

<b>Processo:</b>	TC – 21044.989.22-6
<b>Contratante:</b>	Coordenadoria De Gestão De Contratos De Serviços De Saúde - CGCSS - Secretaria Da Saúde
<b>Entidade do Terceiro Setor:</b>	Fundação Faculdade Regional De Medicina De São José Do Rio Preto
<b>Entidade Gerenciada: (Se houver)</b>	Ambulatório Medico De Especialidades De Fernandópolis - AME Fernandópolis
<b>Objeto:</b>	Operacionalização da gestão e execução, pela Contratada, das atividades e serviços de saúde no AME FERNANDÓPOLIS.
<b>Em exame:</b>	Contrato de Gestão nº SES-PRC – 2022/06594.

### Excelentíssima Senhora Conselheira Relatora,

Trata-se de **Controle Externo** relativo ao **Contrato de Gestão nº SES-PRC – 2022/06594**, celebrado, em 01/09/2022, entre a Coordenadoria de Gestão de Contratos de Serviços de Saúde - CGCSS - Secretaria da Saúde e a Fundação Faculdade Regional de Medicina de São José do Rio Preto, objetivando a gestão do AME FERNANDÓPOLIS, prevendo, para tanto, o dispêndio do montante de R\$ 28.730.052,00. (*Evento 1.26*). No curso da instrução dos autos, a diligente Fiscalização apontou a seguinte irregularidade que, no seu entender, compromete o Contrato de Gestão (*evento 28.3*):

-Não foi demonstrado o custo unitário de cada atividade, prejudicando diversas verificações, tais como adequação aos preços de mercado ou vantagem da administração pública na contratação, bem como dificulta futuras análises de reajustes e modificações nas quantidades previstas no Contrato de Gestão



Diante desse apontamento, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, determinou-se a notificação das partes interessadas para que apresentassem suas justificativas (*Evento 32.1*), com publicação no dia 19/01/2023 (*evento 35.1*). Na sequência, a Secretaria de Estado da Saúde compareceu aos autos com justificativas de seu interesse, aduzindo o quanto segue (*evento 43.1*):

1. Para o estabelecimento do custeio foi considerada a série histórica da unidade, extraída de ferramenta 'Gestão em Saúde', que no período de janeiro a agosto de 2022, apresentou média mensal de gastos de R\$ 460.146,13.
2. A proposta no valor mensal de R\$ 478.834,20 apresentada pela organização social Faculdade Regional de Medicina de São José do Rio Preto - FUNFARME, única entidade classificada no chamamento público, se mostrou viável e condizente com o orçamento disponibilizado para a Pasta, considerando a inflação do ano de 2022.
3. Ressaltou que está em desenvolvimento sistema de custos para o acatamento às novas orientações do TCESP.

Instada a se manifestar, a d. PFE manifestou-se pela regularidade da matéria, com recomendações (*Evento 48.1*). Os autos foram, então, remetidos ao Ministério Público de Contas para oficiar como fiscal da lei.

É a breve síntese do que reputo necessário.

Passo, então, ao pronunciamento de mérito.

Preliminarmente, a partir dos elementos probatórios coligidos aos autos, constata-se a presença dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, tendo em vista que os interessados foram regularmente notificados a esclarecer as falhas apontadas, podendo comprovar documentalmente suas alegações.

Considerando a matéria em exame, cabe destacar, *a priori*, que as parcerias com o Terceiro Setor representam a conjugação de esforços para o atingimento de objetivos comuns aos interessados, que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância



com o interesse público para a execução de atividades de cunho social, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, com a plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo. É justamente por isto que o Contrato de Gestão, por exemplo, é considerado um convênio, em que a entidade privada, constituída para atuar sem finalidade lucrativa, e o Poder Público, pretendem alcançar a mesma finalidade: a realização de serviços de interesse coletivo. Os interesses de ambas as partes, portanto, confluem em uma mesma direção, o que é totalmente diverso do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesses.

Essa conjugação de esforços no Primeiro e no Terceiro Setor e o consequente repasse de verbas públicas devem sujeitar-se ao crivo de legalidade e de legitimidade, como bem destacou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923/DF, ao confirmar a constitucionalidade da Lei Federal n.º 9.637/1998 por inexistir conflito com a regra das licitações e o princípio constitucional da ampla competitividade (art. 37, XXI, CF/88. Nesse sentido, em seu voto Condutor, o Ministro Luiz Fux destacou a relevância da observância dos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal como importantes vetores para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor, nestes termos:

Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no caput do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da impessoalidade, expressão da isonomia (art. 5º, caput), e da publicidade, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, caput).

(...) A mesma lógica, felizmente de modo mais abrangente, presidiu com mais intensidade a posterior edição da Lei das OSCIP's – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei nº 9.790/99, que não está em análise, mas que guarda um vínculo muito íntimo de pertinência com a matéria aqui tratada, já que relativa também ao Terceiro Setor: é o que se lê do art. 4º, inc. I, que subordina as entidades, para que se qualifiquem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, à **“observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência”**. Esta tendência, portanto, já deve



**ser extraída diretamente da Constituição, como um vetor para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor.**

Por certo, a consagração destes vetores axiológicos no âmbito do Terceiro Setor requer um esforço hermenêutico que, *ultima ratio*, só vem a proteger a *res publica* contra os efeitos nefastos da “Fuga para o Direito Privado”, tal como denunciado na obra de Maria João Estorninho. Afinal, a práxis tem revelado que, em muitos casos, os vínculos de cooperação com o Terceiro Setor acabam por converter as entidades numa *longa manus* do Poder Público, em virtude da dependência econômica, delegando-lhes a prestação de atividades típicas sem observar o *regime jurídico-administrativo*, especialmente no que tange à admissão de pessoal e a contratação de bens ou serviços.

Talvez esse tenha sido um dos motivos que levaram, nos últimos anos, à difusão de uma miríade de entidades que passaram a atuar nas mais diversas atividades. E, nesse triste diagnóstico, Gustavo Alexandre Magalhaes evidencia “(...) a absorção, pelas organizações não governamentais, de parcela significativa do orçamento das pessoas políticas. Não se trata mais de pequenas subvenções destinadas a entidades centenárias e que custeavam grande parte de suas despesas com doações, mas há situações em que entidades são criadas com o propósito específico de obter repasses financeiros do Poder Público”.<sup>1</sup>

É neste ponto que se vale da teoria do *diálogo das fontes* para reforçar a aplicação de todos aqueles dispositivos da Lei 8.666/93 e da atual Lei n.º 14.133/21 que possam garantir a máxima proteção do interesse público nas relações estatais com o Terceiro Setor, excluindo-se, por óbvio, aquelas regras jurídicas específicas que tutelam a competitividade entre as empresas licitantes que atuam no mesmo setor do mercado. Superando a clássica distinção entre os “contratos com interesses contrapostos” e os “convênios com interesses convergentes”, a finalidade pública do vínculo obrigacional e a presença do

<sup>1</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p.104



Estado num dos polos da relação jurídica são fatores objetivo e subjetivo, respectivamente, que legitimam a observância de providências comuns, seja qual o for o tipo de ajuste firmado.

Afinal, o Poder Público sempre deverá primar pela demonstração motivada da vantajosidade no socorro a terceiros, com a descrição pormenorizada do objeto, a individualização dos custos e a comprovação da compatibilidade financeira, dando ampla publicidade ao ato para se alcançar a seleção imparcial do melhor interessado na prestação obrigacional. Aplicando a premissa exposta acima ao presente caso, **o Ministério Público de Contas entende que as razões oferecidas pela Origem não são suficientes para elidir as questões suscitadas pela diligente Fiscalização, sobretudo no que se refere à ausência de demonstração de vantajosidade do ajuste firmado** (Plano de trabalho Lacônico e falta de comprovação dos custos unitários).

De fato, o plano operacional (*evento 1.7*) e as planilhas de planejamento (*evento 1.8*) apresentadas pela origem apenas estabeleceram as metas gerais que devem ser executadas e os custos globais por categoria dos serviços. Dessa forma, é notório que não foram detalhados os custos por unidade e o preço das metas estabelecidas, o que torna inviável avaliar, por exemplo, o custo de cada um dos exames a serem executados, prejudicando a aferição da vantajosidade do ajuste. Esse fato se torna ainda mais relevante levando-se em conta que houve um aumento de mais de R\$ 5.000.000,00 entre o ajuste anterior (R\$ 23.076.000,00) e o atual (R\$ 28.730.052,00) para a gestão do mesmo objeto, sem justificativas com base nos custos reais da execução.

Para agravar, é possível ainda verificar o caráter lacônico do plano operacional apresentado na ausência de maiores esclarecimentos sobre a quantidade de funcionários atrelados a cada uma das categorias de serviços, bem como o custo dessa mão de obra. As razões ofertadas pela origem apenas reafirmam a falta das informações, não sendo apresentado nenhum documento que supra as lacunas constatadas nas planilhas.



Como se sabe, é por meio do plano de trabalho que se verificam a viabilidade e a adequação da proposta com os objetivos governamentais, além da possibilidade de análise da capacidade operacional e técnica da entidade interessada em colaborar com as atividades estatais. Vê-se, portanto, que o plano de trabalho representa importante fator de legitimação dos atos estatais de repasse de atividade e recursos para entidades do Terceiro Setor, na medida em que possibilita a aferição racional das justificativas para a transferência destas funções públicas, demonstrando a coerência da escolha efetuada como sendo a melhor opção para atender aos interesses públicos objetivados com a celebração do ajuste, em consonância com os princípios da motivação, finalidade, publicidade, eficiência e economicidade.

Além disso, este plano formatado adequadamente possibilita o exercício efetivo do controle externo, mediante o cotejo das metas visadas com os objetivos alcançados. Neste passo, a regularidade das opções administrativas passa pelo correto planejamento efetuado neste documento dado seu caráter instrumental, de modo que o próprio êxito do ajuste fica condicionado à forma como as ações foram idealizadas.

Especificamente no que tange ao Contrato de Gestão, denotando a evolução do controle externo, no ponto em que passou a exigir o detalhamento das quantidades e dos custos envolvidos no plano de trabalho, o reconhecimento dos requisitos formais são vetores que estão consagrados em vários dispositivos das Instruções Normativas desta Corte de Contas, conforme se observa dos enxertos abaixo:

#### INSTRUÇÕES Nº 01/2020

##### Seção II – DOS CONTRATOS DE GESTÃO

Art. 134 – Os órgãos da administração direta do Poder Executivo e respectivas autarquias, fundações e consórcios públicos encaminharão, para fins de cadastramento em processo eletrônico, exclusivamente por meio digital ou diretamente via web, observando a formatação prevista nas disposições atinentes ao e-TCESP divulgadas em Comunicado específico na página eletrônica do Tribunal de Contas



do Estado de São Paulo, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis contados da data da assinatura:

I - todos os contratos de gestão e seus respectivos anexos, celebrados com Organizações Sociais (OS), de valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), corrigidos anualmente pela variação da UFESP, por meio de Comunicado específico divulgado para esse fim, que deverão vir acompanhados dos seguintes documentos:

(...)

c) publicação na imprensa oficial da intenção do Poder Público de celebrar o contrato de gestão, mediante convocação pública, com especificação do objeto do ajuste, detalhamento das atividades a serem executadas e indicação de que a minuta do mesmo se encontra em seu sítio eletrônico, bem como da relação das entidades que manifestaram interesse na celebração do contrato de gestão; (...).

**e) proposta técnica e orçamentária aprovada pelo Secretário de Estado da área e pelo Conselho de Administração da OS, com cronograma atualizado e programa de investimentos; (...)**

k) justificativa sobre os critérios de escolha da OS selecionada; (...).

**m) demonstrativo dos custos apurados para a estipulação das metas e do orçamento; (...).**

**r) plano de trabalho, caso este não integre os anexos do contrato de gestão;**

Confirmando este entendimento, o TCESP tem se posicionado pela ilegalidade da previsão de custos não detalhados na elaboração de ajustes com o terceiro setor, conforme trecho da decisão proferida pela Segunda Câmara, com voto condutor do Excelentíssimo Conselheiro Dimas Ramalho:

**Reiteradamente tenho alertado que é justamente o conhecimento da composição dos custos unitários e globais das atividades atinentes ao complexo hospitalar, junto à previsão de metas, que permite analisar as variações ocorridas no exercício e avaliar, sob a premissa da economicidade, se estão condizentes com os repasses efetuados.**

Sem contar com parâmetros mínimos de avaliação qualitativa e quantitativa da execução do Contrato de Gestão, é impossível afirmar que os recursos foram aplicados com economicidade, eficiência e eficácia.

**Ao transferir recursos públicos às Entidades do Terceiro Setor, a Administração Pública também deve observar as diretrizes dos princípios da eficiência e da economicidade tratados nos artigos 37 e 70 da Constituição Federal. (TC-19272.989.18-7, Segunda Câmara, Con. Dimas Ramalho, Sessão 09/06/2020):**



Por fim, vale ainda ressaltar que a informação dada pela Secretaria da Saúde referente ao desenvolvimento de sistema que irá de fato atender a demanda deste Tribunal, não supre a falha aqui constatada, ainda mais considerando que esta Corte de Contas tem alertado há muito tempo à pasta para a elaboração de Contratos de Gestão com nível de detalhamento que permitam a aferição efetiva da vantajosidade da parceria.

A falha tem sido uma constante nos ajustes firmados pela CGCSS, não cabendo mais tolerar a desídia no atendimento às orientações desta Casa, conforme se observa do voto do Excelentíssimo Conselheiro Dimas Ramalho, decisão datada de 2019 no TC-042650/026/14:

Neste contexto, a ausência de comprovação da economicidade obtida pela Administração Pública com a celebração deste ajuste não pode ser relevada, especialmente diante do expressivo montante tratado nos autos de R\$ 118.661.413,00. 2.5.

Não há evidências nos autos de que os valores pactuados estão condizentes com os praticados no mercado, as justificativas apresentadas são genéricas, sem apresentação de comparativos e demais cálculos sobre os custos, de modo a ilustrar, com clareza, os elementos financeiros que subsidiaram a decisão da Contratante em firmar o presente ajuste.

O Plano Operacional de 2015 não demonstra o detalhamento dos custos das atividades que deveriam ser desempenhadas pela Organização Social, de modo a justificar a necessidade de repasses na ordem de R\$ 23.401.272,00, para o período de janeiro a dezembro do referido exercício.

**A falta de demonstração dos custos unitários e globais das atividades inseridas no Plano Operacional inviabiliza a comparação dos seus dados com os praticados por entidades do mesmo setor e impede verificar a comprovação da economicidade alegada pelas partes.** (TC-042650/026/14, TCESP, Segunda Câmara, Sessão de 11/06/2019).

Diante do exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio de seu Procurador de Contas que adiante subscreve nos termos do artigo 69, inciso II, do Regimento Interno do TCESP, manifesta-se pelo **juízo de IRREGULARIDADE** do Contrato de Gestão



celebrado entre a Secretaria de Saúde e a Fundação Faculdade Regional De Medicina De São José Do Rio Preto, pugnando pelo prosseguimento do feito nos termos regimentais.

É o parecer que cumpria ofertar como *custos legis*.

São Paulo, 08 de março de 2023.

**RAFAEL ANTONIO BALDO**  
Procurador do Ministério Público de Contas

170

