TC nº 72-002.384.07-36

ANÁLISE. CONVÊNIO. TEMOS ADITIVOS. SMS. Atividades de desenvolvimento. Programa de Saúde da Família. Publicação e NE extemporâneas. Ausência de CND. FGTS. Falhas relevadas pela natureza do ajuste. REGULARES. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 60, Lei 4.320/64. Art. 24, parágrafo único, Lei 8.080/90.

TC citado 1.653.08-91

2.763ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 23/11/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator, e pelo voto do Conselheiro JOÃO ANTONIO, em relevar as falhas formais atinentes à apresentação das certidões relativas à regularidade fiscal do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, bem como em acolher o Convênio 004/2006 e os Termos Aditivos 001/2006, 002/2006, 003/2006, 005/2006, 006/2006, 007/2006, 008/2006, 009/2006, 010/2007, 011/2007 e 012/2007.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, consoante voto apresentado em separado, que julgou irregulares o convênio e, por acessoriedade, os termos aditivos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em reconhecer os efeitos financeiros por eles produzidos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor e JOÃO ANTONIO.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de setembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente de análise do Convênio 04/2006/SMS.G-PSF e dos Termos de Aditamento 001/2006, 002/2006, 003/2006, 005/2006, 006/2006, 007/2006, 008/2006, 009/2006, 010/2007, 011/2007, 012/2007 dele decorrentes, firmados entre a Secretaria Municipal da Saúde e o Centro de Estudos e Pesquisas "Dr. João Amorim" - CEJAM, para a continuidade das atividades desenvolvidas pelo Programa de Saúde da Família.

A Auditoria, após análise dos instrumentos, concluiu pela regularidade do Convênio, ressalvando o atraso na publicação e a não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do FGTS, válido à época do ajuste.

Quanto aos Aditivos, considerou irregulares os Aditivos 001, 002, 006, 007, 008 e 009/2006 e 11/2007 em razão da intempestividade do despacho de autorização e da emissão da nota de empenho e, à exceção dos TAs 006, 007 e 008/2006, apontou, ainda, a publicação com atraso no Diário Oficial da Cidade e somente em relação ao último apontou a não apresentação da CND válida à época do ajuste.

Os Aditivos 003 e 005/2006 foram considerados regulares, com ressalvas pela não apresentação da CND e FGTS válida à época do ajuste. Já os Termos de Aditamentos 010 e 012/2007 foram considerados regulares, com ressalvas do atraso da publicação do Aditivo 010/2007 no Diário Oficial da Cidade.

A Origem apresentou defesa, mas a Coordenadoria IV ratificou sua conclusão anterior.

Em razão dos apontamentos da auditoria, a Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se pelo não acolhimento dos ajustes, e, também, suscitou a questão de possível terceirização ilícita de mão de obra.

Tendo em vista o teor do parecer da Assessora Jurídica, a Coordenadoria IV se manifestou, pontuando que há certas formalidades cuja inobservância pode ser relevada, porém há outras que não, e, no caso dos autos, não dá para relevar a infringência ao art. 60 da Lei 4.320/64, que veda a realização de despesa sem prévio empenho.

No entanto, discordou do entendimento sobre a terceirização ilícita, posto que, no caso dos autos, não pode ser caracterizada uma terceirização e sim constitui um modelo de execução por parcerias com instituições filantrópicas, a quem cabe prestar os serviços e contratar os profissionais para a execução do programa e que a falha atinente à regularidade fiscal pode ser relevada.

Intimada, a Conveniada esclareceu que os intervalos que ficaram sem os comprovantes de regularidade fiscal em uma lacuna de 10 dias, 14 dias, 15 dias e 02 meses, não implica que havia uma situação de irregularidade, tanto assim que tais certidões foram posteriormente expedidas e que os Despachos Autorizatórios e as emissões das Notas de Empenho são de responsabilidade da Pasta. Refutou, ainda, a alegação de terceirização ilícita dos serviços.

Ato contínuo, a área técnica ratificou suas conclusões, mas entendeu passível de relevação a falta de CND e CRF-FGTS nos intervalos apontados nos autos.

O Assessor Jurídico de Controle Externo reiterou seu entendimento pela irregularidade dos ajustes, mas alterou o fundamento da irregularidade da Cláusula 8ª § 2º, passando a entender irregular por impor ao Poder Público ônus que deveria ser suportado da conveniada.

A Assessoria Jurídica Chefe de Controle Externo entendeu que o apontamento relativo à possível terceirização da mão de obra, por si só, não é apta a justificar a irregularidade do convênio, mesmo porque, são questões que não foram abordadas em outros ajustes da espécie.

Considerou, ainda, que os procedimentos adotados pela Origem em relação à extemporaneidade dos despachos de autorização da despesa e da emissão das Notas de Empenho estão adequados, tendo em vista as especificidades desse ajuste e a previsão de sua Cláusula Sexta, notadamente seus itens III, IV e XII.

Ao final, opinou, pelo acolhimento dos ajustes.

A PFM requereu o acolhimento dos instrumentos examinados, com relevação de eventuais impropriedades e, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais.

A Secretaria Geral opinou pelo acolhimento excepcional do Convênio 04/2006 e dos termos aditivos dele decorrentes.

É o relatório.

VOTO

As questões levantadas nos relatórios da equipe técnica devem ser enfrentadas levando-se em conta que o ajuste em tela é um convênio, utilizado com frequência na área da saúde, eis que expressamente previsto no parágrafo único do artigo 24 da Lei Federal 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde em todo o território nacional.

De fato, como bem salientado no parecer do Assessor Jurídico de Controle Externo e endossado por sua Chefia, a celeuma travada em torno de possível terceirização ilícita de mão de obra não encontra guarida neste Convênio, posto que, para tanto, teriam que estar presentes os elementos da relação de emprego entre os executores dos serviços e a Administração Pública, configurando subordinação da relação jurídica travada, o que não ocorre.

Entendo, portanto, superado nos autos este apontamento levantado na primeira manifestação da área jurídica desta Corte.

Pela própria natureza jurídica do ajuste, entendo igualmente superado o debate em torno da extemporaneidade dos despachos autorizatórios e das emissões das Notas de Empenho, como bem esclareceu a Assessora Jurídica Chefe de Controle Externo, tendo em vista, inclusive, as condições previstas em sua Cláusula Sexta, notadamente seus itens III, IV e XII.

Por fim, relevo as falhas formais atinentes à apresentação das Certidões relativas à Regularidade Fiscal do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Por todo o exposto, e com amparo no parecer da Douta Procuradoria da Fazenda Municipal, ACOLHO o Convênio 004/2006, bem como os Termos Aditivos 001/2006, 002/2006, 003/2006, 005/2006, 006/2006, 007/2006, 008/2006, 009/2006, 010/2007, 011/2007, 012/2007, relevando as falhas formais apontadas.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Entendo superada a questão da comprovação da situação de regularidade fiscal da entidade conveniada no decorrer da instrução dos presentes autos, e considero passíveis de relevação as impropriedades formais apontadas (publicação extemporânea, intempestividade dos despachos de autorização e da emissão das Notas de Empenho), conforme se posicionaram os órgãos preopinantes desta Corte.

Todavia, na esteira do entendimento da AJCE, o Termo de Convênio padece de irregularidade em face do disposto no § 2° da sua Cláusula Oitava, que, indevidamente, atribui à Secretaria Municipal da Saúde o ônus do reembolso, à conveniada, dos custos decorrentes de eventual rescisão do contrato de trabalho do empregado que tenha sido excluído do PSF por solicitação da SMS, pois o Convênio já prevê considerar as despesas com pessoal em geral, descabendo disposição que pode implicar em assunção de responsabilidade pela Administração em eventuais causas trabalhistas envolvendo funcionários de entidade parceira.

A par disso, considerando que os valores repassados por meio dos Termos de Aditamento em exame somam, relativamente ao período de janeiro de 2006 a junho de 2007, despesas da ordem de R$ 40 milhões, que se traduzem em cifras ainda maiores se atualizados monetariamente, o que caracteriza a despesa como sendo de elevado montante, sujeita a atenção prioritária do Controle externo, reitero, nesta ocasião, os termos do Voto em Separado que proferi no âmbito do TC 1.653.08-91, em que se examinou a execução de Convênio firmado em 2008 entre a Secretaria Municipal da Saúde e o mesmo Centro de Estudos e Pesquisas João Amorim – CEJAM, para implantação, implementação e execução de ações de saúde no Município de São Paulo.

Naquele Voto, fiz o registro da necessidade de se construir um novo tratamento dos Convênios da Saúde de tipo tradicional, levando em conta, inclusive, as novas abordagens trazidas pelos Contratos de Gestão, e tendo em vista o critério geral de planejamento do Controle Externo, priorizando o valor da despesa pública e o respectivo risco.

Pela relevância da matéria, passo à transcrição:

"Tal registro se faz necessário, pois, ao longo do tempo, observou-se um aumento geral extraordinário nas despesas com convênios na Área de Saúde Pública, e, mais ainda, foi possível identificar, no decorrer desta última década, que o modelo mais tradicional de convênio que contemplava interesses justapostos de colaboração simples entre a Administração e particulares, envolvendo objetos e valores singelos, foi se transformando numa seara que, por um lado, reclama maior atenção por aproximar-se sobremaneira de conteúdos somente afetos à contratação de serviços, e, por outro lado, por tornar-se uma das principais despesas da Função Saúde nas execuções orçamentárias anuais.

No entanto, essa verdadeira hipertrofia dos convênios como opção para atendimento de variadas demandas da Administração não surgiu de forma abrupta.

Ao contrário, essa prática foi sendo desenvolvida conforme os convênios ganhavam maior dimensão, momento em que os seus respectivos valores e objetos passaram a identificar uma matriz de risco para o exercício do Controle Interno e Externo. Surge então, a partir desse cenário, um grande desafio de fiscalização incidente sobre tais "parcerias", pois, antes dessa problemática se apresentar mais claramente, o trabalho de auditagem voltava-se para a análise de regularidade formal e meramente contábil, sem se estender ao controle de resultados e da correlação custos/produtos.

Embora essa seja uma questão que diz respeito a todos os Órgãos de Controle, cabe dizer que não foi diferente em relação aos nossos processos de auditoria, e o caso ora em julgamento serve de exemplo.

É nesse sentido que suscito a questão, justamente para que este julgado aponte para um novo norte de instrução dos feitos correlatos, no sentido de que todos os convênios analisados contemplem, a partir de sua instrução, a existência e verificação do produto que foi motivador do repasse, bem como sua adequação e razoabilidade de preço.

A importância desse viés de apuração foi marcante para outros instrumentos que também se fundamentam na colaboração do particular em face da Administração, e cujo pressuposto é a inexistência da persecução de lucro.

Feito de outra forma, a experiência do repasse de dinheiro público pode refletir em nada mais do que um mero cheque em branco do Poder Público em poder do particular, em total desacordo com os princípios e regras que orientam a atividade administrativa do Estado, e, mais ainda, em desacordo com o próprio sentido da República.

Vale lembrar que, com a reforma do Estado, elaborada em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, implementou-se uma redefinição de funções estatais mais concentradas no fomento e regulação, surgindo, então, o que se denominou de Administração Gerencial.

Nesta senda, surgiram instrumentais que valorizaram sobremaneira a participação do particular em colaboração com a Administração, a exemplo de contratos de gestão, termos de parceira etc.

Esse destaque se encaixa na presente discussão por conta dos dois votos únicos proferidos, até aqui, pelos Ministros Luiz Fux e Ayres Britto no

julgamento pelo STF da ADIN 1923/DF, que trata da Lei 9.837/98, os quais classificam os Contratos de Gestão como uma forma especial de convênio, agora baseada na gestão por resultados, e que sua análise requer, necessariamente, a parametrização e controle por metas e respectivos custos.

Nesse quadro, se por um lado poderia ser contraproducente esta Corte refazer a instrução dos respectivos processos, já em estágio adiantado e tratando de atos administrativos praticados há muito, sujeitos então aos efeitos do tempo decorrido, por outro, cabe estabelecer doravante uma outra abordagem dos convênios de valores vultosos".

Posto isto, julgo irregular o Termo de Convênio 04/2006 – SMS.G/PSF e, por acessoriedade, os Termos de Aditamento em exame, já que mantiveram o ajuste irregular em vigência.

Não obstante, em homenagem à segurança jurídica, e considerando não haver nos autos indícios de dolo, fraude ou má fé, ou mesmo notícia de prejuízo ao Erário, reconheço os efeitos financeiros por eles produzidos.