EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, por meio de seu Procurador de Contas, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 3º, IV, da Lei Complementar nº 1.110/2010, no artigo 113, §1º, da Lei 8.666/1993, e no artigo 220, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, oferecer a presente

REPRESENTAÇÃO

com pedido de medida liminar

em face da **SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE**, com a finalidade de impugnar a Resolução SS – 66, de 11/05/2020, que dispõe sobre a **Convocação Pública** das entidades privadas sem fins lucrativos, que já possuam qualificação como **Organização Social de Saúde**, nos termos da Lei Complementar nº 846/1998, visando à celebração de **Contrato de Gestão** para o **gerenciamento da Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde - CROSS**, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

1. Legitimidade do Ministério Público de Contas

Conforme o artigo 11 da Lei Complementar Estadual nº 846/1998, "q*ualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical é parte legítima para denunciar irregularidades cometidas pelas organizações sociais ao Tribunal de Contas ou à Assembleia Legislativa*". O artigo 110 da Lei Complementar nº 709/1993 *(Lei Orgânica do TCE)* dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.[1] Em complemento, o inciso IV, do artigo 3º da Lei Complementar nº 1.110/2010, assegura que cabe ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado interpor as ações e os recursos previstos em lei.[2] Por fim, o artigo 220, § 1º, do Regimento Interno deste TCE dispõe que a proposta prevista no § 1º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993 será previamente distribuída a Relator, que a submeterá ao Tribunal Pleno ou a arquivará por despacho fundamentado.[3] Entende-se, portanto, que o Ministério Público de Contas possui legitimidade para representar perante o Tribunal de Contas do Estado, sempre que houver ofensa à legislação.

2. Tempestividade da Representação

Aplicado analogicamente ao presente caso, o artigo 113, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 prevê que *"Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de*

[1] Art. 110: Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

[2] Art. 3º: Para o cumprimento de sua finalidade institucional, caberá ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado:
[...]
IV - interpor as ações e os recursos previstos em lei;

[3] Art. 220 [...] § 1º A proposta de iniciativa do Ministério Público, da Procuradoria da Fazenda do Estado ou aquela prevista no § 1º do art.13 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, será previamente distribuída a Relator, que a submeterá ao Tribunal Pleno ou a arquivará por despacho fundamentado.

licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas". Demais disso, a jurisprudência desta Egrégia Corte estabelece o prazo mínimo de 24 horas antecedentes do momento fixado para o recebimento das propostas, como se depreende do julgado abaixo:

> ***"2.1.*** *Pelos registros dos presentes autos, pode-se verificar que a Representação foi protocolizada na data de 24/01/2019, às 18:00h e distribuída ao meu Gabinete na data de hoje às 08h:55min, portanto, sem a antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas úteis da sessão de abertura das propostas, marcada para data de hoje às 14h:30min, considerando para tanto, a suspensão do expediente no dia 25/01/2019 - Feriado no Município de São Paulo.*
>
> *A jurisprudência desta Corte define o lapso mínimo de 24 (vinte e quatro) horas antecedentes do momento fixado para o recebimento das propostas como marco temporal para que este E. Tribunal exerça a prerrogativa de requisitar instrumentos convocatórios de licitação, conforme o rito de Exame Prévio de Edital, a exemplo dos TC's 001385/011/05 e 018073/026/05 e consoante dispõe o artigo §2º do artigo 113 da Lei 8.666/93:*
>
> > *"§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas."*
>
> *Deste modo, não é possível o processamento da representação sob o rito de exame prévio de edital, restando prejudicada a*

concessão da medida liminar pleiteada." (TCE/SP, eTC – 1432/989/19-2, Rel. Dimas Eduardo Ramalho, decisão publicada no DOE de 29/01/2019)

Neste sentido, conforme publicação no Diário Oficial do Estado na data de 12/05/2020, os interessados devem manifestar seu intento junto ao Titular da Pasta, por escrito, no prazo máximo de 10 dias úteis a contar da publicação da Resolução SS – 66 *(art. 1º)*[4] e entregar um Plano Operacional à Secretaria de Estado da Saúde em até 20 dias úteis contados a partir da expiração do prazo para manifestação de interesse *(art. 3º)*.[5] Desta forma, os prazos finais para a manifestação de interesse e apresentação do Plano Operacional pelos interessados se darão nos dias 25/05/2020 e 24/06/2020, respectivamente, encontrando-se tempestiva a presente Representação.

3. Considerações iniciais sobre as Organizações Sociais e sobre a Lei Complementar Estadual n.º 846/1998 (Lei Estadual das OS)

No presente caso, o incurso no mérito inicia-se pelo breve resgate do voto proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923, como

[4] Artigo 1º - Realizar a presente Convocação Pública das entidades privadas sem fins lucrativos, que já possuam qualificação como Organização Social de Saúde, nos termos da Lei Complementar 846, de 4 de junho de 1998, 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 de Ofertas de Serviços de Saúde - CROSS, manifestem, por escrito, seu intento junto ao Titular da Pasta, no prazo máximo de 10 dias úteis a contar da publicação desta Resolução.

[5] Artigo 3º - As Organizações Sociais de Saúde interessadas em firmar Contrato de Gestão para gerenciar a Central de regulação de Ofertas de Serviços de Saúde - CROSS deverão apresentar à Secretaria de Estado da Saúde, no prazo máximo de 20 dias úteis, contados a partir da expiração do prazo para manifestação de interesse, conforme disposto no artigo 1º desta Resolução, um Plano Operacional que contemple, no mínimo:
a) Apresentação da Organização Social de Saúde, um breve histórico e os objetivos gerais e específicos da instituição que embasam a manifestação de interesse;
b) Descrição dos processos de trabalho que serão desenvolvidos para a execução das ações e serviços que estão referidos no Projeto elaborado para a unidade em pauta;
c) Cronograma de implantação dos referidos serviços, quando for o caso;
d) Sistemática econômico-financeira para a operacionalização das ações e serviços de saúde propostos;

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 8.666/1993, que resguardam, acima de tudo, os princípios da isonomia e da impessoalidade. A partir deste diálogo das fontes, o contrato de gestão será analisado sob o prisma da **complementaridade do fomento**, verificando possível **delegação da atividade fim**, de modo a transformar a entidade beneficiária numa *longa manus* do aparato estatal. Superado tal obstáculo, a matéria será analisada sob o viés das **formalidades legais**, em atenção a três tópicos: o **objeto do fomento**, o **procedimento de seleção** e a **habilitação da entidade beneficiária**.

No julgamento da **ADI 1923/DF**, o Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade da Lei Federal n.º 9.637/1998 por inexistir conflito com a regra das licitações e o princípio constitucional da ampla competividade (art. 37, XXI, CF/88). Ainda assim, a Corte atribuiu interpretação conforme, com o propósito de ressaltar a complementariedade inerente ao Terceiro Setor. Neste sentido, destacou-se 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, a Corte 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. Por outro lado, 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, também ressaltou que o princípio da igualdade faz com que o instrumento de cooperação com o Terceiro Setor somente possa ser firmado com entidade escolhida através de chamamento público ou de

convocação pública, vale dizer, 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. Desta forma, o próprio Ministro da Suprema Corte reconhece a possibilidade de se aplicar ao Terceiro Setor aqueles vetores axiológicos que nortearam a edição da Lei Federal n.º 8.666/1993, tais como a isonomia e a impessoalidade.[6]

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. 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. 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*".[7]

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

[6] STF/627, ADI 1923/DF.

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

Claudia 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".[8] 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 (tratamento desigual aos desiguais na medida das desigualdades).

Não há dúvidas de que o d*iálogo 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 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

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

unicidade aos diferentes instrumentos jurídicos, remanescendo os convênios previstos no artigo 116 da Lei 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 celebrados entre entes públicos e instituições sem fins lucrativos, para atender a objetivos comuns". (g.n.).*[9]

Assim, embora o direito positivo disponha de uma gama de instrumentos jurídicos para viabilizar a cooperação com o Terceiro Setor, a

[9] MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios Administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica 0de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012, p.117.

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 8.666/1993 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 8.666/1993 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 8.666/1993 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 a comprovação da compatibilidade financeira, dando ampla publicidade ao ato para se alcançar a seleção imparcial do melhor interessado na prestação obrigacional. Tal intelecção 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.[10] 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.[11]

[10] 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.

[11] 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 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 aposto 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

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 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**. E mais: em se tratando de atividade-meio, a Administração não deveria restringir esta contratação às entidades do Terceiro Setor, mas sim licitar o objeto junto a empresas estatais, consoante regras estabelecidas pela Lei Federal nº 8.666/1993. Neste 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,

sido resolvidos pontualmente, com a adoção de valores de atividade similar em itens específicos, com a devida justificação". 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.

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 demonstração 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, de modo que eventuais inconformados possam interpor recurso na via administrativa antes da homologação e adjudicação; **(iii) Habilitação da Entidade**, com a avaliação jurídico-finalística das entidades e a avaliação técnico-econômica dos projetos (plano operacional).[12]

4. Objeto (vantajosidade, impacto orçamentário-financeiro, delimitação do fomento)

Na **análise do Objeto**, a Secretaria Estadual de Saúde falhou em comprovar a **vantajosidade** em recorrer a um vínculo de cooperação com o Terceiro Setor, com a publicação da convocação pública por intermédio da **Resolução SS - 66, de 11-5-2020**, em detrimento da própria administração direta dos serviços de saúde. Tal omissão é falha grave, pois impede a demonstração da eficiência e efetividade do contrato com o Terceiro Setor em concretizar os programas e as ações constantes do PPA, principalmente por se

[12] A análise objetiva corresponde aos incisos VII, VIII e IX das Instruções Normativas n.º 02/2008. A análise procedimental não tem correspondência direta. Por fim, a análise subjetiva encontra lastro nos incisos I, II, III, IV, V, VI, X, XI e XII das Instruções Normativas n.º 02/2008.

tratar de serviço de execução continuada que pode alcançar até 60 (sessenta) meses. A vantajosidade é requisito fundamental, uma vez que o contrato de gestão implicaria, em tese, no aperfeiçoamento da ação governamental, teria vigência superior ao exercício financeiro e buscaria atender aos programas de duração continuada que estão relacionados à promoção da saúde pública, nos termos do artigo 16 da LRF:

> *"Art. 16, da 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."*

Também não há na **Resolução SS n.º 66, de 11/05/2020,** nenhuma referência à origem dos recursos orçamentários, o que certamente contraria as regras de contabilidade pública, o que dificulta o exame concernente à *adequação material* com o PPA. Além do descumprimento das regras de contabilidade pública

(eg. indicação da fonte de custeio), a demonstração da vantajosidade deve ser seguida da **delimitação real e efetiva dos contornos da atividade a ser fomentada**, para além da simples definição do objeto contratual, pautando-se em 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 púbicas, 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 8.666/1993 como "ponte interpretativa" que permite o *diálogo das fontes* entre os 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, os artigos 1º e 2º do edital de convocação pública definiram o objeto do contrato de gestão de forma **lacônica**, assim como o Anexo Técnico I, que traz a descrição e escopo dos serviços.[13] Nota-se que não

[13] ANEXO TÉCNICO I

há qualquer campo destinado à inscrição de metas pactuadas e dos preços unitários em termos de sistematização, de informatização e de operacionalização das emergências, das consultas e dos atendimentos, o que acaba por dificultar a elaboração dos Planos Operacionais pelas entidades. Não se sabe a quantidade dos profissionais necessários, de que forma eles serão alocados, sua jornada de trabalho e nem quanto será gasto com cada um deles. E o laconismo do objeto também dificulta a estimativa do preço do serviço, ausente no edital em análise.

A existência de um orçamento estimado é requisito indispensável para que as propostas se mostrem exequíveis, dentro dos padrões esperados pela

---

DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS I - CARACTERÍSTICAS DOS SERVIÇOS CONTRATADOS I.1 - A CONTRATADA responsabilizar-se-á pelos recursos humanos e técnicos para operacionalização da CENTRAL DE REGULAÇÃO DE OFERTAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE - CROSS.

II- ESCOPO DOS SERVIÇOS
II.1 A CONTRATADA realizará a operacionalização da CENTRAL DE REGULAÇÃO DE OFERTAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE, CROSS, tendo sua base central instalada em edificações definidas pela SES/SP.

II.2 A prestação dos serviços inclui a realização dos seguintes processos e respectivas informações:
1. Processo de regulação e agendamento unificado e automatizado, do Módulo Ambulatorial, 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, do Módulo de Leitos com AIH e Módulo de Leitos, 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, do Módulo de Urgência, bem como das urgências da microrregião; 7
4. Processo de acompanhamento diário da disponibilidade dos serviços de urgência/emergência das unidades hospitalares sob gestão estadual ou municipal, do Módulo Pré-Hospitalar.
5. Processo de acompanhamento dos indicadores hospitalares da estratégia Santa Casa Sustentável, outros convênios/subvenções e demais instrumentos que forem demandados pela CGCSS, no Módulo de Indicadores.
6. Os processos descritos nos itens 1, 2, 3, 4 e 5 acima deverão ser apoiados por um sistema informatizado, disponível 24 horas por dia, com acesso via web e também via central telefônica, com colaboradores treinados e capacitados para atendimento em tempo integral.
7. Suporte ao Sistema Estadual de Transplantes incluindo: a) Infraestrutura predial; b) Posições de serviços e áreas comuns; c) Garantia de estrutura de comunicação.

II.3 A operacionalização da CENTRAL DE REGULAÇÃO DE OFERTAS DE SERVIÇOS DE SAÚDE inclui a utilização dos seguintes recursos:
a) sistemas informatizados específicos para as finalidades descritas no item II. 2 deste documento e que permitam a integração com sistemas de unidades executantes, solicitantes e/ou centrais de regulação, em todos os módulos e ferramentas do Sistema Informatizado Portal CROSS;
b) melhorias e desenvolvimento constante dos sistemas referidos no subitem a deste item II.3, de acordo com as necessidades, especificações e aprovações expressas da SES-SP, através da Coordenadoria de Gestão de Contratos de Serviços de Saúde;
c) infraestrutura de hardware para suporte aos sistemas referidos no subitem a deste item II.3, que garanta disponibilidade de acesso de forma ininterrupta de todos os usuários; 7
d) disponibilidade de sistema automatizado para elaboração de relatórios dinâmicos e de indicadores de acordo com as necessidades, especificações e aprovações expressas da SES-SP, através da Coordenadoria de Gestão de Contratos de Serviços de Saúde e Coordenadoria de Regiões de Saúde/Grupo de Regulação;
e) plano de contingência para casos de falta de energia, problemas de infraestrutura de rede e/ou de comunicações;
f) profissionais especializados e capacitados para as operações requeridas;
g) plano de ações de capacitação e treinamento, inclusive na modalidade educação à distância, com plataforma online, dirigidas aos usuários dos serviços da CROSS.

Administração Pública, bem como para a fase de execução do contrato. Ainda mais quando se trata de um assunto delicado como a saúde pública. Ao entender que a gestão pública é a principal causa da precariedade da saúde pública do país, os governantes tem adotado a estratégia de firmar contratos de gestão com instituições privadas, notadamente com Organizações Sociais, ficando o Poder Público como mero financiador nestes casos. A alteração do regime jurídico acaba por facilitar e flexibilizar a contratação e demissão de profissionais, a compra de insumos e a aquisição de serviços, abrindo caminho para desvios de condutas.

Diante deste cenário, a comprovação de vantagem econômica se faz imprescindível. Um contrato de gestão tem como pilar, além da definição de seu objeto, das metas e dos padrões de desempenho, o orçamento a ser destinado para sua execução. E um orçamento estimativo requer não apenas a indicação dos valores previstos para a contratação, mas também o detalhamento dos custos unitários dos serviços. Nesse mesmo sentido, jurisprudência pacífica desta Colenda Corte de Contas bandeirante:

> *"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 elaboração dos Planos Operacionais e a definição dos preços unitários, a descrição lacônica traz sérias dificuldades no **controle da execução contratual**. Neste sentido, destacam-se a possibilidade do **jogo de planilhas** e o advento de **aditamentos de acréscimo contratuais**. A Administração Pública, ao não delimitar com precisão o objeto da contratação, abre margem para a assinatura de termos aditivos que podem vir a alterar o objeto originalmente pactuado, de forma a gerar superfaturamento na contratação.

Neste ponto, cumpre mencionar que a operacionalização da Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde (CROSS) é atualmente objeto de contrato de gestão firmado com o Serviço Social Da Construção Civil do Estado De São Paulo (SECONCI), cujos autos eTC 6587.989.15-3 estão em trâmite neste Tribunal. Ainda que pendente de julgamento, a pretérita contratação reforça as preocupações deste *Parquet de Contas*, vez que aquele contrato fora objeto de inúmeros aditamentos, além de alvo de apontamentos acerca da ausência de vantajosidade, de composição analítica dos valores dos serviços, da transferência de recursos para outras finalidades, da contratação de empresas sem correlação com o objeto e sob o risco de responsabilidade subsidiária do Estado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, dentre outros.[14]

Por esses motivos, o MPC entende que as falhas atinentes ao Objeto da presente convocação pública são mais do que suficientes para ensejar a irregularidade desta matéria.

5. Procedimento (comissão avaliadora e convocação dos interessados)

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

[14] eTC 6587.989.15-3 – Contrato de Gestão. Relatório da Fiscalização (Evento 22.2).
eTC 9847.989.17-5 – Execução Contratual. Relatório da Fisclaização (Evento 14.40).

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 8.666/1993, 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 10.520/2002)* ou na constituição da comissão de licitação *(artigo 51, Lei n.º 8.666/1993)*. O *diálogo hermenêutico* com esses dois dispositivos legais revela, analogicamente, que o membro da comissão de avaliação deve ser servidor efetivo com *expertise técnica* na área.

No caso em tela, a Cláusula Quarta da Minuta do Contrato estabelece que a responsável pela avaliação do projeto e das atividades é a Comissão de Avaliação da Execução dos Contratos de Gestão, constituída pelo Secretário de Estado da Saúde, além de outros membros, como dois integrantes indicados pelo Conselho Estadual de Saúde e dois membros integrantes da Comissão de Saúde e Higiene da Assembleia Legislativa *(art. 9º, § 3º, Lei Complementar nº 846/1998)*.[15] Tratando-se de atividade avessa ao esporte, ressoa evidente a falta de critérios qualificativos na designação dos membros responsáveis pela avaliação do projeto, colocando em xeque a seriedade do procedimento de convocação dos interessados no fomento estadual.

[15] § 3 º - 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.

Além dos vícios atinentes à comissão avaliadora, o edital de convocação também padece de 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 ao 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 gestão, de um lado, e as regras fixadas no artigo 21 da Lei n.º 8.666/1993, no ponto em que fixam os padrões mínimos de publicidade para o ato ou instrumento 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 8.666/1993, 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 concorrências e tomadas de preços, desde que a legislação federal assim obriga."* (TCESP, 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 intelecção para o caso, nota-se que o artigo 1º do edital resolveu convocar as entidades qualificadas como organização social para que formalmente manifestem junto à Secretaria Estadual de Saúde, no prazo de dez dias úteis, contados a partir desta publicação, eventual interesse em celebrar contrato de gestão. Definidas de forma genérica as atividades fomentadas (artigos

1º e 2º, Anexos), o artigo 3º previu que as organizações sociais interessadas deverão apresentar, no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contados a partir da manifestação de interesse, Plano Operacional que contemple de modo detalhado a proposta de gestão das atividades a serem contratadas, sem sequer disponibilizar no edital publicado 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 vinte dias úteis seria insuficiente para a elaboração de plano operacional por outras entidades interessadas no fomento, o que poderia favorecer a antiga contratada, de forma a violar os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Dessa forma, as falhas no procedimento relacionadas à composição da comissão avaliadora e à publicidade do ato convocatório contribuem para a irregularidade da Convocação Pública em exame.

6. Habilitação da Entidade (avaliações jurídico-finalística e técnico-econômica do plano operacional)

Por fim, no âmbito da **habilitação da entidade**, a sistematização dos requisitos que constam das Instruções Normativas n.º 01/2016 conduz a dois tipos de avaliação que têm a finalidade de demonstrar se a entidade está habilitada para o desenvolvimento da atividade fomentada. *Primo*, a **avaliação jurídico-finalística** da entidade perpassa a 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 local e no parecer favorável da autoridade responsável pela área). *Secondo*, a **avaliação técnico-econômica** do plano operacional pressupõe ser imprescindível

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**, em complemento à constituição formal, o MPC reputa imprescindível a apresentação da Certidão Negativa de débitos trabalhistas e de débitos perante a Seguridade Social para fins de habilitação. 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 infraconstitucional, o artigo 47 da Lei n.º 8.212/1991 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 8.036/1990 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".* Na subsunção dessas 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 8.036/1990)*, ou decorre dos subsídios, auxílios e outros benefícios concedidos pela Administração *(artigo 27, "a", da Lei nº 8.036/1990)*, 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 o erário, pois o

inadimplemento das verbas trabalhistas e das contribuições sociais, por parte das entidades beneficiárias, pode acarretar a responsabilidade subsidiária do Poder Público, nos termos do Enunciado n.º 331, IV e V, do Egrégio TST, que teve sua redação recentemente 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 "o*s 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. 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 dever 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.

Cotejando o exposto ao caso em tela, percebe-se que a minuta do contrato faz referência à exigência de certidões negativas de débitos trabalhistas e de regularidade do FGTS somente para apuração dos Indicadores de Qualidade (Anexo Técnico III – Item IV Qualidade da Informação). Trata-se de exigência posterior à assinatura de contrato, para fins de avaliação do serviço ofertado, não se prestando a configurar requisito para a habilitação da entidade. Deste modo, a Administração corre o risco de contratar uma Entidade inapta a arcar com suas obrigações trabalhistas, previdências e sociais, ensejando responsabilidade subsidiária ao Poder Público. Neste ponto, cabe destacar novamente as falhas apontadas pela Fiscalização no contrato de gestão firmado anteriormente para execução deste mesmo objeto, qual seja a contratação de empresas sob o risco de responsabilidade subsidiária do Estado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.[16]

Ainda com relação a essas obrigações, chamou a atenção do *Parquet de Contas* a obrigação do Estado em viabilizar os recursos necessários à contratada para pagamento de dívidas líquidas e certas de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributárias *(itens 7 e 8, Cláusula Terceira)*.[17] Ao agir desta forma,

---

[16] 2.2.2 – Contratação da empresa FERNANDO COSTA LTDA. para a prestação dos serviços na pessoa do sócio Fernando Costa Neto, o qual desempenhará as atividades de Secretário Geral do SECONCI - "pejotização", sob o risco de responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Remuneração mensal superior aos níveis praticados pelo mercado privado.
• 2.2.3 - Contratação da empresa DCR MÉDICOS ASSOCIADOS LTDA. para a prestação dos serviços na pessoa do sócio Didier Roberto Torres Ribas, o qual desempenhará as atividades de Superintendência do Hospital Geral de Itapecerica da Serra e Hospital Regional de Cotia - "pejotização", sob o risco de responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Remuneração mensal superior aos níveis praticados pelo mercado privado. Constata-se que o Dr. Didier Roberto Torres Ribas responde, também, pelo cargo de Superintendente da CROSS. Para tanto, questiona-se a compatibilidade da carga horária trabalhada com o acúmulo de tais funções.
• 2.2.4 – Contratação da empresa FUNDING ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA. para a prestação dos serviços na pessoa do sócio Nelson Alejandro Frenk Schusterman, o qual desempenhará as atividades de Superintendente do Hospital Estadual da Vila Alpina - "pejotização", sob o risco de responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Remuneração mensal superior aos níveis praticados pelo mercado privado, com reajuste superior ao índice inflacionário do período.

eTC 9847.989.17-5 – Execução Contratual. Relatório da Fiscalização (Evento 14.40).

[17] CLÁUSULA TERCEIRA
DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE
Para a execução dos serviços objeto do presente contrato, a CONTRATANTE obriga-se a:
[...]
7- Caberá ao órgão contratante viabilizar os recursos necessários à organização social, para pagamento de dívidas líquidas e certas de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, provenientes de fatos geradores ocorridos anteriormente à gestão do objeto contratual pela OS, e cuja responsabilidade venha a ser imputada a ela, na condição de responsável por sucessão do órgão contratante ou de outra organização social;

a Administração Pública dá uma verdadeira "carta branca" às entidades do Terceiro Setor, permitindo que más gestões sejam beneficiadas com a viabilização de recursos públicos para a quitação de suas obrigações. E a ausência de exigência das Certidões Negativas para fins de habilitação agrava tal situação.

Quanto à **avaliação técnico-econômica**, o Plano Operacional 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 TCU fixa que, "a*s 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 Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

8- Caberá ao órgão contratante viabilizar os recursos necessários à organização social, para pagamento de dívidas líquidas e certas de natureza trabalhista, previdenciária, cível ou tributária, provenientes de fatos gerados durante a vigência contratual, cuja responsabilidade seja imputada a contratada, desde que não caracterizem hipóteses de culpa grave ou dolo, reconhecidos judicialmente;

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 consequentemente, 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.)

Cotejando tais considerações ao presente caso, nota-se que, em conjunto com todo o exposto anteriormente no **Item 4 - Objeto**, não foram observadas as condições necessárias à habilitação técnico-ecônomica da Entidade a ser contratada, mormente o laconismo na definição do objeto e ausência de detalhamento de custos unitários e de orçamento estimativo. Essas falhas de ordem técnico-econômicas em conjunto com as de ordem jurídico-finalísticas para fins de habilitação das Organizações Sociais maculam o ato convocatório em análise.

7. Pedidos

Diante do exposto, este Ministério Público de Contas, na qualidade de fiscal e guardião da lei, requer:

a) o recebimento da presente Representação sob o rito sumaríssimo do exame prévio de edital, com a consequente e imediata determinação de suspensão da Convocação Pública disposta na Resolução SS – 66, de 11/05/2020, promovida pela Secretaria de Estado da Saúde;

b) a regular instrução do feito, com intimação da Origem para que apresente os documentos e justificativas que julgue pertinentes, oitiva do órgão técnico da Casa, pelos seus segmentos especializados, acerca dos pontos de sua área de competência, bem como posterior retorno dos autos a este Ministério Público de Contas, para atuação na condição de *custos legis*; e

c) o reconhecimento, ao final da instrução e se devidamente demonstradas e acatadas as razões ora expostas, da nulidade da Convocação Pública, determinando-se à Secretaria de Estado da

Saúde o refazimento da fase interna e a adoção de modalidade/sistema adequados, além da adequação do ato convocatório às leis de regência.

Nestes termos, pede com a máxima vênia o deferimento do pleito.

São Paulo, 18 de maio de 2020.

RAFAEL ANTONIO BALDO
Procurador do Ministério Público de Contas

RAFAEL ANTONIO BALDO:04216600905
Assinado de forma digital por RAFAEL ANTONIO BALDO:04216600905
Dados: 2020.05.18 12:05:27 -03'00'

/44/25