



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

CONCLUSÃO

Em 7 de julho de 2010 faço estes autos conclusos ao MM. Juiz Federal Substituto Dr, Jacimon Santos Da Silva.

Regina Célia de Oliveira (Analista Judiciário RF 4927)

6ª VARA FEDERAL DE CAMPINAS

AUTOS Nº 00072691120084036105

AÇÃO POPULAR

AUTOR: JADIRSON TADEU COHEN PARANATINGA

RÉUS : MUNICÍPIO DE CAMPINAS, HÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS, JOSÉ FRANCISCO KERR SARAIVA, CARLOS HENRIQUE PINTO, JOSÉ FERREIRA CAMPOS FILHO

DECISÃO (apreciação incidental do pedido de tutela formulado pelo autor)

Trata-se de ação popular aforada por JADIRSON TADEU COHEN PARANATINGA contra o MUNICÍPIO DE CAMPINAS, HÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS, JOSÉ FRANCISCO KERR SARAIVA, CARLOS HENRIQUE PINTO, JOSÉ FERREIRA CAMPOS FILHO objetivando impedir a celebração de convênio entre o ente público municipal e a UNIFESP (autarquia federal), no qual seria interveniente a Associação Paulista para o desenvolvimento da Medicina (SPDM).

Aduz o autor, em apertada síntese: a) inidoneidade da UNIFESP e da SPDM, relatando irregularidades detectadas nos âmbitos público e privado, e b) violação a diversos princípios constitucionais, dentre eles o da igualdade, publicidade, da obrigatoriedade de licitação.

À época do ajuizamento da ação, relatou que desconhece se o referido convênio fora realmente assinado. Todavia, juntou aos autos uma minuta do referido acordo (fl. 1.210/1.244).

A inicial foi emendada à fl. 1.252 para incluir no pólo passivo a UNIFESP e a SPDM no pólo passivo da presente ação, o que ocasionou a declinação da competência para este Juízo Federal.

Petição do autor informando que contra a SPDM existem aproximadamente 240 (duzentas e quarenta) reclamações trabalhistas (fl. 1.257/1.258).

Determinei à fl. 1261 a prévia manifestação das rés quanto ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

O MUNICÍPIO DE CAMPINAS se manifestou à fl. 1.275/1.293 instruindo sua manifestação com documentos (fl.1.294/2.309 - v. 7 - 11). Inicia sua exposição com o histórico do convênio do Hospital Ouro Verde e da projeção de atendimentos esperada (400.000 por ano). Discorre sobre os dados do convênio firmado com a UNIFESP em 5 de junho de 2008, tendo como interveniente a SPDM, que a paralisação dos serviços colocará em risco o atendimento a população, inclusive pacientes que estão na UTI. Em seguida manifesta-se pela legalidade do procedimento adotado, afirmando que o vício de falta de publicação já foi sanado, com a publicação no DOM de 8/10/2008. Sustenta ser desnecessária a licitação para firmar convênios na área de saúde, invocando em seu favor normas constitucionais, normas federais e normas municipais. Assevera que o Termo de Convênio contempla todas as exigências do art. 116 da Lei de Licitações e que todos sabiam que a SPDM seria interveniente no convênio. Diz que a SPDM e a UNIFESP gozam dos requisitos legais, já que estão regulares do ponto de vista fiscal. Afirma que a SPDM se apresenta



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

saudável do ponto de vista financeiro, já que teve superávit em 2007. Menciona a situação funcional do Gilberto Luiz Scarassati enfatizando sua regularidade, já que não é superintendente do Hospital Ouro Verde. Sustenta a ausência do perigo da demora e a presença do perigo para a população caso deferida a liminar. Em seguida fala da necessidade de convalidação do ato na hipótese de eventual nulidade invocando o interesse público envolvido, conforme reconhecido em precedentes judiciais.

A **UNIFESP** se manifestou à fl. 2.311/2.317 (v.11), instruindo sua manifestação com os documentos de fl. 2.318/2.330.

O réu **JOSÉ FERREIRA CAMPOS FILHO** se manifestou à fl. 2.332/2.345, instruindo sua manifestação com os documentos de fl. 2.346/2.353.

A **SPDM** se manifestou à fl. 2.363/2.382 (v-11), instruindo sua manifestação com os documentos de fl. 2.383/2.649. Diz a associação-ré que é detentora de **ampla capacidade administrativa** para formalizara convênios e instrumentos congêneres e que atua neste campo há mais de 7 (sete) décadas, citando em seguida nosocômios administrados pela entidade (Hospital São Paulo, Hospital Municipal Vereador José Storopoli, Hospital Geral de Pirajussara, Hospital Estadual de Diadema e mais quatro instituições). Relata que sua missão é atender a população exclusivamente pelo Sistema Único de Saúde - SUS, argumentando que o objetivo das parcerias entre a UNIFESP, por meio da SPDM, o estado/prefeituras é o de levar o mais avançado conhecimento médico até a comunidade, além de ser posto avançado de capacitação de recursos humanos. Afirma que tem um quadro de **20.072 (vinte mil, setenta e dois) trabalhadores** e que tem participado do Programa Saúde Família por meio de convênios celebrados em vários Municípios do Estado de São Paulo, tais como Suzano, Lorena, Diadema e outros. Argumenta em seguida que a realização de uma gestão administrativa do tipo da que foi proposta no convênio tem respaldo na Lei Federal n. 9.637/98 e na Lei Complementar Estadual n. 846/98, informando que a referida lei federal é objeto da ADIn n. 1923-5 no STF e que a liminar foi indeferida. Sustenta que a experiência da SPDM não existe na Administração Municipal de Campinas e que o instrumento de convênio prescinde de licitação e de certidão negativa, aduzindo, de qualquer modo, que as dívidas pendentes já se encontram negociadas e parceladas extrajudicialmente e junto ao Poder Público. Em seguida junta certidões da Fazendas Federal, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, bem assim certidão do FGTS emitida pela CEF e comprovantes de parcelamentos de débitos junto ao INSS, aduzindo a SPDM que tais dívidas são todas anteriores a 2003 e que estão sendo gradativamente pagas. Sustenta que 90% dos protestos estão quitados e que só não foram baixados pelo alto custo cartorário. Sustenta que há dispensa de licitação para a sua contratação e que as quantias dos convênios são destinadas à manutenção das folhas de pagamentos dos funcionários públicos e de novos funcionários contratados, altamente qualificados para as novas especialidades exigidas no convênio, afirmando ainda que a destinação do dinheiro público rumará para a prestação de serviços no Complexo Hospitalar Ouro Verde. Defende-se das irregularidades apontadas pela Controladoria-Geral da União taxando-as de inconsistentes e que não pode ser considerada culpada antes do julgamento definitivo e de dispor de amplo contraditório. Diz que o julgamento final, se houver, caberá ao Tribunal de Contas de União, órgão que, segundo afirma, compete dar a última palavra no que concerne às contas da UNIFESP. Invoca em seu favor prestações de contas que foram aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Ao discorrer sobre as provas produzidas, afirma que o convênio objetiva a regular “gestão compartilhada” em “regime de cooperação mútua” entre os celebrantes, nas atividades de assistência médica, ensino e pesquisa praticados no Complexo Hospitalar Ouro Verde, com a finalidade de integrá-lo ao SUS, no âmbito municipal de Campinas, de modo a garantir um atendimento de qualidade. Em seguida discorre sobre a situação da saúde em Campinas, sobre a forma de execução do serviço e sobre a comissão de acompanhamento do convênio que avaliará o desempenho do hospital no tocante ao cumprimento das metas estabelecidas, tudo sob a fiscalização direta da Secretaria de Saúde. Argumenta com a necessidade de manutenção do convênio e com a ausência dos requisitos à concessão da tutela antecipada.

Por seu turno o **MUNICÍPIO DE CAMPINAS** requereu a prorrogação do prazo para contestar (fl. 2.654/2.655), requerimento este que foi deferido (fl. 2.656).



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

O réu **HÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS** formulou idêntico requerimento à fl. 2.661/2.662.

À fl. 2.665/2666 (v. 12) o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** informa que não tem condições de formar convicção acerca do pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

À fl. 2.667 foi deferida a dilação do prazo requerida pelo réu **HÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS**.

À fl. 2.673/2.729 a ré **SPDM** apresentou sua contestação, instruindo-a com os documentos de fl. 2.730/3.257 (v. 13 e 14). Repete a **SPDM** a argumentação já apresentada anteriormente a este juízo a respeito da sua capacidade para firmar o convênio com o poder público, aditando ter sido vencedora de prêmios de certificação de qualidade. Acerca da sua capacidade financeira argumenta que sua situação está regular, aduzindo que, em decorrência de preterição na ordem governamental de prioridades, teve que escolher entre pagar seus funcionários e pagar credores e tributos. Discorre sobre os acordos que formalizou com fornecedores para quitar dívidas e sobre seu superávit. Em seguida, passa a discorrer sobre os termos do convênio e sobre a legitimidade da atuação conjunta da **UNIFESP** e da **SPDM** na execução dos serviços, assentando que caberá a esta entidade contratar pessoal para a execução do convênio, sempre de acordo com o “Plano Operativo”, responsabilizando-se pelos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais, cabendo-lhe prestar contas a órgão municipal e apresentar mensalmente à Coordenadoria de Avaliação e Controle da Secretaria Municipal de Saúde e aos gerentes do convênio, os documentos referentes às atividades objeto do convênio. Disserta sobre a função primária do convênio que, no seu entender, não é a econômica, mas sim a “social”, ou seja, de serventia para a sociedade em geral e, mais adiante, menciona os supostos efeitos maléficos do acolhimento da tese do autor (desemprego de 300 funcionários já contratados pela **SPDM** e impacto no atendimento da população carente local). Sustenta que não se aplica aos convênios as disposições da Lei n. 8.666/93 e afirma (f. 2699) que o instrumento firmado não depende de licitação, sustentando que a **SPDM** cumpriu todos os requisitos do Decreto Municipal n. 16.215/08 e que a participação da associação como interveniente sempre foi do conhecimento de todos. Aduz que o convênio não tem finalidade lucrativa, daí porque a associação teria que usar todos os recursos repassados na consecução dos fins estipulados e que não há transferência de recursos para a entidade privada. Discorre sobre as irregularidades apontadas pelo autor, especialmente sobre as que se fundaram em irregularidades apontadas pela **CGU** na auditoria realizada no ano de 2005, argumentando que as auditorias dos anos de 2006/2007 já foram feitas e não foram feitos quaisquer apontamentos pelo órgão de fiscalização. Mais adiante sustenta que não há qualquer prova de ato de improbidade praticado pela ré e que o autor não demonstrou prejuízo algum, argumentando que não há se falar em nulidade se não há prejuízo. Pugna pela concessão da gratuidade de justiça e pela improcedência da ação.

O **MUNICÍPIO DE CAMPINAS, HÉLIO OLIVEIRA SANTOS, JOSÉ FRANCISCO KERR SARAIVA** e **CARLOS HENRIQUE PINTO** apresentaram contestação à fl. 3.259/3.287, instruída com os documentos de fl. 3.288/4.025 (v. 15, 16, 17 e 18). Repetiram o que já havia sido sustentado pelo ente público quando da manifestação contra a concessão da medida liminar. Articulam com a carência da ação popular por ausência de comprovação do prejuízo. No mais sustentam a legalidade e a constitucionalidade do convênio firmado com a **UNIFESP**, esclarecem a *publicidade diferida* e sustentam ser questão resolvida ante a publicação posterior no Diário Oficial do Município - **DOM**. Apontam a regular participação do Conselho Municipal de Saúde, repetindo no mais todos os argumentos anteriormente já expostos pelo ente público.

A **UNIFESP** apresentou sua contestação à fl. 4.027/4.032 (vol. 18) alegando, em síntese, a legalidade do convênio, o descabimento de licitação para a contratação da **UNIFESP** e a legalidade da posição do **SPDM** no convênio.

A **LIMINAR** foi indeferida à fl. 4.040/4.043, tendo-se facultado às partes requerer as provas adequadas à prova das suas alegações.

O autor interpôs **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** (fl. 4.049) que foram rejeitados à fl.



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

4.114 (frente e verso). Em seguida interpôs **AGRAVO DE INSTRUMENTO** (fl. 4.131/4.133).

À fl. 4.143 indeferi em parte o pedido de provas, deferindo apenas a prova documental. A SPDM interpôs **AGRAVO RETIDO** (fl. 4.154/4.161).

À fl. 4.191/4.203 o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requereu vista fora de cartório, assim como a juntada de documentos (Portaria de Instauração de Inquérito Civil Público e Representação Criminal).

Pelo despacho de fl. 4.183 deu-se por encerrada a instrução processual.

O autor apresentou **ALEGAÇÕES FINAIS** à fl. 4.211/4.218, a UNIFESP à fl. 4.221/4.224, os réus **HÉLIO DE OLIVEIRA SANTOS**, **JOSÉ FRANCISCO KERR SARAIVA** e **CARLOS HENRIQUE PINTO** à fl. 4.225/4.237, o **MUNICÍPIO DE CAMPINAS** à fl. 4.239/4.247 e a SPDM à fl. 4.258/4.270.

Por fim, após noticiar o andamento das tratativas no bojo do inquérito civil público instaurado no âmbito do MPF, requer a Procuradoria da República seja deferida liminar para impedir a renovação do convênio ora atacado, sob o fundamento de haver irregularidades.

Pelo despacho de fl. 4.291 o feito foi baixado em diligência para que as rés juntassem aos autos os documentos relativos aos procedimentos de licitação instaurados para o dispêndio dos recursos públicos.

Pela petição de fl. 4.297/4.302 o réu **JOSÉ FERREIRA CAMPOS FILHO** se manifesta no sentido de que as questões relativas à execução do convênio e o gasto das verbas refogem à sua alçada e ao seu conhecimento, mas que, quando da manifestação prévia em parecer jurídico, deixou consignada a necessidade de observância das disposições legais veiculadas por meio do Decreto n. 16.215, de 12 de maio de 2008, do Município de Campinas.

Pela petição de fl. 4.308/4.309 o **AUTOR** da ação popular postula seja emendada a petição inicial para o fim de lhe ser possível formular novo pedido de antecipação de tutela, desta feita envolvendo a prorrogação noticiada à fl. 4.313 (Expedientes Despachados pelo Exmo. Sr. Prefeito, em 2 de junho de 2010 veiculando a autorização para a prorrogação do convênio celebrado entre o Município de Campinas e a UNIFESP), com a interveniência da SPDM, no importe de **R\$-9.781.068,75 (Nove milhões, setecentos e oitenta mil, sessenta e oito reais e setenta e cinco centavos)**.

A **UNIFESP** se manifesta à fl. 4.320/4.322 aduzindo que **nada pode crescer** a respeito da explicitação de como a SPDM dispendeu os recursos públicos que custearam e custeiam o convênio objeto desta ação popular. Mais adiante defende a contratação sem licitação da SPDM.

A **SPDM** peticiona à fl. 4.325/4.339 aduzindo que o despacho proferido por este Juízo resvala do objeto da ação e que a SPDM cumpre o convênio nos moldes em que celebrado, observadas as metas estabelecidas e rigorosa prestação de contas. Invoca em seu favor as disposições do Decreto n. 6.170/2007 (art. 11) que regulamenta a forma de aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da **UNIÃO FEDERAL** transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos e que observou os princípios da moralidade, economicidade, impessoalidade e isonomia. Junta documentos (fl. 4.340/5.384 - v. 19 ao 25).

O **MUNICÍPIO CAMPINAS** peticiona à fl. 5.835/5.836 juntando manifestação jurídica da Secretaria Municipal da Saúde (fl. 5.837/5.841), segundo a qual, a regulamentação dos gastos das verbas do convênio é feita no Decreto n. 6.170/2007 e que *inexiste qualquer regulamentação legal que imponha a realização de procedimentos nos termos da Lei Federal n. 8.666/93, bastando, a realização de cotação de preços no mercado*. Cita em seguida precedente do Tribunal de Contas da União (TC n. 003.361/2002-2) e Parecer do Ministério do Trabalho e Emprego - TEM, aprovado pelo Advogado Geral da União - AGU (Parecer/CONJUR/MTE/n. 137/2009 - Processo n. 47975.000084/2009-74) para abonar esta tese. Informa que todos os recursos foram gastos de acordo com o que fora pactuado no convênio e que as compras e contratações foram realizadas



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

mediante a realização de procedimentos formais visando à obtenção da proposta mais vantajosa, seguindo os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade. A petição do MUNICÍPIO DE CAMPINAS veio instruída com os documentos de fl. 5.837/7.335 (- v. 25 ao 31).

É o relatório bastante.

FUNDAMENTAÇÃO

Recebo o pedido de emenda formulado pelo autor como novo pedido de concessão de tutela antecipada.

Um dos fundamentos da ação popular é a irresignação do autor quanto à prerrogativa de a UNIFESP e a SPDM poderem contratar com terceiros sem a observância de certame licitatório.

Nas contestações que se seguiram as partes demandadas não contestaram este ponto, razão pela qual, considerando a regra norteadora do Processo Civil Brasileiro de que, em se tratando de interesses públicos indisponíveis, deve-se buscar a verdade real, foi determinado pelo despacho de fl. 4.291 que os demandados esclarecessem sobre a existência de certames licitatórios, sobrevindo as respostas acima mencionadas no relatório.

Antes de iniciar a análise da legalidade dos atos impugnados, importa assinalar que, diversamente do que sustenta a SPDM (fl. 4325/4339), a inicial discorre sobre a não observância da Lei de Licitações quando da contratação de empresa de segurança (cfr. fl. 16 da petição inicial) para a proteção do complexo hospitalar e ao autorizar a SPDM a contratar pessoal para a execução das atividades previstas no convênio. Daí porque o objeto da ação abarca a execução do convênio quanto à exigência de licitação, não se cingindo a evitar a simplesmente evitar a celebração do convênio.

Além desse fato, outro há, decorrente da lógica processual que não pode ser olvidado: quando do ajuizamento da ação o autor mencionou que não havia previsão de observância da licitação e citou exemplos concretos. Durante a instrução processual, especialmente após a manifestação da SPDM e do Município de Campinas, a assertiva do autor restou concretizada: os valores do convênio vem sendo gastos pela SPDM sem a observância de procedimentos licitatórios.

Se tais procedimentos são necessários ou não, é do que se tratará a seguir.

I - Da averiguação da necessidade de licitação pública para que entidades de assistência social, em convênio com entidades públicas, despendam recursos públicos em serviços do SUS

O art. 24 da Lei n. 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, dispõe que:

“Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, **as normas de direito público.**”

O art. 116 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) dispõe que:



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

“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.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.”

Por sua vez, o Decreto n. 6.170/2007 dispõe que:

“Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.”

Por fim, o art. 45 da Portaria Interministerial n. 127, de 29 de maio de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - Departamento de Logística e Serviços Gerais, estabelece no Capítulo III, Seção I, intitulada “DA CONTRATAÇÃO POR ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS” o seguinte:

“Art. 45. Para a aquisição de bens e contratação de serviços com recursos de órgãos ou entidades da Administração Pública federal, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

Parágrafo único. A entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.”



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

A UNIFESP integra a administração pública federal indireta e a SPDM não integra a administração pública, mas, como consta no próprio convênio, é entidade privada sem fins lucrativos umbilicalmente vinculada à UNIFESP.

A leitura que a SPDM e que o Município de Campinas fazem destas regras é que elas afastariam da **execução do convênio** as disposições da Lei n. 8.666/93. Já a leitura que este Juízo, que o TCU e que a Secretaria do Tesouro Nacional fazem destas regras é outra.

A leitura que este Magistrado faz da lei e do decreto que a regulamentou é que: a) às entidades que recebem recursos de convênios (recursos públicos, é bom não olvidar) se submetem à legislação de licitações; e b) é necessário observar, como requisito mínimo, a realização de cotação prévia de preços para a aquisição de produtos ou a contratação de serviços.

O art. 24 da Lei n. 8.080/90 é categórico ao asseverar que *a participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público*. As normas de direito público são, exatamente, as normas que regem as licitações públicas, sendo certo que o art. 116 da Lei n. 8.666/93 estabelece que **se aplicam as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração** e o art. 11 do Decreto n. 6.170/2007, que regulamentou o art. 116 da Lei n. 8.666/93, estabelece que *a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato*. Esta disposição é repetida no art. 45 da Portaria Interministerial n. 127/2008, do MPOG.

Há que se tocar no nó górdio da questão: quais disposições previstas na Lei n. 8.666/93 não seriam aplicáveis aos convênios? A lei estabeleceu que a Lei de Licitações seria aplicável aos convênios, no que **coubesse**. Para que se afastasse tal comando era importante que tivessem sido definidas as normas cuja aplicação cabem e as normas cuja aplicação não cabem ao convênio, bem assim fossem indicadas as respectivas justificativas factio-jurídicas. Isto não ocorreu.

Na defesa da não-aplicação da Lei n. 8.666/93 a SPDM e o Município de Campinas não mencionaram uma só razão pela qual deveriam ser afastadas as regras previstas que regem a **seleção da melhor proposta para despender verbas públicas**. Cingiram-se a afirmar que a *interpretação* da AGU é neste sentido e que a interpretação do Tribunal de Contas da União também é neste sentido.

Examina-se agora como mais vagar o parecer da AGU. Tal manifestação merece ser considerada *cum grano salis*, já que se trata de manifestação jurídica oriunda de um Ministro de Estado, integrante do corpo político que atualmente integra o Poder executivo. Compulsando o teor do parecer, que certamente merece ser explorado, vê-se que o parecerista olvida completamente a dicção estabelecida no art. 116 da Lei n. 8.666/93 que estabelece que **as regras de licitação se aplicam, no que couberem, aos convênios** para concluir pelo completo afastamento da aplicação da Lei de Licitações e afirmar no **item 13 do Parecer** que: “13. Entretanto, no que às entidades privadas sem fins lucrativos, não há mais obrigatoriedade de realização de licitação, porque o novo regulamento de convênios federais conferiu-lhes tratamento jurídico diferenciado”. De parte alguma da lei ou do decreto se tira tal assertiva e somente por meio de uma violência simbólica se pode atribuir novos tais contornos às regras para se chegar a tal conclusão. Na realidade o parecer propugna a adoção de procedimentos que desbordam completamente do limites estabelecidos pela lei.

A leitura que o Tribunal de Contas da União, por outro flanco, é no mesmo sentido de ser exigida licitação. Neste passo, cabe enfatizar que a tese invocada pelo Município de Campinas - de que as entidades privadas que celebram convênios não estariam sujeitas às leis de licitações - nunca serviu de diretriz administrativa já que representa o entendimento isolado e **vencido** do Ministro Benjamin Zymler, que a sustenta (cf. Acórdão n. 1070/2003 - TC n. 003.361/2002-2).



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

De fato, no referido Acórdão n. 1070/2003-TCU/Plenário (TC n. 003.361/2002-2), Ata 30/2003 - Plenário, Sessão 06/08/2003, Aprovação 13/08/2003, DOU 18/08/2003 consta **diretriz oposta** à adotada pelo Município de Campinas e pela SPDM:

(...)

3.É notório que a iniciativa privada não se sujeita aos princípios que regem a licitação no setor público e muito menos está obrigada a aplicar, nas suas contratações, a Lei nº 8.666/93, mesmo porque naquela impera a autonomia da vontade e, por isso mesmo, só não pode fazer o que a lei expressamente proíbe, ao contrário do administrador público que só pode fazer o que a lei determina.

4.No entanto, o particular, ao firmar convênio com a administração pública, assume todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, estando, como este, sujeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e dos demais princípios informadores da gestão da coisa pública, dentre os quais destacamos o da licitação e o do dever de prestar contas, insculpidos no art. 37, inciso XXI, e art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, respectivamente.

5.Nesse sentido, cumpre trazer à colação os ensinamentos de Maria Sylvia Zanela Di Pietro (in Direito Administrativo, Editora Atlas, 13ª edição, p. 287), quando defende que os convênios não possuem o condão de modificar a natureza dos recursos envolvidos:

"Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida a sua natureza de dinheiro público. Por essa razão, é visto como alguém que administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no artigo 70, parágrafo único, da Constituição." (grifamos)

6.Merece ainda ser mencionado o entendimento da mesma administrativista, quando defende que mesmo o particular no exercício da função pública está obrigado a realizar licitação quando da aplicação de recursos públicos:

" (...) o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato". Mais adiante arremata: "**A expressão ente público no exercício da função administrativa justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício da função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação**". (grifamos)

Assim, o Município de Campinas tomou diretriz diversa da que foi adotada pelo Tribunal de Contas da União Federal, pinçando do julgamento acima citado exatamente o oposto da linha de entendimento assentada pela Corte de Contas.

Paralelamente a isso, relativamente à **Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM**, faz-se mister trazer à colação o TC n. Acórdão 1973/2004 - Primeira Câmara, Ata 28/2004 - Primeira Câmara do **Tribunal de Contas da União**, Sessão 10/08/2004, Aprovação 17/08/2004, DOU 19/08/2004, cujo trecho se transcreve:



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

“(…)

12) impropriedades nos processos licitatórios, tais como:

a - não-indicação dos recursos orçamentários para pagamento da despesa, em desacordo com o art. 14 da Lei 8.666/93;

b - não-averiguação se o preço a ser contratado é compatível com os preços registrados no Sirep, em desacordo com art. 2º da IN SEAP nº 04, de 8/4/1999;

c - indicação de marcas, no convite nº 005/2001 (processo 381/2001), em desacordo com o inciso I do parágrafo 7º do art. 15 da Lei 8.666/93.

13) irregularidades nos processos de dispensa de licitação baseados no inciso II do art. 24 da Lei 8.666/93, conforme segue:

a - aquisições freqüentes dos mesmos produtos em curto espaço de tempo, caracterizando fragmentação de despesa;

b - não indicação dos recursos orçamentários para o pagamento da despesa, em desacordo com o art. 14 da Lei 8.666/93;

c - não-verificação do cadastramento dos fornecedores no SICAF, em desacordo com os itens 1.3 e 8.7 da IN MARE-GM nº 5, de 21/7/1995 e § 1º do art. 3º do Decreto 3.222, de 09/1/2001;

d - não averiguação se o preço a ser contratado é compatível com os preços registrados no Sirep, em desacordo com o art. 2º da IN SEAP nº 01, de 8/4/1999.

14) irregularidades nos processos de dispensa baseados no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, que se referem a contratação da Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM- cujo objeto é executar convênios firmados pela Unifesp com diversos órgãos: Ministério da Saúde, Ministério da Educação; Prefeitura Municipal de São Paulo e outros, conforme descrito abaixo:

a - na formalização dos contratos não há justificativa e o diagnóstico da necessidade de se proceder à contratação;

b - não há proposta detalhada da SPDM;

c - ausência de documentação comprobatória da capacidade jurídica, e de seu representante legal;

d - não houve comunicação da dispensa de licitação à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, em desacordo com o art. 26 da Lei 8.666/93;

e - não houve verificação do cadastramento do fornecedor no Sicafe, em desacordo com os itens 1.3, 8.7 e 8.8 da IN MARE - GM nº 05, de 21/7/1995 e § 1º do art. 3º do Decreto 3.722, de 9/1/2001;

f - não estão contidos nos termos contratuais todos os requisitos exigidos pela Lei 8.666/93, de 21/6/1993;

g - falta de publicação do extrato do contrato no Diário Oficial da União, em desacordo com o parágrafo único do art. 61 da Lei 8.666/93;

h - as contratações não estão registradas no Siafi e conseqüentemente na liquidação da despesa é utilizado evento em desacordo com o Plano de Contas;

i - não há no processo nenhuma comprovação de que os serviços foram executados pela contratada e os pagamentos são efetuados imediatamente após o recebimento dos recursos dos convênios, resultando no descumprimento dos estágios da despesa;



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

k - para os pagamentos dos contratos 47/2000, processo 177/01; 43/01, processo 990/01 e 46/01, processo 2173/01, os recursos foram utilizados indevidamente tendo em vista que o plano de trabalho do convênio previa apenas despesas com aquisição de materiais e medicamentos hospitalares, sem previsão de despesas com serviços de terceiros - pessoa jurídica.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei n. 8.443/92, c/c os arts. 1º, inciso I, 208 e 214, inciso II, do Regimento Interno, julgar as presentes contas regulares com ressalva, dando-se quitação aos responsáveis mencionados no item 3;

9.2. determinar, com fundamento no art. 18 da Lei 8.443/92, à Universidade Federal de São Paulo - Unifesp- que:

(...)

9.2.9. atente, nas contratações que efetuar, sob quaisquer das modalidades licitatórias, ou relativas a dispensa ou inexigibilidade previstas para os órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, para as disposições contidas na Lei 8.666/93, abstendo-se de celebrar contratos e instruir os respectivos processos sem a observância de todos os dispositivos mencionados pela referida lei;”

Igualmente, a **Controladoria-Geral da União**, em Auditoria de Gestão, no exercício 2006, Processo n. 23089.010201/2006-91, auditada: **UNIFESP** (fl.958/1026) também apontou a prática de transferência da execução das despesas para SPDM (fl.966), entidade de que contratou sem processo licitatório construtora em regime de empreitada global. À CGU foram disponibilizados dados parciais (fl.967) dos pagamentos efetuados em 2005, o que gerou o registro de falta de transparência (fl.967 e 976). A CGU apurou ainda 1995 pagamentos efetuados a empresas cujos sócios eram servidores da UNIFESP (fl.1033). Por fim, a CGU também apurou a existência de contratações e pagamentos realizados **sem processo licitatório** (fl.1.036/1040), tendo a CGU reconhecido que a UNIFESP, ao transferir recursos para a SPDM, se furtava de observar a Lei n. 8.666/93, o que gerou a recomendação de que a UNIFESP se abstinhasse de transferir à SPDM recursos de custeio ou de capital que devessem ser necessariamente administrados pela UNIFESP. Novamente na fl. 1.115 consta como **irregularidade** detectada pela CGU o *direcionamento em processos de dispensa de licitação*.

Conclusão: a **UNIFESP** e a **Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM** tinham conhecimento não apenas genérico de que as normas de licitação eram aplicáveis à execução dos convênios e aos gastos das verbas repassadas, mas também conhecimento específico sobre isto, já que haviam sido censuradas pela Corte de Contas e pela Controladoria Geral da União neste ponto anteriormente à celebração do convênio com o Município de Campinas.

Por fim, a leitura que a **Secretaria do Tesouro Nacional** faz das regras acima, consoante se extrai da Instrução Normativa n. 1, de 15 de janeiro de 2007, com as modificações introduzidas pela IN/STN n. 3, de 25 de setembro de 2003, é muito clara:

“Art. 27. O conveniente, ainda que entidade privada sem fins lucrativos, sujeita-se, quando da execução de despesas com recursos transferidos, às disposições da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação à licitação e contrato,



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

admitida a modalidade de licitação prevista na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2003, nos casos que especifica.”

Assim, não havia e não há amparo legal para que as entidades conveniadas ou intervenientes, ainda que se qualifiquem como “sem fins lucrativos”, se postem fora do espectro de incidência da Lei n. 8.666/93.

No caso *sub judice*, considerando o conjunto documental probatório carreado aos autos, é de rigor reconhecer a ilegalidade com que vem se pautando a SPDM na execução do contrato e a ilegalidade como vem se pautando o Município de Campinas ao não exigir da UNIFESP e da SPDM a observância das regras de ordem pública previstas na legislação que rege as licitações públicas.

II - Da inviabilidade de substituição do procedimento previsto na Lei n. 8.666/93 por outros, estabelecidos unilateralmente pela entidade conveniente/interveniente

A Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM sustenta que observou os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. Todavia, não há como se aceitar tal assertiva se os parâmetros observados pela entidade não foram os previstos na lei, mas sim em procedimentos de seleção da melhor proposta estabelecidos pela própria entidade. Afinal, como é cediço, não cabe ao particular se substituir na função do legislador na definição de *como* se deve selecionar a melhor proposta para despender recursos públicos.

III - Da importância do que acima se expôs para a apreciação do pedido incidental formulado pelo autor

O autor postula que a Municipalidade seja impedida de prorrogar o convênio sem procedimento licitatório e que seja concedida tutela para tal fim. O fundamento invocado pelo autor ganha relevância porque a Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM e o Município de Campinas confirmaram que **não observaram as normas relativas à licitação**.

Por sua vez, a prorrogação do convênio se deu por 90 (noventa) dias, conforme despacho publicado em 3 de junho, no DOM de Campinas, sendo certo que tal convênio não mais poderá ser prorrogado ou mesmo renovado, haja vista que a UNIFESP e a SPDM passaram a figurar “irregulares” a partir do momento em que, **despendendo recursos oriundos do convênio em tela na aquisição de produtos e na contratação de serviços, não observaram o disposto na Lei n. 8.666/93 ou outra norma jurídica correlata às licitações**.

Por seu turno, a fim de evitar a **descontinuidade do serviço público de saúde** e, com isso, o surgimento do *periculum in mora inversum*, não há como acolher o pedido do autor nos estritos termos em que requerido - de que seja impedida a prorrogação noticiada que, diga-se de passagem, já está em curso. Mas há como deferir para obstar uma segunda prorrogação e a renovação do convênio com as entidades mencionadas.

Decisão

Pelo exposto, **defiro** o pedido de tutela antecipada formulado pelo autor para **impedir**: a) outra prorrogação do convênio celebrado entre a UNIFESP e o Município de Campinas, constando como interveniente a Sociedade Paulista de Medicina - SPDM, além da que foi autorizada pelo Exmo. Prefeito do Município de Campinas por meio do despacho publicado em 3 de junho de 2010, no importe de **R\$-9.781.068,75 (Nove milhões, setecentos e oitenta e um mil, sessenta e oito reais e setenta e cinco centavos)**, e b) a renovação do convênio com as referidas entidades.

Defiro ainda a tutela para, resguardando os créditos públicos repassados mediante o convênio prorrogado por mais 90 (noventa) dias, **determinar** à Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM que passe a adotar imediatamente a forma de escrituração que atenda os requisitos da Lei n. 4.320/64 relativamente aos recursos do convênio que lhe estão sendo repassados, bem assim que promova os procedimentos licitatórios, ainda que emergenciais, para aquisição de materiais necessários à continuidade dos serviços de saúde, **cabendo** à UNIFESP,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

pelos seus dirigentes, e ao Município de Campinas, pelo Exmo. Prefeito Municipal, adotar as medidas fiscalizatórias no sentido de que as determinações acima fixadas sejam observadas. Comino multa pessoal aos dirigentes da UNIFESP e da SPDM, assim como ao Exmo. Chefe do Poder Executivo Municipal no importe correspondente aos valores dos gastos que a SPDM efetivar sem a observância dos procedimentos licitatórios, computados tais gastos a **partir do dia da intimação da publicação desta decisão liminar no Diário da Justiça**, pela qual fica intimada a SPDM.

Com base no art. 7º, inc. I, al. “b”, da Lei n. 4.717/65 **requisito** do Município de Campinas, no prazo de 15 (quinze) dias, os documentos preparatórios à assinatura do convênio (manifestações, pareceres, etc.), bem assim as manifestações jurídico-administrativas que, já na fase de execução do convênio, versaram, direta ou indiretamente, acerca da fiscalização do acordo, incluindo as manifestações no sentido da inobservância das leis relativas aos procedimentos licitatórios.

Intimem-se as partes com urgência para cumprimento e intime-se o MPF para os fins do art. 7º, §1º, da Lei n. 4.717/65,

Campinas, 8 de julho de 2010.

Jacimon Santos da Silva
Juiz Federal Substituto