



EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-003.619.07-43

ANÁLISE. CONVÊNIO. SMDHC. Ampliação das instalações do Hospital Santa Marcelina, para a realização de atendimentos ambulatoriais, oncológicos, quimioterápicos, diagnósticos tratamentos e acompanhamentos de crianças e adolescentes com câncer. Fragilidade da fiscalização e pesquisa de preços. ACOLHIDO excepcionalmente. Votação unânime.

Legislação citada: Dec. Mun. 54.799/14.

2.897ª Sessão Ordinária

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos 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, não havendo indícios materiais de que as anomalias tenham causado prejuízo ao erário, em relevar, excepcionalmente, as irregularidades constatadas e em acolher também excepcionalmente, o Termo do Convênio 100/2007/SEPP.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor "ad hoc" e JOÃO ANTONIO.

Ausente o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de novembro de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator



RELATÓRIO

Trata-se do exame do Termo de Convênio n° 100/2007-SEPP, celebrado entre a então Secretaria Especial de Participação e Parceria – SEPP e a Casa de Saúde Santa Marcelina, tendo por objeto a implementação e consecução do Projeto “Ambulatório para Oncopediatria” e, por escopo, a ampliação das instalações do Hospital Santa Catarina para realização de atendimentos ambulatoriais-oncológicos, quimioterápicos, diagnósticos, tratamentos e acompanhamento de crianças e adolescentes com câncer, de forma a atender a crescente demanda dessa enfermidade nos arredores de Itaquera.

A Auditoria, no Relatório de fls. 137/139, preopinou pela regularidade formal do ajuste, no que foi acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, nos pareceres de fls. 142/145, e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, na manifestação de fls. 147.

No entanto, diante do aprofundamento da instrução, a Auditoria, em cumprimento ao quanto determinado por esta Relatoria, no despacho de fls. 148, mudou seu posicionamento anterior e exarou a manifestação de fls. 163/171, no seguinte sentido:

- 1) O Edital de Inscrição dos Projetos (Edital FUMCAD/05) foi publicado e o projeto em análise aprovado, mas não consta o parecer da Comissão de Análise do Edital que aprovou o projeto, apenas o resultado final de “aprovação”;
- 2) o parecer da Secretaria Municipal da Saúde ateu-se apenas à adequação do projeto aos objetivos da Pasta e não abordou elementos, serviços e cronograma físico-financeiro da obra de engenharia;
- 3) a carta de anuência do CMDCA, tendo em vista as previsões legais citadas no presente trabalho, não apresenta irregularidades;
- 4) a descrição do objeto não obedeceu aos artigos da Lei Federal n° 8.666/93 que tratam do projeto básico (arts. 6º, IX, 7º e 12);
- 5) a redução do prazo contratual não foi analisada tecnicamente pela Administração, haja vista a ausência de elementos técnicos nos processos administrativos;
- 6) os critérios de medição e verificação não foram estabelecidos e há evidência de que não foram fiscalizados, contrariando o art. 67 da mesma Lei;
- 7) a pesquisa de preço não atendeu ao objetivo de escolher a proposta mais vantajosa porque há indícios de que uma das empresas teve mais informações sobre o projeto do que as demais e porque os orçamentos como um todo não continham informações necessárias, como métodos construtivos e memorial descritivo da obra.



A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 174/177, sugeriu, antes de sua análise conclusiva, a oitiva da Origem para conhecer e apresentar esclarecimentos cabíveis acerca das conclusões da AUD.

Oficiados e intimados a Origem, na pessoa do Secretário Municipal, e o representante legal da entidade conveniada, veio aos autos apenas a defesa de fls. 222/233, apresentada pela Casa de Saúde Santa Marcelina.

A defendente alegou que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do artigo 37 da Constituição Federal, a exemplo da regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no *caput* do dispositivo constitucional. Alegou a defendente, ainda, a urgência de atendimento de crianças e adolescentes com câncer, haja vista a demanda reprimida dos serviços, e, de outra parte, registrou que a obra foi concluída em tempo menor, mediante esforço da empresa contratada. Com isso, o número de atendimentos e procedimentos realizados no Ambulatório de Oncopediatria cresceu exponencialmente, a partir de 2007, diante de um crescimento de 65% de pacientes atendidos e 32% no número de pacientes tratados, o que comprova o sucesso do projeto. Por fim, esclareceu que o projeto foi apresentado ao FUNCAD em 2005, mas que o recurso somente foi liberado em janeiro de 2007. Informou que fez prévia cotação de preços, sendo contratada a empresa que ofertou o melhor preço e se comprometeu a cumprir o prazo estipulado.

A Auditoria, fls. 236/239, ratificou seu pronunciamento precedente, por entender que a conveniada não acrescentou fatos novos que pudessem modificá-lo. Propôs, contudo, que a Origem fosse novamente instada, para que se manifestasse acerca dos Apontamentos que repercutem nas atribuições da Secretaria.

Vieram então aos autos os esclarecimentos prestados pela Origem às fls. 245/258, sintetizados no seguinte sentido:

- conforme informações do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA, a Comissão apresentou seu parecer em reunião extraordinária do Conselho Deliberativo, baseado no parecer da Secretaria afim, cuja cópia anexou, afirmando que a publicação no DOC da Ata da referida Reunião Extraordinária do dia 27/12/05 tornou-se o documento original e formal de sua deliberação (fls. 253 e 255);

- sobre o apontamento de que o parecer da Secretaria Municipal da Saúde não abordou elementos, serviços e cronograma físico-financeiro da obra de engenharia, esclareceu que, por força do artigo 8º do Decreto Municipal nº 43.135/03 e alterações, a Secretaria afim emitirá parecer técnico, abordando os seguintes aspectos: I – a experiência da entidade proponente na área do projeto; II – a viabilidade do projeto quanto ao objeto e cronograma; III - o interesse público. Acrescentou ainda que a Secretaria Municipal da Saúde não seria o órgão competente para analisar o cronograma físico e financeiro de uma obra;



- o Decreto nº 6.170/2007, no artigo 11, afastou definitivamente a necessidade de submissão das entidades privadas partícipes de convênios aos ditames da Lei nº 8.666/93, obrigando-as a promover, no entanto, cotação prévia de preços no mercado, o que foi apresentado no caso em tela;
- por se tratar de uma obra e ampliação de atendimento a crianças e adolescentes, o adiantamento do prazo em questão só veio a beneficiar o tratamento dessas crianças e adolescentes, não tendo ocorrido qualquer prejuízo ao Erário ou a terceiros, de tal sorte que a apontada impropriedade não se revela apta para acarretar o não acolhimento do convênio ou mesmo a aplicação de qualquer penalidade;
- admite que realmente os critérios de medição não foram fiscalizados, explicando que, à época dos fatos, a Secretaria ainda estava estruturando o FUMCAD, cuja gestão administrativa foi transferida à Pasta somente em 2005. Informa que o setor competente já foi alertado quanto à necessidade de fiscalização da execução de todos os convênios, em conformidade com legislação vigente;
- a Entidade conveniada apresentou a planta às empresas interessadas em realizar a obra, bem como todas as informações necessárias para que as mesmas realizassem as suas cotações, conforme comprovam os documentos encartados relativos à pesquisa de preço (fls. 256/258), sendo que a empresa escolhida, além de apresentar o menor preço, apresentou também a proposta mais detalhada e o compromisso de cumprir o prazo avençado.

A AUD entendeu que a manifestação da Origem soluciona a apresentação do parecer da Comissão de Análise do Edital. Quanto ao parecer da Secretaria Municipal da Saúde, concordou com o posicionamento da Origem relativo à competência para tratar de obras. Salientou que permanece a necessidade de que a SMPP explique por que aprovou o plano de trabalho sem detalhamento dos elementos, serviços e cronograma físico-financeiro da obra de engenharia, nos termos do apontado à fl. 165, ou seja,

“[...] a presente Auditoria constatou que o plano de trabalho não dispunha de vários elementos importantes, como os projetos de fundação, hidráulica e elétrica, bem como continha descrição genérica dos serviços a serem executados.” Por seu turno, manteve seu entendimento quanto à aplicabilidade da Lei Federal nº 8.666/93, lembrando que o Item 3.14 do Termo de Convênio (fl. 119) estabelece competir à Entidade Conveniada: *“Observar, em todas as atividades decorrentes do presente, os ditames da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993”*.

Acerca da ausência de análise técnica no que concerne à redução do prazo contratual, entendeu que a argumentação da Origem não acrescentou fatos novos à sua manifestação de fls. 238, razão pela qual manteve o apontamento. Quanto ao não estabelecimento dos critérios de medição e verificação e à evidência de que não foram fiscalizados, entendeu que a Origem ratificou o apontado. Por fim, referentemente à pesquisa de preços, concluiu que os orçamentos



apresentados às fls. 256 a 258 são sintéticos e sem qualquer detalhamento, ratificando, assim, o quanto apontado.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, fls. 275/277, opinou pelo não acolhimento do ajuste, notadamente pela falta de detalhamento dos elementos que discriminam os insumos do objeto conveniado, tal como o cronograma físico-financeiro e o projeto básico. Ainda, posicionou-se pela aplicabilidade da Lei Federal nº 8.666/93, no que couber, tendo em vista o repasse de recursos públicos a entidade de natureza privada.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, fls. 279/285, ressaltando a ausência de qualquer registro de prejuízo ao Erário ou indício de comportamento indevido de quem quer que seja, requereu o reconhecimento dos efeitos financeiros do ato examinado, sem prejuízo de recomendações à Origem.

A Secretaria Geral, fls. 287/293, na esteira dos entendimentos da AUD e da AJCE, pronunciou-se pelo não acolhimento do Convênio, consignando, contudo, que o tempo decorrido e o princípio da segurança jurídica poderiam, em tese, ensejar o acolhimento dos efeitos financeiros decorrentes do ajuste, desde que comprovada a ausência de danos ao Erário decorrentes da prestação dos serviços em questão.

É o Relatório.

VOTO

A Secretaria Especial de Participação e Parceria recebera, por meio do Decreto nº 47.669/2006, que alterou o inciso V do artigo 11 do Decreto nº 43.135/2003, a atribuição de celebrar os convênios financiados com recursos do FUMCAD, e partir disso, analisa-se uma série de providências administrativas para a celebração do Termo de Convênio nº 100/2007.

Nessas bases, o objetivo do ajuste era possibilitar a materialização da implementação de Projeto aprovado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com custeio sustentado metade com recursos do FUMCAD e metade com recursos captados junto a pessoas físicas e jurídicas pela Associação para Crianças e Adolescentes com Câncer – TUCCA, parceira da entidade conveniada, com terreno doado pelo Hospital Santa Marcelina.

Despiciendo tecer qualquer consideração sobre a relevância da iniciativa, de significativa importância para atendimento específico da demanda advinda dos pacientes, crianças e adolescentes com câncer, considerada a população em geral.

Mas, ainda assim, vale registrar que há nos autos documentos assinados pela Presidente da Casa de Saúde Santa Marcelina, informando acerca do progresso físico da obra, bem como o registro de que o “Ambulatório de Oncologia Pediátrica” teve sua inauguração em 29 de novembro de



2007, encontrando-se em pleno funcionamento, levando-se em conta, inclusive, dados de domínio público.

Posto isto, passo a enfrentar também os argumentos jurídicos que suscitaram debate quanto ao regime que pauta os convênios. Nesse sentido, já sedimentando aspectos lançados na defesa ofertada, tem-se presente que, em relação à mencionada ADI 1923, o Supremo Tribunal Federal, assim decidiu: (j. em 16 de abril de 2015. Ementa. Acórdão. Tribunal Pleno):

“(…)15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal (...)

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais (...)

Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social



com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas” (grifei).

Desta feita, os apontamentos no sentido da fragilidade da fiscalização e pesquisa de preços mostram-se passíveis de excepcional superação, considerando os parâmetros de relativa autonomia conferida às ações da entidade conveniada, segundo a orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, e, de outra parte, levando em conta a origem e a forma mista de captação de recursos, bem como a efetiva materialidade do prédio.

Pelo exposto, não havendo indícios materiais de que as anomalias tenham causado prejuízo ao Erário, relevo, excepcionalmente, as irregularidades constatadas e acolho, também excepcionalmente, o Termo de Convênio n° 100/2007-SEPP.

Deixo de fazer qualquer determinação à Administração Municipal em relação ao aperfeiçoamento dos seus instrumentos e meios de controle, considerando a edição do Decreto n° 54.799, de 29 de janeiro de 2014, e suas alterações¹, em especial:

(i) o seu artigo 14, que traça as regras para os trâmites do conveniamento, dentre as quais calha mencionar a do inciso II, estabelecendo que “o plano de trabalho, que deverá conter cronograma físico-financeiro, será apresentado com a carta de anuência do CMDCA, bem como as cópias da resolução do Conselho, dos pareceres do COT e da Comissão Intersecretarial Permanente de Análise de Projetos”;

(ii) o artigo 6°, que institui a Comissão Intersecretarial Permanente de Análise de Projetos dos Editais Públicos do CMDCA passíveis de financiamento pelo FUMCAD, incumbindo-a da emissão de pareceres técnicos para subsidiar as decisões do Conselho, Comissão esta composta por representantes das doze Secretarias Municipais indicadas no artigo 7°;

(iii) os artigos 10 e 11, que traçam as regras e os critérios de avaliação dos projetos e de seus resultados²,

¹ Decreto n° 55.016, de 11/04/2014 e Decreto n° 56.022, de 31/03/2015.

² “Art. 10 – Previamente à aprovação de projetos e emissão de carta de anuência, incumbirá ao CMDCA solicitar parecer técnico à Comissão Intersecretarial Permanente de Análise de Projetos, o qual deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da data do recebimento da solicitação, abordando os seguintes aspectos: I – a experiência da entidade proponente na área do projeto; II – a viabilidade do projeto quanto ao objeto e cronograma; III – o interesse público. Parágrafo único – Desde que o faça de forma fundamentada, poderá o CMDCA afastar o parecer técnico da Comissão Intersecretarial Permanente de Análise de Projetos ou solicitar a sua revisão.



(iv) e o artigo 12, que determina que nenhum projeto sujeito a financiamento será considerado aprovado, mesmo com a carta de anuência, sem os pareceres prévios do Conselho de Orientação Técnica – COT e da mencionada Comissão Intersecretarial Permanente.

Art. 11 – Os critérios de avaliação dos projetos serão estabelecidos pelo CMDCA, quer para sua aprovação, quer para avaliação de seus resultados. § 1º Os critérios referidos no ‘caput’ deste artigo serão estabelecidos em norma própria aprovada por, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos membros do CMDCA. § 2º A avaliação dos resultados do projeto pelo CMDCA poderá indicar alterações e inovações a serem feitas nas políticas públicas ou mesmo a adoção da proposta inicial como política pública a ser incluída no orçamento do ano posterior”.