EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-003.072.12-16

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONVÊNIO. SMS. Implantação do desenvolvimento de ações relativas à Assistência Médica Ambulatorial Especializada. Fragilidades e falhas nos procedimentos adotados. Existência de descompasso entre planejado e o executado. NÃO ACOLHIDO. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. DETERMINAÇÕES. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-003.067.12-86 e 72-003.072.12-16

2.979ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

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, considerando que os apontamentos denotam fragilidades e falhas nos procedimentos adotados, especialmente a existência de descompasso entre o planejado e o executado, em não acolher a execução parcial do convênio.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, tendo em conta a relevância das atividades executadas e a ausência nos autos de qualquer notícia de prejuízo ao erário, ou de dolo ou má-fé dos agentes envolvidos, já que as falhas assinaladas não impediram que os serviços fossem prestados e atendidas as necessidades da população alvo, em acolher os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal da Saúde que:

1. Estabeleça procedimentos para o acompanhamento, fiscalização, avaliação e execução dos convênios, a fim de evitar as falhas constatadas nestes autos.

2. Promova a análise das prestações de contas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, nos termos regimentais, o envio de ofício às interessadas para ciência deste Acórdão.

Participaram do julgamento a Conselheira Substituta SONIA MARIA ALVES DE SOUZA – Revisora, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de abril de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento o **TC 72-003.067.12-86**, que cuida da análise formal do Convênio nº 41/2009- SMS.G e dos Termos de Aditamento nºs 001 e 002/2009, 003 e 004/2010, 005 e 006/2011, 007, 008 e 009/2012, tendo por objeto a implantação do desenvolvimento de ações relativas à Assistência Médica Ambulatorial Especializada – AMA Especializada, e o **TC 72-003.072.12-16,** voltado ao acompanhamento de sua execução no período de 01/01/2012 a 31/10/2012.

Nos autos do **TC 72-003.067.12-86**, a Especializada apontou que as notas de empenhos emitidas quando da assinatura do Convênio eram insuficientes para a cobertura das despesas estimadas no Plano de Trabalho previsto até o final do exercício, assinalando, contudo, que procedimento similar foi objeto do TC 72-001.216.07-04, no qual foram acolhidos o Termo de Convênio e os Aditivos, com relevação das falhas atinentes ao empenhamento da despesa.

Em relação aos Termos de Aditamento, não assinalou nenhuma infringência.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, além do apontamento feito pela Auditoria, consignou a existência de outras irregularidades, quais sejam:

(i) ausência de chamamento público para a escolha da conveniada;

(ii) ausência de justificativa para a definição dos preços;

(iii) ausência de contrapartida satisfatoriamente definida;

(iv) ampla possibilidade de terceirização da prestação dos serviços admitida pelo item XXXIV da Cláusula Terceira do Ajuste[1]; e

(v) ausência da aprovação da minuta do Termo de Convênio e dos Aditamentos pela assessoria jurídica da convenente.

Por seu turno, o então Assessor Subchefe de Controle Externo acompanhou a assessora preopinante, ressaltando que as regras de empenhamento merecem a necessária adaptação às peculiaridades dos convênios, tendo esta E. Corte já decidido pelo acolhimento a despeito da ocorrência de insuficiência de empenho, ante a ausência de comprovação de dolo ou má-fé e de prejuízo ao erário[2].

Em respeito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, foram intimados a Origem, os responsáveis e a Conveniada, para ciência e manifestação sobre os apontamentos feitos.

Em síntese, as defesas apresentadas pela Origem, pela Conveniada e pelo responsável trouxeram aos autos as seguintes informações:

a) a Lei nº 4.320/64 não exige a emissão de uma única nota de empenho e que recentes decisões deste Tribunal convergem nesse sentido;

b) a entidade conveniada foi escolhida pela sua reconhecida experiência na área da saúde, bem como pelo fato de que a referida instituição já mantinha outros convênios com a Pasta, havendo posicionamentos doutrinários que fundamentam a escolha discricionária da Administração;

c) para a cobertura das despesas foram estimados valores com base no levantamento dos custos com mão de obra, aquisição de equipamentos, materiais e serviços, conforme especificado no Plano de Trabalho;

d) as despesas contempladas pelo Convênio em análise são custeadas pela Administração, não havendo que se exigir da Conveniada outra contrapartida senão a aplicação de sua experiência na execução do objeto do convênio;

e) qualquer contratação de serviços de terceiros deverá ser previamente autorizada pela Secretaria, afastando a possibilidade de terceirização do objeto;

f) a falta de aprovação da minuta do Termo de Convênio pela assessoria jurídica não comprometeu o ajuste, tendo em vista tratar-se de minuta padrão adotada pela Pasta;

---

[1] "Cláusula Terceira – Das Obrigações e Responsabilidades da Conveniada
XXXIV – Contratar serviços de terceiros, sempre que necessário e com anuência da CONVENENTE, responsabilizando-se pelos encargos daí decorrentes, evitando a contratação de autônomos".

[2] Citou o TC 72-001.436.07-00.

g) as atividades objeto do convênio são desenvolvidas diretamente pela Conveniada, através de profissionais contratados após processo seletivo púbico, não havendo terceirização da atividade-fim.

Ao analisar as justificativas apresentadas, a Auditoria ratificou as conclusões anteriormente exaradas e acrescentou os seguintes apontamentos feitos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo:

a) ausência de justificativa para a definição dos preços;

b) possibilidade de terceirização da prestação de serviços; e

c) falta de aprovação da minuta do Termo de Convênio e dos Aditamentos pela assessoria jurídica da convenente.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pelo não acolhimento dos ajustes, tendo em vista remanescerem os seguintes apontamentos:

a) ausência de chamamento para a escolha da conveniada;

b) ausência de justificativa para a definição dos preços;

c) ampla possibilidade de terceirização dos serviços, admitidas pelo item XXIV da Cláusula Terceira do ajuste; e

d) falta de aprovação da minuta dos instrumentos pela assessoria jurídica da convenente.

Por sua vez, no que tange ao Acompanhamento da Execução do Convênio, realizada para o período de janeiro a dezembro de 2012, constante do **TC 72-003.072.12-16,** a Auditoria assinalou as seguintes infringências:

(i) Convênio em desacordo com o Plano de Trabalho, porque os gastos executados ficaram 36,03% abaixo do incialmente previsto;

(ii) ausência de emissão dos Termos de Permissão de Uso referentes às AMAS – Especialidades contempladas no objeto do Convênio;

(iii) despesas executadas no período de janeiro a outubro/2012 abaixo dos recursos repassados em 12, 56%;

(iv) ausências de análise e parecer conclusivo, pelo Núcleo Técnico de Prestação de Contas da Coordenadoria Financeira e Orçamentária – NTPC/CFO quanto à correta utilização dos recursos repassados à Conveniada em 2012; e

(v) ausência de encaminhamento da relação dos bens e materiais adquiridos no período de janeiro a outubro de 2012, a fim de realizar o chapeamento e incorporação patrimonial pela Secretaria Municipal de Saúde.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da Secretaria de Fiscalização e Controle, sugerindo a intimação dos interessados para manifestação.

Regulamente intimados, prestaram esclarecimentos a Origem, os responsáveis e a Conveniada.

Os defendentes apresentaram, em síntese, as seguintes alegações:

a) são provisionados no Plano de Trabalho valores para eventuais despesas, de acordo com as suas necessidades e na hipótese de não utilização, serão deduzidas das parcelas subsequentes a serem repassadas;

b) entre a elaboração do Plano de Trabalho e sua aprovação pela Convenente transcorre um período de tempo considerável, portanto, as estimativas estão sujeitas a alterações que acabam por se impor frente à realidade que se apresenta no período de sua efetiva execução;

c) a variação constatada não resultou quaisquer prejuízos ao erário, ao contrário, houve economia aos cofres públicos;

d) no que diz respeito à análise das prestações de contas, há imensa sobrecarga para efetuar o trabalho de análise minuciosa de grande quantidade de processos;

e) em relação aos Termos de Permissão de Uso, foi elaborada a minuta para a devida formalização;

f) as incorporações dos bens já estavam sendo realizadas.

Ao analisar as defesas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, excluiu o apontamento relativo ao encaminhamento da relação dos bens e materiais adquiridos para a realização da incorporação patrimonial, mantendo os demais apontamentos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da Auditoria e posicionou-se pelo não acolhimento da execução do convênio.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por seu turno, em ambos os processos analisados, requereu o acolhimento dos instrumentos em exame, ou, sucessivamente, o acolhimento dos efeitos financeiros.

A Secretaria Geral, encerrando a instrução processual, opinou pelo não acolhimento do Convênio e dos respectivos aditivos, bem como da Execução Contratual.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Relativamente ao apontamento de irregularidade feito pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, adotado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Secretaria Geral, de não realização de chamamento público para escolha da entidade conveniada, permito-me reiterar entendimento que já tive oportunidade de expor em outros feitos, no sentido da natureza diversa que distingue contratos de convênios, aspecto que afasta estes últimos da norma geral do artigo 2º da Lei de Licitações e Contratos[3], de obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório, ademais porque o artigo 116[4] da referida Lei estatui que as normas gerais por ela disciplinadas aplicam-se apenas no que couber aos convênios e ajustes similares. Considerei, ainda, os entendimentos doutrinários e da própria jurisprudência desta Corte, no sentido de que a competição torna-se inviável na hipótese de acordos caracterizados pela mútua colaboração dos partícipes envolvidos, a exemplo dos julgados no âmbito dos TCs julgados de forma englobada: 72-002.823.03-40, 72-002.824.03-03, 72-006.467.04-60, 72-006.465.04-35, 72-006.468.04-23 e 72-000.310.04-86. Registre-se que a matéria aqui versada antecede a edição das Leis nºs 13.019/2014 e 13.204/2015.[5]

Quanto à ausência de contrapartida satisfatoriamente definida e à ausência de encaminhamento da relação dos bens e materiais adquiridos no período de janeiro a outubro de 2012 para realização dos chapeamento e incorporação patrimonial pela Secretaria Municipal de Saúde, assinalo que foram considerados sanados pelos órgãos técnicos, razão pela qual entendo, da mesma forma, que estão superados.

No tocante ao empenhamento de recursos em valor insuficiente para a cobertura do período integral do ajuste, destaco que, embora a Lei nº 4.320/64 não excepcione a hipótese de convênio da regra do prévio empenho para a realização das despesas da Administração Pública, *in casu*, a falha merece

---

[3] "Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei".

[4] 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".

[5] Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

ser relevada, conforme entendimento expressado pelo então Assessor Subchefe de Controle Externo.

No entanto, as demais falhas impedem o acolhimento dos instrumentos. As de maior relevância, a meu ver, referem-se à ausência de justificativa para a definição dos preços e à ampla possibilidade de terceirização dos serviços admitida pelo item XXXIV da Cláusula Terceira do ajuste.

Os argumentos de defesa no sentido de que, para a cobertura das despesas necessárias ao desenvolvimento do objeto do convênio, são estimados valores com base no levantamento dos custos com mão de obra, aquisição de equipamentos, materiais e serviços, conforme especificado no Plano de Trabalho, bem como a alegação de que as atividades objeto do convênio são desenvolvidas diretamente pela Conveniada, e que a possibilidade de terceirização destina-se somente a atividades-meio e não atividades-fim, não se mostram aptas a elidir as falhas assinaladas.

Mesmo tendo presente que nos convênios, por não existir a reciprocidade de obrigações existente nos contratos, as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração, o dinheiro repassado não muda a natureza por força do convênio, sendo mantida a sua natureza de dinheiro público. Via de consequência, a entidade conveniada “administra” recursos públicos, sendo fundamental para o exercício do controle externo, a justificativa dos valores repassados.

No que diz respeito à ampla possibilidade de terceirização dos serviços, não obstante as alegações de defesa de que não houve terceirização de atividades-fim, a redação do item XXXIV da Cláusula Terceira do ajuste permite a ampla terceirização, o que não se mostra compatível com a natureza desse tipo de ajuste. Como é sabido, a escolha da entidade conveniada está relacionada, entre outros, a sua capacidade técnica e operacional no que tange à sua atividade-fim, caso contrário, sequer poderia ser firmado o Convênio.

Quanto aos apontamentos remanescentes no processo que trata do acompanhamento da execução do convênio, denotam fragilidades e falhas nos procedimentos adotados, especialmente a existência de descompasso entre o planejado e o executado.

Diante do exposto, e considerando os elementos constantes dos autos, voto pela irregularidade Termo de Convênio nº 41/2009-SMS.G e dos Termos de Aditamento nºs 001 e 002/2009, 003 e 004/2010, 005 e 006/2011, 007, 008 e 009/2012, em seu aspecto formal, (TC 72-003.067.12-86) e não acolho sua execução parcial (TC 72-003.072.12-16).

Não obstante, considerando a relevância das atividades executadas e a ausência nos autos de qualquer notícia de prejuízo ao erário, ou de dolo ou má-fé dos agentes envolvidos, já que as falhas assinaladas não impediram

que os serviços fossem prestados e atendidas as necessidades da população alvo, acolho os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes.

Determino, ainda, à Secretaria Municipal de Saúde que:

1. Estabeleça procedimentos para o acompanhamento, fiscalização, avaliação e execução dos convênios, a fim de evitar as falhas constatadas nestes autos.

2. Promova a análise das prestações de contas.

Dê-se ciência aos interessados da Decisão que resultar do julgamento, nos termos regimentais.