JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-000.739.01-01

ANÁLISE. CONVÊNIO. TERMOS ADITIVOS. SMS. Serviços médicos, técnicos e administrativos. UNIFESP. Despacho autorizatório e lavratura extemporâneas justificados. Aporte de recursos humanos. Atribuição da conveniada. Serviço público relevante. Impossibilidade de solução de continuidade. Transição do PAS para o SUS. Dificuldades administrativas. REGULARES excepcionalmente. Votação unânime.

TC citado: 72.003.617.01-22

Legislação citada: Dec. 40.288/01, Port. 1.787/01, Lei Mun. 10.793/89, Arts. 37, II e 199, § 1º, CF.

Transitado em julgado 03.09.2013

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar excepcionalmente regulares o Convênio 02/2001 e seus respectivos termos aditivos, afastando as impropriedades detectadas, devido à relevância do serviço público prestado e à impossibilidade de sofrer solução de continuidade, somadas às dificuldades administrativas enfrentadas à época.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de abril de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo do exame do Convênio n.º 02/2001, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde - SMS e a Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP, para a prestação de serviços médicos, técnicos e administrativos, para o regular funcionamento do Hospital Municipal Vereador José Storopolli, no valor de R$ 16.756.261,80 (dezesseis milhões, setecentos e cinquenta e seis mil, duzentos e sessenta e um reais e oitenta centavos).

Analisam-se, ainda, os seguintes Termos de Aditamento:

1) nº 26/2001 - que inclui, no objeto inicial, a prestação de serviços de odontologia, sem alteração do valor inicial;

2) nº 04/2002 - que cuida da prorrogação do Convênio por 12 (doze) meses a contar de 1º de janeiro de 2002, pelo valor de R$ 19.067.958,24 (dezenove milhões, sessenta e sete mil, novecentos e cinquenta e oito reais e vinte e quatro centavos);

3) nº 30/2002 - destinado à inclusão de médicos para suporte ao atendimento de urgência, a partir de 1º de março de 2002, no valor de R$ 1.000.000,00 (Um milhão de reais);

4) nº 102/2002 - que trata de regular o funcionamento do Hospital e regularizar o fundamento legal do Convênio n.º 02/2001, agora pelo artigo 116 da Lei Federal n.º 8.666/93[1].

A Diretora da antiga Divisão Técnica IV entendeu regulares os Termos de Aditamento nºs 26/2001 e 102/2002, este com ressalva pela remessa extemporânea da documentação a este Tribunal, em desacordo com o que dispõe à Instrução n.º 01/92, e irregulares os demais Ajustes por infringência ao disposto nos artigos 43 e 44 do Decreto n.º 41.772/2002[2].

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por seu turno, entende irrepreensível a conclusão alcançada pela Auditoria do Tribunal. Permitiu-se, todavia, propor o acolhimento, em caráter excepcional, do Convênio n.º 02/2001, uma vez que a sua vigência se deu no primeiro dia do novo governo municipal instalado, o que não permitia a sua perfeita formalização.

---

[1] Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

[2] Art. 43 - Será nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a administração, salvo o que importe em pequenas despesas de pronto pagamento, que deverão ser efetuadas de acordo com a legislação vigente.
Art. 44 - É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por este decreto, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.

A Secretaria de Fiscalização e Controle acompanhou, então, a conclusão da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Face ao concluído determinei a intimação do então Secretário Municipal da Saúde, que, em sua defesa, argumentou:

1) A dificuldade para reservar recursos no orçamento seguinte em função da situação financeira enfrentada pelo Município;

2) Que os serviços contratados eram imprescindíveis, e que as irregularidades formais se justificam, uma vez que as medidas adotadas eram a única solução possível naquele momento;

3) Não se ter registrado prejuízo ao Erário.

A Divisão Técnica IV entendeu que os argumentos desenvolvidos não trouxeram novas luzes aos autos, razão pela qual manteve seu entendimento inicial.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em nova manifestação, apontou que a matéria tratada nestes autos guarda pertinência com aquela objeto do processo TC n.º 72.003.617.01.22. Destacou, desta feita, que o Plano de Trabalho elaborado informa que a ação se inicia com a contratação de agentes comunitários de saúde e de equipe médica e administrativa. Embora reconheça que o Convênio atende as determinações contidas no Decreto n.º 40.288/01[3] e na Portaria n.º 1.787/01[4] – contratação de pessoal para atendimento de

---

[3] DECRETO Nº 40.288, 8 DE FEVEREIRO DE 2001
Dispõe sobre delegação de competência ao Secretário Municipal da Saúde.
MARTA SUPLICY, Prefeita do Município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei,
CONSIDERANDO a necessidade de implementação, no Município de São Paulo, do Sistema Único de Saúde, agilizando os procedimentos pertinentes,
D E C R E T A:
Art. 1º - Fica delegada, ao Secretário Municipal da Saúde, competência para a celebração de convênios com a União, o Governo Estadual e entidades públicas e privadas nacionais, sem fins lucrativos, visando à implementação do Sistema Único de Saúde no Município de São Paulo.
Parágrafo único - Os convênios mencionados no "caput" deste artigo são aqueles que tenham por objeto transferência de tecnologia, bem como de recursos técnicos, financeiros e materiais entre os convenentes, observadas as normas legais e regulamentares aplicáveis, ouvidos, previamente, os órgãos municipais competentes.
Art. 2º - Fica, também, delegada, ao Secretário Municipal da Saúde competência para autorizar, na forma do disposto no artigo 45 da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979, os afastamentos de servidores públicos municipais, lotados na Secretaria Municipal da Saúde, junto à Secretaria de Estado da Saúde e ao Ministério da Saúde, bem como para solicitar, desses mesmos órgãos, a cessação de afastamento de servidores públicos municipais.
Parágrafo único - Nas demais hipóteses de afastamento, prevalecem as disposições constantes do Decreto nº 40.236, de 5 de janeiro de 2001.
Art. 3º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

[4] PORTARIA 1787/01 - SMS
Cria a Rede de Apoio aos Distritos para a Implantação do Programa de Saúde da Família-PSF no Município de São Paulo e reconhece suas competências no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde.

excepcional interesse público –, a situação já perdurava, à época, por mais de 3 anos. Apontou ser necessária a observância do que dispõe a Lei Orgânica do Município de São Paulo em seu artigo 108[5].

Por minha determinação foi expedido novo Ofício à Secretaria Municipal da Saúde, para que se justificasse no pertinente ao observado pela Assessoria Jurídica.

Em resposta a SMS informou que a "*... contratação de pessoal se deu na forma da legislação brasileira em vigor ...*" acrescentando que "*... no caso em questão não se aplica o art. 108 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, nem a Lei Municipal n.º 10.793/89.*"

Em nova apreciação a Assessoria Jurídica, com ratificação do I. Assessor Chefe entendeu que não foram apresentados argumentos específicos sobre o quanto anotado anteriormente. Ressaltou que, apesar de se tratar de um convênio, a verba pública permanece com a natureza de verba pública. Anotou que para a contratação de médicos, ainda que sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, o recrutamento deveria ter observado as disposições para investidura, constantes do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal[6]. Concluiu sua manifestação nos mesmos moldes de sua anterior intervenção, inclusive no aspecto da excepcionalidade. Propôs, todavia, a comprovação da eficácia e eficiência do Convênio sob exame. Juntou, ainda, cópia de decisão do Tribunal de Contas da União que informa o fato de o Ministério Público do Trabalho não estar aceitando a terceirização da contratação de profissionais da saúde ligados aos programas de saúde da família. Informou que a única possibilidade de contratação se dá por meio das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP's.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve as conclusões anteriormente alcançadas informando, também, que não houve a ocorrência de pagamentos por conta da dotação "Despesas de Exercícios Anteriores".

A Procuradoria da Fazenda Municipal, considerando as manifestações da Secretaria Municipal da Saúde, bem como da Assessoria Jurídica

---

[5] Art. 108 - As contratações por tempo determinado a serem efetuadas na forma da lei para atender a necessidades temporárias, de excepcional interesse público, não serão superiores a 12 (doze) meses, e obedecerão, obrigatoriamente, a processo seletivo prévio.
Parágrafo único - As contratações por tempo determinado efetivadas na área da Saúde, até o mês de novembro de 1993, ficam prorrogadas, uma única vez, por mais 6 (seis) meses.

[6] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

de Controle Externo, opinou pelo acolhimento dos ajustes, ainda que em caráter excepcional. Caso não seja esse o entendimento do Colegiado, pugnou pela aceitação dos efeitos financeiros decorrentes.

A Secretaria Geral, ao iniciar sua fala, apontou, com base no § 1º do artigo 199 da Constituição Federal[7], que o Convênio é uma das formas de participação complementar das instituições privadas no Sistema Único de Saúde. Entendeu, também, que o serviço público de saúde, haja vista sua continuidade, caracteriza-se, quando prestado pelo particular, como impróprio. Quanto aos aspectos de irregularidade caracterizados pela assinatura e emissão de despachos extemporâneos, ponderou no sentido de se equiparar o ato àqueles previstos para as situações emergenciais, quando a assinatura e demais providências podem ser adotadas posteriormente ao início dos serviços. Conclui no sentido do acolhimento excepcional do Convênio n.º 02/2001, bem como dos Termos de Aditamento nºs 04 e 30 ambos de 2002, tal como posicionado pela Assessoria Jurídica, vez que se trata de serviço relevante, não passível de sofrer solução de continuidade. Pugnou, ainda, pelo acolhimento dos Termos de Aditamento nºs 26/2001 e 102/2002.

Quanto à questão de irregularidade na contratação de pessoal entendeu o I. Secretário Geral que a situação não se verifica no caso presente, posto que a redação da alínea "b" da cláusula 5ª estabelece que "*A UNIFESP e a SMS ficarão responsáveis pelo pessoal médico, paramédico e técnico-administrativo, que serão* ***respectivamente*** *contratados ou disponibilizados, obedecidas as legislações pertinentes.*" (negrito no original).

Reportou-se ao Aditamento solicitado para ressarcimento da conveniada o que evidencia ser ela a responsável pela contratação. Por fim, no que toca à contratação de terceiros, apenas em contratos de gestão ou parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não leva em conta a possibilidade de ser estabelecido em Convênio o uso de recursos humanos ou o repasse de verbas, sem restrição à pessoa da conveniada.

É o relatório.

VOTO

As questões relativas às impropriedades detectadas ao longo da instrução do presente processado devem ser entendidas à luz da prestação de serviços essenciais, albergados pela Constituição Federal, não passíveis de sofrerem solução de continuidade, sob pena de prejuízo significativo à população, especialmente aquele segmento mais carente e destituído de outra possibilidade a

[7] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

não ser, para enfrentar os males que lhe acomete, valer-se do sistema público de saúde.

Acresça-se a isso a realidade fática inerente ao início das novas Administrações, notadamente, “in casu”, quando se deu início à transição do PAS para Sistema Único de Saúde; além disso, fato nem sempre tão comum, o Convênio teve a sua lavratura autorizada por uma Administração, tendo sido celebrado e executado por outra.

Situada a matéria, passo a enfrentá-la.

No que concerne aos termos do Aditamento 26/01 e 102/02, os órgãos técnicos desta Casa e a Procuradoria da Fazenda Municipal manifestaram-se de forma unânime pelo acolhimento.

De outra parte, como já relatado, o Convênio nº 02/01 e seus Aditamentos nºs 04/02 e 30/02, consoante apontamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, mereceriam rejeição, em face da extemporaneidade dos despachos de autorização e lavratura dos respectivos Termos.

Quanto ao Convênio, como muito bem destacado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, e corroborado pela Secretaria Geral, a conduta da Administração está justificada, na medida em que o termo foi elaborado logo no primeiro mês de mandato do novo governo, sendo praticamente inviável que fosse celebrado no primeiro dia da gestão que se inaugurava, razão que acolho como suficiente para aprovar excepcionalmente o instrumento em apreço.

Na forma preconizada pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, o raciocínio que justifica a excepcionalidade do acolhimento do Convênio pode e deve ser estendido aos Termos Aditivos nºs 04/02 e 30/02, considerando-se, em especial, o contexto no qual se inserem. Ademais, nenhuma das impropriedades diagnosticadas ocasionou prejuízo ao Erário ou estiveram permeadas por dolo ou má-fé da parte dos agentes públicos envolvidos.

Por fim, há que se ressaltar que o aspecto suscitado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto à possível irregularidade da contratação de pessoal, a Secretaria Geral, no brilhante parecer de fls. 548/559, deslindou a contento a polêmica, pois, conforme reza a Cláusula Quinta, item “b”, do Convênio, é expressa atribuição da conveniada o aporte de recursos humanos, cabendo à Prefeitura disponibilizar servidores, não havendo como se falar em contratação de recursos humanos pela Administração Municipal.

Isto posto, valendo-me dos elementos que instruem o presente, em especial os pareceres favoráveis da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e, por derradeiro, da Secretaria Geral, que ficam fazendo parte integrante deste voto, julgo excepcionalmente regulares o Convênio e seus respectivos Termos Aditivos, afastando as impropriedades detectadas devido à relevância do serviço público prestado e a

impossibilidade de sofrer solução de continuidade, somadas às dificuldades administrativas enfrentadas à época.

É o voto.