

CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos ao MM.
Juiz Federal LUIZ ANTONIO RIBEIRO MARINS.
MARÍLIA (SP), 19 DE ABRIL DE 2017.

Analista Judiciária RF nº 4560

REGISTRO Nº 058 /2017

PROCESSO Nº 0000980-29.2017.403.6111:

Cuida-se de ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da ASSOCIAÇÃO FEMININA DE MARÍLIA MATERNIDADE E GOTA DE LEITE, MUNICÍPIO DE MARÍLIA/SP e UNIÃO FEDERAL, objetivando o seguinte:

“(...)

c) a anulação do Convênio nº 1091/16 celebrado entre o Município de Marília e da Associação Feminina, sem a realização da prévia licitação;

(...)”

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL alega o seguinte:

“1º Fato – Prestação de Serviços de Saúde:

Consoante apurado no Inquérito Civil nº 1.34.007.000260/2015-76, o Município de Marília e a Associação Feminina vêm pactuando a prestação de serviços de saúde no âmbito da Estratégia de Saúde da Família sem o precedente e necessário procedimento licitatório com vistas a oportunizar a todos, com igualdade de competição, a execução dos serviços.

Tal fato foi constatado a partir de ofício expedido pelo Ministério Público Federal ao Município de Marília, por meio do qual solicitou cópia de todos os processos licitatórios ou procedimentos administrativos, desde 2010 até o presente, referentes ao Convênio nº 802/10 firmado entre o Município de Marília e a Associação Feminina para a prestação de serviço de saúde.

Na resposta encaminhada pelo Município de Marília, encartada às fls. 431/661 do mencionado inquérito, é possível concluir que o ente municipal, pelo menos desde 01/07/2005, por meio do Convênio nº 544/05, vem descentralizando a execução de serviços de saúde à referida Associação sem a necessária realização de licitação para a escolha do órgão executor de tais atividades, ou seja, não mais de 11 anos de serviços prestados sem que a Lei de Licitações seja observada. (...)"

Concluiu afirmando que "o ordenamento não franqueia discricionariedade à Administração Pública em deixar de licitar, de oferecer ao público em geral a possibilidade de contratar com o Poder Público, conduta irregular que só será revertida com a intervenção do Poder Judiciário".

Prosseguindo, em relação à UNIÃO FEDERAL, afirma o seguinte:

"2º Fato – Ausência de Fiscalização da União:

Embora seja evidente que os recursos da Estratégia de Saúde da Família constituem-se em verbas federais transferidas pela União ao Município de Marília, não houve, em mais de uma década de execução de serviços públicos relacionados à Estratégia de Saúde da Família, fiscalização efetiva da União, em contrariedade ao ordenamento jurídico.

Apesar de haver nos autos notícias de tomada de contas sobre tais recursos, ao que parece ela ocorreu apenas no sentido formal, tanto que a União, em nenhum momento, se deu conta que a legislação referentes às licitações vem sendo solenemente descumpridas, razão pela qual necessário que a União instaure procedimento a fim de fiscalizar o repasse e utilização de tais recursos".

Em sede de tutela de urgência, o autor requereu o seguinte:

“b) a concessão liminar de tutela de urgência, nos termos anteriormente expostos, ou seja:

b.1) a condenação do Município de Marília a licitar os serviços públicos de saúde compreendidos na Estratégia de Saúde da Família ou a assumir diretamente a prestação de tais serviços, no prazo máximo de 06 (seis) meses;

b.2) a determinação à União para que instaure, formalmente, fiscalização que tenha por objeto analisar a aplicação dos recursos federais repassados ao Município de Marília no âmbito da Estratégia da Saúde da Família e que ainda não tenham sido fiscalizados;”

Intimado nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.437/92, o MUNICÍPIO DE MARÍLIA manifestou-se às fls. 16/20 no seguinte sentido: *“Ressalte-se que, pela simples leitura dos itens transcritos acima, resta claro que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela se confunde com o pedido de provimento final e o esgota, senão no todo ao menos em parte, razão pela qual não pode ser deferido”.*

A UNIÃO FEDERAL, por sua vez, aduziu às fls. 24/41 o seguinte: 1º) *“O Art. 1.059 do NCPC estabeleceu restrições à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública”; e 2º) “O pedido de urgência formulado contra a UNIÃO não pode ser atendido, visto que existem elementos que permitem afirmar, ao menos nessa fase inicial (em que há pouco tempo para a obtenção de informações e documentos), que a UNIÃO não está omissa quanto à fiscalização dos recursos federais transferidos no âmbito da ESF ao Município de Marília”.*

É a síntese do necessário.

D E C I D O.

Inicialmente, fixo a competência desta Justiça Federal para processar e julgar o feito, bem como a legitimidade passiva da UNIÃO FEDERAL para figurar no feito.

Com efeito, dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.142/90:

Art. 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como:





- I - despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta;
- II - investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional;
- III - investimentos previstos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde;
- IV - cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Parágrafo único. Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.

O Fundo Nacional de Saúde é o gestor financeiro, na esfera federal, dos recursos do Sistema Único de Saúde – SUS -, e tem como missão *“contribuir para o fortalecimento da cidadania, mediante a melhoria contínua do financiamento das ações de saúde”*, destinando-se seus recursos a prover, nos termos do referido artigo 2º da Lei nº 8.142/90, as despesas do Ministério da Saúde, de seus órgãos e entidades da administração indireta, bem como as despesas de transferência para a cobertura de ações e serviços de saúde a serem executados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Assim, no caso concreto, as verbas repassadas pelo Fundo Nacional de Saúde ao MUNICÍPIO DE MARÍLIA/SP para a execução do Programa Saúde da Família são oriundas do Ministério da Saúde e, portanto, registram origem no orçamento federal, fato que confere à UNIÃO FEDERAL a prerrogativa de acompanhar, controlar e fiscalizar sua aplicação na área-fim, bem assim de exercer função sancionadora, em caso de malversação ou desvio, de conformidade com o que dispõem os artigos 16, inciso XVII, e 33, parágrafo 40, da Lei nº 8.080/90.

Nesta linha de raciocínio, a aplicação dos recursos federais deve ser justificada junto ao órgão federal de controle, por meio da competente prestação de contas, como expressamente previsto na Portaria nº 648/2006, expedida pelo Ministério da Saúde, para o programa de saúde de que se trata nestes autos.



De outra feita, pela forma como são transferidos, estes recursos não estão sujeitos à incorporação no patrimônio do Município como ocorre, por exemplo, com os recursos oriundos da repartição de receitas tributárias.

O repasse, *in casu*, se efetiva por meio da chamada “*transferência automática*”, que independe de convênio e se dá mediante lei ou ato administrativo, tendo por objeto o financiamento de serviços públicos e programas em áreas de relevante interesse social.

Para ser beneficiado, o Município habilita-se junto ao Ministério da Saúde e, preenchidas as condições necessárias, recebe do Fundo Nacional de Saúde a dotação diretamente em fundo próprio (Fundo Municipal da Saúde), daí a denominação de “*transferência fundo a fundo*”.

Nestes moldes, tratando-se de verbas que transitam em contas específicas, diferenciam-se necessariamente das receitas próprias municipais, não havendo que se falar em incorporação ao patrimônio do Município, a moldar-se à hipótese do enunciado nº 209 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

No que toca ao tema, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu no sentido de que as verbas destinadas ao Programa Saúde da Família, transferidas pela UNIÃO, não se incorporam ao caixa do Município, senão vejamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. VERBAS FEDERAIS DESTINADAS AO PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA. REPASSE AO MUNICÍPIO. SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO DE FARMACÊUTICO. IRREGULARIDADES. ENVOLVIMENTO DE PREFEITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

As verbas destinadas ao Programa Saúde da Família, transferidas pela União, não se incorporam ao caixa do município, pois o repasse ocorre fundo a fundo, ou seja, saem do Fundo Nacional da Saúde e ingressam no Fundo Municipal da Saúde, impedindo a sua utilização para fim diverso do da prestação de saúde à população, sendo contabilizada e administrada em conta apartada do caixa das receitas comuns, razão pela qual é competente a



Justiça Federal para o processamento e julgamento de ação de improbidade administrativa contra o respectivo prefeito, nos termos da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça.

(TRF da 4ª Região - AG nº 2006.04.00.023817-1 - Terceira Turma - Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon - DJ de 29/11/2006).

Dessa forma, é da competência da Justiça Federal processar e julgar ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO FEDERAL, tendo em vista que as verbas públicas federais, liberadas no âmbito do SUS, para fazer frente a despesas de programas de saúde do governo federal, como o Programa Saúde da Família, são recursos que se submetem a controle e à fiscalização por órgãos federais.

A Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, prevê, no seu artigo 12, a possibilidade de concessão de liminar, cujos requisitos são aqueles previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, conforme o artigo 19 da própria Lei nº 7.347/87:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

O artigo 273 do Código de Processo Civil, por sua vez, faculta ao juiz antecipar a tutela pretendida no pedido inicial desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, de abuso de direito ou de manifesto propósito protelatório do réu.

No tocante à concessão de tutela provisória, o Novo Código de Processo Civil disciplina a matéria nos artigos 294 a 311. Por sua vez, no que diz respeito à tutela provisória fundada em urgência e de caráter antecipado, os artigos 294 e 300 dispõem:





Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 2º - A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º - A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O primeiro requisito é o da probabilidade do direito, ou seja, a probabilidade de sucesso do demandante. Para isso, os elementos trazidos pelo autor hão de ser suficientemente fortes para incutirem no magistrado a conclusão de que existe boa probabilidade de sucesso.

É que a tutela antecipada diz respeito aos efeitos de mérito cujo objetivo é conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Por outras palavras, sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, propiciando a imediata execução.

Há, ainda, o pressuposto da existência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Significa dizer, em poucas palavras, que ocorrerá o dano nas situações em que o provimento jurisdicional pleiteado se tornará ineficaz caso seja concedido somente ao final da ação.

Ressalte-se, por fim, que deve o Magistrado, para a concessão da tutela antecipada, estar convencido do direito do autor, bem como de que a demora na decisão poderá trazer prejuízos irreparáveis.





No presente caso, em sede de cognição sumária, verifico que estão presentes os pressupostos exigidos no artigo 300 do Código de Processo Civil.

Desde já faço o seguinte reparo na petição inicial: no item “VI – DA TUTELA DE URGÊNCIA”, o autor afirma o seguinte:

“A presente ação visa condenar: a) o Município de Marília a realizar processo licitatório para a continuidade dos serviços relacionados à Estratégia de Saúde da Família; b) a anulação do Convênio nº 1091/61 celebrado entre o Município de Marília e a Associação Feminina, haja vista que adveio de contratação que não foi precedida de licitação; c) a União a fiscalizar a execução dos serviços públicos compreendidos na Estratégia de Saúde da Família no Município de Marília, que ainda não tenham sido fiscalizados”.
(vide fls. 09/verso).

No entanto, em sede de tutela antecipada, como vimos acima, o representante do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requereu o seguinte:

“b) a concessão liminar de tutela de urgência, nos termos anteriormente expostos, ou seja:

b.1) *a condenação do Município de Marília a licitar os serviços públicos de saúde compreendidos na Estratégia de Saúde da Família ou a assumir diretamente a prestação de tais serviços, no prazo máximo de 06 (seis) meses;*

b.2) *a determinação à União para que instaure, formalmente, fiscalização que tenha por objeto analisar a aplicação dos recursos federais repassados ao Município de Marília no âmbito da Estratégia da Saúde da Família e que ainda não tenham sido fiscalizados;”*

Creio, s.m.j., que o pedido em desfavor da UNIÃO FEDERAL (item **“b.2”**) deve ser apreciado somente na sentença de mérito, pois contraria a seguinte argumentação do *Parquet* Federal (vide fls. 07/verso):



“Ressalte-se que não se pede na presente demanda uma nova tomada de contas sobre os convênios celebrados com a Associação Feminina cujas contas já tenham sido analisadas pelos órgãos competentes, mas sim a instauração de fiscalização sobre os convênios ainda não apreciados por qualquer Tribunal de Contas”.

Portanto, neste momento processual, será analisado somente o pedido de tutela antecipada referente ao item **“b.1”** de fls. 10/verso.

Verifico que o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL realizou diversas diligências nos autos do Inquérito Civil nº 1.34.007.000260/2015-76 e constatou que o MUNICÍPIO DE MARÍLIA firmou convênio com a entidade sem fins lucrativos denominada ASSOCIAÇÃO FEMININA DE MARÍLIA MATERNIDADE E GOTA DE LEITE, sem que fosse realizada licitação para prestação de serviço de saúde no âmbito da Estratégia de Saúde da Família, contrariando as normas constantes da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, conforme bem ressaltou o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, *“impõe-se a conclusão de que a prestação dos serviços públicos de saúde da Estratégia de Saúde da Família, acaso oferecida à iniciativa privada, deve ser formalizada mediante convênio sujeito às normas contidas na Lei nº 8.666/93, especialmente no seu art. 116”* (vide fls. 06).

Os elementos constantes dos autos indicaram uma sequência de procedimentos irregulares, contrariando os ordenamentos inseridos na Lei nº 8.666/93, pois não restou demonstrado a ocorrência da situação emergencial, para dar guarida à contratação direta, devendo no presente caso ter sido realizado o devido procedimento licitatório.

A Lei nº 8.666/90 (Lei de Licitação) se aplica as hipóteses de celebração de parceria, nos termos do artigo 116, *in verbis*:

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.

O Professor Marçal Justen Filho, em sua obra “COMENTÁRIOS A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, 13ª edição (2009), Dialética, consigna o seguinte:

“É obrigatória a adoção de procedimento licitatórios para realização tanto do contrato de gestão como do termo de parceria. Não é facultado à Administração escolher, sem prévio procedimento licitatório, uma determinada organização social da sociedade civil para realizar um ‘termo de parceria’ e, a partir daí, atribuir-lhe recursos para contratações as mais diversas não subordinadas à licitação. Ou seja, as ‘organizações civis ou sociais não podem ser transformadas nas novas ‘fundações de direito público’ – figuras o ao que o Estado recorreu largamente no passado com o intuito de escapar ao regime licitatório”.

Os convênios administrativos, na visão do saudoso Hely Lopes Meirelles (in *DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 354), são “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in *DIREITO ADMINISTRATIVO*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 292), no mesmo sentido, define convênio como a “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.

Observe-se inclusive que a Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, foi regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99, o qual prevê em seu artigo 23 acerca da necessidade de realização de concurso de projetos pelo órgão estatal para obtenção de bens e serviços e para realização de atividades, eventos, cooperação técnica e assessoria, *in verbis*:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do termo de parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projeto pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.





Dessa forma, nesta fase de cognição sumária, calcado na observância dos princípios da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da licitação, conforme artigo 37, *caput*, e inciso XXI, da Constituição Federal, tenho que a seleção da ASSOCIAÇÃO FEMININA MATERNIDADE GOTA DE LEITE pela Administração Pública Municipal, com vistas a firmar os diversos convênios na área da saúde carreados aos autos, deveriam se dar mediante prévio procedimento licitatório.

Com efeito, entendo que o compromisso assumido por meio dos convênios implica alocar recursos públicos a uma entidade privada para a consecução de uma atividade de interesse público. Logo, desatende os princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade permitir a escolha de entidade privada, que realizará gastos os mais diversos com recursos públicos, sem que se observe o princípio da licitação, nos termos do que estabelece o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Ademais, a seleção mediante procedimento licitatório evitar privilégios e assegura, ao menos em tese, igual direito a todos os hospitais da cidade de Marília/SP e a seleção daquela que melhores condições terá de executar o objeto almejado pela população local.

Não há dúvidas, portanto, que a prestação de serviços de saúde no âmbito da Estratégia de Saúde da Família no MUNICÍPIO DE MARÍLIA/SP foi implementado e vem sendo executado à margem da lei, ferindo normas constitucionais e legais e princípios constitucionais da administração pública e, inclusive, do direito do trabalho, pois os documentos carreados aos autos permitem concluir que a ASSOCIAÇÃO FEMININA DE MARÍLIA MATERNIDADE E GOTA DE LEITE se transformou num imenso "*cabide de empregos*", fato que necessariamente deve ser reparado com a licitação requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Por fim, e apenas a título de registro, cumpre observar que a seleção das entidades pelo executivo municipal quase sempre é feita sem qualquer critério, atendendo, muitas vezes, a interesses escusos e eleitoreiros, o que não se pode permitir, pois restam violados os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, bem como as disposições da Lei nº 8.666/93.





ISSO POSTO, defiro o pedido de tutela antecipada, tal como foi proposto pelo autor: ***“b.1) a condenação do Município de Marília a licitar os serviços públicos de saúde compreendidos na Estratégia de Saúde da Família ou a assumir diretamente a prestação de tais serviços, no prazo máximo de 06 (seis) meses”***.

Antes de determinar a citação dos réus, com fundamento no artigo 334 do atual Código de Processo Civil, determino a realização de audiência de conciliação para o **dia 24/07/2017, às 16:00 horas**.

REGISTRE-SE. INTIMEM-SE. CUMPRA-SE.

MARÍLIA (SP), 19 DE ABRIL DE 2.017.

LUIZ ANTONIO RIBEIRO MARINS

- Juiz Federal -

