



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATOR - CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI

31ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, dia 15/10/2014

ITEM 12

TC-015257/026/08

Recorrente(s): Prefeitura do Município de Guarulhos.

Assunto: Termo de parceria celebrado entre a Prefeitura Municipal de Guarulhos e Instituto DIET - Direito, Integração, Educação e Terapêutica em Saúde e Cidadania (OSCIP), objetivando a conjunção de esforços no sentido de operacionalizar inicialmente o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e/ou o Programa de Saúde da Família (PSF).

Responsável(is): Marco Antonio Arroyo Valdebenito e Enrico de Sena Furtado.

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares o termo de parceria e o respectivo aditivo, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando pena de multa ao Sr. Marco Antonio Arroyo Valdebenito, no equivalente pecuniário de 500 UFESP's, nos termos do artigo 104, inciso II, da referida Lei. Acórdão publicado no D.O.E. de 03-07-10.

Advogado(s): Bárbara de Lima Iseppi e outros.

Fiscalização atual: GDF-8 - DSF-I.

Trata os autos de **Recurso Ordinário interposto pela** Prefeitura Municipal de Guarulhos, **contra o v. Acórdão**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

proferido pela E. Primeira Câmara **que julgou irregulares o termo de parceria e o respectivo termo aditivo** firmado com o Instituto DIET - Direito, Integração, Educação e Terapêutica em Saúde e Cidadania, objetivando a Conjunção de esforços no sentido de operacionalizar inicialmente o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) e/ou o Programa de Saúde da Família (PSF).

Decidiu, ainda, com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93, aplicar multa ao responsável, Ex-Secretário Municipal de Saúde, no equivalente pecuniário de 500 UFESPs.

Os motivos que determinaram a decretação de irregularidade foram assim destacados no voto condutor:

“2.1 A matéria apreciada nestes autos não está em condições de receber o beneplácito desta Corte, independentemente da denominação jurídica dada ao instrumento, que, embora celebrado como termo de parceria, recebeu, posteriormente, parecer da Comissão de Atenção Básica (fl. 171), tratando-o como convênio e fundamentando-o no artigo 116 da Lei n. 8.666/93 e no artigo 63 da Lei Orgânica do Município, para justificar a dispensa de licitação e a desnecessidade da entidade parceira se qualificar como Organização Social - OS ou Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP.

Sobre essa questão, afasto a possibilidade de analisar o ajuste como se convênio fosse, eis que a cláusula primeira do termo, fundamenta-o no artigo 10, §§ 1º e 2º,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

da Lei n. 9.790/99, à lei das OSCIPs, e a cláusula décima na Lei n. 9.790/99 e no Decreto n. 3.100/99.

2.2 O termo de parceria, embora reúna características de contratos administrativos e convênios tradicionais, destina-se à disponibilização de recursos públicos para entidades qualificadas como OSCIPs pelo Ministério da Justiça.

Destarte, a exemplo do que ocorre nas esferas federal e estadual, o Município deveria adequar sua legislação e seus procedimentos para a realização de seleção pública de concurso de projetos, a exemplo do disposto nos artigos 23 a 31 do Decreto n. 3.100/99, que, no dizer do Manual de Repasses ao Terceiro Setor¹, se constitui na forma mais democrática, transparente e eficiente de se firmar parcerias pelo Poder Público.

Como neste caso a entidade não é qualificada como OSCIP e nem houve seleção pública para sua escolha, é de rigor reconhecer a infringência dos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade estabelecidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

2.3 Não pode prosperar o argumento de que as transferências financeiras decorrentes deste ajuste foram embasadas no artigo 632 da Lei Orgânica do Município, porquanto este trata da competência privativa do Chefe do Poder Executivo, que, dentre outras atribuições, está a de celebrar ajustes.

2.4 Além disso, o ajuste in examine foi celebrado já na vigência da EC n. 51, de 14-02-06, bem como da Lei n. 11.350, de 05-10-06, que traçaram os parâmetros para contratação de agentes comunitários de saúde pelo Poder Público, a qual deveria



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

se dar mediante a realização de processo seletivo público e com vínculo direto com a Administração pública.

Ainda, que se reconheça a possibilidade de entidades do terceiro setor desenvolver programas de governo como o PSF e o PACS, esta Corte de longe já sinalizava aos órgãos jurisdicionados que a contratação de agentes comunitários de saúde deveria obedecer as diretrizes emanadas da novel legislação acima mencionada.

Assim foi a orientação traçada no “Manual Básico Financiamento das ações e serviços da saúde”, pág. 26, verbis:

“No caso do desenvolvimento do Programa de Saúde da Família verifica-se a possibilidade da celebração de Convênios ou Termos de Parceria, todavia, além de todas as exigências legais específicas que os regem, no que tange aos Agentes Comunitários de Saúde prevalecem as disposições da LF no 11.350/06, ou seja, pertencerão ao quadro permanente de pessoal do Poder e, em cláusulas específicas dos ajustes, poderá ser pactuada a cessão de tais servidores para a consecução do objeto do Convênio ou do Termo de Parceria”.

Destarte, como as cláusulas segunda e quarta do ajuste prevêm a contratação de agentes comunitários de saúde através da CLT pela entidade parceira e não diretamente pela Administração, sob o regime jurídico adotado para os seus servidores, restam contrariados o artigo 2º, caput³, da EC n. 51/06 e os artigos 2º⁴ e 165 da Lei n. 11.350/06.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.5 A taxa de administração de 3,5% sobre o valor total dos repasses feitos pela Administração, representa uma espécie de remuneração das atividades desenvolvidas pela entidade parceira, descaracterizando o termo de parceria, que é instrumento destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução de atividades de interesse público.

2.6 A jurisprudência desta Casa é segura no sentido de rejeitar a celebração de ajustes destinados à execução de programas como o aqui examinado, quando não atendam aos mandamentos constitucionais e aos princípios norteadores da Administração Pública.

Nesse sentido foi a r. decisão desta C. Primeira Câmara, sessão de 02-02-10, em acolhimento ao voto do E. CONSELHEIRO ROBSON MARINHO, que, de forma peculiar, assim discorreu sobre o assunto, verbis:

"A propósito, foi esse o entendimento da E. Segunda Câmara, ao apreciar os autos do TC-1798/001/064, de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, em sessão de 10/2/09:

'Muito embora não sejam aplicáveis ao instituto do termo de parceria os parâmetros de racionalidade competitiva previstos na Lei Federal n. 8.666/93, não é lícito à Administração deixar de realizar procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito e atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas realizará a parceria.

Essa obrigatoriedade decorre dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação contemplado na Constituição



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Federal, não se admitindo a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia'.

Sou defensor de políticas sociais que visam à eficiência em prol da coletividade, no entanto, filio-me à corrente doutrinária que sustenta a ilegalidade da descentralização de atividades típicas do Estado, em discordância com a Constituição Federal e com os princípios norteadores da Administração Pública.

Não me restam dúvidas de que os atos da municipalidade buscaram escapar das limitações e exigências impostas pelas normas de direito público, essencialmente as pertinentes à contratação de pessoal, evidenciando, desta forma, que houve violação aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal.

Nesse sentido, acolho os pronunciamentos unânimes e desfavoráveis da Auditoria e SDG e voto pela irregularidade do concurso de projetos, do termo de parceria, bem como pela ilegalidade das respectivas despesas, acionando-se os incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar n. 709/93. Aplico, ainda, multa de 200 UFESP's ao Sr. (...), por violação ao artigo 10, IV, da Lei Federal 9.790/99, ao artigo 37, II, da Constituição Federal e aos princípios constitucionais da legalidade e impessoalidade".

A **Recorrente sustenta**, em síntese, que: cuida-se de mera falha formal na denominação do instrumento, tratado durante sua execução como convênio; o equívoco foi justificado pelo município, o qual possui termo de parceria



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

por longo tempo com a entidade antes da perda da qualificação desta como OSCIP; tal fato já foi objeto de recomendações àquela Prefeitura no TC - 1785/026/08; o Município já adotou providências para evitar a repetição do erro; o Município de Guarulhos regulamentou a EC 51/2006 através da Lei nº 6.358 de 03/04/2008, que previu a possibilidade de permanência dos profissionais contratados através do ajuste, até a conclusão dos respectivo processo seletivo e, portanto, o termo em exame configurou situação de transição entre o regime anterior e o estabelecido na PEC; não ficou caracterizada a fuga aos limites de gastos com pessoal, porque este Tribunal ao responder a consulta tratada no TC - 2149/006/02, afirmou que os gastos decorrentes destes ajustes não se enquadram nos limites estabelecidos no artigo 19 da LRF; a taxa de administração destinou-se ao pagamento das despesas indiretas geradas pelo convênio, tais como, contadores, tarifas bancárias, despesas administrativas, entre outras; não houve infração à norma legal ou regulamentar devendo a multa ser cancelada ou reduzida porque não houve dano ao erário ou enriquecimento ilícito da Administração.

SDG *manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo não provimento do recurso interposto.*

É o relatório.

VOTO

Em preliminar, conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos legais de sua admissibilidade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

No mérito, a Administração não se atentou com a devida cautela na elaboração do termo de parceria em exame.

Como bem ressaltado no voto originário, a escolha da entidade, sem seleção pública e sem qualificação como OSCIP, infringiu os princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade.

O ajuste foi celebrado na vigência da EC nº 51/2006 e da Lei nº 11.350/2006, que determinaram a realização de processo seletivo para a contratação de Agentes Comunitários de Saúde, com vínculo direto com a Administração.

Outra falha grave refere-se ao pagamento da taxa de administração de 3,5% do total das verbas repassadas, descaracterizando o termo de parceria, que se destina “à formação de vínculo de cooperação entre as partes”.

Também não há como aceitar a justificativa apresentada pela defesa de que este Tribunal respondeu à consulta feita nos TC - 2149/006/02, informando que os gastos decorrentes desses ajustes não se enquadram nos limites estabelecidos no artigo 19 da LRF. Isto porque restou bem claro no voto proferido, que essa condição está diretamente vinculada à obediência à lei municipal e ao devido processo de seleção de entidades, que no presente caso não foi respeitado.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por fim, conforme bem disse a SDG, a jurisprudência deste Tribunal vem, sistematicamente, rejeitando esse tipo de ajuste diante dos óbices legais e do desvirtuamento das finalidades das organizações envolvidas (ex. TC - 19603/026/06).

Por esses motivos, também não encontro motivos para modificar o decidido quanto à multa aplicada.

Ante o exposto, o meu voto é pelo não provimento do presente recurso interposto, mantendo-se na íntegra os exatos termos e judiciosos fundamentos da r. Decisão combatida.

ANTONIO ROQUE CITADINI

Conselheiro