



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas**

Processo:	eTC – 6587/989/15-3 (Contrato de Gestão) eTC – 858/989/16-3 (Termo de Retirratificação) eTC – 9992/989/17-8 (Termo de Retirratificação) eTC – 1160/989/20-8 (Termo de Aditamento) eTC – 14956/989/19-8 (Prestação de Contas) eTC – 14838/989/18-4 (Prestação de Contas) eTC – 9847/989/17-5 (Prestação de Contas) eTC – 9194/989/18-2 (Prestação de Contas)
Órgão Público:	Secretaria de Estado da Saúde
Organização Social:	Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – SECONCI
Entidade gerenciada:	Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde – CROSS
Objeto:	Operacionalização e regulação da oferta de serviços de saúde em unidades integrantes do SUS
Em exame:	Contrato de Gestão nº 001.0500.000.027/2015. Termos de Retirratificação. Acompanhamento da Execução Contratual.

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator,

Trata-se do Contrato de Gestão nº 001.0500.000.027/2015, firmado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – SECONCI, tendo como entidade gerenciada a Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (CROSS). Nos termos do ajuste, o objeto contratual consiste na operacionalização e regulação da oferta de serviços de saúde em unidades integrantes do SUS, no Estado de São Paulo. Além do Termo de Retirratificação nº 01/2015 (TC 9992/989/17-8), do Termo de Retirratificação nº 01/2016 (TC 858/989/16-3), do Termo de Aditamento nº 01/2020



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



[mpc.sp](https://www.facebook.com/mpc.sp)



[MPdeContas_SP](https://twitter.com/MPdeContas_SP)



[mpc_sp](https://www.instagram.com/mpc_sp)



spoti.fi/20QcACq



(TC 1160/989/20-8), tramitam em conjunto as prestações de contas dos exercícios de 2015 (TC – 9847/989/17-5), de 2016 (TC 9194/989/18-2), de 2017 (TC 14838/989/18-4) e de 2018 (eTC 14956/989/19-8). Também acompanham o processo outros Termos Aditivos e Termos de Retirratificação, cuja instrução aguarda o julgamento do processo principal. Cumpre ainda explicar que, em virtude da economia processual, o Ministério Público de Contas se manifestará sobre toda a matéria conjuntamente, neste parecer. Em seu relatório, a Fiscalização anotou as seguintes irregularidades (Evento 22.2):

- *Ausência de demonstrativo evidenciando que o contrato de gestão representa vantagem econômica para Administração;*
- *Ausência de composição analítica dos valores que compõem os serviços previstos no ajuste.*

Na sequência, os autos foram encaminhados para a digna PFE, que pugnou pela fixação de prazo nos termos do inciso XIII, do artigo 2º, da Lei Complementar Estadual nº709/93 (Evento 27.1). Sobreveio, então, despacho que assinou o prazo de 30 dias para apresentarem justificativas (Evento 33.1). Em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Origem compareceu aos autos, alegando, em síntese, que (Evento 48):

- *A CROSS atua como importante ferramenta na redução da perda primária, situação que ocorre quando vagas de procedimentos assistenciais oferecidas pelas unidades não são utilizadas pelas unidades demandadoras. Afirmou que possui colaboradores especializados atendendo em tempo integral e que sua atuação vem contribuindo com a eficácia dos atendimentos prestados no SUS;*
- *Quanto os valores, afirmou não ser possível realizar a individualização dos serviços prestados, tendo em vista tratarem-se da manutenção e execução da regulação das atividades do SUS como um todo.*





Em seguida, a digna ATJ-ECO concluiu que as argumentações oferecidas pela Origem não foram suficientes, especialmente porque não restou comprovada a vantajosidade do ajuste, opinando ao final pela irregularidade do Contrato de Gestão (Evento 72.1). Posteriormente, sobreveio a análise da ATJ sobre os dois termos de Retirratificação, conforme se descreve a seguir (Evento 109.1):

- O Termo de Retirratificação nº 01/15, tratado nos autos do eTC – 9992/989/17, alterou o valor mensal do Contrato de Gestão de R\$ 3.500.000,00 para R\$ 5.810.706,54, tendo como foco a implementação de melhorias na regulação da Rede Hebe Camargo de Combate ao Câncer e à implantação da regulação do transporte para o Serviço de Verificação de Óbitos na cidade de São Paulo;
- O Termo de Retirratificação nº 01/16, tratado nos autos do eTC – 858/989/16, acresceu o valor mensal anteriormente estabelecido em R\$ 60.293,46, a título de estabelecimento de novos valores de custeio para o exercício de 2016.

Segundo a ATJ, não foram oferecidas justificativas suficientes para embasar os acréscimos. Na sua defesa, a Origem alegou que o acréscimo mensal estabelecido pelo TR nº 01/16 decorreria da prévia formalização do TR nº 01/15, que acresceu um número razoável de serviços ao Contrato de Gestão (Evento 41.1, TC 858/989/16). Tais justificativas não foram acatadas pela digna ATJ, que ratificou seu posicionamento pela irregularidade do Contrato de Gestão, reputando irregulares os Termos de Retirratificação celebrados posteriormente.

Renovada a notificação no processo principal (Evento 116.1), a Origem repisou os argumentos anteriores (Evento 127.1). Na sequência, ATJ ratificou seu posicionamento pela irregularidade de toda a matéria (Evento 153.1). Por fim, os autos foram remetidos para a digna PFE, que entendeu regulares o Contrato de Gestão e os Termos de Retirratificação (Evento 155.1). Passa-se, na sequência, ao relato do quanto apontado nas Prestações de Contas de 2015, 2016, 2017 e 2018.





1. Prestação de Contas Referente de 2015 (TC 9847/989/17-5)

No exercício de 2015, o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – SECONCI-SP recebeu o valor total de R\$ 29.513.462,98. Em seu relatório, a Fiscalização apontou as seguintes irregularidades (Evento 14.40):

- *Realização de empréstimos nos valores de R\$ 6.416.000,00 para o Hospital de Cotia e R\$ 3.787.000,00 para o Hospital Geral de Itapeverica da Serra;*
- *Ausência de metas e objetivos mensuráveis, que suportem a eficácia do Contrato de Gestão;*
- *Não apresentação da prestação de contas dos gastos rateados;*
- *Recursos movimentados em duas contas correntes, sendo que uma delas não está vinculada à instituição financeira oficial;*
- *Contratação de profissionais sob o regime de “pejotização”, com risco de responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas e remuneração mensal superior aos níveis praticados pelo mercado;*
- *Contratação de empresas de comunicação sem finalidade pública;*
- *Inclusão do elemento “Depreciação” no rateio das despesas administrativas, sem efetivo desembolso de recursos;*
- *Ausência de Termo de Permissão de Uso de Imóvel;*

Devidamente notificados, os interessados ofertaram justificativas (Eventos 41 e 42). Na sequência, ATJ e PFE pugnaram pela apresentação de esclarecimentos complementares ou pelo recolhimento do valor corrigido de R\$ 70.800,29, aplicado irregularmente no período em exame (Eventos 83 e 85)

2. Prestação de Contas de 2016 (TC 9194/989/18-2)

Neste exercício, o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo – SECONCI-SP recebeu o valor total de R\$ 72.216.666,36. Em seu relatório, a diligente Fiscalização apontou as seguintes falhas (Evento 13.58):





- *Redistribuição de recursos a outras entidades gerenciadas pela OS;*
- *Ausência de metas e objetivos mensuráveis, que suportem a eficácia do Contrato de Gestão;*
- *Despesas realizadas a título de taxa de administração;*
- *Recursos movimentados em duas contas correntes, sendo que uma delas não está vinculada à instituição financeira oficial;*
- *Contratação de profissionais sob o regime de “pejotização”, com risco de responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas e remuneração mensal superior aos níveis praticados pelo mercado;*
- *Contratação de empresas de comunicação sem finalidade pública;*
- *Inclusão do elemento “Depreciação” no rateio das despesas administrativas, sem efetivo desembolso de recursos;*
- *Ausência de Termo de Permissão de Uso de Imóvel;*
- *Salários acima dos valores médios pagos pelo mercado;*
- *Contratação de empresas de dirigentes da OS;*
- *Acúmulo indevido das funções de Presidente e membro do Conselho de Administração da Entidade;*

Notificados em homenagem ao contraditório e à ampla defesa, os interessados apresentaram suas justificativas (Eventos 50 e 52). Em seguida, ATJ e PFE propuseram a oferta de esclarecimentos complementares ou o recolhimento do valor corrigido de R\$ 171.650,58 em virtude de sua aplicação irregular durante o período em exame (Eventos 84 e 86).

3. Prestação de Contas de 2017 (TC 14838/989/18-4)

No exercício de 2017, o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo recebeu o montante total de R\$ 77.503.637,04. Em seu relatório, a diligente Fiscalização apontou as seguintes irregularidades (Evento 22.16):





- *Redistribuição de recursos a outras entidades gerenciadas pela OS;*
- *Despesas realizadas a título de taxa de administração;*
- *Recursos movimentados em duas contas correntes, sendo que uma delas não está vinculada à instituição financeira oficial;*
- *Contratação de empresas de comunicação sem finalidade pública;*
- *Inclusão do elemento “Depreciação” no rateio das despesas administrativas, sem efetivo desembolso de recursos;*
- *Ausência de Termo de Permissão de Uso de Imóvel;*
- *Salários acima dos valores médios pagos pelo mercado;*
- *Contratação de empresas de dirigentes da OS;*
- *Acúmulo indevido das funções de Presidente e membro do Conselho de Administração da Entidade;*
- *Acesso à informação por meio do site da CROSS só pode ser realizado por usuários cadastrados. O site do SECONCI não possui informações sobre o Contrato de Gestão.*

Após a notificação, os interessados apresentaram justificativas (Eventos 41 e 48), com a posterior remessa dos autos para a digna ATJ, a fim de que se manifestasse a respeito das irregularidades constatadas (Evento 53.1).

4. Prestação de Contas Referente de 2018 (TC 14956/989/19-8)

Neste exercício, foi repassado ao Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo o valor total de R\$ 82.788.216,83. Em seu relatório, a Fiscalização apontou as seguintes irregularidades (Evento 22.16):

- *Redistribuição de recursos a outras entidades gerenciadas pela OS;*
- *Despesas realizadas a título de taxa de administração;*
- *Recursos movimentados em duas contas correntes, sendo que uma delas não está vinculada à instituição financeira oficial;*
- *Contratação de empresas de comunicação sem finalidade pública;*
- *Inclusão do elemento “Depreciação” no rateio das despesas administrativas, sem efetivo desembolso de recursos;*





**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas**

- *Ausência de Termo de Permissão de Uso de Imóvel;*
- *Salários acima dos valores médios pagos pelo mercado;*
- *Contratação de empresas de dirigentes da OS;*
- *Acúmulo indevido das funções de Presidente e membro do Conselho de Administração da Entidade;*
- *Acesso à informação por meio do site da CROSS só pode ser realizado por usuários cadastrados. O site do SECONCI não possui informações sobre o Contrato de Gestão.*

É a breve síntese do que se reputa necessário.

Passa-se, então, ao pronunciamento de mérito.

A seguir, o Ministério Público de Contas passa a análise do mérito, em conjunto, dos processos até aqui relatados. Preliminarmente, constata-se o desenvolvimento válido e regular de todos os processos, tendo em vista que os interessados tiveram a oportunidade de se manifestar quanto às falhas apontadas, com a posterior oitiva dos órgãos técnicos. As exceções ficam por conta dos termos aditivos cuja instrução aguarda o desfecho da matéria principal e da prestação de contas do exercício de 2018, pois, nos respectivos processos, os interessados ainda não tiveram a oportunidade de se manifestarem. Ainda assim, tal óbice não impede o incurso no mérito a respeito da contratação (contrato de gestão), dos demais termos aditivos e das demais prestações de contas.

No presente caso, o incurso no mérito inicia-se pelo breve resgate do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto na ADI 1923, como vetor jurisprudencial que orienta a promoção de um esforço hermenêutico que possa consagrar o diálogo das fontes entre a Lei Federal n.º 9.637/1998 e a Lei Complementar Estadual n.º 846/1998 com aquelas regras gerais da Lei n.º 8.666/93, que resguardam, acima de tudo, os princípios da isonomia e da impessoalidade. A partir deste diálogo das fontes, o Contrato de Gestão nº 001.0500.000.027/2015 será analisado sob o prisma da complementariedade do fomento, verificando possível delegação da atividade fim, de modo a transformar a entidade beneficiária numa *longa manus* do aparato



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



[mpc.sp](https://www.facebook.com/mpc.sp)



[MPdeContas_SP](https://twitter.com/MPdeContas_SP)



[mpc_sp](https://www.instagram.com/mpc_sp)



spoti.fi/20QcACq



estatal. Superado tal obstáculo, a matéria será analisada sob o viés das formalidades legais, em atenção a três tópicos de análise: o objeto do fomento, o procedimento de seleção e a habilitação da entidade beneficiária.

Considerando a matéria em exame, cabe ressaltar inicialmente a relevância da conjugação de esforços entre o Poder Público e as entidades do Terceiro Setor que realizam, sem exclusividade e sem fins lucrativos, tarefas atreladas ao interesse público. Trata-se, senão, dos reflexos do atual processo de Reforma do Estado e da consequente abertura às pressões exógenas do Mercado e da Sociedade Civil, principalmente na área do fomento, justificando, assim, o socorro à técnica da descentralização administrativa por colaboração. Isto não significa que seja dado ao Poder Público delegar as atividades fomentadas para o Terceiro Setor em sua totalidade, pois o que a *Lex Mater* estimula é a atuação destas entidades em caráter complementar. Tal advertência se faz necessária para refutar qualquer “relação de dependência entre os particulares e o Poder Público”. Ao abordar tal dependência, Gustavo Alexandre Magalhães observa “*situações em que a relação entre o Estado e o terceiro setor deixa de se enquadrar como atividade típica de fomento, passando a caracterizar transferência material de atribuições ligadas às áreas sociais*”.¹

No julgamento da ADI 1923/DF, o Ministro Ayres Britto ressaltou que a iniciativa privada não pode substituir o Estado nas atividades que asseguram os direitos a saúde, previdência, assistência social (art. 194, CF), educação (art. 205, CF), cultura (art. 215, CF), desenvolvimento tecnológico (art. 218, CF) e meio ambiente (art. 225, CF). Assim, o problema não está no repasse de verbas públicas, mas na abdicação de serviços dos quais o Estado não pode se demitir. Fixadas tais premissas, o Douto Ministro reconheceu a constitucionalidade do contrato de gestão no ponto em que viabiliza o repasse de verbas públicas, o uso de bens públicos e a cessão de servidores, tal como previsto na Lei n.º 9.637/1998. Por outro lado,

¹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012, p.100





salientou que a desnecessidade de licitação não afasta a demonstração objetiva da vantajosidade, a qualificação criteriosa da organização social, a seleção devidamente motivada, bem como o controle interno e externo da atividade prestada.

Neste contexto, o Ministro do STF também ressaltou que o princípio da igualdade faz com que os instrumentos de cooperação com o Terceiro Setor somente possam ser firmados com entidade escolhida por intermédio de convocação ou de chamamento público, isto é, por meio de *processo público de deliberação, de padrões objetivos, com ampla publicidade*, que não se confunde com o procedimento licitatório, embora se inspire em princípios semelhantes (STF/627, ADI 1923/DF, rel. Min. Ayres Britto, 19.5.2011). Assim, o próprio Ministro da Suprema Corte reconhece a possibilidade de se aplicarem ao Terceiro Setor aqueles vetores axiológicos que nortearam a edição da Lei n.º 8.666/93, tais como a isonomia e a impessoalidade.²

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 Estado, em virtude da dependência econômica, delegando-lhes a prestação de atividades-meio ou de atividades típicas sem observar o *regime jurídico-administrativo*, especialmente no que tange à admissão de pessoal e a contratação de bens ou serviços. Quiçá 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. Atento a deste triste diagnóstico, Gustavo Alexandre Magalhaes aponta “*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*

² STF/627, ADI 1923/DF, rel. Min. Ayres Britto, 19.5.2011.





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”.³

Nesse esforço hermenêutico que visa à proteção do interesse público, mostra-se legítimo o socorro à teoria do *Diálogo das Fontes*, tal como desenvolvida no direito alemão por Erick Jaime e incorporada ao direito pátrio por Cláudia Lima Marques no âmbito do direito do consumidor. Como ferramenta hermenêutica que se presta à interpretação teleológica e sistemática, a teoria do diálogo das fontes surge como superação dos métodos clássicos de solução das antinomias (hierárquico, especialidade e cronológico), porque troca a exclusão a priori da norma conflitante pela lógica da harmonia, permitindo a aplicação simultânea, coerente e coordenada de várias fontes legislativas, com campos de aplicação convergentes, mas não iguais (eg. Código Civil e CDC). Na lição de Cláudia Lima Marques, o diálogo das fontes busca “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo”.⁴ Segundo a autora, fala-se em diálogo de fontes, pois duas normas são concomitantemente aplicadas no mesmo caso, complementando, subsidiando ou permitindo a prevalência de uma norma sobre a outra, seja numa solução flexível ou aberta, seja numa solução favorável ao polo mais fraco da relação jurídica, como o consumidor hipossuficiente.

Não há dúvidas de que o *diálogo das fontes* possa ser plenamente aplicado ao direito administrativo, principalmente na falta de um código compilador de normas gerais, despontando como uma importante ferramenta na aplicação sistematizada do emaranhado de leis, resoluções e portarias

³ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p.104

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 89-90.





concomitantemente emitidas pela União, pelos Estados e pelos Municípios, no exercício do autogoverno, da autolegislação e da autoadministração. A aplicação desta ferramenta exegética mostra-se ainda mais vantajosa nas relações firmadas pelo Estado no âmbito do Terceiro Setor, porque a edição de leis específicas sobre os contratos de gestão (Lei Federal n.º 9.637/1998 e Lei Complementar Estadual n.º 846/1998), os termos de parceria (Lei Federal n.º 13.019/2014, com as alterações introduzidas pela Lei Federal n.º 13.204/2015), e outros institutos não foi acompanhada da promulgação de uma principiologia própria, capaz de conferir unicidade aos diferentes instrumentos jurídicos, remanescendo os convênios previstos no artigo 116 da Lei Federal n.º 8.666/93 como cláusula genérica que instrumentaliza o repasse das verbas públicas. Este é o motivo por que Gustavo Alexandre Magalhães defende a aplicação subsidiária deste dispositivo legal para todos os acordos estatais na área do fomento, como se infere do seguinte trecho:

“O art. 116 da Lei nº 8.666/93 trata dos convênios celebrados com associações e fundações criadas na forma do art. 44 do Código Civil, sem a necessidade de qualificação específica (como OSs e OSCIPs). Já os acordos criados por leis específicas (como os contratos de gestão e termos de parceria) observarão, subsidiariamente, as regras gerais dispostas na Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, adotar-se-á, no presente estudo, o termo convênio para fazer menção a todos os vínculos jurídicos celebrados entre a Administração Pública, no exercício da atividade de fomento, e os entes no exercício de atividades referentes ao terceiro setor. Afinal, segundo a doutrina especializada, todos esses vínculos jurídicos são acordos de vontade, em que os partícipes visam a um interesse comum, colaborando mutuamente para o desenvolvimento do projeto.

Portanto, todo o estudo realizado acerca dos convênios administrativos (principalmente quanto à natureza do regime jurídico) aplica-se também aos contratos de gestão, termos de parceria e eventuais outros institutos criados por leis específicas no intuito de regular os acordos





MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

celebrados entre entes públicos e instituições sem fins lucrativos, para atender a objetivos comuns”.⁵

Assim, embora o direito positivo disponha de uma gama de instrumentos jurídicos para viabilizar a cooperação com o Terceiro Setor, a exemplo dos contratos de gestão e dos termos de parceria, cada qual com um regime jurídico próprio, não se pode negar a existência de uma *ratio ordenadora* de tais institutos, pois, no final das contas, todos eles implicam o repasse de verbas públicas e o consequente controle das atividades prestadas. Ao complementar o regime jurídico de cada legislação, a figura do convênio permite que se entabule uma “ponte interpretativa” entre os acordos de cooperação e as regras gerais do sistema protetivo das contratações e dos demais ajustes firmados pelo Poder Público. Isto porque o artigo 116, *caput*, da Lei n.º 8.666/93 prevê a aplicação subsidiária de seus dispositivos, *no que couber*, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos celebrados pela Administração. Muito mais do que disciplinar as licitações, a Lei nº 8.666/93 qualifica-se como eixo central de um sistema protetivo das contratações públicas, com regras gerais que poderiam ser aplicadas a quaisquer ajustes.

É neste ponto que se vale da teoria do *diálogo das fontes* para reforçar a aplicação de todos aqueles dispositivos da Lei n.º 8.666/93 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 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

⁵ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica Ode seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p.117.





MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

a comprovação da compatibilidade financeira, dando ampla publicidade ao ato para se alcançar a seleção imparcial do melhor interessado na prestação obrigacional. Tal inteligência não se presta a defender o engessamento do aparato estatal, mas a estabelecer medidas protetivas que se inspiram em princípios semelhantes àqueles vigentes para as licitações, como frisou o Ministro Ayres Brito em relação ao chamamento público das organizações sociais.

Não se olvida que muitas destas providências já são exigidas pelos órgãos de controle externo, mas o socorro ao *diálogo das fontes* pretende converter as formalidades inócuas que costumam preceder a celebração desses ajustes em ferramentas de gestão eficiente, aplicando-se, igualmente, o princípio processual da instrumentalidade para demonstrar que toda forma está imbuída de valor. Assim, nesta empreitada, a descrição da atividade a ser fomentada e a demonstração da vantajosidade não podem se resumir a uma declaração desatrelada do planejamento estatal, principalmente no que tange aos programas e aos projetos que constem do PPA.⁶ Da mesma forma, a publicidade dada ao chamamento público não se compatibiliza com a publicação restrita ao diário oficial, nem com a fixação de exíguo prazo para a apresentação dos projetos, devendo prevalecer a convocação impessoal de todos os possíveis interessados no fomento estatal, bem como a concessão de prazo suficiente para o desenvolvimento de projetos comprometidos com a obtenção de resultados reais. E, tão importante quanto as providências anteriores, o fomento requer a individualização dos custos unitários de cada item do projeto, impondo-se, *mutatis mutandis*, o mesmo rigor usualmente exigido no detalhamento dos custos relacionados aos projetos básicos.⁷

⁶ A título ilustrativo, o controle externo não pode admitir qualquer tipo de fomento laconicamente definido, tendo por objeto a “promoção”, a “melhora” ou o “desenvolvimento de ações” na área da saúde, do ensino, da cultura, do desporto, sem especificar os objetivos e as ações específicas por meio das quais serão alcançadas metas pactuadas.

⁷ Vide a jurisprudência do TCU: A Administração está obrigada a adotar, desde o projeto básico, planilhas orçamentárias que expressem a composição dos custos unitários dos itens de serviço, com detalhamento suficiente à sua precisa identificação, abstendo-se de utilizar grandes “grupos funcionais” para mão de obra ou outras unidades genéricas do tipo “quantia fixa” ou “verba”. Auditoria realizada nas obras das usinas nucleares de Angra I e II, de responsabilidade da Eletrobrás Termonuclear S.A., apontara possíveis irregularidades em contrato de prestação de serviços de natureza continuada, relacionados à área de engenharia e à manutenção de equipamentos e





Ao cotejar esses vetores axiológicos ao presente caso, constata-se que o vínculo com o Terceiro Setor pode ocorrer nas mais diversas áreas, sempre visando ao cumprimento de direitos e promessas constitucionais, principalmente quando se pretende dar concretude às prestações estatais positivas. Dentre elas, a promoção da saúde exsurge como decorrência do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, ao prescrever que, "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Nesse sentido, o Poder Público não pode deixar de realizar as atribuições que lhe foram constitucionalmente conferidas, seja diretamente, através de ações desenvolvidas pelo próprio aparato administrativo, seja indiretamente, mediante cooperação com o Terceiro Setor.

O que não se admite é a transferência integral dessa atribuição para o setor público não-estatal, principalmente quando se trata de

edificações. Dentre outros aspectos, foram evidenciadas (i) a ausência de discriminação dos quantitativos de mão de obra em nível de categoria profissional e (ii) a existência de item contratual, materialmente relevante, sem qualquer detalhamento e remunerado como verba. Em exame de mérito, anotou o relator que o orçamento apostado ao contrato *"não foi detalhadamente discriminado, nos termos exigidos pelo art. 7º, § 2º, inciso II da Lei 8.666/1993 e pela jurisprudência deste Tribunal, consubstanciada na Súmula 258. Limitou-se a quantificar relevante parcela de mão de obra em valores globais, discriminados por grupo funcional, sem estabelecer detalhamento de serviços e de categorias profissionais"*. Embora afastada a hipótese de superfaturamento, *"o agrupamento de variadas classes de profissionais em um mesmo item de orçamento, ou a adoção de parcela genérica como a denominada 'quantia fixa', não se apoiam em preceitos da boa engenharia de custos"*. Eventuais empecilhos ao levantamento dos custos individuais, face a inexistência de paradigmas para comparação, ponderou o relator, *"poderiam ter sido resolvidos pontualmente, com a adoção de valores de atividade similar em itens específicos, com a devida justificção"*. Nesse sentido, a consolidação de numerosos itens em um só, concluiu o relator, *"leva a uma simplificação que, muitas vezes, depõe contra a competitividade, a economicidade e transparência do certame"*, razão pela qual o *"orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários possui importância capital para escolha da proposta mais vantajosa"*. Além disso, anotou, é firme a jurisprudência do TCU no sentido de *"não ser admitida discriminação de quantitativos nas planilhas orçamentárias sob a unidade 'verba', 'grupo' ou similar sem que exista detalhamento da exata grandeza de cada item"* (Súmula 258). Com tais premissas, e inexistindo superfaturamento, o Plenário, acolhendo a proposta da relatoria, cientificou a Eletrobrás Termonuclear S.A. *"da obrigatoriedade de adotar, desde o projeto básico, planilhas orçamentárias que expressem a composição dos custos unitários dos itens de serviço com detalhamento suficiente à sua precisa identificação, abstendo-se, por conseguinte, de utilizar-se de grandes 'grupos funcionais' para mão de obra ou de outras unidades genéricas do tipo 'quantia fixa'"*. TCU, Pleno, [Acórdão 2827/2014 Plenário](#), TC 009.182/2012-8, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 22/10/2014.





atividades-meio de caráter operacional que viabilizam, em última instância, a gestão de toda a saúde pública no âmbito estadual, em virtude da centralidade exercida pelas atividades de informatização e de sistematização das emergências, das consultas e dos atendimentos. Nesse sentido, é clara a terceirização procedida por meio do presente Contrato de Gestão, sem falar na fuga do regime jurídico de direito público. Não fossem os vícios atinentes ao objeto contratual, fazendo com que o fomento transbordasse os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a ensejar a completa delegação de atividade estratégica de cunho operacional, em detrimento da atuação complementar do Terceiro Setor, **a matéria em exame também padece de diversas falhas no plano das formalidades legais.** É o que se infere ao subsumir o presente caso àqueles vetores axiológicos anteriormente referidos, adotando-se o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 como “ponte interpretativa” que estimula o *diálogo das fontes* com as regras gerais da Lei de Licitações.

Dessa subsunção, **despontam os três tópicos de análise: (i) OBJETO**, com a indicação da vantajosidade e do impacto financeiro-orçamentário, pressupondo a delimitação da atividade fomentada; **(ii) PROCEDIMENTO**, com a prévia definição da comissão avaliadora dos projetos e do objeto do fomento, seguindo-se à convocação dos interessados, mediante ampla publicidade e prazo razoável para a apresentação dos projetos, sem prejuízo à divulgação do resultados das avaliações das entidades e dos projetos, justificando os critérios de escolha da organização social, com a avaliação jurídico-finalística das entidades e a avaliação técnico-econômica dos projetos (plano operacional), de modo que eventuais inconformados possam interpor recurso na via administrativa antes da homologação e adjudicação; **(iii) EXECUÇÃO DO CONTRATO**, com a avaliação do desempenho da entidade fomentada, especificamente no que tange à obtenção dos resultados e das metas pactuadas, observando, ainda, o cumprimento das regras formas que asseguram a aplicação regular do dinheiro público.

Depreendidos da doutrina e da jurisprudência, muitos destes tópicos coincidem com os requisitos formais das Instruções Normativas n.º 01/2016,





do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, especificamente no que tange aos contratos de gestão, denotando a evolução do controle externo, no ponto em que passou a exigir o detalhamento das quantidades e dos custos envolvidos:

“Seção II – Dos Contratos de Gestão

Artigo 15 – Os órgãos da administração direta do Poder Executivo e respectivas autarquias, fundações e consórcios públicos remeterão a este Tribunal, mediante processo eletrônico (e-TCESP), 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\$ 4.472.000,00, (quatro milhões, quatrocentos e setenta e dois mil reais), corrigidos anualmente pela variação da UFESP, por meio de comunicado específico a ser divulgado para esse fim, que deverão vir acompanhados dos seguintes documentos:

- a) publicação na imprensa oficial da minuta do contrato de gestão e da intenção do Poder Público de celebrar o ajuste, mediante convocação pública com especificação do objeto do contrato de gestão e indicação das atividades a serem executadas, bem como relação das entidades que manifestaram interesse na celebração do referido contrato;*
- b) justificativa quanto ao prazo estabelecido para convocação pública e apresentação do plano operacional previsto no § 3º do artigo 6º da Lei Estadual nº 846/98, acompanhada da respectiva publicação na imprensa oficial da citada convocação;*
- c) proposta técnica e orçamentária aprovada pelo Secretário de Estado da área e pelo Conselho de Administração da Organização Social, com cronograma atualizado e programa de investimentos;*
- d) estatuto registrado da entidade qualificada como Organização Social;*
- e) comprovação de que a entidade qualificada como Organização Social atua na área pelo tempo mínimo estabelecido na Lei Complementar Estadual nº 846/1998 ou nos decretos regulamentadores de cada órgão contratante;*





MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

- f) parecer favorável, quanto à conveniência e oportunidade de qualificação da entidade como organização social, exarado pelo Secretário de Estado da área correspondente;
- g) certificado de regularidade cadastral da entidade - CRCE da Organização Social contratada;
- h) cópia de publicação na imprensa oficial da qualificação da entidade contratada como organização social;
- i) justificativa sobre os critérios de escolha da organização social selecionada; j) inscrição da organização social e da(s) entidade(s) gerenciada(s) no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ);
- k) demonstrativo dos referenciais (valores ou outro parâmetro utilizado), adotados para a estipulação das metas e orçamento, considerando as finalidades públicas e os valores praticados no mercado para resultados da mesma natureza;
- l) declaração quanto à compatibilização e a adequação da despesa contratual aos artigos 15, 16 e 17 da Lei Complementar Federal nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal);
- m) ato de aprovação do ajuste pelo conselho de administração da organização social e pelo contratante; n) declaração, firmada pelo representante legal da organização social, contendo a relação de todos os membros eleitos e/ou indicados para compor os órgãos diretivos, consultivos e normativos daquela entidade, atuantes no exercício, com indicação das datas de início e término dos respectivos mandatos;
- o) plano de trabalho, caso este não integre os anexos do contrato de gestão;
- p) nota(s) de empenho vinculada(s) ao contrato de gestão, quando for o caso;
- q) Termo de Ciência e de Notificação, relativo à tramitação do processo neste Tribunal de Contas, firmado pela contratante e pela contratada, conforme modelo contido no Anexo 6;
- r) cadastro do responsável que assinou o contrato de gestão, conforme modelo contido no Anexo 7;
- s) publicação integral do contrato de gestão na imprensa oficial, observado o disposto nos artigos 7º a 9º; 14 e 16 da Lei Complementar Estadual nº 846 de 04 de junho de 1998". (sem grifo no original)





A. Análise da atividade fomentada (objeto)

Neste tópico, a análise ministerial converge para o objeto da atividade fomentada através do vínculo de cooperação entre o Poder Público e o Terceiro Setor. Ao analisar a Resolução SS-48, de 20/05/2015 (Evento 19, TC – 6587/989/15-3), este *Parquet* de Contas deparou-se com a ausência de comprovação da vantajosidade do ajuste. Afinal, no presente caso, o contrato de gestão visou à operacionalização e à regulação da oferta de serviços de saúde em unidades integrantes do SUS. Isto demonstra que o objeto contratual não se destinava à execução direta e imediata da atividade-fim na área da saúde, porque os serviços de saúde pública continuaram sob o encargo da Secretaria Estadual de Saúde, indicando a delegação de atividade-meio, de caráter operacional, que tinha por finalidade precípua otimizar a prestação dos serviços na área da saúde. Neste ponto, vale lembrar que o vínculo de cooperação com o Terceiro Setor somente se é possível e justifica quando as entidades complementam a atividade-fim nas áreas socialmente relevantes, como a saúde, o ensino, a cultura, a pesquisa, o desporto. Neste sentido, o artigo 1º da Lei Complementar Estadual n.º 846/1998 assim define os contornos legais do objeto fomentado:

Artigo 1º, LCE n.º 846/1998. *O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, à cultura, ao esporte, ao atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes, à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento, atendidos os requisitos previstos nesta lei complementar.*

Ademais, havendo a terceirização de atividade-meio, a Secretaria Estadual da Saúde poderia muito bem recorrer à contratação de empresa que presta os serviços de triagem a partir de uma plataforma de informática, com o suporte de médicos e de demais profissionais que distribuem as demandas de saúde dos





MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

pacientes com a oferta dos serviços prestados em termos de emergências, agendamentos, consultas e exame laboratoriais. Na medida em que o objeto contratual envolvia basicamente a gestão da informação com a finalidade de equilibrar a oferta e a demanda dos serviços de saúde, é importante ressaltar a existência de várias empresas dentro do *mercado geográfico relevante* do Estado de São Paulo que poderiam prestar estes serviços, com a consequente ampliação da competitividade e o possível barateamento dos serviços contratados, considerando os preços usualmente praticados pelos inúmeros agentes do mercado. Assim, os serviços contratados não expandiram os serviços de saúde em termos quantitativos, mas aperfeiçoaram a ação governamental em termos qualitativos, num horizontal temporal de cinco anos, daí decorrendo a aplicação dos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000):

Art. 16, LRF. *A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:*

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º *Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:*

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.





**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas**

Art. 17, LRF. *Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.*

§ 1º *Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.*

§ 2º *Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.*

§ 3º *Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição;*

§ 4º *A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias;*

§ 5º *A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar;*

§ 6º *O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição;*

§ 7º *Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.*

Dessa forma, antes de dar início ao chamamento público, o governo do Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria Estadual da Saúde, deveria ter realizado os estudos financeiros necessários, de modo que as despesas decorrentes do contrato de gestão pudessem ser incluídas no planejamento orçamentário, inclusive no que tange ao Plano Plurianual, uma vez que os serviços contratados criaram



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



[mpc.sp](https://www.facebook.com/mpc.sp)



[MPdeContas_SP](https://twitter.com/MPdeContas_SP)



[mpc_sp](https://www.instagram.com/mpc_sp)



spoti.fi/20QcACq



obrigações continuadas superiores ao exercício financeiro. Ao que parece, a Secretaria de Estado da Saúde entendeu que a terceirização para o Terceiro Setor da atividade-meio de regulação dos atendimentos prestados pelos hospitais vinculados ao SUS tornaria a gestão dos recursos públicos mais eficiente. Porém, não restou clara a demonstração da vantajosidade decorrente do recurso ao Terceiro Setor em comparação com a prestação dos serviços pelo próprio aparato estatal (como a PRODESP) ou pelas empresas que atuam no mercado. É possível que esta omissão revele o interesse da Administração Pública no sentido de dar continuidade da avença anterior, que vigorou de 02/08/1998 até 01º/08/2015. Para corroborar o ponto de vista ministerial, a análise dos autos demonstra que a falta de demonstração da vantajosidade foi apontada no relatório da Fiscalização (Evento 22.1). Em suas justificativas, a Secretaria de Estado da Saúde limitou-se a afirmar que (Evento 48.1):

“A CROSS atua ininterruptamente, contando com colaboradores que se revezam em escala, fazendo atendimento às solicitações que surgem, por meio de contato telefônico ou eletrônico (e-mail), e que são classificadas de acordo com o grau de risco e urgência numa escala que varia de 1 a 4:

- grau 1 (alto risco) com atendimento em até uma hora,*
- grau 2, atendimento em até três horas,*
- grau 3, em até seis horas, e*
- grau 4 (baixo risco), atendimento em até 12 horas.*

Inconteste a importância da Central que proporciona disponibilização rápida de leitos de UTI e outras vagas de emergência no estado, integrando os serviços de saúde com um dos objetivos primordiais da Secretaria de Estado da Saúde, o de salvar vidas. A CROSS também vem atuando como importante ferramenta na redução da perda primária, situação esta que ocorre quando vagas de procedimentos assistenciais oferecidas pelas unidades não são utilizadas (agendamento de pacientes) pelas unidades demandadoras, significando, ao final, na indisponibilidade do serviço ao usuário SUS. Como exemplo do sucesso da Central como ferramenta de combate à ocorrência de perda primária, apresentamos quadro comparativo da diminuição da perda, ocorrida entre os anos de 2010 e 2015 (Anexo 01): Também acostamos informações que





MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

demonstram a evolução de agendamentos de consultas e procedimentos verificadas no período de 2012/2014 (Anexo 02).

Os esclarecimentos ofertados anteriormente e por meio deste ofício, demonstram o alcance dos objetivos principais almejados com a implantação da Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde pela Secretaria de Estado da Saúde, quais sejam, (i) proporcionar ao cidadão, com presteza, acesso às ações de saúde e (ii) diminuir os desperdícios observados quando da inexistência de agendamentos de consultas e procedimentos face a problemas de regulação. Desta forma, adotando a Secretaria de Estado da Saúde contrato de gestão para instrumentalizar o gerenciamento da Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde, buscou-se a eficácia das atividades, o que vem alcançando como evidenciado”.

Além de não ser capaz de comprovar a vantajosidade da realização do Contrato de Gestão, a explicação da Origem sequer especificou as metas, os valores e os resultados individualmente atingidos pelos diversos serviços que compõem o objeto contratado em favor da SECONCI. Com isso, violou-se a necessidade imprescindível de se proceder à **delimitação real e efetiva dos contornos da atividade fomentada**, sem qualquer referência a estudos técnicos preliminares. Longe de ser suficiente um plano hermético e desatrelado das políticas públicas, mostra-se imprescindível a confecção de um projeto de fomento sério e comprometido com as metas do governo estadual. Daí a sua semelhança teleológica com o projeto básico, no caso das obras públicas, e com o Termo de Referência, no caso do fornecimento de bens e de serviços, pois todos estes instrumentos têm em comum o fato de servirem ao mapeamento das atividades a serem prestadas por terceiros alheios à Administração Pública, no lastro da descentralização por colaboração, seja pela empresa contratada após o desfecho da licitação travada no bojo do Mercado, seja pela entidade contratada em virtude de chamamento público realizado no âmbito do Terceiro Setor.

Desta forma, mais uma vez, socorre-se ao artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 como “ponte interpretativa” que permite o *diálogo das fontes* entre os



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



mpc.sp



MPdeContas_SP



mpc_sp



spoti.fi/20QcACq



vínculos de cooperação com o Terceiro Setor e as regras gerais aplicáveis aos procedimentos licitatórios. Desta feita, vale-se da aplicação analógica do artigo 6º, inciso IX, da Lei n.º 8.666/93, no ponto em que conceitua o projeto básico como o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (...)”. No presente caso, o Contrato de Gestão se restringiu a trazer a descrição lacônica do objeto em seu Anexo Técnico I (Evento 1.14). Em complemento, o “Escopo dos Serviços” limitou-se a esboçar os serviços que comporiam o objeto contratado, causando sério gravame ao sinalagma contratual, com possível reflexo no controle da execução obrigacional e dos acréscimos contratuais:

“11.2 A prestação dos serviços inclui a realização dos seguintes processos e respectivas informações:

- 1. Processo de regulação e agendamento unificado e automatizado, para as consultas, exames, procedimentos e outros serviços oferecidos, sob gestão estadual e gestão municipal, localizados no Estado de São Paulo, permitindo o acesso dos 645 municípios do Estado, através de suas unidades de saúde e/ou de suas centrais de regulação;*
- 2. Processo de acompanhamento e/ou controle das internações e saídas hospitalares, em tempo real, nas unidades participantes do Sistema Único de Saúde, sob gestão estadual ou municipal, bem como a emissão on-line das Autorizações de Internação Hospitalar (AIH), cuja autorização dar-se-á através do gestor público.*
- 3. Processo de regulação médica dos atendimentos às urgências e emergências hospitalares;*
- 4. Processo de acompanhamento diário da disponibilidade dos serviços de urgência/emergência das unidades hospitalares sob gestão estadual ou municipal.*
- 5. Os processos descritos nos itens 1, 2 e 3 acima deverão ser apoiados por um sistema informatizado, com acesso via web e também via central telefônica, com operadores treinados e capacitados para atendimento de Call Center”.*

Daí se depreende a descrição lacônica do objeto, uma vez que não é possível compreender qual é, de fato, a natureza das atividades a serem realizadas





**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas**

pela contratada. Ademais, corrobora-se o entendimento ministerial no sentido de que o contrato de gestão serviu tão somente para instrumentalizar a terceirização de atividade-meio, de cunho operacional, o que não se coaduna com a ideia de que a cooperação com o Terceiro Setor estaria ligada à promoção direta da saúde, nos termos fixados pelo artigo 196, da Constituição Federal de 1998. Ora, se gestão do atendimento tem caráter operacional, ela poderia ser terceirizada para a iniciativa privada, onde atua um número maior de empresas, em condições de maior competitividade, dentro dos rígidos critérios fixados pela Lei Federal nº 8.666/93. Neste sentido, grave também é a constatação de que sequer é possível avaliar a eficácia da delegação procedida, pois não foram fixados metas e objetivos mensuráveis em termos de *inputs* (economicidade dos insumos) e de *outputs* (eficiência dos processos), pois o desempenho contratual convergiu, sobretudo, para os *outcomes* (avaliação da eficácia). A respeito desta avaliação, vale examinar o Anexo Técnico II (Evento 1.14), que traz o quadro abaixo explicitado:

QUADRO DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

INDICADOR DE PERFORMANCE	INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO	DESEMPENHO EXIGIDO	EFEITO
Pontualidade no envio dos Relatórios Gerenciais	Registro das datas de entrega dos Relatórios Gerenciais, efetuado pela CONTRATANTE.	Entrega no prazo em 100% dos meses	Nenhum
		Atraso na entrega dos relatórios gerenciais.	1ª ocorrência: advertência por escrito
			2ª ocorrência: aplicação de multa parcial
		3ª ocorrência: aplicação de multa integral	
INDICADOR DE PERFORMANCE	INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO	DESEMPENHO EXIGIDO	EFEITO
Avaliações positivas*	Pesquisa de Satisfação das Unidades Usuárias	Mais de 85% de avaliações positivas	Nenhum
		Entre 70-85% de avaliações positivas	Multa parcial
		Abaixo de 70% de avaliações positivas	Multa Integral

* A avaliação será considerada positiva quando atingir 50% ou mais do valor máximo possível.



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



mpc.sp



MPdeContas_SP



mpc_sp



spoti.fi/20QcAcq



Da leitura desta tabela, pode-se observar que as metas traçadas não são capazes de comprovar a economicidade e a eficiência do Contrato de Gestão, porque elas são compostas por avaliações realizadas pelas próprias Unidades Usuárias, sem considerar, de forma mais expressiva, a avaliação direta do usuário final, isto é, o cidadão bandeirante. A título ilustrativo, as metas referentes à “Pontualidade no envio dos Relatórios Gerenciais” não definem qual seria o prazo de entrega, apenas exigindo como desempenho obrigatório a entrega de 100% dos registros dentro deste prazo. Ora, como seria possível constatar se a entrega foi realizada dentro de um prazo, se este prazo sequer foi estipulado? Quanto às “Avaliações Positivas”, não foram anexados os formulários de avaliação para que fosse possível compreender quais aspectos seriam considerados na avaliação positiva ou negativa. Neste sentido, estabelecer que o desempenho exigido esteja acima dos 85% não possui qualquer nexo, na medida em que não existe um indicador claro de desempenho.

Demais disso, não se encontra no Edital de Chamamento Público um orçamento estimativo que fosse capaz de demonstrar quais serviços deveriam ser executados, deixando, igualmente, de explicitar os custos unitários de cada um deles. Trata-se de requisito indispensável para que as entidades interessadas pudessem manifestar seu interesse no vínculo de cooperação e, no momento seguinte, formular as propostas exequíveis, de acordo com os padrões desejados pela Administração Pública, oferecendo bases realísticas para a fase da execução contratual. Neste ponto, vale ressaltar que o orçamento estimativo não requer apenas a indicação dos valores previstos para a contratação, mas também o detalhamento dos custos unitários dos serviços. É neste sentido que se consolidou a jurisprudência do TCESP:

“Desta forma, as impropriedades anotadas pela Assessoria Técnica se incorporam ao cenário examinado e reforçam a necessidade de reestruturação dos estudos técnicos preliminares de que dispões a Prefeitura, a fim de que se tornem capazes de instrumentalizar a formulação de projeto básico adequado à execução completa dos serviços.”





A existência de projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, bem como de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários constituem pré-requisitos da licitação, nos termos do artigo 7º, §2º, I e II da Lei 8.666/93.

(TC nº. 8334.989.15-9, Rel. Dimas Eduardo Ramalho, Tribunal Pleno, Sessão de 25.11.2015, publicado no DOE em 15.12.2015)

Além de dificultar a indicação dos preços unitários e a consequente elaboração dos Planos Operacionais, a descrição lacônica do objeto contratado traz sérias dificuldades no controle da execução contratual. Neste sentido, destacam-se a possibilidade do jogo de planilhas e a celebração de aditamentos com o acréscimo dos objetos e dos valores contratuais acima dos valores permitidos pela legislação de regência, tomando como referência a aplicação analógica do artigo 65 da Lei n.º 8.666/93, com fundamento na ponte hermenêutica que se construiu a partir do artigo 116 do mesmo diploma legal. Ao deixar de delimitar com precisão o objeto da avença, a Administração Pública abriu margem para a assinatura de termos aditivos que podem vir a alterar drasticamente o objeto pactuado, sem falar no risco de possíveis superfaturamentos na contratação.

B. Análise do Procedimento da Convocação Pública:

Na **análise do procedimento**, a Secretaria Estadual de Saúde deve escolher a entidade interessada através de um processo público, de padrões objetivos, a que se dê ampla publicidade, como ressaltou o voto do Ministro Ayres Britto na ADI 1923/DF. Embora o artigo 6º, § 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 846/1998 dispense a licitação para a celebração dos contratos de gestão, socorre-se ao *diálogo das fontes* para reforçar a observância das regras gerais da Lei n.º 8.666/93, daí se depreendendo não só a realização de providências preliminares na fase interna, mas também a convocação dos interessados, com a fixação de prazo razoável para a





apresentação dos projetos a serem posteriormente avaliados. Além da demonstração da vantajosidade, do impacto orçamentário-financeiro e dos contornos do fomento, anteriormente analisados, a fase interna também pressupõe a criação de comissão técnica responsável pelo trâmite procedimental e pela avaliação dos projetos, por ser medida que resguarda a impessoalidade, tal como ocorre na designação do pregoeiro (artigo 3º, IV, Lei n.º 10.520/02) ou na constituição da comissão de licitação (artigo 51, Lei n.º 8.666/93). O *diálogo hermenêutico* com esses dois dispositivos legais revela que o membro da comissão de avaliação deve ser servidor efetivo com *expertise técnica*.

No caso em tela, a Cláusula Quarta da Minuta do Contrato estabelece que a Comissão de Avaliação era constituída apenas pelo Secretário de Estado da Saúde, que seria o responsável pela avaliação do projeto e das atividades. Tal previsão não reflete os ditames legais (*art. 9º, § 3º, Lei Complementar nº 846/1998*), posto que não se tem uma comissão de avaliação e sim um único profissional responsável por todo o trabalho que deveria ser designado a um grupo.⁸ Tal situação coloca em xeque a seriedade do procedimento de convocação dos interessados no fomento estadual.

Além dos vícios atinentes à comissão avaliadora, o edital de convocação pública também padece de outro vício insanável. Afinal, não há indícios probatórios de que o ato convocatório tenha sido divulgado em outros meios, tais como os jornais de circulação local e regional, violando, de conseguinte, o princípio constitucional da publicidade, tal como previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Aliás, tal a força normativa do princípio da publicidade que seu comando vincula todos os órgãos e agentes da Administração Pública, inclusive no que diz respeito às relações jurídicas firmadas com as entidades do Terceiro Setor. Com isso, legitima-se, mais uma vez, o socorro do artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 como “ponte interpretativa” que permite o *diálogo das fontes* entre os convênios, termos de parceria e contratos de

⁸ § 3º - A comissão de avaliação da execução do contrato de gestão das organizações sociais da saúde, da qual trata o parágrafo anterior, compor-se-á, dentre outros membros, por 2 (dois) integrantes indicados pelo Conselho Estadual de Saúde, reservando-se, também, 2 (duas) vagas para membros integrantes da Comissão de Saúde e Higiene da Assembléia Legislativa e deverá encaminhar, trimestralmente, relatório de suas atividades à Assembléia Legislativa.





MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

gestão, de um lado, e as regras fixadas no artigo 21 da Lei n.º 8.666/93, de outro, no ponto em que fixam os padrões mínimos de publicidade para o ato convocatório.

Conquanto o artigo 21, da Lei de Licitações tenha se referido especificamente à publicação dos editais de concorrência, tomada de preços, concurso e leilão, sua *ratio* estende-se igualmente aos processos de chamamento público, sendo a publicidade menos rigorosa apenas em relação ao convite, porque a própria lógica do instituto autoriza a participação mínima de três interessados, dado o baixo valor da contratação. Da leitura desse dispositivo legal, constata-se ser imprescindível não só a publicação do ato convocatório no diário oficial, quiçá por ser condição de eficácia externa do ato administrativo, como também a sua divulgação em jornal de circulação, estadual e regional/local, a depender do local onde será realizada a obra ou prestado o serviço. O que se extrai do preceito é que a divulgação em jornal de grande circulação é providência obrigatória, cuja inobservância justifica a nulidade de todo o procedimento de licitação ou de chamamento público, pois, se a Administração Pública tivesse adotado as medidas prescritas no artigo 21, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93, maior teria sido o raio de eficácia da publicidade e de transparência, aumentando a probabilidade de participação dos interessados e de controle social pelos cidadãos. Tal a relevância do tema que há muito tempo o Egrégio TCE/SP já se firmou como pronto guardião da publicidade, como se infere da histórica decisão desta Corte de Contas:

“O artigo 21 da Lei de Licitações regrou que os resumos dos editais de licitação, nas modalidades de concorrência e tomada de preços, devem ser publicados no Diário Oficial do Estado por três dias e uma vez em jornal de grande circulação no Estado ou no Município onde será realizada a obra ou serviço. De sua parte, a Medida Provisória nº 360, de 16-10-93 (que, rigorosamente, repete a mesma redação da MP 351, de 16-09-93, que perdeu a eficácia, ex vi” do parágrafo único do artigo 62 da CF) repete a exigência de publicação, reduzindo-a a uma só vez no Diário Oficial e em jornal de grande circulação do Estado ou Município. Destarte, qualquer Município (administração direta, indireta ou fundacional) não tem como se escusar de publicar avisos de



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



[mpc.sp](https://www.facebook.com/mpc.sp)



[MPdeContas_SP](https://twitter.com/MPdeContas_SP)



[mpc_sp](https://www.instagram.com/mpc_sp)



spoti.fi/20QcAcq



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas**

concorrências e tomadas de preços, desde que a legislação federal assim obriga.” (Pleno, TC 054858/026/90, sessão de 10.11.1993, publicação em 03.12.1993).

Confirmada a relevância da publicidade, cabe ainda ressaltar que a publicação traz consigo a ideia de ser igualmente necessária a fixação de prazo razoável para a elaboração do projeto de trabalho, como se depreende, analogicamente, da fixação legal de prazo mínimo para o recebimento das propostas, nos termos do artigo 21, § 2º, da Lei de Licitação. Assim, se a lei estabeleceu interstícios escalonados, de quarenta e cinco, trinta, quinze e cinco dias, conforme o vulto do certame, é porque a intenção do legislador foi conceder um prazo mínimo para que os interessados possam estudar seriamente o projeto básico, o termo de referência ou outros documentos constantes do procedimento, viabilizando a formulação de propostas sérias e exequíveis. Ao transpor tal inteligência para o caso, nota-se o prazo exíguo concedido às Organizações Sociais para que se manifestassem:

Artigo 1º - Realizar a presente Convocação Pública das entidades privadas sem fins lucrativos, que pretendam se qualificar como Organização Social de Saúde, nos termos da Lei Complementar 846, de 4 de junho de 1998 ou, que já possuam tal qualificação, para que, na hipótese de comprovado interesse em celebrar Contrato de Gestão com a Secretaria de Estado da Saúde para gerenciar a CENTRAL DE REGULAÇÃO DA OFERTA DE SERVIÇOS DE SAÚDE - CROSS, manifestem, por escrito, seu intento junto ao Titular da Pasta, no prazo máximo de 03 (três) dias úteis a contar da publicação desta Resolução.

Artigo 3º - As Organizações Sociais de Saúde interessadas em firmar Contrato de Gestão para gerenciar a CROSS - CENTRAL DE REGULAÇÃO DE OFERTA DE SERVIÇOS DE SAÚDE deverão apresentar à Secretaria Estadual de Saúde, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contados a partir da manifestação de sua intenção conforme disposto no artigo 1º desta Resolução, um Plano Operacional que contemple, no mínimo:



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



[mpc.sp](https://www.facebook.com/mpc.sp)



[MPdeContas_SP](https://twitter.com/MPdeContas_SP)



[mpc_sp](https://www.instagram.com/mpc_sp)



spoti.fi/20QcAcq



Definidas de forma genérica as atividades fomentadas (Anexos Técnicos I e II), o artigo 3º previu que as organizações sociais interessadas deveriam apresentar, no prazo máximo de 10 (vinte) dias úteis, contados a partir da manifestação de interesse, Plano Operacional que contemplasse de modo detalhado a proposta de gestão das atividades a serem contratadas. Ocorre que o edital sequer disponibilizou a planilha de execução orçamentária do contrato de gestão em vigência para fins de elaboração de seus respectivos planos. De todo o exposto acima, fica evidente que o prazo de dez dias úteis seria insuficiente para a elaboração de plano operacional por outras entidades interessadas no fomento, o que certamente favoreceu a antiga contratada, de forma a violar os princípios da isonomia e da impessoalidade.

No tocante à **habilitação da entidade**, o tópico envolve a avaliação jurídico-finalística e a avaliação técnico-econômica do plano operacional, a partir dos requisitos que constam das Instruções Normativas n.º 01/2016. Esta avaliação conduz a dois tipos de análise que têm a finalidade de demonstrar se a entidade está habilitada para o desenvolvimento da atividade fomentada. *Primo*, a avaliação jurídico-finalística da entidade envolve sua constituição formal (averiguando a relação de pertinência temática entre o objeto do fomento e a finalidade estatutária da entidade, conforme o estatuto social e a ata da última eleição dos membros diretivos), sua inscrição no CNPJ (aqui se incluindo a certidão de regularidade fiscal, pois eventual isenção ou imunidade não dispensa o recolhimento das contribuições sociais devidas por seus empregados, no lastro da substituição tributária) e sua qualificação como Organização Social (pautando-se na legislação vigente e no parecer favorável da autoridade responsável pela área). *Secundo*, a avaliação técnico-econômica do plano operacional pressupõe a exequibilidade técnica e econômica do projeto, por refletir a necessária simetria com a vantajosidade inicialmente referida pelo Poder Público, desta feita sob o prisma da entidade, daí decorrendo o exame da proposta orçamentária, com a demonstração dos quantitativos, dos custos unitários, da compatibilidade com o mercado, do cronograma atualizado e do programa de investimento aprovado pelo conselho de administração.





Quanto à **avaliação jurídico-finalística**, o Estatuto Social permite não só o exame da constituição formal da entidade, mas também a análise de outro tópico igualmente relevante, qual seja, a previsão de regra estatutária sobre a atuação finalística da entidade. Ainda na seara da habilitação, o MPC reputa imprescindível apresentar a Certidão Negativa de débitos trabalhistas e de débitos perante a Seguridade Social. Na visão ministerial, não basta a mera inscrição formal no CNPJ, sendo igualmente necessário comprovar a regularidade fiscal perante a Justiça do Trabalho e perante a Receita Federal do Brasil, no que tange à Seguridade Social. Mais uma vez, mostra-se necessário estender a teoria do *diálogo das fontes* aos lindes do direito público, aplicando o artigo 29, incisos IV e V, da Lei n.º 8.666/963 no ponto em que exige, respectivamente, a “*prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei*” e a “*prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da CLT*”. Especificamente no que tange ao FGTS e à Seguridade Social, cabe lembrar que eventual isenção ou imunidade tributária que venha a ser concedida à entidade do Terceiro Setor não a dispensará do recolhimento das contribuições sociais, por conta de sua obrigação legal de reter, na folha de pagamento, os valores devidos pelos empregados contribuintes. Não fosse aplicação da teoria *diálogo das fontes*, a Administração também tem o dever de exigir a comprovação da regularidade nos convênios, termos de parceria, contratos de gestão e outros acordos congêneres em virtude da *força normativa* que decorre diretamente de dispositivo constitucional.

De acordo com o artigo 195, §3º da Constituição Federal de 1988, “*a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios*”. Cabe observar que, em momento algum o preceito constitucional faz uma diferenciação entre as sociedades empresariais que desenvolvem atividade econômica (artigo 981, CC) e as fundações ou associações sem fins lucrativos (artigos 53 e 62, CC), conferindo tratamento jurídico uniforme para todas as pessoas jurídicas. Ao disciplinar o custeio da seguridade social no plano





MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

infraconstitucional, o artigo 47 da Lei n.º 8.212/91 faz a mesma menção à regularidade, ao exigir Certidão Negativa de Débito nas contratações com o Poder Público. Quanto ao FGTS, o artigo 27, da Lei nº 8.036/90 prescreve que *“a apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal, é obrigatória nas seguintes situações: (...) a) habilitação e licitação promovida por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União, Estado e Município; c) obtenção de favores creditícios, isenções, subsídios, auxílios, outorga ou concessão de serviços ou quaisquer outros benefícios concedidos por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, salvo quando destinadas a saldar débitos para com o FGTS”*.

Ao subsumir estas normas às relações firmadas pelo Poder Público no âmbito do Terceiro Setor, a exigência de comprovar a regularidade perante o FGTS decorre, alternativamente, ou do conceito genérico de “habilitação” lançada pela Administração, num significado próximo àquele atualmente conferido ao chamamento público (artigo 27, “a”, da Lei nº 8.036/90), ou decorre dos subsídios, auxílios e outros benefícios concedidos pela Administração (artigo 27, “a”, da Lei nº 8.036/90), abrangendo, inclusive, os repasses decorrentes de convênios, termos de parceria, contratos de gestão e outros acordos de cooperação. Longe de denotar o simples apego a formalidades inócuas, a necessidade de comprovação da regularidade perante a Justiça do Trabalho e a Seguridade Social tem a finalidade precípua de evitar prejuízo ao erário, pois o inadimplemento das verbas trabalhistas e das contribuições sociais, por parte das entidades, pode acarretar a responsabilidade subsidiária do Poder Público.

Neste sentido, o Enunciado n.º 331, IV e V, do Egrégio TST teve sua redação alterada por conta da evolução jurisprudencial sobre a matéria. Segundo o inciso IV, *“o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”*. Por sua vez, o inciso V adverte que *“os entes integrantes da*



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



[mpc.sp](https://www.facebook.com/mpc.sp)



[MPdeContas_SP](https://twitter.com/MPdeContas_SP)



[mpc_sp](https://www.instagram.com/mpc_sp)



spoti.fi/20QcAcq



administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”, frisando que, “a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

Da leitura do enunciado, depreende-se que, antes de firmar qualquer contrato, convênio ou acordo jurídico, seja com empresa que tenha participado de procedimento licitatório, seja com entidade do Terceiro Setor que esteja interessada no fomento, a Administração Pública sempre deve agir com cautela, averiguando, de antemão, se ambas estão em dia com suas obrigações trabalhistas, previdenciárias e sociais, pois, do contrário, poderá ficar configurada a conduta culposa dos órgãos e das entidades públicas (responsabilidade subjetiva por *faute de service*), por conta da imprudência e da negligência de seus agentes, sem prejuízo do direito de regresso. Caso o Poder Público soubesse, desde o início, que a entidade já era recalcitrante no cumprimento de suas obrigações, o vínculo de cooperação sequer se consumaria. Nessas circunstâncias, a Administração pode assumir a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas e dos encargos sociais que não forem pagos após a celebração do instrumento.

No caso em tela, imperioso observar que a diligente Fiscalização, quando da avaliação da execução contratual referente ao exercício de 2015 (Evento 14.40, TC – 9847/989/17-5), constatou a contratação de duas empresas com vistas à prestação de serviços administrativos. Além da possível configuração de subcontratação dos serviços terceirizados, num indício de quarteirização, restou comprovado que as duas contratações delegaram parte dos serviços afetos ao Contrato de Gestão, o que não afasta o risco de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em consonância com a jurisprudência do TST. Para agravar, a mesma falha foi apontada pela Fiscalização na Prestação de Contas de 2016 (Evento 13.58, TC 9194/989/18-2). Em síntese, as irregularidades apontadas foram sintetizadas nos seguintes termos:





MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas

- A contratação da empresa *Fernando Costa Engenharia Ltda.* era, em verdade, prestação de serviço direto por meio de seu sócio no desempenho das atividades de *Secretário Geral do SECONCI*;
- A contratação da empresa *DCR Médicos Associados Ltda.* era, em verdade, prestação de serviço por meio de seu sócio, *Didier Roberto Torres Ribas*, no desempenho das atividades de *Superintendente do Hospital Geral de Itapeverica da Serra e do Hospital Regional de Cotia*.

Conforme dito acima, a responsabilização subsidiária do Estado pode se dar nos termos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, em leitura conjunta com a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Quanto à **avaliação técnico-econômica**, o Plano Operacional (Programa de Trabalho) deve trazer informações claras sobre os quantitativos, os custos unitários, a demonstração de compatibilidade dos preços, os resultados a serem atingidos, o cronograma de execução das atividades e o programa de investimento aprovado pelo conselho de administração. Trata-se de documento imprescindível para o sucesso do fomento, na medida em que permite a definição dos contornos operacionais das atividades a serem executadas pela entidade beneficiária.





Se, por um lado, cabe à Administração Pública elaborar um Projeto de Fomento que defina os contornos do futuro objeto contratual, pautando-se, analogicamente, nos projetos básicos e nos termos de referência, de outro lado, incumbe às entidades interessadas detalhar os quantitativos, os custos unitários, as metas visadas e o cronograma de execução, a partir daquele projeto de fomento.

Aqui também pode ser aplicada a mesma lógica que subsidia a elaboração do orçamento estimativo nas licitações, valendo-se do artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 como “ponte interpretativa” que permite o *diálogo das fontes* entre os vínculos de cooperação e as regras gerais aplicáveis aos procedimentos licitatórios. Neste sentido, a Súmula n.º 258 do Tribunal de Contas da União preceitua que, “*as composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão 'verba' ou de unidades genéricas*”. Da mesma forma, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também tem se posicionado pela irregularidade da matéria, quando não houver a estimativa dos custos individualizados, como se infere dos julgados abaixo:

“A Municipalidade não obteve êxito em esclarecer os apontamentos apresentados pela Fiscalização e confirmados posteriormente pelos Órgãos Técnicos, tendo em vista que restaram irregularidades graves que comprometeram a lisura da presente contratação.

De modo que a arguição de caráter emergencial para a contratação em epigrafe não restou comprovada, não se enquadrando no previsto do artigo 24, inciso IV da Lei das Licitações, haja vista que a Municipalidade teve tempo suficiente para adequação das novas regras trazidas pela inclusão de alunos de 06 (seis) anos no ensino fundamental, conforme determinou a Lei Federal nº 11.114 de 16/05/2005, e conseqüentemente, realizar o devido procedimento licitatório.

*Restou ainda, a **irregularidade quanto a ausência de estimativa dos custos individualizados, não demonstrando o detalhamento da***





composição de custos na contratação, falha que por si só tem o condão de contaminar toda a contratação em apreço.” (trecho do voto do relator, TCE/SP, 1ª Câmara, TC-10004/026/06, Rel. Cons. Antonio Roque Citadini, j. 23.10.12, v.u.)

“EMENTA: CONCORRÊNCIA E CONTRATO. **Ausência de comprovação da compatibilidade dos preços praticados com os de mercado. Falta de elaboração do orçamento com exposição dos custos inerentes aos serviços licitados.** Ausência de demonstração da efetiva prestação da garantia contratual. Divulgação do edital datada de 29/02/08, para justificar os protocolos de retirada anteriores à data do edital que norteou a licitação, instrumento que foi publicado em 28/03/08. JULGADOS IRREGULARES. APLICADA MULTA.” (TCE/SP, 1ª Câmara, TC 1384/007/08, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 30.07.13, v.u.)

No que se refere ao Plano Operacional que foi apresentado pela entidade contratada (Evento 1.5), nota-se que existe apenas uma referência lacônica aos valores a serem aplicados em cada um dos meses de trabalho, em áreas amplas como “Ordenados”, “Encargos Sociais”, “Benefícios”, etc. Vale dizer, não há qualquer discriminação de uso desses valores, como eles serão aplicados, quantos profissionais foram disponibilizados e em quais áreas eles deveriam atuar. Após o apontamento das irregularidades pela Fiscalização, a Origem acostou aos autos um documento com as informações quantitativas a respeito da regulação de determinados procedimentos que foram realizados durante o exercício de 2014 (Evento 48.3). Além de não estabelecer uma base comparativa, o documento disponibiliza informações que não se coadunam com a vigência contratual, vez que o Contrato de Gestão em análise passou a vigorar apenas no exercício de 2015. Posteriormente, foi anexada uma planilha com o relato descritivo de objetivos perseguidos pelo SECONCI e com o quantitativo de Recursos Humanos disponibilizado pela Contratada, sem qualquer referência a valores pagos a estes profissionais (Evento 48.4). Neste sentido, este *Parquet* de Contas entende incabível a alegação da Origem de que não seria possível estabelecer custos unitários para os serviços prestados, vez que, minimamente, é





possível demonstrar o custo de cada profissional, viabilizando um saudável comparativo com o mercado, de forma a comprovar, ou não, a vantajosidade do fomento.

C. Os fatos que marcaram a execução do contrato de gestão

Cotejando as considerações anteriores à fase de execução, nota-se que as questões antes apontadas pelo MPC na análise da convocação pública e do contrato de gestão refletiram nas falhas constatadas nos processos relativos aos termos aditivos e nos processos de prestação de contas. Em primeiro lugar, a ausência de um programa de investimentos mostra que o ajuste ora em análise padece da falta de previsão de recursos que possam suportar os 60 meses de duração (tendo em vista a celebração de aditivos) e levantam a suspeita de que a contratação pode ter sido muito mais onerosa ao Estado do que parecia se desenhar no início. Neste sentido, observe-se o quanto inscrito no Parágrafo 2º, da Cláusula 8ª, do Contrato de Gestão:

PARÁGRAFO 2º - A qualquer momento em que os partícipes considerem tecnicamente necessário e sempre que forem acrescidas novas unidades de saúde como usuárias dos serviços prestados ou novas modalidades de serviços de saúde forem disponibilizados aos usuários do SUS e do IAMSPE pela CONTRATADA, serão realizadas negociações para análise do reflexo econômico-financeiro e negociação de possíveis ajustes no valor financeiro deste contrato.

Observe-se que, aparentemente, não há limite para o acréscimo de serviços, usuários, modalidades ou unidades de saúde ao contrato, o que denota uma grande possibilidade de que o valor contratual se torne cada vez mais exorbitante. Neste sentido, de se ressaltar que a Origem celebrou, junto à contratada, dois Termos de Retirratificação. O primeiro deles, registrado sob nº 01/2015 (TC 9992/989/17-8), teve como objeto a implantação de melhorias na





regulação da Rede Hebe Camargo de Combate ao Câncer, além da implantação da regulação de transporte para Serviço de Verificação de Óbitos (SVO) no Município de São Paulo, acrescentando o valor mensal de R\$ 3.500.000,00. O segundo Termo de Retirratificação foi celebrado sob o nº de 01/2016 (eTC 858/989/16-3), com a finalidade de acrescentar o valor mensal de R\$ 60.293,00. Instada a se manifestar, a Origem afirmou que as novas atividades acrescidas pelo termo anterior, somada à atualização do valor da moeda ante a inflação, levaram à necessidade dos reajustes (Evento 73.1, TC 858/989/16-3).

Ocorre que em nenhum dos dois processos foram apresentados quaisquer detalhes sobre o acréscimo de serviços, nem mesmo memoriais de cálculo que pudessem suportar e justificar os valores finais obtidos. A despeito da ausência de critérios no Edital de Convocação, entende o *Parquet* de Contas que o contrato de gestão deveria respeitar o limite de 25% para acréscimos e supressões, considerando a aplicação analógica do artigo 65, § 1º, da Lei de Licitações, em virtude da ponte hermenêutica que se estabeleceu a partir do artigo 116 do mesmo diploma legal. Do contrário, o contrato de gestão poderia ser acrescido indefinidamente, de modo a prejudicar a higidez das finanças pública, podendo drenar os recursos vinculados que deveriam ser teleologicamente aplicados na prestação final dos serviços de saúde pública. Ainda sob este prisma, da análise dos autos, mais especificamente no que se refere ao Estatuto da Seconci (Evento 18.8), não foi constatada a existência de regulamento de compra e pessoal, nos termos do artigo 19, da LCE 846/98:

Artigo 19 - A organização social fará publicar na imprensa e no Diário Oficial do Estado, no prazo máximo de 90 (noventa) dias contados da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Artigo 20 - Os Conselheiros e Diretores das organizações sociais, não poderão exercer outra atividade remunerada com ou sem vínculo empregatício, na mesma entidade.





Por fim, quando à ausência de movimentação de recursos em conta específica, a Origem justificou que, “acerca desta ocorrência, a Entidade esclarece que os recursos do Contrato de Gestão são recebidos em conta específica exclusiva mantida junto a Instituição Oficial – Banco do Brasil e movimentada em conta corrente específica e exclusiva da Unidade mantida junto ao Banco Santander. Declaramos ainda, que estamos em tratativas com o Banco do Brasil, para viabilidade da abertura de conta- salário de todos os profissionais, bem como, a transferência de todas as movimentações financeiras da Entidade” (Evento 52.1, TC 9194/989/18-2). Neste ponto, o MPC lembra que esta falha foi constatada nas prestações de contas de 2015 até 2018, relevando a morosidade da SECONCI em sanear a irregularidade. Ademais, tal conduta violou expressamente a Cláusula 7ª, parágrafo 5º, do Contrato de Gestão, não havendo indícios de que a Secretaria Estadual de Saúde tenha instaurado procedimento administrativo com o objetivo de apurar a falha e de aplicar penalidades, como a cominação de multa ou, até mesmo, a desqualificação da entidade, nos termos permitidos pela Lei Complementar Estadual n.º 846/1998 (Lei Paulista das Organizações Sociais). Dada a relevância para o desfecho da matéria, mostra-se oportuno transcrever a obrigação contratual de movimentação financeira em conta específica:

PARÁGRAFO 5º - A CONTRATADA deverá receber e movimentar exclusivamente em conta corrente aberta em instituição oficial os recursos que lhe forem passados pela CONTRATANTE, constando como titular a unidade pública sob sua gestão, de modo a que não sejam confundidos com os recursos próprios da OSS CONTRATADA. Os respectivos extratos de movimentação mensal deverão ser encaminhados mensalmente à CONTRATANTE.

Assim, conjugando os três grandes vetores da análise ministerial (objeto, procedimento e habilitação da entidade), ressoa evidente a irregularidade da matéria principal (procedimento de seleção e contrato). Sob o prisma do objeto, não ficou demonstrada a vantajosidade do fomento (diante da falta de adequação material aos





**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas**

programas de governo), não havendo qualquer referência à origem dos recursos orçamentários, isso sem falar na ausência de definição dos contornos do fomento por meio de um Termo de Referência que permitisse a elaboração dos Planos Operacionais pelas entidades interessadas. Sob o viés do procedimento, a falta de expertise de um dos membros da comissão avaliadora, a publicação do edital de convocação apenas no diário oficial (sem qualquer divulgação nos jornais de circulação local e regional), a fixação de prazo exíguo para a apresentação dos projetos, todos estes fatores certamente macularam a seleção isonômica da entidade do Terceiro Setor. Sob o enfoque da avaliação técnico-econômica do Plano Operacional revelou que a falta de individualização dos custos unitários não permitiu identificar como se chegou ao valor total previsto para cada serviço realizado pelo SECONCI.

Diante de todo o exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio de seu Procurador de Contas, manifesta-se, preliminarmente, pela apreciação imediata do mérito no processo relativo ao Contrato de Gestão nº 001.0500.000.027/2015 (TC 6587.989.15-3), nos processos relacionados ao Termo de Retirratificação nº 01/2015 (TC 9992/989/17-8) e ao Termo de Retirratificação nº 01/2016 (TC 858/989/16-3) e nos processos relativos à prestação de contas de 2015 (TC 9847/989/17-5) e de 2016 (TC 9194/989/18-2), em consonância com o princípio constitucional da celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVIII, CF/88), na medida em que já houve instrução, apresentação de justificativas e manifestação dos órgãos técnicos, com o julgamento de irregularidade destas matérias e com a condenação dos interessados à devolução atualizada dos valores indevidamente aplicados nos exercícios de 2015 (R\$ 70.800,29) e de 2016 (R\$ 171.650,58), tal como apontado pela ATJ e pela PFE nos processos relativos aos autos do TC 9847.989.17-5 e do TC 9194.989.18-2, sem prejuízo à aplicação de multa aos responsáveis e à remessa de cópia dos autos para o Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 104, inciso II, e do artigo 32, parágrafo único, ambos da Lei Complementar Estadual n.º 709/93, respectivamente, propondo, ainda, que sejam aguardadas a manifestação da ATJ na prestação de contas de 2017 (TC 14838.989.18-4), a apresentação de justificativas pelos interessados na prestação de contas de 2018 (TC 14956.989.19-80), a notificação dos responsáveis no processo relativo ao Termo de Aditamento nº 01/2020 (TC 1160/989/20-



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



[mpc.sp](https://www.facebook.com/mpc.sp)



[MPdeContas_SP](https://twitter.com/MPdeContas_SP)



[mpc_sp](https://www.instagram.com/mpc_sp)



spoti.fi/20QcAcq



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Procuradoria de Contas**

8) e a instrução dos demais processos sobrestados, como medida apta a resguardar o desenvolvimento válido e regular dos processos que tramitam em conjunto.

É o parecer que cumpria ofertar como custos legis.

São Paulo, 14 de maio de 2020.

RAFAEL ANTONIO BALDO
Procurador do Ministério Público de Contas

25/44



Avenida Rangel Pestana, 315, 6º andar, São Paulo - SP, CEP 01017906



(11) 3292-4302



mpc.sp.gov.br



[mpc.sp](https://www.facebook.com/mpc.sp)



[MPdeContas_SP](https://twitter.com/MPdeContas_SP)



[mpc_sp](https://www.instagram.com/mpc_sp)



spoti.fi/20QcAcq