TC 4.383/2018

REPRESENTAÇÃO. SMS. Apuração de eventuais responsabilidades no tocante à ausência de contratação de profissionais farmacêuticos nas unidades de saúde do Município, geridas pelas Organizações Sociais. 1. Por força de decisão judicial não há a obrigação, por parte da Municipalidade, de manter em suas unidades o profissional farmacêutico, assim não se caracteriza a omissão suscitada. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

25ª Sessão Ordinária Não Presencial

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação interposta pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, para, no mérito, julgá-la improcedente.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar que se cumpra o artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, arquivando-se, após, estes autos.

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

São Paulo, 21 de julho de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trago a julgamento o TC 72.004.383/18-05 consistente em Representação interposta pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo acerca de suposta omissão, por parte da Municipalidade, na contratação

de profissionais farmacêuticos e na fiscalização dos contratos de gestão vigentes, acerca da presença desses profissionais nas unidades administradas pelas Organizações Sociais de Saúde.

A Representante alegou, em síntese, que as diversas unidades de saúde da Prefeitura Municipal de São Paulo que prestam serviços de assistência farmacêutica, diretamente ou por meio de contratos de gestão, deveriam contar com um profissional farmacêutico para a atividade de dispensação de medicamentos, durante todo o período de funcionamento, por força do previsto na Lei Federal n.º 13.021/2014, o que não estaria ocorrendo.

Afirmou, ademais, a Representante, que em razão desse alegado descumprimento, lavrou uma série de autos de infração, e que a Municipalidade havia ajuizado uma ação no âmbito da Justiça Federal[1] para que restasse desobrigada da contratação de farmacêuticos. Narrou, ainda, que embora a Prefeitura Municipal de São Paulo tivesse obtido uma tutela de urgência de caráter suspensivo, essa decisão havia sido modificada por decisão em sede de Agravo de Instrumento,[2] restabelecendo a obrigatoriedade do profissional nas unidades o que ensejou a alegada omissão da Municipalidade.

Por fim, pleiteou que esta Corte de Contas apurasse as responsabilidades decorrentes da conduta que reputou omissiva.

Em sua manifestação inicial, a Coordenadoria II apontou a existência de uma controvérsia jurídica acerca da obrigatoriedade da presença de farmacêutico em dispensários de medicamentos de clínicas e hospitais de pequeno porte (até 50 leitos), entre os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça. Segundo o entendimento manifestado em julgados do Superior Tribunal de Justiça, esses dispensários, definidos pela Lei Federal n.º 5.991/1973 não se enquadrariam no conceito de farmácia, contido na Lei Federal n.º 13.021/2014, razão pela qual a presença do profissional farmacêutico não seria obrigatória. Já segundo o entendimento esposado por alguns Tribunais Regionais Federais, a Lei Federal n.º 13.021/2014 teria operado revogação parcial da Lei Federal n.º 5.991/1973, o que tornaria obrigatória a presença do farmacêutico até mesmo nos chamados dispensários.

Diante do caráter polêmico do tema, a Auditoria suscitou a necessidade de intimação da Origem para prestar de esclarecimentos, proposta esta que foi acolhida pela Relatoria.

Após a manifestação da Origem, a Coordenadoria II concluiu pela procedência da Representação, pois constatou que 581 unidades de saúde possuíam farmácia, mas que havia apenas 188 farmacêuticos contratados,

[1] Processo 0001543-90.2016.4.03.6100, que tramita perante a 2ª. Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo.
[2] Processo 0006471-51.2016.4.03.0000, que foi julgado pela 6ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região.

número este, a toda evidência, insuficiente para dar conta de todos os estabelecimentos de saúde. Além disso, apontou a Auditoria que a Origem informou que dispensação de psicofármacos somente era realizada durante o horário de trabalho do farmacêutico, ao passo que a Lei Federal n.º 13.021/2014 exige a presença do farmacêutico durante todo o horário de funcionamento da farmácia.

Foram, então, os autos encaminhados à Assessoria Jurídica de Controle Externo, que apontou que a fiscalização pretendida pela Autarquia Representante pertence à sua própria esfera de competência, razão pela qual, não haveria interesse processual na provocação da atuação desta Corte Contas, o que importaria julgar improcedente a Representação. Salientou que caso esse entendimento não prevalecesse, haveria de ser levada em consideração que a matéria estava *sub judice* e que caberia a intimação das Organizações Sociais referidas na intimação.

Esta Relatoria divergiu do entendimento da Assessoria Jurídica, sobre a questão da intimação das Organizações Sociais, porque que o objeto da Representação trata da fiscalização realizada pela Secretaria Municipal de Saúde e não do cumprimento dos respectivos contratos de gestão.

Assim, seguindo o processamento dos autos, a Procuradoria da Fazenda Municipal foi ouvida. Em sua manifestação, pugnou pela improcedência da Representação, pela inocorrência de comprovação da falta dos profissionais farmacêuticos, sustentando que a manutenção dos profissionais em tempo integral seria uma forma ineficiente de alocação dos recursos públicos. Traz, ainda, a informação quanto à sentença proferida em primeira instância pela Justiça Federal, na qual foi acolhida a tese da inaplicabilidade da exigência do profissional nas unidades de saúde municipais.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da Representação, por aplicação do princípio da primazia do julgamento de mérito previsto no Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, manifestou-se pela improcedência da Representação, por entender que os dispensários de medicamentos continuam a existir, por neste ponto a Lei Federal n.º 5.991/1973 não haver sido revogada, fazendo com que a estas unidades não se estendesse a obrigatoriedade de presença do profissional farmacêutico, prevista pela Lei Federal n.º 13.021/2014.

V O T O

Esta Relatoria possui entendimento, compartilhado também pelo Órgão Pleno desta Corte de Contas[3], no sentido de que as Representações nos processos de controle externo podem, em determinadas circunstâncias, passar por um juízo de admissibilidade menos rigoroso do que

[3] Dentre vários julgados nesse sentido, citam-se as ocorrências de votação unânime em julgamentos recentes, como nos TCs 3.990/2017, 2.332/2011, 3.194/2018, 5.524/2017 e 5.536/2017.

aquele realizado no âmbito judicial, com amparo no direito constitucional de petição.

Isso porque há marcantes diferenças entre os controles exercidos pelas Cortes de Contas e pelo Poder Judiciário, ainda que ambos sejam denominados como controle externo. Sobretudo porque os processos nas Cortes de Contas são processos administrativos, regidos pelo impulso oficial, conforme lição do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto.[4]

Com isso, mesmo que determinada Representação não preencha, eventualmente, alguns requisitos de cunho formal, sua admissibilidade acaba sendo suprida pela própria iniciativa do próprio Conselheiro Relator, que ao tomar ciência de possíveis irregularidades, determina a apuração do que foi relatado, suprindo o defeito que a Representação porventura tenha apresentado.

Sendo este o caso que se apresenta nestes autos, e tendo em vista também o princípio da primazia do julgamento de mérito, suscitado pela Secretaria Geral **CONHEÇO** da Representação interposta pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo.

Quanto ao mérito, há que se ter como premissa o entendimento de que esta Corte de Contas foi instada a se pronunciar sobre uma suposta conduta omissiva da Municipalidade, na contratação de profissionais e na fiscalização adequada dos contratos de gestão, no tocante à obrigação legalmente prevista de manter farmacêuticos nos estabelecimentos municipais em que haja dispensação de medicamentos.

Certamente, a apuração de eventual omissão do Município no cumprimento de obrigação legal insere-se na atividade de controle externo desempenhada pelos Tribunais de Contas, por meio da fiscalização operacional quanto à legalidade da conduta administrativa, conforme previsto no *caput* do art. 70 da Constituição Federal.[5]

No entanto, no caso em tela, a própria legalidade da obrigação que a Representante sustenta haver e estar sendo descumprida, é objeto de discussão no âmbito da Justiça Federal. Explica-se. A Municipalidade entende que suas unidades – geridas diretamente ou por contrato de gestão – caracterizam-

---

[4] *"6.2. Note-se que os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo seu impulso externo ou non-ex-officio. (...) 6.3. Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TC's julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. (grifos nossos)"* BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 de janeiro de 2017.

[5] ***Art. 70.*** *A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

se como dispensários de medicamentos de clínicas e hospitais de pequeno porte, por força do contido na Lei Federal n.º 5.991/1973 e que, por essa razão, não estariam submetidos à obrigatoriedade de presença de farmacêutico estatuída pela Lei Federal n.º 13.021/2014, que recairia somente sobre o funcionamento das farmácias.

Por outro lado, amparada em entendimento diverso, sustenta a Representante que a Lei Federal n.º 13.021/2014 teria operado revogação parcial da Lei Federal n.º 5.991/1973, o que tornaria obrigatória a presença do farmacêutico até mesmo nos chamados dispensários, que agora estariam subsumidos ao conceito de farmácia.

A discussão sobre a legalidade em si da obrigação em questão pode ser objeto de análise por esta Corte de Contas, visto que, como asseverado, a dimensão da legalidade das ações administrativas – e também suas omissões – está inserida na competência do controle externo, pela previsão constitucional citada.

Não obstante, a questão foi judicializada pela Municipalidade, que propôs uma ação ordinária em 2016, visando à anulação de todos os autos de infração e multa lavrados pela Representante – uma autarquia federal, que possui poder de polícia – e à declaração de que as unidades de saúde municipais não estão sujeitas à obrigação legal de manutenção de profissional farmacêutico.

Diante disso, há uma relação de prejudicialidade externa entre a ação de procedimento comum, proposta pela Municipalidade de São Paulo, em face do Conselho Regional de Farmácia, e a Representação existente nestes autos.

A fim de solucionar o impasse gerado, deve-se recorrer ao entendimento acerca da natureza das decisões dos Tribunais de Contas e sua relação com as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

A respeito da matéria, o entendimento no Supremo Tribunal Federal se dá no sentido de que a revisão, pelo Poder Judiciário, de decisões dos Tribunais de Contas, é possível, pela cláusula de inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário, já que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída de apreciação conforme previsto na Constituição Federal, artigo 5.º, inciso XXXV.

No entanto, a própria Corte Constitucional entende que a revisão dos julgados dos Tribunais de Contas pelo Poder Judiciário é limitada, quando se tratar de decisão prolatada no exercício da função típica e competência exclusiva de julgamento de contas, prevista na Constituição Federal.[6]

---

[6] "***Art. 71.*** *O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República,*

Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal entende que o Poder Judiciário pode revisar as decisões do Tribunal de Contas, porém, num plano meramente formal, para saber se o devido processo legal foi observado, se direitos e garantias individuais foram ou não respeitados. Porém, o mérito da decisão, o controle externo, que é próprio do Tribunal de Contas, orçamentário, contábil, financeiro, operacional e patrimonial, é insindicável pelo Poder Judiciário. Assim, a decisão do julgamento pelos Tribunais de Contas poderá ser anulada pelo Poder Judiciário, mas não modificada.[7]

Porém, o caso em tela não se amolda às hipóteses de competência exclusivas dos Tribunais de Contas. Ele consiste numa Representação em que a questão de fundo que deve ser resolvida é a incidência – ou não – da obrigação de manter um profissional farmacêutico nas unidades municipais de saúde que dispensam medicamentos, face à interpretação do que está previsto nas Leis Federais n.º 5.991/1973 e 13.021/2014.

Assim, considerando o objeto deste processo, qualquer decisão que venha a ser proferida nestes autos será passível de revisão pelo Poder Judiciário, cabendo, certamente, a este, a última palavra, pois não se está diante de uma competência exclusiva dos Tribunais de Contas.

Examinando-se o processo judicial, verifica-se que nele foram proferidas decisões tanto em favor quanto contra a Municipalidade.

A última delas foi a sentença de primeira instância, prolatada aos 19 de junho de 2019,[8] que julgou a demanda procedente em favor do Município *"para o fim de anular todas as multas lavradas, inclusive aquelas no decorrer do processo, bem como determinar que o réu* [o Conselho Regional de Farmácia] *se abstenha de realizar todo e qualquer ato de fiscalização das unidades básicas de saúde do Município de São Paulo".*

---

mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público(...)".

[7] *Ao apurar a alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tisna de ilegalidade manifesta. Mandado de segurança não conhecido.* (MS 7280, Relator(a): Min. HENRIQUE D'AVILLA - CONVOCADO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/1960, DJ 17-08-1960). *Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade (MS 7.280, 1960). Reforma do julgado anulatório de decisão dessa natureza, em que se apontavam irregularidades veniais. Ressalva das vias ordinárias.* (RE 55821, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Primeira Turma, julgado em 18/09/1967, DJ 24-11-1967).

[8] Processo 0001543-90.2016.4.03.6100, que tramita perante a 2ª. Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo, consulta efetuada em 26out2020, sentença disponível em: https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=705c89159412fa42c436fe2cc486f7f45f7323699f34b34918d0ef4df20bccd16666f20c4542f89e6a7fa6c88140fa3d443432d1a281c6e2&idProcessoDoc=18627499

Conforme entendimento expressado em julgados do Superior Tribunal de Justiça[9], bem como pelos dos doutrinadores Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha,[10] na hipótese de existência de antecipação de tutela deferida anteriormente à sentença, a qual não é confirmada pela mesma, o recebimento da apelação no efeito suspensivo não é suficiente para restabelecer a tutela revogada.

Portanto, embora a sentença não tenha transitado em julgado, porque houve interposição de apelação, é correto inferir que neste momento processual, por força de decisão judicial, não há a obrigação, por parte da Municipalidade, de manter em suas unidades o profissional farmacêutico.

Como, no momento, vige uma decisão favorável à Municipalidade, que a desobriga a manter o profissional farmacêutico para suas unidades que se caracterizam como dispensário, não se caracteriza a omissão suscitada na Representação, devendo a demanda ser, por consequência, julgada improcedente.

Ressalte-se, no entanto, que se vier a restar assentado judicialmente que a obrigação se aplica às unidades municipais de saúde, e tal decisão se tornar definitiva pelo trânsito em julgado, haverá competência plena deste Tribunal de Contas do Município para fiscalizar se há profissionais farmacêuticos em números suficientes e adequados nas unidades de saúde municipais.

Ante o exposto, **CONHEÇO DA REPRESENTAÇÃO**, para, no mérito, **JULGÁ-LA IMPROCEDENTE**.

INTIMEM-SE a Origem e o Representante. Após, com as cautelas de praxe, arquivem-se os autos.

---

[9] REsp 145676/SP e MS 13.064/DF.

[10] "(...) Caso, todavia, tenha sido concedida a tutela antecipada e, ao final, extinto o processo sem resolução de mérito ou julgado improcedente o pedido, está automaticamente revogada a medida antecipatória, aplicando-se, no particular, a mesma sistemática do enunciado 405 da Súmula do STF. Nessas hipóteses, a apelação tem duplo efeito, encaixando-se na regra geral do caput do art. 520 do CPC haja vista a falta de previsão legal em sentido contrário. O efeito suspensivo da apelação, nesses casos, não tem o condão de restaurar a tutela antecipada anteriormente concedida." DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil.** 5ª ed. Salvador: Juspodium, 2008, volume 3, p. 118.