

Processos nº:	TC-15542.989.19 e TC-12748.989.19
Contratante:	Prefeitura Municipal de Cubatão
Contatada:	Fundação São Francisco Xavier
Assunto:	Contrato de Concessão nº 01/2017 e Contrato nº 111/2017

Excelentíssimo Senhor Conselheiro,

Retornam os autos ao Ministério Público de Contas, diante dos pronunciamentos da Prefeitura Municipal de Cubatão (TC-15542.989.19, eventos 214 e 286, e TC-12748.989.19, eventos 216 e 265) e da Fundação São Francisco Xavier (TC-15542.989.19, eventos 260.1 e 288, e TC-12748.989.19, eventos 238 e 267), bem como trâmite por ATJ-ECO (TC-15542.989.19, evento 291.1, e TC-12748.989.19, evento 270.1).

Retoma-se que o **CONTRATO DE CONCESSÃO Nº 01/2017** (TC-15542.989.19) decorre de Dispensa de Licitação (Processo Administrativo nº 11.365/2017), amparada nos artigos 100 e 162 da Lei Orgânica de Cubatão e art. 3º da Lei Municipal nº 3.848/2017, firmado em 11/10/2017, cujo objetivo é a concessão administrativa de uso de bens públicos imóveis no município de Cubatão, com previsão da execução de obras de adequação sanitária e instalação de unidade de terapia renal substitutiva, oxigenioterapia e oncologia no Complexo Hospitalar Doutor Luiz de Camargo da Fonseca e Silva.

Em conjunto, **CONTRATO Nº 111/2017** (TC-12748.989.19), firmado no âmbito do Programa de Reestruturação e Contratualização dos Hospitais Filantrópicos no Sistema Único de Saúde, criado pela Portaria do Ministério da Saúde nº 1.721/GM/MC/05. Tal pactuação, datada de 31/11/2017, advém de Inexigibilidade de Licitação (Processo Administrativo nº 13.183/2017), amparada no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, e possui como



objetivo a prestação de ações e serviços de saúde no Complexo Hospitalar Doutor Luiz de Camargo da Fonseca e Silva.

Destaca-se, ainda, representação formulada pela e. titular da 2ª Procuradoria de Contas (TC-16372.989.17), Dra. Élide Graziane Pinto, cuja irresignação centra-se, em suma, na transferência integral da execução dos serviços de saúde sob titularidade do Município à particular, com reserva de apenas 60% da capacidade hospitalar ao atendimento do SUS, utilizando-se, para tanto, de instrumento contratual impróprio.

É o breve relatório.

Desde logo, ressalta-se decisão deste Tribunal pela interrupção de Concorrência Pública nº 02/2017, aos 13/09/2017, após agravo interposto pela e. Procuradora de Contas já referenciada, cuja fundamentação remonta determinação expedida na Ação Civil Pública nº 1003399-78.2016.8.26.0157 de impedimento ao Município de Cubatão de “*gerir e praticar qualquer ato de administração sobre o Hospital Municipal Doutor Luiz de Camargo da Fonseca e Silva*” (TC-13126.989.17, evento 48.1, fls. 10/12).

Após revogação do citado procedimento administrativo, em 15/09/2017, por parte da Administração Pública, a Prefeitura de Cubatão publicou “aviso para seleção de entidade sem fins lucrativos para concessão administrativa de bens públicos – complexo hospitalar”, aos 27/07/2017 (TC-16372.989.17, evento 61.2), do qual, após julgamento de propostas, sagrou-se vencedora a Fundação em epígrafe.

Compulsando os termos do Contrato de Concessão e diante dos fatos supra narrados, nota-se a reiteração de irregular delegação à iniciativa privada da execução integral dos serviços públicos de saúde, nos termos do item 2.3 (TC-15542.989.19, evento 1.4, fl. 02), em evidente burla à decisão proferida em sede judicial e utilizando-se de instrumento jurídico impróprio para a finalidade objetivada.

Concernente ao apontamento de **inadequação da modalidade contratual eleita**, repisa-se arguição da e. Procuradora de Contas (TC-16372.989.17, evento 1.1, fl. 05):

[...] não há cabimento na proposta da Origem em conceder, por meio de contrato de concessão de uso, bens imóveis afetados nuclearmente à execução de serviço público, qual seja, a concretização do direito fundamental à saúde, tendo em vista que o ajuste não engloba apenas a concessão às entidades privadas de bens imóveis, mas também abrange a execução dos próprios serviços públicos nos quais se vinculam tais bens. Ocorre, in casu, o desvio de



finalidade no manejo de modalidade contratual incompatível com o objeto licitado, levando-se em conta que o escopo principal do certame é a prestação dos serviços públicos de saúde, de forma que os bens imóveis afetos a tal finalidade apenas desempenham papel acessório.

Frise-se que a concessão de uso jamais poderia ser utilizada por qualquer gestor público para transferência da execução indireta ao particular dos serviços de saúde de titularidade de ente federativo, o que denota a falta de fundamentos jurídicos no emprego do instrumento contratual eleito.

Sobre o tema, a Fundação alega que “*não se pode taxar de inadequada uma escolha pública em favor de determinado modelo de gestão e prestação de serviços públicos de saúde. [...] Tampouco a atuação conjunta com a iniciativa privada em prol de uma prestação de serviços públicos significa a retirada do Estado de sua posição de garante*” (TC-15542.989.19, evento 260.1, fl. 13).

Ademais, argui conformidade da avença “*ao princípio da separação dos poderes e atual concepção do princípio da legalidade, de acordo com os quais os estes federados têm discricionariedade para a gestão de seus bens, uma vez que tal gestão se trata de uma típica atividade administrativa*”, além de sustentar não haver “*obrigatoriedade de expressa autorização legal para a escolha de determinados modelos de gestão*” (TC-15542.989.19, evento 260.1, fl. 16).

No entanto, as assertivas defensórias encontram óbices fáticos, além de carecerem de fundamentação normativa que as resguarde.

Primeiramente, nos termos do decidido na Ação Civil Pública nº 1003399-78.2016.8.26.0157, o Município de Cubatão estava impedido de gerir e praticar qualquer ato de administração sobre o Hospital Municipal Doutor Luiz de Camargo da Fonseca e Silva, cuja gestão, em caráter provisório, deveria ser exercida e conduzida integralmente pelo Estado de São Paulo.

Em segundo lugar, conforme o próprio excerto trazido à baila pela Concessionária (TC-15542.989.19, evento 260.1, fl. 17), “*a gestão de bens públicos há de ser feita em compatibilidade com a lei*”, sobretudo em observância à finalidade precípua da norma regente. Porém, o que se constata é articulação Prefeitura Municipal de Cubatão, em conjunto com o Legislativo local, para firmar contrato com ares de legalidade através da edição de sucessivos atos normativos primários que transbordam as competências estatuídas pelo



constituente originário no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, dispositivo regulamentado pela Lei nº 8.666/1993.

Nesse diapasão, reitera-se apontamento fiscalizatório, *in verbis* (TC-15542.989.19, evento 35.21, fl. 04):

A Lei Municipal nº 3.848/17, que autorizou a presente concessão, em seu artigo 3º também permitiu que o Executivo Municipal dispensasse a realização de concorrência pública, com fundamento no artigo 100 da Lei Orgânica de Cubatão.

Ocorre que, nos termos do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, cabe privativamente à União a expedição de normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive, e, conforme inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, todas as obras, serviços, compras e alienações serão precedidos de licitação, ressalvados os casos especificados na legislação, sendo a regulamentação desse dispositivo constitucional materializada na Lei Federal nº 8.666/93, que em seus artigos 17 e 24 estipula todas as modalidades de Dispensa de Licitação.

Nesse diapasão, **toda e qualquer espécie de dispensa não amparada nos sobreditos dispositivos legais é irregular, não sendo possível à legislação local criar modalidade não prevista na lei de regência, qualquer que seja, restando inconstitucional qualquer norma municipal que inove no tema.**

Nota-se que a Lei nº 3.848/2017, basilar à concessão ora em análise, foi objeto da ADIN nº 2027755-38.2018.8.26.0000, proposta pelo MPESP. Apesar de julgamento sem resolução de mérito, por objetar norma de efeitos concretos já exauridos, teve como um dos fundamentos a criação de *“exceção à regra de licitação, prestigiada no art. 117 da CE/89, ao favorecer como concessionário de uso de bem público e de serviço público pessoa jurídica de direito privado, que não investiu nessa qualidade a partir de processo seletivo objetivo, público e imparcial, o que significa, ainda afronta à competência legislativa da União para normas gerais sobre licitação e contrato administrativo, patenteando ofensa à competência normativa alheia, cognoscível por força do art. 144 da CE/89”*.

Considerando-se o impedimento judicialmente imposto¹, a Secretaria Municipal de Saúde aduz inexistência de alternativas senão a concessão administrativa de uso de bem público, em caráter oneroso, para entidade sem fins lucrativos, para garantir a manutenção de repasse dos recursos do SUS e atendimento à diretriz constitucional de direito à saúde (TC-15542.989.19, evento 1.17, fl. 06).

¹ Ação Civil Pública nº 1003399-78.2016.8.26.0157.



No entanto, o que se extrai dos pronunciamentos das partes é a confusão entre institutos diversos, quais sejam: concessão de uso de bem público, concessão de direito real de uso e contratos de concessão de serviço público. Verifica-se colação de excertos ora de um, ora de outro, em evidente contorcionismo jurídico em busca de embasamento ao procedimento adotado.

Nesse viés, convém elucidar as características principais dos citados institutos:

- a) **CONCESSÃO DE USO:** consiste em contrato administrativo pelo qual a administração pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que o exerça conforme a sua destinação. Sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*. A concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário². **A concessão de uso exige licitação, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.666/93.**
- b) **CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO**³: é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público, estando regulado pelo Decreto-lei nº 271/67. Este instrumento é bastante parecido com a concessão de uso. Entretanto, conforme o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho, [...] há dois pontos diferenciais básicos. De um lado, a concessão de uso [...] instaura relação jurídica de caráter pessoal, tendo as partes relação meramente obrigacional, enquanto que no presente tipo de concessão de uso é outorgado ao concessionário direito real. De outro os fins da concessão de direito real de uso são previamente fixados na lei reguladora. Destina-se o uso à urbanização, à edificação, à industrialização, ao cultivo ou a qualquer outro que traduza interesse social. [...] incide sobre terrenos públicos em que não existam benfeitorias. É de se ressaltar que há expressa previsão dessa forma no § 1º do art. 18 da Lei Federal nº 9.636/98. Na concessão de direito real de uso de bens imóveis, quando destinada a outro órgão ou entidade da administração pública, aplica-se a **hipótese de licitação dispensada**, prevista no artigo 17, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.
- c) **CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO**⁴: instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. **Sempre através de licitação** – em contraste com o que ocorre nos meros

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. 2ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

³ NEVES, Marcelo; LIMA, Denise Hollanda C. **Ocupação por terceiros de espaço físico em bem imóveis de órgãos públicos: análise de juridicidade**. Revista do TCU.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição. Malheiros editores. São Paulo, 2010.



contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que público-, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de prestador do serviço ao usuário, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade.

Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada ao poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou obra por prazo determinado”.

Só se tem concessão de serviço público quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral. Pode ocorrer que, para tanto, o concessionário necessite usar um bem público, mas o objeto da concessão é o serviço a ser prestado. Diversamente, a concessão de uso pressupõe um bem público cuja utilização ou exploração não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências do público em geral, mas as do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos. O objeto da relação não é, pois, a prestação do serviço à universalidade do público, mas, pelo contrário, ensejar um uso próprio do próprio bem ou da exploração que este comporte. **Só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e privativo do Poder Público. Por isto não caberia cogitar a outorga de concessão a alguém para que preste serviços de saúde** ou de educação, já que nem uma nem outra destas atividades se constituem em serviços privativos do Estado.

Ocorre que, no caso concreto, o contrato de concessão, conjuntamente analisado ao Contrato nº 111/2017, apresenta características bastante semelhantes às concessões de serviço público precedida de execução de obra, carecendo, porém, de maiores detalhes. No entanto, conforme doutrina acima colacionada, os serviços de saúde não podem figurar como objeto de tal modalidade contratual, já que não são considerados serviços privativos do Estado.

Assim, à revelia do costumeiramente utilizado em tratativas junto ao terceiro setor, sempre precedidas de seleção pública (como a celebração de contratos de gestão com organizações sociais), acredita-se que, de modo a viabilizar a pactuação em análise, o Município utilizou-se de suposta concessão de uso de bem público, sob irregular dispensa licitatória fundada em inovação legislativa sem resguardo no ordenamento jurídico vigente, criando modalidade contratual *sui generis*, cujas características remontam instrumentos jurídicos diversos, em solução legalmente imprópria.

O caso ganha contornos ainda mais graves diante do achado de auditoria de que a Fundação São Francisco Xavier se relaciona com a USIMINAS, empresa essa obrigada,



nos termos de TAC firmado no âmbito do processo nº 0084500-19.2009.5.02.0255, ao pagamento de aproximadamente R\$ 8 milhões aos cofres municipais, com obrigatoriedade de reversão dos recursos em equipamentos de hemodiálise, câmara hiperbárica e oncologia. Há, portanto, relevantes indícios de direcionamento do Chamamento Público realizado, o que, além de evidente infringência ao princípio da isonomia, é bastante prejudicial ao erário e população local.

Na prática, mostra-se que a contratação firmada entre as partes, muito além dos anseios de manutenção e oferta de serviços de saúde aos moradores de Cubatão, oportunizou irregular exploração comercial do aparato estatal em prol de grupo econômico com débitos junto ao Município, em possível falibilidade da compensação financeira imposta pela Corte trabalhista.

Corroborando o acima exposto, a contratualização dos serviços de saúde no Complexo Hospital Doutor Luiz Camargo da Fonseca e Silva (TC-12748.989.19) firmada sob irregular amparo no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 (inexigibilidade licitatória), sem comprovação cabal dos fundamentos basilares para tal medida (TC-12748.989.19, evento 35.18, fl. 11⁵).

Mas não é só. A pactuação em questão encontra óbice sob o prisma da complementariedade fixado pela Constituição Federal em seu art. 199, §1º e viola os princípios da equidade e universalidade garantidos constitucionalmente, pois, além de transferir de maneira irrestrita à particular a prestação dos serviços de saúde, o imóvel objeto da concessão firmada é a única unidade hospitalar referenciada do Município e, portanto, o **uso de 40% da estrutura pública para atendimento de particulares** não se alinha aos preceitos fixados pelo ordenamento pátrio, partindo-se da premissa de que parte substancial de atividade essencial do Estado será destinada apenas àqueles que dispõem de recursos ou de planos de saúde e podem pagar pelo respectivo serviço.

⁵ De toda sorte, requisitamos à Origem a apresentação dos estudos realizados para fins de identificar a suposta necessidade da complementação de serviços do SUS, bem como a demonstração da impossibilidade da sua assunção direta pelo Município (Arquivo “01-Requisição de Documentos 041-2019-OBJ”, item 1), sendo prestado em resposta documento no qual constam apenas argumentações genéricas a respeito do elevado custo de manutenção da unidade hospitalar, da restrições orçamentárias do Órgão e dos limites da LRF (Arquivo “10-Justificativa”), restando não comprovada a execução do sobredito levantamento prévio.



Nos termos da e. Procuradora de Contas (TC-16372.989.17, evento 1.1, fl. 11), “os objetivos traçados pelo constituinte originário quando da criação do Sistema Único de Saúde se assentam sobre os princípios da universalidade, equidade e integralidade, o que afasta a ideia de o atendimento público compreender diversas possibilidades de acordo com a capacidade econômico-financeira do paciente, sobretudo se esse atendimento estiver sob tutela do Estado”.

Em igual sentido, é o manifestado pelo e. Procurador-Geral de Justiça, no bojo da ADIN nº 2027755-38.2018.8.26.0000, na qual se argui que a “a lei local possibilitou que uma entidade privada operasse um hospital público, prestando serviço de saúde à particulares, firmando convênios, inclusive com o próprio poder público. Ao assim proceder, nada mais houve do que a privatização de um espaço público, sem processo licitatório, satisfazendo unicamente interesses privados, em flagrante violação aos princípios da administração pública, em especial à moralidade administrativa (art. 111, CE/89)”.

Ademais, a contratualização dos serviços de saúde se deu no âmbito do Programa de Reestruturação e Contratualização dos Hospitais Filantrópicos no Sistema único de Saúde, cujo objetivo é o de, através de incentivos financeiros, promover a integração de hospitais filantrópicos aos sistemas locais e regionais de saúde (Portarias do Ministério da Saúde nº 3.410/GM/MS/13 e 1.721/GM/MS/05), o que, porém, não seria o caso.

Como bem elucida a d. equipe de auditoria (TC-12748.989.19, evento 35.18, fl. 07), a Fundação São Francisco Xavier não se enquadraria nas hipóteses do Programa supra citado. No entanto, em razão da outorga do Complexo Hospitalar em suposta concessão de uso de bem público, “foi a ela conferida, **artificialmente**, as condições necessárias para a sua adesão à contratualização, dando à presente contratação aparente aderência à legislação de regência”.

Ainda, conforme narra a instrução, se considerados os recursos de origem federal, estadual e municipal, o valor total firmado foi de R\$ 199.308.027,35, do qual R\$ 102.000.000,00, à título de IAC, será financiado apenas com verbas municipais, ao longo dos 60 meses de vigência contratual (TC-12748.989.19, evento 35.18, fls. 02/03). Contudo, tal montante excede em R\$ 74.447.124,00 o limite de 50% arbitrado pelo art. 3º da Portaria nº 2.035/GM/MS/13 (TC-12748.989.19, evento 35.18, fl. 13).



Sobre o tema e compulsando as justificativas apresentadas, a d. ATJ-ECO conclui que “o valor do IAC estabelecido no contrato não foi fixado com base na Portaria nº 2.035/GM/MS/13, sendo que as partes deixaram de informar qual teria sido o critério adotado para tanto” (TC-12748.989.19, evento 270.1, fl. 03).

Extraí-se dos autos falta de transparência na composição de valores, achado não restrito ao Contrato nº 111/2017 (TC-12748.989.19), mas também é óbice à apuração de compatibilidade do investimento estimado no bojo da concessão de uso de bem público (TC-15542.989.19, evento 35.21, fl. 13), diante da ausência de memoriais descritivos, planilhas orçamentárias com indicação da fonte dos valores dos bens e serviços, ou mesmo pesquisa de preços, que fundamente as cifras constantes nos compromissos firmados.

Diante do exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se pela **IRREGULARIDADE** das matérias *sub examine*, com proposta de sanção aos responsáveis, à luz do art. 104, II, da Lei Orgânica do TCE/SP.

São Paulo, 11 de agosto de 2022.

JOÃO PAULO GIORDANO FONTES
Procurador do Ministério Público de Contas

/49

