

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 201200010003820

INTERESSADO: DIPPAG SES GO

ASSUNTO: CONSULTA

DESPACHO Nº 1707/2019 - GAB

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO. REPASSE FINANCEIRO COMPOSTO POR UMA PARTE FIXA E OUTRA VARIÁVEL, ESCALONADA DE ACORDO COM O GRAU DE CUMPRIMENTO DAS METAS DE DESEMPENHO PACTUADAS. DISCREPÂNCIA ENTRE OS REPASSES RECEBIDOS (A MAIOR) E O DESEMPENHO MEDIDO. SUPERVENIÊNCIA DE READEQUAÇÃO DAS METAS, INSTRUMENTALIZADA POR TERMO ADITIVO, QUE NÃO OPERA EFEITOS RETROATIVOS PARA CONFERIR LICITUDE AO REPASSE INDEVIDO. INDÍCIOS ROBUSTOS DE ILÍCITO ADMINISTRATIVO CAUSADOR DE DANO AO ERÁRIO, PASSÍVEL DE APURAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA OU DE RECOMPOSIÇÃO NA VIA JURISDICIONAL, AINDA QUE DECORRIDOS MAIS DE 5 (CINCO) ANOS DA PRÁTICA DO ATO.

1. Nos presentes autos, a Gerência de Avaliação de Organizações Sociais da Secretaria de Estado da Saúde questiona a respectiva Procuradoria Setorial, por meio do **Despacho n. 27/2019 GEFIC (8069754)**, se é juridicamente possível a retenção de valores repassados a maior ao **Instituto de Desenvolvimento Tecnológico e Humano - IDTECH**, no âmbito da execução do **Contrato de Gestão n. 024/2012-SES/GO** (fls. 03/51, vol. I, dos autos físicos).

2. Consta do processado que, no período de 01/04/2012 a 30/09/2012, a Comissão de Monitoramento e Avaliação dos Contratos de Gestão da Secretaria da Saúde - COMACG avaliou como bom, atribuindo média 8,7, o desempenho do Parceiro Privado segundo os indicadores e a aferição das metas pactuadas na parceria. Esse conceito, de acordo com as bases objetivas do contrato de gestão, conforme o relatado, rendeu-lhe o direito de receber da parcela variável dos repasses mensais o percentual de 80% (oitenta por cento).

3. Apesar do extravio do Relatório de Monitoramento e Avaliação da COMACG infere-se do **Memorando n. 157/2013** (fls. 391 e 392, vol. II, dos autos físicos), da Assessoria de Gestão das Parcerias com Organizações Sociais - AGPOS, que já naquela oportunidade foi registrada a necessidade de dedução de 20% (vinte por cento) da parcela variável, correspondente a R\$ 1.114.000,00 (um milhão e cento e quatorze mil reais). Por tal motivo foi sugerida a retenção desse montante sobre o saldo que até então se encontrava em aberto.

4. Antes, um rápido parêntese: a Cláusula 6.11 do Contrato de Gestão n. 024/2012-SES/GO (fls. 03/51, vol. I, dos autos físicos) dispõe que, do valor total repassado ao Parceiro Privado, 80% (oitenta por cento) corresponde a uma parcela fixa e o remanescente, de até 20% (vinte por cento), refere-se a uma parcela de natureza variável, por sua vez estratificada em 5 (cinco) faixas percentuais que vão de 0 (zero) a 100% (cem por cento), conforme o grau de desempenho avaliado (insuficiente a muito bom). É dentro dessa margem de oscilação que a IDTECH, ao obter conceito “bom” no período de apuração compreendido entre 01/04/2012 e 30/09/2012, teria feito jus a 80% (oitenta por cento), e não à totalidade, da parcela variável.

5. Prosseguindo a narrativa, a Assessoria de Gestão das Parcerias com Organizações Sociais em momento subsequente informou, por meio do **Memorando n. 271/2013** (fl. 427, vol. II, dos autos físicos), que o Plano de Metas de Produção do Contrato de Gestão nº. 024/2012-SES/GO foi revisado e repactuado, conforme determinação contida na **Portaria n. 077/2013-GAB/SES**. Como consequência solicitou-se a autorização para o repasse dos recursos financeiros retidos, considerando a publicação da **Portaria n. 124/2013-GAB/SES** (fls. 428/430, vol. II - [4720587](#)), que aprovou e estabeleceu as novas metas de produção do ajuste.

6. Após, a Superintendência Central de Controle Interno da Controladoria-Geral do Estado interveio no processo e, via **Despacho n. 11122/2013** (fl. 512, vol. II, dos autos físicos), apontou *"a necessidade de glosa no valor de R\$1.114.000,00(um milhão cento e quatorze mil reais), decorrente da avaliação de metas e indicadores, conforme disposto na cláusula 6.11 do instrumento contratual"*, tendo em vista que os índices relativos à readequação das metas de produção do HGG "somente terão validade após a celebração do termo aditivo, o qual deverá ser apresentado nos autos", o que ocorreu, tão só, com a outorga conferida pela Procuradoria-Geral do Estado, em 18/10/2013, ao Terceiro Termo Aditivo (fls. 610/614, vol. II, dos autos físicos).

7. No estágio atual, além de não se ter notícia da dedução outrora recomendada pela Comissão de Monitoramento e Avaliação dos Contratos de Gestão da Secretaria da Saúde e endossada pela Superintendência Central de Controle Interno da Controladoria-Geral do Estado, o órgão consulente antevê como possíveis óbices à aplicação da glosa, ao que parece, o suposto entendimento de que a **Portaria n. 124/2013-GAB/SES** (fls. 428/430, vol. II - [4720587](#)), editada pelo então Secretário de Saúde e que aprovou e estabeleceu as novas metas de produção do ajuste, operou uma espécie de convalidação quanto ao desatendimento parcial das metas de produção pretéritas. Além desse, o fator temporal apresentar-se-ia como possível obstáculo ao ressarcimento do crédito, tendo em vista o **decorso de mais de 5 (cinco) anos** desde a data em que constatado o pagamento a maior.

8. A matéria de direito foi examinada pela Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde, através do **Parecer PROCSET n. 936/2019** ([9493113](#)), do qual se extraem as seguintes conclusões:

(i) não se justifica a recusa em se proceder, naquele tempo, às deduções devidas com fundamento tão somente no posterior aditamento contratual que modificou as metas de produção do ajuste de parceria, uma vez que não constituem barreiras à dedução de valores recebidos em desacordo com os índices de desempenho apurados, nem o ato do então Secretário de Estado (Portaria n. 124/2013-GAB/SES), tampouco o Terceiro Termo Aditivo;

(ii) deve ser alvo de averiguação tanto o extravio do volume IV dos autos físicos quanto a ausência do Relatório de Monitoramento e Avaliação confeccionado pela Comissão de Monitoramento e Avaliação dos Contratos de Gestão;

(iii) é intempestiva (e portanto inviável juridicamente) a dedução administrativa, nos dias de hoje, do valor repassado a maior nos idos de 2012, uma vez que tal medida visa à recomposição do erário e não a inflicção de penalidade e atrai para o caso a incidência, por integração (analogia), do prazo de prescrição quinquenal do Decreto n. 20.910/32; e,

(iv) não há impeditivo, contudo, para que se proceda à apuração da responsabilidade pela prática de eventual ato de improbidade administrativa, considerando a inserção das Organizações Sociais no âmbito de sujeição passiva dessa esfera de responsabilidade e o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, de que "*são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*" (RE 852475/SP, Plenário, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018). De outra banda, segundo a peça opinativa, "*nos demais casos, em que o ato de improbidade, eventualmente comprovado,*

tiver sido praticado com culpa (e não dolo), a ação de ressarcimento será prescritível e deverá ser proposta no prazo do art. 23 da Lei nº. 8.429/1992”.

9. Por aventar a potencial repercussão jurídica na condução de todos os processos administrativos que tramitam no Poder Executivo com identidade temática, a Procuradoria Setorial submeteu os autos para apreciação em definitivo da opinião externada.

10. **Conheço parcialmente do Parecer PROCSET n. 936/2019 ([9493113](#))**, da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde, na parte que toca **(i)** à (ir)retroatividade das cláusulas contratuais redefinidoras de metas de produção e desempenho e **(ii)** à (im)prescritibilidade de pretensão ressarcitória de dano ao erário, e nessa extensão, **aprovo-o também em parte.**

11. Referente à primeira questão jurídica envolvida, desnecessário se faz qualquer reparo. Afinal, merece endosso a assertiva de que a *“superveniente modificação das cláusulas contratuais, inclusive as que dispõem sobre as metas de produção, não possuem, em regra, a aptidão para regulamentar retroativamente as situações fáticas já consolidadas sob a égide das disposições ajustadas então vigentes, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica”*.

12. Apenas um adendo: tendo em vista a supremacia do interesse público subjacente e o dever legal da Administração de sempre persegui-lo, apenas motivos de elevada envergadura, igualmente aptos a satisfazê-lo ou a reparar a perpetração de erro crasso por agentes públicos, seriam capazes de justificar a irradiação de efeitos retroativos ao Terceiro Termo Aditivo, o que nem longe é o caso dos autos.

13. Por outro lado, a solução aviada pelo parecer número 936, sob a perspectiva do fator temporal, não comporta aprovação.

14. A uma, porque, embora tenha firmado com acerto a natureza ressarcitória (e não punitiva) da pretendida compensação administrativa entre os valores outrora recebidos a maior (débito) e os créditos em haver atrelados à execução do contrato de gestão, estabeleceu como premissa inaugural a linha de interpretação adotada no **Despacho n. 401/2019 GAB** (processo SEI n. [201300003016146](#)) que, à míngua de norma expressa, buscou no Decreto n. 20.910/32 o prazo quinquenal para que a Administração Estadual pudesse exercer sua pretensão punitiva no âmbito administrativo (pregão).

15. Com efeito, justamente por não possuir natureza punitiva ou sancionatória é a que compensação (ou glosa), enquanto conduta administrativa decorrente do poder de autotutela que assiste ao Poder Público no exercício de ato de império voltado à depuração de ilegalidade, produzido unilateral e *manu militari*, submete-se ao prazo de decadência de 5 (cinco) anos aludido no art. 54 da Lei Estadual n. 13.800/2001:

“Art. 54 - O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os

destinatários decaí em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Parágrafo único – No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.”

16. Ora, a recomposição, efetuada pelo Poder Público na esfera extrajudicial, dos valores que foram vertidos a mais ao patrimônio do particular, representa um típico caso de autocorreção de ilícito administrativo, por via de ato administrativo dotado de autoexecutoriedade, com o qual pode não só decidir e criar, por ato unilateral, sem necessidade do consentimento de outro poder constituído, dever ou obrigação ao administrado e também executá-lo *motu proprio*.

17. Apesar do erro de premissa, a conclusão alcançada no **Parecer PROCSET n. 936/2019**, em relação à limitação temporal de 5 (cinco) anos para a glosa, na esfera administrativa, afigura-se escoreita.

18. O mesmo, contudo, não se diga acerca da possibilidade de tal ressarcimento, tendo como causa de pedir a ilegalidade (grave por sinal) da despesa, ser postulado pela Administração perante o Poder Judiciário, ainda que - e nesse ponto há divergência com a peça opinativa (vide parte final do item 23 do **Parecer PROCSET n. 936/2019**) - não esteja presente, *a priori*, o elemento anímico (dolo) para tipificar como ato doloso de improbidade administrativa.

19. Perceba-se que a hipótese narrada nos autos não guarda proximidade com o que foi objeto do paradigmático RE nº 669.609/MG; **antes, por envolver responsabilização de ilícito administrativo (ilegalidade de despesa decorrente de repasse financeiro a maior) passível de apuração na via administrativa, pelos mecanismos internos de controle ou mesmo na via jurisdicional (onde o ônus probatório pertence à Administração)**, mais se aproxima da hipótese vazada em outros precedentes também da Suprema Corte, *ad exemplum*:

"Ementa: AGRADO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agrado regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - Excetuados os ressarcimentos de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade de despesa ou da irregularidade de contas, a aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofrem os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei. III - Agrado regimental a que se nega provimento."

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator):

(...)

E essa distinção se faz necessária notadamente porque na ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, o ônus da prova será do Estado, que alega o prejuízo ao erário. Por outro lado, na tomada de contas especial, conduzida administrativamente perante o Tribunal de Contas da União, tal ônus incumbirá ao próprio responsável pela gestão dos recursos públicos. Logo a exigência de que este tenha ao seu alcance o instrumentos que o possibilitem justificar a higidez da aplicação dos recursos que lhe foram disponibilizados deve encontrar um limite temporal (no caso, o prazo quinquenal da Lei 9.873/99), em observância aos princípios ampla defesa, contraditório, razoabilidade e, especialmente, segurança jurídica.

(...)

Pelo que foi até aqui exposto, entendo que, a despeito de ainda pender de análise o Tema 899 de Repercussão Geral (RE 636.886-RG/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes), é possível concluir, com base nas decisões anteriormente mencionadas e no parecer acima transcrito, que, excetuado o ressarcimento de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade de despesa ou da irregularidade de contas, a aplicabilidade das sanções administrativas pelo TCU sofrem os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei.” (MS 35512 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 19-06-2019 PUBLIC 21-06-2019)

20. Essa diretriz, aliás, guarda consonância com a orientação veiculada em caráter geral por esta Procuradoria-Geral do Estado por ocasião do **Despacho n. 1141/2019 GAB** (processo SEI n. 201917647000557), cujos principais excertos, a bem da exata compreensão da matéria, impendem ser reproduzidos:

“5 - A solução quanto a exata compreensão do alcance da norma constante do § 5º do art. 37 da Constituição, cujo conteúdo é interpretado, segundo orientação firmada pela Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário no 669.069, de forma integrada e sistemática com o caput e os §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo, está sendo analisada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 636.886/AL, com repercussão geral reconhecida (tema 899).

6 - A Corte constitucional irá decidir quanto à existência, ou não, de legitimidade constitucional no reconhecimento de prescrição em processo de execução de título condenatório expedido por Corte de Contas, com a finalidade de obter o ressarcimento do erário em virtude de infração ao regime de direito público ou caracterizada como improbidade.

7 - Embora ainda não tenha julgamento definitivo pelo STF, o parecer da Procuradoria Geral da República proferido no RE 636.886 foi no sentido de ser fixada a seguinte tese: ‘São imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas por dano patrimonial decorrente de relações jurídico-administrativas ou resultante de atos de improbidade administrativa, cuja decisão há de impor-se e prevalecer, como regra, independentemente da interpretação dada aos fatos pelo Poder Judiciário’.

8 - A imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário é opção expressa do Constituinte para maximizar a proteção do patrimônio público. Somada à proteção do patrimônio público está a proteção do regime jurídico de direito público e, ainda, da probidade administrativa, corolário da moralidade.

9 - É que a condenação por atos de gestão indevida de recursos públicos imposta pelas Cortes de Contas nada mais é do que a responsabilização extrajudicial por atos de improbidade administrativa.

10 - Desta forma, diante da pendência de decisão definitiva da Corte Constitucional sobre a questão (RE 636.886), recomendo à consulente que, durante a adoção das medidas administrativas visando à recomposição de dano ao erário instauradas previamente às Tomadas de Contas Especiais (TCE’s) ou na fase interna das TCE’s, a eventual ocorrência de prescrição de ressarcimento ao erário não seja objeto de verificação por parte da autoridade competente, haja vista a possibilidade de o STF considerar imprescritíveis esses casos de malversação de recursos públicos.”

21. Ante o exposto, para fins de orientação geral, ficam assentadas as seguintes teses:

(i) a superveniente formalização de Termo Aditivo contendo cláusulas contratuais redefinidoras de metas de produção e desempenho em contrato de gestão (ou outro tipo de ajuste cuja equação econômico-financeira seja balizada pela *performance* do contratado ou parceiro privado), não opera efeitos retroativos e, por isso, não possuem, em regra, a aptidão

para regulamentar retroativamente as situações fáticas já consolidadas sob a égide das disposições ajustadas então vigentes;

(ii) o prazo para a Administração, no exercício do poder de autotutela que lhe assiste, proceder por ato unilateral à recomposição de repasse realizado indevidamente a maior a favor da parte contratada/parceira é de 5 (cinco) anos e possui natureza decadencial, e não de prescrição, fundamentado no art. 54 da Lei Estadual n. 13.800/2001; e,

(iii) enquanto pender o julgamento no STF do RE 636.886/AL, com repercussão geral reconhecida (tema 899), eventual responsabilização de ilícito administrativo causador de lesão ao erário será passível de apuração na via administrativa pelos mecanismos internos de controle ou persecução na via jurisdicional, ainda que decorridos mais de 5 (cinco) anos da prática do ato lesivo.

22. Matéria orientada, restituam-se os autos à **Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial**, para conhecimento e providências que reputar necessárias. Antes, porém, dê-se ciência aos Procuradores do Estado lotados na **Procuradoria Administrativa**, nas **Procuradorias Setoriais da administração direta e indireta** e no **CEJUR**, este último para o fim declinado no art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Este é um documento de consulta e não substitui a versão oficial.