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, para prestação de serviços hospitalares na área de assistência a pacientes com quadros clínicos que estejam associados e/ou induzidos por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, comportamento grave e comorbidades psiquiátricas que requeiram tratamento em internação e atendimento intensivo para desintoxicação.

Conforme relatado acima, o V. Acórdão recorrido julgou irregulares o Pregão Presencial 36/20131 e o Termo de Contrato 24/2013, pelas razões lá expostas.

Na devida análise dos autos, verifica-se que o recurso ordinário interposto pela SPDM apenas se pronunciou acerca da irregularidade do modelo de licitação utilizado pela Origem, que foi o Pregão Presencial nº 36/20131. No seu ver, o procedimento adotado não trouxe prejuízo à seleção das entidades.

Contudo, insta consignar que as razões sustentadas pela Recorrente devem ser afastadas, tendo em vista que o instrumento jurídico adotado pela Origem contraria às disposições da Constituição Federal, e a modalidade pregão foi considerada inviável para o objeto em questão.

Como é possível constatar nos autos, o objeto do certame trata de atividades dirigidas à promoção da saúde, próprias da Administração Pública, e não de atividades meio, acessórias à prestação do serviço de saúde, cuja contratação deve seguir o regime previsto na LF nº 8.666/93.

Dessa forma, o instrumento jurídico adotado para a contratação dos serviços ora em análise (realização de licitação e de contratação do objeto segundo o modelo da LF nº 8.666/93), contraria o disposto do §1º, artigo 199 da Constituição Federal que estabelece que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde.

Sobre o referido dispositivo constitucional, vale transcrever os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> **A Constituição fala em contrato de direito público e em convênio. Com relação aos contratos, devem ser afastadas forçosamente a concessão de serviço público comum e a concessão patrocinada, por serem inadequadas para esse tipo de atividade; no entanto, conforme ressaltado, é possível a concessão administrativa, bem como a terceirização, ou seja, os contratos de prestação de serviços tendo por objeto a execução de determinadas atividades complementares aos serviços do SUS, mediante remuneração pelos cofres públicos. Trata-se dos **contratos de serviços regulamentados pela lei geral de licitações e contratos administrativos**.
>
> *É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas "de forma complementar", o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço. Por isso mesmo, temos entendido que **não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde**; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional.
>
> (...)
>
> A Lei n.º 8.080, de 19-9-1990, que disciplina o Sistema Único de Sáude, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS "forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área", hipótese em que a participação complementar "será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público" (entenda-se, especialmente, a Lei n.º 8.666, pertinente a licitações e contratos). **Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio** (destaques nossos).

Considerando as razões exposta, no presente caso, verifica-se que a licitação tinha como objeto a transferência de toda a administração e execução das atividades de saúde de uma determinada unidade hospitalar da AHM a um particular, ou seja, não se almejou, na licitação, a participação da instituição privada no sistema único de saúde de forma complementar, em ofensa ao disposto no art. 199, §1º, da Constituição Federal.

Cumpre ressaltar, que além da infringência ao mencionado dispositivo constitucional, deve-se levar em consideração que a Lei Federal nº 9637/1998 introduziu no mundo jurídico o Contrato de Gestão, que se presta à instrumentalização dessas parcerias e deve ser celebrado com entidades privadas, sem fins lucrativos, que exerçam atividades de interesse público para fomento e execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei, entre elas a de saúde, e a Lei Municipal nº 14.132/2006 que da mesma forma o instituiu no Município.

Assim, no meu ver, tais circunstâncias, por si só, demonstram que a Lei 8.666/93 não é o meio jurídico adequado para a contratação pretendida.

Por oportuno, vale frisar o entendimento alcançado pela Assessoria Jurídica (peça 36), e o qual acompanho, que ao analisar as argumentações trazidas pela SPDM acerca da modalidade licitatória escolhida, trouxe algumas questões sob o prisma estritamente jurídico, e fundamentou o seu parecer nos seguintes termos:

Manifestação da Assessoria Jurídica (peça 36) (...)

> *'Posto isto, entendo importante anotar que a licitação (Pregão Presencial nº 36/2013) e o respectivo Contrato, de nº 24/2013) objetivam, como apontado pela Especializada (Peça 13, pág. 131-150), a* ***transferência da gestão operacional das atividades de assistência à saúde****, por meio de uma parceria junto a uma entidade privada – o que facilmente se extrai da análise contextual do ato convocatório e de seus anexos –, e* ***não a simples transferência da execução material de uma atividade ligada a um serviço de saúde*** *– como alude o seu preâmbulo –.*
>
> *Por decorrência lógica, as impropriedades relacionadas à* ***modelagem da contratação*** *adotada e* ***modalidade licitatória escolhida****, indicadas pela Especializada, decorrem justamente da correta identificação técnica da natureza do objeto da presente licitação.*
>
> *Com efeito, e sob o prisma estritamente jurídico, o chamamento público destinado a seleção de uma organização social qualificada destinada a gestão compartilhada de uma unidade de saúde, nos moldes preconizados pela Lei nº 9.637/98, cujo objeto envolve alta complexidade e a definição de critérios objetivos e impessoais de seleção de uma proposta que efetivamente atenta a necessidade pública perquirida, não pode ser substituído por uma licitação, na modalidade pregão, do tipo menor preço, regida pelas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, que pressupõe a celebração de contratos com interesses contrapostos, destinados a aquisição e/ou prestação de serviços "comuns".*

Aliás, considerando-se o regime publicista aplicável ao Poder Público, ***uma empresa privada com fins lucrativos*** *jamais poderia assumir a gestão de uma*

unidade pública de saúde – atividade considerada finalística do Estado, embora de natureza não exclusiva e podendo ser prestada em caráter complementar, nos termos previstos no artigo 199, § 1º, da Constituição Federal –.

A própria Recorrente reconhece, inclusive, e em suas razões recursais, a complexidade que envolve o gerenciamento de uma Instituição de Saúde, admitindo, ainda que por amor a argumentação, a inadequação do regime jurídico adotado, conforme se infere da leitura dos trechos abaixo transcritos:

> "[...] . As Instituições de Saúde são estruturas complexas que demandam um conjunto de ações integradas e resolutivas para a sua operacionalização, sejam em relação aos aspectos técnicos, operacionais, administrativos e/ou econômico-financeiros.
> [...]
>
> Com relação ao pregão presencial nº 36/20131, há que se destacar que o procedimento adotado, **por mais questionável que possa ser em termos de natureza formal**, [...]
>
> Desta forma, e com a devia vênia, **o processo de contratação não deve seguir as regras da Lei 8666/93 e da Lei nº 10520, de 17 de julho de 2002** (Pregão presencial. [...] " (g.n.)
>
> *Reputo bastante razoável presumir, neste sentido, ue inadequação do tratamento jurídico atribuído à contratação em exame q (**modelagem da contratação** e **modalidade licitatória adotadas**) conduziu às **imprecisões atinentes à quantificação e classificação dos leitos**, e à **ausência de aferição adequada dos custos da contratação**, por meio de planilha de custos e preços unitários (orçamento estimado), também lançadas pela D. Coordenadoria em seu Relatório (Peça 13, pág. 131-150), as quais não foram superadas no v. Acórdão prolatado.'*

Ainda sobre o recurso interposto pela SPDM, verifica-se que os demais apontamentos relativos ao Pregão Presencial, e que levaram à irregularidade do ajuste, não foram enfrentados. Da mesma forma, a Recorrente não enfrentou as irregularidades referentes ao termo de contrato.

No mais, observa-se que as demais questões trazidas pela Recorrente são atinentes à execução contratual, de modo que tais questionamentos serão analisados no TC nº 72.002.211/13-66, que cuida da execução do Contrato nº 24/2013.

Importante destacar, que a Auditoria (peça 34) também analisou o recurso interposto pela SPDM e concluiu que não foram apresentados, sob a análise técnica, novos elementos com o condão de modificar a r. decisão recorrida, mas sim, fatos que já foram analisados e discutidos na fase de instrução, inclusive no seu relatório inicial (peça 01 - fls. 01/02).

Por fim, considerando que não foram apresentados argumentos de ordem fática ou jurídica no recurso ordinário interposto ou documentos novos aptos à alteração do r. Decisum, entendo que as irregularidades constatadas nos

instrumentos analisados devem ser mantidas, devendo ser afastados os argumentos alegados pela Recorrente.

IV – Conclusão

Desta feita, opino, s.m.j., pelo conhecimento do recurso ordinário interposto pela SPDM, por ser tempestivo e por preencher os pressupostos de admissibilidade e, no mérito, opino pelo não provimento do recurso, mantendo-se a r. Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos."

É o relatório.

VOTO

Cuida o TC 3.027/2013 da análise da licitação PP 36/13 e do Contrato nº 24/13 firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e a SPDM - Associação Paulista Para Desenvolvimento da Medicina, tendo por objeto a prestação de serviços hospitalares na área de assistência a pacientes com quadros clínicos que estejam associados e/ou induzidos por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, com ou sem distúrbio de humor, comportamentos graves e comorbidades psiquiátricas que requeiram atendimento intensivo e de internação para desintoxicação. A contratação tem prazo de duração de 12 (doze) meses, autorizada sua prorrogação, ao preço mensal de R$ 935.000,00 (novecentos e trinta e cinco mil reais) e Valor Global de R$ **11.220.000,00** (onze milhões e duzentos e vinte mil reais), neles incluídos todos os custos e margem de lucro da Contratada.

Na atual fase processual, examina o presente TC o Recurso Ordinário interposto pela SPDM contra o v. Acórdão à peça 19 que julgou irregulares o Pregão Presencial nº 36/2013 e o Termo de Contrato 24/2013.

As análises efetuadas nos presentes autos pelos Órgãos Opinantes desta Corte acerca do recurso ordinário interposto pela OS SPDM informam que as razões recursais apenas se pronunciaram sobre a irregularidade do modelo de licitação utilizado pela Origem, qual seja o Pregão Presencial nº 36/20131, com a justificativa, no seu ver, que o procedimento adotado não trouxe prejuízo à seleção das entidades.

Tais razões restaram afastadas, uma vez que o instrumento jurídico adotado pela Origem contraria as disposições da Constituição Federal, bem como a modalidade pregão foi considerada inviável para o objeto em questão, eis que o objeto do certame trata de atividades dirigidas à promoção da saúde, próprias da Administração Pública, e não de atividades meio, acessórias à prestação do serviço de saúde, cuja contratação deve seguir o regime previsto na então vigente Lei Federal nº 8.666/93.

Dessa forma, o instrumento jurídico adotado para a contratação dos serviços ora em análise (realização de licitação e de contratação do objeto segundo o modelo da LF

nº 8.666/93), contraria o disposto do §1º, artigo 199 da Constituição Federal, que estabelece que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde.

Ademais, os outros apontamentos relativos ao Pregão Presencial, e que levaram à irregularidade do ajuste, não foram enfrentados pela Recorrente, como, também, não enfrentou as irregularidades referentes ao termo de contrato.

E, como observado pelos Órgãos Técnicos, as demais questões trazidas pela Recorrente são atinentes à execução contratual, cabendo serem apreciadas no TC nº 72.002.211/13-66 que cuida da execução do Contrato nº 24/2013.

Ante todos esses pontos, restou assentado pelas análises do recurso não terem sido apresentados elementos novos com força de modificar a r. decisão recorrida, mas, tão somente, aludiu a fatos que já analisados e discutidos na fase de instrução, inclusive no seu relatório inicial (peça 01 - fls. 01/02).

Em complemento, quanto à ocorrência de prescrição, ***suscitada no despacho à peça 29***, cabe considerar o quanto segue.

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

> "*Fato jurídico stricto sensu é o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dentre os fatos jurídicos stricto sensu sobreleva em importância o decurso do tempo, principalmente no que concerne à prescrição e à decadência, dada a enorme influência que exercem nas relações jurídicas, no que diz respeito à aquisição e à extinção dos direitos."*[1]

Expande Flávio Tartuce que na "*prescrição ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo*."[2]

Explica o Ministro Edson Fachin no seu voto durante o julgamento do tema 897 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal que:

> *"Como é sabido, a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, a uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica, estruturante do Estado de Direito. Bem por isso, a regra geral no*

[1] Diniz, Maria H. *Manual de direito civil.* Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Editora Saraiva, 2022, pg. 43.
[2] Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10ªed, 2020, Rio de Janeiro, Editora Método.

> *ordenamento jurídico é de que as pretensões devem ser exercidas dentro de um marco temporal limitado."*[3]

No tema da prescrição das pretensões do Tribunais de Contas explicava Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em 2016 que "*conquanto o dever de ressarcir o erário possa ser imprescritível, as penalidades, mesmo a multa que tem caráter pecuniário, estão sujeitas a prescrição.*"[4] Todavia, observava Jacoby Fernandes que a temática da prescrição deveria idealmente estar prevista em Lei, entretanto, sem legislação, deve ser aplicado o instituto por analogia:

> "*À primeira vista, seria necessária legislação especifica para regular o tema. O recurso à analogia deve se fazer, preferencialmente entre normas de Direito Público, dentre estas, as de direito administrativo (...)"*[5]

Historicamente no tema a jurisprudência do Tribunal de Contas da União era firme no sentido de que não se aplicava o instituto da prescrição nas pretensões ressarcitória de suas tomadas de contas especial, em razão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

> "*A prescrição qüinqüenal veiculada na Lei 9.873/1999 não se aplica aos processos de tomada de contas especial, por possuir como fundamento o exercício regular do Poder de Polícia, diferentemente das atividades de controle externo previstas na Constituição Federal, que encerram, entre outros, os atos de gestão.*" (Acórdão 49/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER / ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Débito | SUBTEMA: Imprescritibilidade)
>
> "*Não se aplica a prescrição da ação disciplinar com base no art. 142 da Lei 8.112/1990 no âmbito de tomada de contas especial, pois são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário*." (Acórdão 1865/2009-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA; ÁREA: Responsabilidade | TEMA: Pena disciplinar | SUBTEMA: Prescrição)

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

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. 1.* ***O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela 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)

[3] RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Voto Ministro Edson Fachin, p. 04; p. 40 do Acórdão.
[4] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum, p. 620
[5] Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 4ª ed, 2016, Belo Horizonte: Fórum. p. 623

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

[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*

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 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

[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)

sancionatórias quanto ressarcitórias, seria regida observando o disposto no paradigma da Lei Federal nº 9.873/99 por analogia.

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

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

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

> "*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONDENAÇÃO A RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. ART. 2°, II, DA LEI 9.873/1999. ATO INEQUÍVOCO DE APURAÇÃO DO FATO. DISCUSSÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.* ***II – Aplicando-se a regulamentação***

> ***da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, levandose em consideração a ocorrência de 5 causas interruptivas da prescrição, não teria sido fulminada pelo decurso do tempo.*** *III - A pretensão do recorrente, fundada na discussão sobre os fatos apontados como marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, refoge aos estreitos limites do mandamus, ante a ausência de liquidez e certeza do direito pleiteado. IV - Agravo regimental a que se nega provimento*." (MS 36067 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-10-2019 PUBLIC 29-10-2019, grifos nossos)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No caso em exame, analisando-se a incidência dos marcos prescricionais previstos na Resolução nº 10, observa-se que entre o penúltimo marco interruptivo, indicado no relatório de **Auditoria** após defesa da Origem (páginas 13/19 – peça 14), elaborado em 05.01.2016, e a decisão recorrível (peça 19) prolatada em 18.05.2022, decorreram mais de 05 anos, de modo que eventuais ***pretensões ressarcitórias e punitivas*** encontram-se fulminadas pelo instituto da prescrição, nos termos do art. 2º, caput, c/c art. 5º, incisos II e IV, § 2º c/c art. 6º, inciso I, da Resolução 10/2023.

Todavia, a r. Decisão recorrível veicula provimento declaratório, à medida em que os Nobres Conselheiros desta E. Corte de Contas limitaram-se a julgar irregulares o Pregão Presencial 36/20131 e o Termo de Contrato 24/2013, pelas razões lá expostas, sem a previsão de comandos ressarcitórios ou punitivos.

Ante todo o exposto, voto pelo **reconhecimento** da **ocorrência da prescrição**, nos termos do art. 2º da Resolução nº 10/2023/TCMSP, **afastando o ressarcimento dos recursos determinado no Acórdão recorrido**.

E, uma vez preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto pela SPDM – Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, contra o v. Acórdão à peça 19 que julgou irregulares o Pregão Presencial nº 36/2013 e o Termo de Contrato 24/2013.

Quanto ao **mérito declaratório**, acompanho as conclusões alcançadas pela **Auditoria**, pela **AJCE** e pela **SG**, e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ordinário uma vez que as razões recursais não apresentaram argumentos e fundamentos legais capazes de alterar a decisão no v. Acórdão guerreado (peça 19), **mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, dado a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória desta Corte de Contas**.

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão relacionada ao Instrumento objeto desta ação, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 01/10/2024 10:21:28 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

1. Processo: **TC/3027/2013**
Origem: **Autarquia Hospitalar Municipal - AHM**
Objeto: Recurso em análise da licitação Pregão Presencial 36/13 e do Contrato nº 24/13 firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e a SPDM - Associação Paulista Para Desenvolvimento da Medicina.

2. Processo: **TC/2211/2013**
Origem: **Autarquia Hospitalar Municipal - AHM**
Objeto: Recurso em acompanhamento da execução do Contrato nº 24/13 firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e a SPDM - Associação Paulista Para Desenvolvimento da Medicina.

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Em que pese o judicioso voto do Exmo. Conselheiro Relator Eduardo Tuma, peço vênia para acompanhá-lo, porém, com ressalvas de fundamentação.

2. Nos autos em julgamento, observa-se que, no TC 3027/2013, o E. Relator reconhece a ocorrência da prescrição quinquenal, afastando o ressarcimento dos recursos determinados no Acórdão recorrido; CONHECE do recurso ordinário, vez que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade; e, quanto ao **mérito declaratório**, NEGA PROVIMENTO ao recurso ordinário, mantendo-se, assim, pelos seus próprios fundamentos jurídicos, apenas seu conteúdo declaratório, visto que prescritas as pretensões punitiva e ressarcitória.

Assim, mantém-se a irregularidade do Pregão Presencial 36/2013 e do Contrato nº 24/2013 firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal e a Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina.

3. Por sua vez, no TC 2211/2013, também em julgamento no presente momento, o E. Relator não reconhece a ocorrência de prescrição, considerando que o Acórdão recorrido veicula somente conteúdo declaratório. Então, em razão disso, o E. Relator expressa seu voto no sentido de CONHECER o recurso ordinário e, quanto à **totalidade do mérito**, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se, assim, a irregularidade da execução do Contrato nº 24/2013 firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal e a Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina.

4. Passa-se a expor as razões da presente ressalva de fundamentação.

5. No TC 798/2004, no qual fui Relator, frisou-se que os Tribunais de Contas[1] buscaram adequar-se, quanto à incidência prescricional, ao reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Temas de Repercussão Geral nº 897 e 899; ou seja, os Tribunais de Contas passaram a editar normas por meio das quais

[1] Tribunal de Contas da União, por meio da Resolução nº 344/2002; ATRICON, por meio da Nota Recomendatória ATRICON-IRB-CNPTCABRACOM n° 02/2023; e este E. Tribunal de Contas do Município, por meio da Resolução nº 10/2023 e da Ordem Interna SG/GAB nº 07/2023.

adotam a métrica da Lei Federal nº 9.873/1999 para aplicação temporal-preclusiva da prescrição quinquenal.

6. No âmbito do acervo normativo que vige nesta E. Corte, no que atina à incidência da prescrição, cabe observar o disposto no artigo 2° da Resolução n° 10/2023 (grifos nossos):

> Art. 2º Prescrevem em cinco anos as **pretensões punitiva e de ressarcimento**, contados dos termos iniciais indicados no art. 4º, conforme cada caso.

7. Além das hipóteses de prescrição contadas a partir dos termos iniciais indicados no art. 4º da Resolução nº 10/2023 desta E. Corte, também é necessário observar que a prescrição pode ser reconhecida se contada a partir dos marcos interruptivos, conforme disposto pelo art. 5º da citada Resolução:

> Art. 5º A prescrição se interrompe:
> I – pela intimação da parte ou responsável, nos termos dos arts. 116 a 118 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo;
> II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato ou ato, conforme previsto no art. 6º desta Resolução;
> III - por qualquer ato inequívoco de tentativa de solução conciliatória;
> IV - pela decisão condenatória recorrível.
> § 1° A prescrição pode se interromper mais de uma vez por causas distintas ou por uma mesma causa desde que, por sua natureza, essa causa seja repetível no curso do processo.
> § 2° Interrompida a prescrição, começa a correr novo prazo a partir do ato interruptivo.
> § 3º Os pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, bem como as manifestações da Subsecretaria de Controle Externo -

> SCE, posteriores à emissão de seu relatório, não constituem marcos interruptivos da prescrição.
> § 4º Após a intimação inicial (inciso I do art. 5º), novas intimações da(s) parte(s) não interromperão o decurso do prazo prescricional.

8. Decorridos mais de 5 (cinco) anos: i) no TC 3027/2013, entre o penúltimo marco interruptivo, indicado no relatório de Auditoria após defesa da Origem (páginas 13/19 – peça 14), elaborado em 05.01.2016, e a decisão recorrível (peça 19) prolatada em 18.05.2022; e ii) no TC 2211/2013, entre o penúltimo marco interruptivo, como indicado no relatório de Auditoria após defesa da Origem (páginas 56/63 – peça 14), elaborado em 05.01.2016, e a decisão recorrível (peça 19) prolatada em 18.05.2022, resta configurada a prescrição quinquenal nestes autos, conforme o art. 2º da Resolução nº 10/2023 desta E. Corte.

9. Neste ponto, cabe refinar o entendimento que esta Corte de Contas vem adotando no tocante à extinção do feito em decorrência do reconhecimento da prescrição. Da exegese dos artigos 12 e 13 da Resolução TCMSP nº 10/2023 extrai-se que a regra é a extinção total do feito, exceção feita aos casos em que a Corte identifique a necessidade de reorientar a atuação administrativa. Veja-se:

> Art. 12. Aferida a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória em relação à totalidade das irregularidades, a decisão de Juízo Singular, Câmara ou do Pleno pronunciará explicitamente sobre a continuidade ou não do processo em relação aos demais aspectos da instrução ou do julgamento, **observados os critérios de materialidade, risco e relevância envolvidos,** para os fins do previsto no art. 13.

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

10. Tal entendimento condiz com a versão já aprimorada da normatização do Tribunal de Contas da União (Resolução nº 344/2022) a respeito do Tema, veja-se:

> Art. 11. Reconhecida pelo Tribunal a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória em relação à totalidade das irregularidades, o processo deverá ser arquivado, ressalvada a hipótese do art. 12.
>
> Art. 12. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento das contas, a adoção de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

11. No caso concreto, considerando que o Exmo. Conselheiro Relator acompanhou as conclusões da Auditoria, da AJCE e da SG,[2] e que o Poder Público possui diversos contratos com a

[2] TC 3027/2013: modelo de contratação em dissonância com previsão legal, resultando na inviabilidade da utilização da modalidade pregão; falta de justificativa para os quantitativos e distribuição dos leitos; proposta comercial sem discriminação dos custos (peça 3).
TC 2211/2013: a média de permanência dos pacientes mostrou-se inadequada à realidade; ausência de contratação de manutenção da unidade; ausência de apresentação de documentos aptos a comprovar a imunidade tributária da entidade (peça 1).

Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina, enquadra-se o presente na exceção prevista no art. 13 da Resolução TCM nº 10/2023.

12. Isso porque verifica-se a necessidade de reorientar a atuação da Administração e DETERMINAR à Origem que: 1) em contratos de escopo semelhante ao Contrato 24/2013/AHM, utilize a modalidade de contratos de gestão, em vez de contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 (antiga Lei nº 8.666/1993); 2) reforce o planejamento interno, a fim de evitar a ausência de justificativas para quantitativos contratuais e previsão de média de permanência de pacientes na unidade; 3) aprimore a análise documental, a fim de evitar situações como a verificada de ausência de comprovação de documentos aptos a justificar a imunidade tributária da contratada.

Do exposto, acompanho o E. Relator com a ressalva de fundamentação acima exposta.

É como voto, Senhor Presidente.

Ricardo Torres
Conselheiro

Assinado digitalmente por RICARDO EZEQUIEL TORRES
Data: 03/10/2024 10:13:06 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

III – ACÓRDÃO

Processo	-	TC/003027/2013 (Tramita em conjunto os processos TC/002211/2013 e TC/003027/2013)
Contratante	-	Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde)
Contratada	-	Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina – SPDM
Pregão Presencial	-	36/2013
Contrato	-	24/2013 R$ 11.220.000,00
Objeto	-	Contratação de empresa especializada na prestação de serviços hospitalares para assistência aos pacientes com quadro clínico associado e/ou induzido por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, com ou sem distúrbio de humor, comportamento grave e comorbidades psiquiátricas que requeiram tratamento, internação voluntária ou involuntária e atendimento intensivo para desintoxicação, oferecidas 80 vagas, na Unidade de Atendimento ao Dependente – Unad Heliópolis

3.215ª Sessão Ordinária

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SMS. Serviços hospitalares para assistência aos pacientes com quadro clínico associado e/ ou induzido por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas. 1. Ainda que o modelo de contratação adotado seja o de preço global, a pesquisa de preços deve aferir os reais valores de cada componente de custos dos serviços. Art. 7º, § 2º, II da Lei 8.666/93. 2. A existência de incompatibilidade entre a ocupação dos leitos e o valor pago, bem como a ociosidade de leitos, são indicativos de que a contratação, na forma realizada, foi desvantajosa para a Administração Pública, refletindo, desta forma, a falta de planejamento da contratação. IRREGULARES. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002211/2013 e TC/003027/2013, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, nos termos de seu relatório e voto, do Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR – Revisor, com declaração de voto apresentada, e dos Conselheiros EDUARDO TUMA e ROBERTO BRAGUIM, em julgar irregulares o Pregão Presencial 36/20131 e o Termo de Contrato 24/2013, tendo em vista a irregularidade dos seguintes apontamentos consignados pela Auditoria: a

incompatibilidade da ocupação de leitos com o valor pago, bem como a alta ociosidade de leitos, indicativos de que a contratação, na forma realizada, não espelhou vantajosidade para a Administração Pública, tendo presente o custo fixado, o que remete a deficiências no planejamento da contratação.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão aos interessados, com o posterior arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

São Paulo, 18 de maio de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
MAURÍCIO FARIA – Relator
ELIO ESTEVES JUNIOR – Revisor, com declaração de voto

/smv

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO MAURÍCIO FARIA – RELATOR

Processos:	**TC/002211/2013 e TC/003027/2013**
Interessadas:	AHM – Autarquia Hospitalar Municipal e SPDM Associação Paulista para Desenvolvimento da Medicina
Objeto:	Prestação de serviços hospitalares na área de assistência a pacientes com quadros clínicos que estejam associados e/ou induzidos por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, com ou sem distúrbio de humor, comportamentos graves e comorbidades psiquiátricas, que requeiram atendimento intensivo e de internação para desintoxicação

Pregão Presencial nº 36/20131 e do Termo de Contrato nº 24/2013 e acompanhamento da execução. Irregularidade com aceitação de efeitos financeiros.

Egrégio Tribunal

Cuidam os processos da análise do Pregão Presencial nº 36/20131 e do Termo de Contrato nº 24/2013 **(TC/003027/2013)**, celebrado entre a Autarquia Hospitalar Municipal – AHM e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM para prestação de serviços hospitalares na área de assistência a pacientes com quadros clínicos que estejam associados e/ou induzidos por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, comportamento grave e comorbidades psiquiátricas que requeiram tratamento em internação e atendimento intensivo para desintoxicação; bem como o acompanhamento da execução do ajuste **(TC/002211/2013)**.

Em análise inicial do **TC/003027/2013**, a Auditoria apontou as seguintes infringências (peças 01 a 03):

Licitação:

"Com base na análise efetuada, quanto ao aspecto contábil e orçamentário e quanto à legislação vigente, o edital do Pregão Presencial nº 036/2013 apresenta as seguintes infringências:

- Modelo de contratação adotado e falta de justificativa para os quantitativos e para a distribuição dos leitos (item 11.1).

- Pesquisa de preços feita de forma global e falta de planilha de orçamento estimativo (item 11.4).

- Inviabilidade da modalidade pregão (item 11.5).

- Falta de prerrogativa do pregoeiro para a assinatura do edital (item 11.8).

- Proposta comercial sem discriminação dos custos (item 11.9).

Contrato:

"Com base na análise efetuada, quanto ao aspecto contábil e orçamentário e quanto à legislação vigente, o Contrato nº 24/2013 apresenta a seguintes infringências:

- Intempestividade e insuficiência da nota de empenho (itens 12 e 14.11).

- Falta de justificativa para os quantitativos e para a distribuição dos leitos (item 14.1)."

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, primeiramente, pela prévia intimação da Origem, dos responsáveis e da contratada, nos termos do artigo 116, caput e §§ 1º e 3º, do Regimento Interno desta E. Corte de Contas (peças 04 e 05).

Regularmente intimados os interessados, acresceu-se aos autos a manifestação do representante legal da SPDM (fls. 566/603) e do Senhor Roberto Yukihiro Morimoto, Superintendente da AHM, à época dos fatos, (fls. 484/565).

Em apertada síntese, defenderam a modalidade de licitação utilizada e a competência da AHM para celebrar contratos de gestão na área da saúde. Ademais, anotaram a existência de justificativa para a o objeto do certame, para a quantificação e classificação dos leitos, bem como a adequação da cotação de preços realizada para a pesquisa de mercado. Quanto à subcontratação de serviços gerais como manutenção, segurança e limpeza, destacaram autorização presente na Cláusula 3.7 do termo de contrato, que atribuía à Contratada a responsabilidade de manutenção dos bens móveis e imóveis cujo uso lhe foi permitido.

Sem prejuízo da documentação acrescida, a Auditoria ratificou suas conclusões originais (peça 6).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, acompanhando o órgão técnico, exarou parecer conclusivo pela irregularidade do Pregão Presencial nº 36/2013; bem como do Contrato nº 24/2013.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pela regularidade do Pregão nº 36/2013 e sua respectiva contratação (Contrato nº 24/2013), relevando-se eventuais impropriedades de natureza formal. Subsidiariamente, requereu a aceitação dos efeitos jurídicos produzidos, em homenagem à segurança jurídica (fls. 624/630).

A Secretaria-Geral acompanhou os órgãos técnicos pela irregularidade do Pregão Presencial nº 036/2013 e do Termo de Contrato nº 24/2013, destacando, dentre outras questões, que a licitação tinha como objeto a transferência de toda a administração e execução das atividades de saúde de uma determinada unidade hospitalar da AHM a um particular com ofensa ao disposto no art. 199, § 1º, da Constituição Federal. Ademais, acompanhou o entendimento da Auditoria no sentido de que "o objeto licitado não constitui serviço comum, pois envolve serviços técnicos especializados – serviços prestados por médicos psiquiatras, clínicos, psicólogos etc. (fls. 30). Tais serviços não possuem padrões de desempenho e de qualidade estabelecidos por especificações usuais de mercado, ou seja, sua metodologia de execução não é comum/uniforme. Por esse motivo, não podem ser licitados por meio de pregão."

Quanto ao Acompanhamento da execução contratual **(TC/002211/2013)**, com despesa liquidada e paga no total de R$ 2.805.000,00 (período de abril a junho de 2013), o Relatório da Auditoria foi conclusivo no sentido de que o mesmo estava sendo executado conforme o pactuado, ressalvados os seguintes aspectos (peça 01):

4.1 - A média de permanência dos pacientes prevista no contrato (cláusula primeira, item 1.6) mostrou-se inadequada à realidade, o

que evidencia a necessidade de sua revisão por parte da Origem. (item 3.2.1 b)

4.2 - Com relação ao serviço de manutenção da unidade, prevista na cláusula terceira, item 3.35, a direção da UNAD informou que ainda não houve contratação (item 3.2.2 g);

4.3 - Com relação ao IRRF e ao ISS, os documentos necessários à comprovação da imunidade da SPDM não foram apresentados (item 3.3).

4.4 - Foi pago indevidamente à SPDM o montante de R$ 1.920.985,14, referente à taxa de ocupação nos meses de abril a junho de 2013 (item 3.3).

4.5 - O quadro de pessoal efetivamente existente na unidade difere do previsto no contrato (item 3.4.1).

4.6 - A média de leitos ocupados nos meses de abril a junho de 2013 foi de 31,52%, motivada pela falta de encaminhamentos promovidos pela Central de Regulação de Saúde Mental, denotando falha de planejamento por parte da Origem (item 3.7).

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, primeiramente, pela prévia intimação da Origem, dos responsáveis e da contratada, nos termos do artigo 116, caput e §§ 1º e 3º, do Regimento Interno desta E. Corte de Contas (peças 02 e 02).

Intimados os interessados, o Sr. Roberto Yukihiro Morimoto sustentou que "quando da assunção dos serviços em 2013, pela SPDM, esta constatou diversos problemas de conservação predial e de manutenção de equipamentos, o que demandou, por consequência, gastos imprevistos e não albergados pelo instrumento contratual" e que "a integralidade de pagamento nos primeiros meses da execução do Termo de Contrato nº 24/2013 teve por um de seus objetivos ressarcir os débitos da SPDM originados da entrega da unidade pela Sociedade Hospital Samaritano em precárias condições".

O Sr. Sr. Claudio de Oliveira argumentou, em síntese, que não era responsável pelo baixo índice de ocupação dos leitos e pela autorização da liquidação da despesa.

A SPDM, por sua vez, alegou, dentre outros pontos, que: sempre houve preocupação com a inadequação da média de permanência na previsão contratual e a devida justificativa para os casos de internação mais prolongada; bem como que a contratação da empresa Serviços Globais de Energia e Comércio Ltda. foi realizada regularmente para a manutenção predial. Ademais, demonstrou sua situação regular junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Afirmou a inexistência de pagamento indevido, vez que o custo fixo da unidade, nos termos contratados, não variava em função da taxa de ocupação, assim como a unidade não tinha governança sobre a gestão das vagas. Observou que as cláusulas contratuais se colocam contraditórias entre si, pois de um lado estabelecia um mínimo de 85% de ocupação, mas de outro lado impedia a Contratada de programar quaisquer ações para atingir esta ocupação.

Em nova manifestação sobre o acrescido, a Auditoria ratificou suas conclusões originais quanto às conclusões referentes aos itens 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5 e 4.6, e

considerou o item 4.2 solucionado (peça 4 e 7).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, acompanhando o órgão técnico, opinou pelo não acolhimento da execução contratual no período examinado (peças 5, 6, 8 e 9).

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento da execução contratual, considerando que os serviços foram prestados corretamente pela contratada, sem indício de desvio de recursos públicos em favor de terceiros ou de que os agentes públicos responsáveis tenham se beneficiado dos atos praticados, e diante da inexistência de notícia nos autos da existência de prejuízo concreto à Municipalidade. Sem prejuízo, subsidiariamente, requereu a aceitação dos efeitos financeiros, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e em virtude da inocorrência de prejuízo ao erário.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria-Geral opinou pelo não acolhimento da execução do Contrato em análise, acompanhando as análises precedentes.

É o relatório.

V O T O

Trago a julgamento o Pregão Presencial nº 36/20131 e o Termo de Contrato nº 24/2013 **(TC/003027/2013)**, celebrado entre a Autarquia Hospitalar Municipal – AHM e a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM para prestação de serviços hospitalares na área de assistência a pacientes com quadros clínicos que estejam associados e/ou induzidos por uso de álcool e/ou outras substâncias psicoativas lícitas ou ilícitas, comportamento grave e comorbidades psiquiátricas que requeiram tratamento em internação e atendimento intensivo para desintoxicação; bem como a análise da execução parcial do ajuste **(TC/002211/2013)**.

Inicialmente, dentre os apontamentos remanescentes relacionados à análise formal da licitação e do contrato, anoto que, ainda que os apontamentos relacionados à (i) modalidade de licitação utilizada, (ii) ausência de instrumento de delegação ao pregoeiro para assinar o edital, (iii) intempestividade e insuficiência da emissão da Nota de Empenho, e (iv) regularidade fiscal da Contratada, pudessem ser superados, o mesmo não ocorre com as fragilidades identificadas na quantificação e classificação dos leitos (adultos e adolescentes, femininos e masculinos), bem como quanto à falta de demonstração da composição de todos os custos unitários.

Em que pese a alegação dos interessados de que os quantitativos de leitos adotados foram fundamentados por critérios da demanda existente na Central de Regulação de Vagas da Secretaria Municipal da Saúde, fato é que, ao longo do exame da execução do ajuste, constatou-se que a taxa de ocupação de leitos ficou muito aquém do contratado.

Tal fato, aliado à deficiência relacionada ao modelo adotado de contratação por preço global, com pesquisa de preços realizada por meio de consulta global (que não permitiu à Administração aferir os reais valores de cada componente de custo dos serviços), impede o acolhimento dos instrumentos, por ofensa ao artigo 7º, § 2º, inciso II da Lei Federal nº 8.666/93.

A necessidade de instrução do processo de licitação com orçamento detalhado em planilhas que evidenciam a composição de custos unitários é questão já sedimentada na jurisprudência dos Tribunais de Contas, para transparência sobre os valores contratados e para subsidiar eventuais alterações contratuais futuras, conforme destacado pelos técnicos ao longo da instrução.

Ademais, não há como afastar a irregularidade dos seguintes apontamentos consignados pela Auditoria: a incompatibilidade da ocupação de leitos com o valor pago, bem como a alta ociosidade de leitos, indicativos de que a contratação, na forma realizada, não espelhou vantajosidade para a Administração Pública, tendo presente o custo fixado, o que remete à deficiências no planejamento da contratação.

No que toca à execução do ajuste, conforme destacado pelos pareceres dos órgãos técnicos, percebe-se que houve atendimento às cláusulas contratuais, não existindo, no período examinado, apontamentos relacionados às ações referentes à distribuição dos leitos, à prestação dos serviços em período integral, à multiprofissionalidade das equipes que atuaram na Unidade. Ademais, restou consignado o bom estado de conservação do prédio, e os aspectos relacionados à contratação dos profissionais, dentre outros aspectos examinados. Os apontamentos lançados pelos técnicos foram objeto de sugestão de recomendação (4.2) ou de determinação visando a correção das falhas (itens 3.3, 4.1, 4.3), sem que tivessem um caráter de constatação de ausência de prestação dos serviços ou outras deficiências de maior gravidade.

Nesses termos, entendo que não há que se falar em pagamento indevido à Contratada no tema relacionado à taxa de ocupação nos meses de abril a junho de 2013 (item 3.3), por entender que o pagamento se deu segundo os termos contratados. O que de fato se nota, no caso concreto, é que houve efetiva falha de planejamento e gestão da contratação, o que não pode ser imputado à prestadora dos serviços.

Com tais razões, voto pela IRREGULARIDADE do Pregão Presencial nº 36/20131 e do Termo de Contrato nº 24/2013, e, por decorrência, pela IRREGULARIDADE da execução contratual, no período examinado. Acolho os efeitos financeiros decorrentes, considerando a ausência de indicação de má-fé dos agentes envolvidos ou desvio.

Deixo de aplicar eventual penalidade dado o tempo decorrido.

Envie-se cópia do presente julgado aos interessados.

Após, arquivem-se os autos.

Plenário Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, 18 de maio de 2022.

MAURICIO FARIA
Conselheiro

II – DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO ELIO ESTEVES JUNIOR – REVISOR

TC/002211/2013
TC/003027/2013

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho o voto do Relator quanto à irregularidade do Pregão Presencial nº 36/2013 e do Termo de Contrato nº 24/2013, objetos do processo **TC/003027/2013**, bem como de sua execução, objeto do **TC/002211/2013**, no período e valores examinados. Todavia, não aceito os efeitos os efeitos financeiros produzidos, tendo em vista o apontamento nos autos de pagamento indevido à contratada SPDM no montante de R$ 1.920.985,14 referente à taxa de ocupação nos meses de abril a junho de 2013.

Proponho que seja oficiada a Origem para que adote as providências visando o ressarcimento ao erário do valor relativo ao pagamento indevido apontado nos autos realizado à contratada SPDM no montante de R$ 1.920.985,14 referente à taxa de ocupação nos meses de abril a junho de 2013.

É como voto.

ELIO ESTEVES JUNIOR
Conselheiro Substituto TCMSP

HCMC/SMAS/ecg