



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, representado pelos procuradores infra assinados, e o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, representado pela 3ª. Promotoria de Justiça Cível da Serra, Dra. Maria Clara Mendonça Perim, que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 127 da Constituição da República c/c art. 99, § 1º, incisos II e VI, da Lei Complementar n. 621/12, oferecer

REPRESENTAÇÃO

com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

Em face de

JOSÉ TADEU MARINO, Secretário de Estado da Saúde e **ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO SANTO (ABES)**,

Em razão de **graves ilegalidades** perpetradas no procedimento administrativo licitatório n.º 58329617 (doc. anexo), **com eminente risco de dano ao erário estadual**, conduzido pela Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Espírito Santo - SESA, referente ao Edital n. 001/2012, que originou o contrato n. 001/2012 celebrado com a **ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO SANTO (ABES)**, para fins de operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital Dr. Jayme Santos Neves, conforme fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

A Secretaria Estadual de Saúde, com a aprovação da Lei Complementar n. 489/2009, deflagrou o processo administrativo acima referido com a finalidade de contratar organização social para gerir as atividades e serviços de saúde do Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves, mediante a destinação de bens móveis e imóveis, bem como a cessão de servidores públicos estaduais efetivos vinculados ao serviço transferido.

A opção pelo modelo de gestão por organização social encontra-se subsidiada por estudo realizado pela empresa ATTO Consultoria em Saúde, consoante relatório acostado às fls. 20/41 dos autos do procedimento n.º. 58329617, ratificado pelo ilustríssimo Secretário de Estado da Saúde, José Tadeu Marino, às fls. 336.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Lançado o edital n. 001/2012 de convocação pública para parceria com organização de saúde (fls. 281/324) apenas três entidades manifestaram interesse na contratação, a saber, a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo – AEBES (fl. 518), o Instituto de Saúde Preventiva e Ações Sociais Assistidas Meridional – Instituto Meridional (fl. 520) e o Instituto Excellence (fl. 523), sendo que somente os dois primeiros apresentaram as respectivas propostas técnicas e planos operacionais, consoante ata de fl. 531.

Nos termos do relatório de fls. 534/542, da comissão julgadora do concurso, sagrou-se vencedora do certame a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo – AEBES, a qual veio a celebrar o contrato de gestão n. 001/2012, no montante de R\$ 109.413.492,95 (cento e nove milhões, quatrocentos e treze mil, quatrocentos e noventa e dois reais e noventa e cinco centavos), referentes aos primeiros 15 meses de contrato, sendo que R\$ 7.201.611,85 (sete milhões, duzentos e um mil, seiscentos e onze reais e oitenta e cinco centavos) correspondem ao exercício de 2012 e R\$ 102.211.881,10 (cento e dois milhões, duzentos e um mil, oitocentos e oitenta e um reais e dez centavos) ao exercício de 2013.

Considerando que a vigência contratual é de cinco anos, a previsão estimada de desembolso no período é de R\$ 547.067.464,75 (quinhentos e quarenta e sete milhões, sessenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e setenta e cinco reais), montante ao qual se agrega outros R\$ 4.999.935,98 (quatro milhões, novecentos e noventa e nove mil, novecentos e trinta e cinco reais e noventa e oito centavos), a ser transferido à organização social, no primeiro ano do contrato, a título de investimento para aquisição de bens e/ou reforma predial. Registre-se, por sobreaviso, a consideração de que eventuais repactuações contratuais, no curso desse período, poderão importar em aditivos com aptidão para alterar o custeio e majorar ainda mais os valores referidos.

Embora adotado processo seletivo, a contratação em exame encontra-se maculada de graves irregularidades, que conduzem à nulidade absoluta do contrato, consubstanciadas no descumprimento de princípios básicos da administração pública, indicando a existência de direcionamento do certame e favorecimento da entidade vencedora, salientando-se, ainda a existência de sério e iminente risco ao erário estadual, consubstanciado na transferência de recursos públicos, cujos custos não estão devidamente comprovados e nem balisados pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência.

II – DO DIREITO

II.1 – Da aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 às normas do processo seletivo da organização social e do contrato de gestão.

Preceitua o art. 5º da LC n. 489/09 que “a escolha da Organização Social, para celebração do Contrato de Gestão, será realizada por meio de publicação de Edital de Convocação Pública, que detalhará os requisitos para participação e os critérios de seleção dos projetos”, o qual será dispensado apenas quando demonstrada a inviabilidade de competição, devendo-se, contudo, serem observados os princípios da legalidade, moralidade, igualdade, publicidade, motivação e eficiência (art. 6º).



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Embora a menção a tais princípios encontre-se na norma que trata da contratação direta, é importante frisar que o processo seletivo inaugurado para a seleção de organizações sociais, quando houver multiplicidade de interessados, como no caso vertente, também deverá ser regido por eles, conforme bem ressaltado no parecer da Procuradoria Geral do Estado à fl. 252, *verbis*:

*[...] por óbvio, a escolha da OS a ser contemplada, novamente, terá que ser balizada por critérios objetivos e impessoais, que atendam aos princípios norteadores da Administração Pública, **sem que, com isso, se exija a rígida observância do fluxo procedimental estabelecido na lei de licitações [...]***

É possível afirmar que, conquanto não se aplique o fluxo procedimental da Lei n. 8.666/93 ao processo seletivo em questão, são-lhes, porém, aplicáveis, subsidiariamente, todas as normas destinadas a garantir a observância dos princípios básicos da legalidade, da isonomia, da obtenção da proposta mais vantajosa pela administração, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, consoante art. 2º do indigitado estatuto legal.

A despeito de qualquer previsão legal ou editalícia, aplicam-se às contratações dessa natureza as normas de estatutos legais que tem por fundamento o resguardo dos princípios constitucionais que regem a administração pública, conforme leciona Marçal Justen Filho:

Suponha-se que a Administração resolva atribuir um hospital à gestão de organização social. Imagine-se que duas organizações sociais (cada qual integrada por um grupo de médicos distinto) pretendam assumir a gestão do nosocômio. A escolha da Administração é livre ou necessita promover licitação?

[..]

A questão tem de ser solucionada segundo os princípios gerais aplicáveis. Não é admissível afirmar que a Administração seria livre para realizar o contrato de gestão, sem maiores parâmetros jurídicos. O contrato de gestão não é uma porta aberta para escapar das limitações do direito público. Portanto e até em virtude da regra explícita do art. 37, inc. XXI, da CF/88, o Estado é obrigado a submeter seus contratos de gestão ao princípio da prévia licitação.

Ressalte-se que incidem, no caso, os dois princípios básicos fundamentais da licitação.

Em primeiro lugar, há o postulado da indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal. Como decorrência, a Administração não pode ceder bens, pessoal e recursos a terceiros por mera liberalidade. Nem se diga que o contrato de gestão não terá natureza sinalagmática, eis que não incumbirá ao particular realizar qualquer prestação em favor da Administração. **Isso não autoriza desperdícios. Terá de ser selecionada a melhor alternativa.** Quando o Estado escolhe uma certa organização social e com ela firma determinado contrato de gestão, está atuando no molde a promover o bem comum. Esse é o único fundamento que autoriza ceder bens, pessoal e recursos humanos para particulares. Seria um contrassenso afirmar, simultaneamente, que o Estado não necessitaria optar pela melhor escolha possível. **Nessa hipótese tanto quanto em qualquer outra, a atuação do Estado tem que ser norteada pelo ideal de selecionar a melhor alternativa possível. [...]**

Em segundo lugar, há o princípio da isonomia. Todas as organizações sociais têm o direito de ser tratadas igualmente. Não se admitem distinções fundadas em escolhas



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

meramente subjetivas. Isso impede que algumas organizações sociais mereçam tratamento privilegiado, sem que tal seja resultado de diferenças efetivas e compatíveis com os valores constitucionais. Sequer se poderiam estabelecer distinções discricionárias relativamente ao montante de verbas 'distribuídas' entre as distintas organizações sociais. Seria incompatível com o princípio da isonomia escolher determinada organização social e excluir outra(s) para realizar contrato de gestão com objeto específico. **Se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de processo seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios constitucionais da objetividade, moralidade e economicidade. [...]**

Deve reconhecer, enfim, que a incidência dos princípios constitucionais apontados não desemboca na realização necessária de licitação idêntica à prevista para os casos comuns. **Os princípios continuam aplicáveis, mas podem produzir as consequências jurídicas diversas das verificadas nos casos usuais.**

Deve-se partir do ponto de que, havendo possibilidade de competição, será exigível a licitação. **A inexigibilidade poderá derivar da ausência de pluralidade de potenciais interessados em participar da contratação. Mas para tanto, será imperioso que o Estado divulgue sua intenção de promover contratos de gestão com determinado objeto. Não é possível que as contratações de gestão se façam às ocultas, sem o cumprimento do requisito da publicidade. [...]**

Não sendo hipótese de inexigibilidade, a licitação deverá obedecer ao modelo básico da Lei nº. 8.987. É que a apuração das vantagens auferíveis pelo contrato de gestão é extremamente similar ao que se passa no regime de concessões. [...] **Por isso, as peculiaridades do art. 15 da Lei nº. 8.987 (com a redação dada pela própria Lei nº. 9.648) retratam variações plenamente avaliáveis e relevante a propósito de contrato de gestão. [...]** (grifos acrescidos)¹

No caso, o item 2.3 do Edital 001/2012 traz previsão expressa quanto à aplicação subsidiária da lei de licitação ao processo de seleção e contratação, senão vejamos:

2.3 o procedimento de seleção reger-se-á pela Lei Complementar nº. 489 de 21 de julho de 2009, Decreto nº. 2484-R, de 10 de março de 2010, e Portaria 047-R, de 18 de agosto de 2011, bem como as Leis Federais nº.8.080, de 19 de setembro de 1990 e nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, e demais Normas do Sistema Único de Saúde (SUS) emanadas pelo Ministério da Saúde (MS) e Lei Federal nº. 8.666/93 e suas alterações, no que couber, além das condições fixadas neste Edital e seus Anexos.

E, especificamente, no tocante às cláusulas contratuais, o art 34 da LC n. 489/09 é expresso, no sentido de que *“aplicam-se aos Contratos de Gestão os princípios estabelecidos na Lei Federal nº. 8.666, de 21.6.1993, no que couberem”*.

Por essa razão, os atos que tenham sido praticados em inobservância às normas da Lei n. 8.666/93 que se destinam a garantir a observância de princípios constitucionais da administração pública são ilegais e maculam de nulidade toda a contratação.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 332-334.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA

II.2 – Das irregularidades perpetradas

II.2.1 - Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela SESA.

A decisão pelo modelo de gestão do Hospital Dr. Jayme Santos Neves por meio de organização social encontra-se lastreada no relatório de fls. 21/41 elaborado pela empresa ATTO Consultoria em Gestão em Educação em Saúde Ltda, cujas considerações finais merecem integral reprodução:

Fundamental enfatizar que é impraticável – não se tem registro – um hospital de 360 leitos de internação atingir plena ativação no primeiro ano de funcionamento. Assim sendo, o estudo que está apresentado, foi inicialmente preparado pelo custo operacional total, o que não se aplica ao primeiro ano do processo de ativação.

*Entretanto, a metodologia utilizada parte da projeção pelo universo total e, **após definição do processo de ativação** é possível elaborar o custo da fase de ativação gradual, o qual tem uma produção assistencial em curva ascendente – o que determina um custo total menor e apresenta custos individuais (unidade de produção) mais altos. O processo de ativação foi necessariamente definido em conjunto com equipe técnica da SESA e submetido “de acordo” da liderança da pasta.*

Isto esclarecido convém destacar as bases do banco de dados que municiaram o presente estudo bem como as premissas de cálculos consignadas.

1 A fonte de custos adotada para embasamento foi a plataforma de Custos aferida em 20 hospitais públicos administrados por OSS no estado de São Paulo.

2 Dado que não é disponível, até o momento, informes de custos específicos à rede de hospitais públicos do estado do Espírito Santo, adotamos o banco de cálculo de dados de São Paulo e estabelecemos premissas de cálculo para permitir alguma paridade.

3 Dentre as premissas de cálculo adotadas cabe referir: na área de Recursos Humanos mantivemos o porte, pois, os profissionais médicos do Espírito Santo têm a média do patamar salarial superior aos de São Paulo enquanto os de Enfermagem (técnicos e enfermeiros) têm porte salarial inferior. Estes grupos de profissionais correspondem à aproximadamente 70% do custo total com recursos humanos.

*4 por analogia, no universo total da plataforma segregaram-se pontualmente as várias linhas de assistência por similaridade de porte de produção e por especificidade do escopo assistencial. Ou seja, para elaboração do presente estudo dedicou-se o cuidado possível para alcançar o maior grau de paridade o que, situa seus resultados no âmbito de **referência para tomada de decisões e não de ferramenta conclusiva.***

Nesse sentido, importante lembrar que todas as ferramentas de análise de viabilidade econômica-financeira reportam-se aos informes históricos, enquanto as projeções orçamentárias consistem na única fonte de prospecção.

Salta aos olhos, em princípio, que o trabalho apresentado pela ATTO à Secretaria de Estado da Saúde tem como **parâmetro os valores praticados no Estado de São Paulo**, município este cuja realidade territorial, política e populacional difere, sobremaneira, do Estado do Espírito Santo.

Como forma de “adequar tais valores” à realidade do Estado do Espírito Santo, aduz a ATTO Consultoria ter adotado algumas premissas, a saber: a) manteve na área de Recursos Humanos o porte, cujos grupos de profissionais (médicos e enfermeiros)



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

correspondem à aproximadamente 70% do custo total com recursos humanos; e, b) segregaram-se pontualmente as várias linhas de assistência por similaridade de porte de produção e por especificidade do escopo assistencial.

Não obstante, **graves inconsistências podem ser notadas no referido relatório**, o que compromete significativamente o seu resultado, com diretas conseqüências sobre os valores adotados para fins de repasse à organização social contratada, quais sejam:

(i) afirma-se que a fonte de custos adotada para embasamento foi a plataforma de custos aferida em 20 hospitais públicos administrados por OSS no Estado de São Paulo sem, entretanto, especificar quais seriam tais unidades hospitalares e quais seriam os custos de cada uma delas.

Trata-se de informação de suma importância, haja vista que não se pode comparar os custos de hospitais de perfis diferentes, v.g. um hospital de portas abertas com um hospital porta-fechada, vez que estes são, em regra, muito mais lucrativos, pois é possível selecionar a clientela de forma mais efetiva a garantir que sejam referenciados pacientes com quadro clínico vantajoso.

(ii) uma das premissas adotadas para adequar os custos do Estado de São Paulo foi a manutenção do porte na área de recursos humanos, alegando que ela corresponde a 70% do custo total respectivo.

Além de não trazer a fonte oficial onde consta a referida disparidade salarial entre os profissionais médicos e enfermeiros, há de ressaltar que não foi informada qual a representação desse valor no custo/despesa final por leito.

(iii) não há qualquer informação quanto às várias linhas de assistência por similaridade de porte de produção e por especificidade do escopo assistencial que restaram agregadas e qual a representação de cada uma delas custo/despesa por leito, bem assim se tal agregação se deu por hospital ou entre hospitais distintos, o que pode refletir no custo final.

Todo relatório técnico deve conter o respectivo suporte fático, o qual não fora apresentado no caso em questão, comprometendo a confiabilidade dos dados neles lançados.

A falta de fontes para averiguação e confirmação dos valores e informações ali expostos expõe o erário risco de dano, haja vista que é muito provável que custos estejam superestimados, ocasionando maior dispêndio de recursos e abrindo portas para o desvio e apropriações indevidas.

Destaca-se, ainda, importante informação constante no referido relatório: **seus resultados destinam-se a servir de referência para tomada de decisões e não de ferramenta conclusiva.**

Dessa assertiva se extrai a conclusão de que os elementos apresentados no relatório da ATTO Consultoria, caso estivessem devidamente calcados em suporte fático seguro, deveriam servir apenas para subsidiar a decisão pela adoção ou não do modelo de



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

gestão por OSS, mas **NUNCA** para estabelecer o parâmetro do custo da contratação, como ocorrido neste caso.

Tal fato não restou despercebido pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT, na Manifestação AST/SECONT 032/2012, que assim concluiu quanto ao relatório apresentado pela ATTO:

A SECONT não possui elementos para validar o custo apresentado. É pertinente que o valor por consulta caia à medida que cresce no número de consultas realizadas, mas não podemos confirmar se o valor pago por consulta é ou não apropriado. Cabe à SESA a confirmação dos valores de cada item apresentado pela Consultoria, indicando quais os componentes incluídos no valor de cada item, separando, se possível, os custos fixos dos variáveis.

[...]

Já a tabela para avaliação dos indicadores de qualidade é de natureza eminentemente técnica da área de saúde, razão pela qual os indicadores não serão objeto da presente análise. É necessário, no entanto, em termos formais, descrever cada indicador, sua forma de cálculo e metodologia de apuração, além do plano de resposta à mensuração de indicadores, quando os objetivos medidos pelos indicadores não forem alcançados.

Destaca-se, finalmente, que em razão da complexidade inerente à gestão hospitalar, esta SECONT não possui elementos para validar o custo da forma como foi apresentado – pelos valores globais – mas é imperioso ressaltar que é de inteira e exclusiva responsabilidade do órgão contratante assegurar a compatibilidade do preço contratado com o preço de mercado, sendo essencial que órgão conheça os custos da contratação, inclusive a divisão entre custos diretos e indiretos.

Conclusão

Diante do exposto, deve a SESA, para fins de transparência e *accountability*:

1. Demonstrar as premissas de cálculo estabelecidas, conforme descrito na Folha 39;
2. Justificar o valor linear dos três primeiros meses, que compõem o 1º módulo, tendo em vista a possível progressividade dos custos de implantação;
3. Examinar e atestar a compatibilidade com o preço de mercado do preço unitário de cada tipo de serviço que compõem os Módulos 2, 3, 4 e 5;
4. Descrever quais os itens inclusos no custo de cada tipo de serviço. Esta informação é essencial para subsidiar eventuais alterações no Contrato de Gestão;
5. Separar, quando possível, os custos diretos dos custos indiretos;
6. Justificar uso do custeio por absorção pleno, método que permite menos controle gerencial que outros métodos de custeio e não contribui para análise de eventuais processos de repactuação;
7. Fazer detalhamento dos indicadores, conforme disposto no corpo do texto;
8. Realizar criteriosa fiscalização da prestação dos serviços contratados e das futuras prestações de contas provenientes da execução do contrato.

Em leitura às manifestações técnicas da SECONT, verifica-se que o relatório apresentado pela ATTO não dispõe dos elementos mínimos para estimar o custo dos serviços a serem transferidos e, por consequência, não podem balizar o valor do custo/despesa leito apresentado (R\$ 641,11, cf. f. 17).



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Em resposta à manifestação da SECONT, a Secretaria Estadual de Saúde elaborou o despacho de fls. 224/230, assentando que “os valores estimados pela ATTO Consultoria estão de acordo com o mercado”. Não obstante, essa conclusão já constava do relatório de fls. 03/20, antes mesmo da análise da SECONT, embora com menor detalhamento.

Em parte, observa-se que a Secretaria Estadual de Saúde subsidiou sua decisão em cálculos apresentados pela própria ATTO Consultoria, os quais já tinham sido considerados incongruentes pelo SECONT.

Dessa forma, especialmente por se tratar de contratação que ultrapassa meio bilhão de reais, **deveriam os autos ter retornado à SECONT para validação dos dados apresentados**, haja vista ser este o órgão do governo estadual incumbido de auxiliar e prevenir outros órgãos quando haja erro ou impropriedade na condução do procedimento licitatório, decisão que melhor salvaguardaria o erário.

Em continuidade, não bastasse a insuficiência dos dados levantados pela ATTO Consultoria para demonstrar o custo/despesa leito do hospital Dr. Jayme Santos Neves, **assinala-se outras incongruências que repercutem diretamente no cálculo deste**, a saber:

(i) às fls. 03/20 e 224/230 a SESA é veemente em afirmar que o levantamento dos custos não tiveram por parâmetro os valores praticados na rede estadual de saúde em decorrência desta secretaria não dispor em suas unidades hospitalares de um centro de custo.

Não obstante, sabe-se que o Estado ainda mantém sob a gestão direta hospitais públicos com perfis diversos, não havendo justificativa quanto à não adoção de levantamento dos respectivos valores para a fixação de um parâmetro do custo, ao menos quanto a essas áreas específicas.

No caso em apreço, aliás, a maior parcela das atividades que serão prestadas pelo Hospital Jayme Santos Neves já vinha sendo prestados pelo Hospital Dório Silva há anos, de sorte que é no mínimo imprudente desconsiderar o seu custo anterior como um parâmetro seguro.

Além disso, em termos de gasto com pessoal, seria mais coerente que a apuração de custo que tivesse como parâmetro uma prospecção dos valores de remuneração dos cargos efetivos constantes do novo edital de concurso da Secretaria de Estado da Saúde.

Ora, a informação em tela descredencia a própria opção do modelo de gestão por OSS, pois se o próprio Estado não sabe o custo do leito da rede hospitalar pública, não é ele capaz de assegurar que a adoção daquele modelo é o que melhor atende ao interesse público comum, nem que é a mais vantajosa, conforme determina a LC n. 489/09.

Assim, na esteira da lição de Marçal Justen Filho acima transcrita, se não há elementos suficientes para demonstrar que o modelo adotado é “a melhor alternativa



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

possível”, resta configurada a cessão de bens, móveis e imóveis, pessoal e recursos a particulares por mera liberalidade, o que constitui **ofensa ao postulado da indisponibilidade do interesse público**.

Com efeito, se o Estado não possui qualquer referência de preço dos hospitais públicos, a opção pela gestão por meio de OSS se mostra açodada, sendo mais prudente inaugurar o hospital sob a gestão da Administração Pública para, após o período de pré-ativação, adotar tal decisão, se for o caso.

(ii) nas mesmas informações de fls. 03/20 e 224/230 a SESA informa que o preço de mercado foi obtido através dos valores pagos na compra de leitos na rede privada no exercício de 2011 nos hospitais Meridional e Santa Rita, os quais, segundo ela, têm perfil semelhante ao Hospital Dr. Jayme Santos Neves.

Ocorre, contudo, que tais compras não se dão mediante licitação, prática que, se adotada, certamente reduziriam, em muito o custo do leito, devido à competitividade de mercado.

Igualmente, se a ATTO Consultoria utilizou parâmetros de preço de hospitais do Estado de São Paulo, qual a razão da coleta de preço também não ter sido feito junto a tais hospitais? A própria atitude da SESA contradiz o parâmetro adotado para cálculo do custo do leito no Estado do Espírito Santo.

Ademais, não se justifica não se ter coletado preços juntos a outros hospitais particulares do Estado para se aferir corretamente o preço de mercado, o que evidencia que os parâmetros de cálculos da SESA são equivocados e deveriam ser submetidos novamente ao crivo da SECONT para validação.

(iii) à fl. 230 consta resumo comparativo das linhas de serviços estimadas pela ATTO Consultoria para o custo de operacionalização do Hospital Dr. Jayme Santos Neves. Observa-se que no tocante ao custo de mercado dos serviços de ambulatório e pronto-socorro foi considerado somente o valor do honorário médico, não se computando os demais custos inerentes ao setor.

Não se mostra concebível que no cálculo do custo/despesa leito não se tenha computado todos os custos diretos e indiretos, de modo que o valor apresentado pela ATTO Consultoria não se mostra completo, o que gera incerteza quanto aos valores que serão repassados à OSS, os quais repercutem, necessariamente, sobre o custo da terceirização.

(iv) à fl. 17 verifica-se o levantamento do custo/despesa leito entre diversos hospitais públicos e privados no Estado do Espírito Santo. Causa surpresa que o custo do leito do Hospital Evangélico (R\$ 1.589,74), administrado pela OSS vencedora do certame, seja o dobro do custo estimado para o Hospital Dr. Jayme dos Santos Neves (R\$ 641,11).

A adjudicação do contrato de gestão à vencedora sob tal circunstância, em especial, diante da ausência de uma demonstração clara dos custos efetivos do serviço, pode conduzir a repasses não programados ou ainda à paralisação do serviço público transferido, caso o Estado se recuse a recompor os preços.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Tal assertiva se comprova por meio de notícia veiculada no dia 20.02.2013, no sítio www.gazetaonline.com.br, onde se verifica que a gestora da Organização Social de Saúde (OSS) Pró-Saúde, estaria deixando a administração do Hospital Central alegando que o valor de R\$ 38 milhões anuais repassados pelo Estado seria insuficiente para manter o custeio do hospital.

A paralisação do serviço, não se questiona, vai de encontro ao interesse público, enquanto a revisão do valor do custo do leito, aumentando em grandes percentuais, configuraria ofensa ao princípio da igualdade e isonomia, pois este é fator preponderante para a participação de interessados na licitação.

(v) salienta-se a possibilidade de haver cessão de servidor público efetivo vinculado ao serviço transferido à OSS com custos para a origem. Ocorre, entretanto, que em nenhum lugar há menção do quantitativo de servidores, ainda que estimado, a ser cedido, nem a repercussão dessa despesa sobre os valores a serem transferidos, o que deveria ser mencionado, já que influi do custo do serviço.

Ceder servidor à OSS, com custo para a origem, sem que tal valor tenha sido previsto inicialmente e nem haja previsão para abate/glosa nos valores a serem repassados, constitui locupletamento ilícito do particular, já que sua margem de lucro aumenta, pois passará a contar com mão-de-obra sem qualquer ônus.

(vi) os custos apresentados à fl. 17 não são comparáveis entre si, pois se trata de hospitais com perfis diferenciados. Por exemplo, não se pode comprar o custo do leito do Hospital Jayme Santos Neves com o do Hospital Central, vez que este é porta-fechada, enquanto o primeiro é porta-aberta.

II.2.1.1 – Da contratação direta da empresa ATTO Consultoria em Gestão em Educação em Saúde Ltda.

Levantadas todas essas dúvidas, a veracidade e confiabilidade do estudo técnico apresentado pela ATTO Consultoria são colocadas sob suspeita quando se verifica que a empresa fora contratada mediante inexigibilidade de licitação, havendo indícios de que ela fora selecionada justamente para produzir dados que conduzissem a uma decisão favorável à adoção do modelo de gestão por OSS.

A contratação da ATTO Consultoria, por inexigibilidade de licitação, conforme publicação no DOEES, ocorreu na data de 19 de outubro 2010, tendo por objetivo a prestação de serviço de assessoramento e consultoria em contratos de gestão na área da saúde previstos no programa de Organizações Sociais, cujo contrato (009/2010) foi fixado no valor de R\$ 195.550,00.

Em 15/07/2011 foi publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo a inexigibilidade de licitação de um novo contrato entre a SESA e a ATTO Consultoria, tendo como base legal o art. 25, II, da Lei nº. 8.666/93.

Em continuidade, na data de 21 de julho de 2011 foi publicado no DOEES um novo contrato (Número 019/2011), cujo objeto é prestação de consultoria e assessoramento, em desenvolvimento, implementação, gestão, controle, monitoramento e



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

avaliação dos contratos de gestão com Organizações Sociais, vigentes e novas; E desenvolvimento, implementação, gestão, controle, monitoramento e avaliação das unidades hospitalares do Estado; Capacitação de equipes para lidar com instrumentos jurídicos relacionados a parcerias; assim como, desenvolvimento e implantação de instrumentos de gestão padronizados para apoio a rede hospitalar. Este contrato teve como prazo de vigência o período de 12 (doze) meses, desta feita no valor de R\$1.054.410,00.

Por duas vezes mais calhou deste contrato ser aditado, conforme publicações do DOEES nos dias 16/01/2013 e 23/07/2012 (documento anexo)

Soa estranho que tais contratações sejam derivadas por contratos de inexigibilidade de licitação, vez que levantamento realizado pelo Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (em anexo) informa a existência de diversas empresas cujo objeto social apresentam compatibilidade com o objeto social da ATTO Consultoria, a saber: Andrade's Consulta em Gestão Empresarial, HQI – Gestão em Saúde, Gestão Consultoria e Assessoria, Vemac It Solutions, Instituto de Desenvolvimento Tecnológico e Apoio a Gestão em Saúde, as quais, em tese, poderiam prestar consultoria na área de gestão em saúde pública.

Destaca-se, por sua notoriedade, a empresa PLANISA PLANEJAMENTO E ORGANIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE SAÚDE S/S LTDA, que recentemente celebrou contrato com o Estado do Rio de Janeiro, conforme consta do Relatório n. 120 do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro – LAB-MPES, em anexo.

Sobejam, portanto, indicativos de que a composição dos custos apresentados nos autos do procedimento administrativo 583296617 tenha sido adremente manejada para apontar a solução de gestão por OSS como a alternativa mais viável para a administração do Hospital Dr. Jayme Santos Neves, não refletindo, necessariamente, o custo/despesa leito do Estado do Espírito Santo.

II.2.2 – Transferência de recursos para aquisição de bens e investimentos. Ausência de motivação.

Consoante § 3º da cláusula sétima do contrato n. 001/2012, para a aquisição de bens e/ou reforma predial será transferido à contratada, no primeiro ano, a importância de R\$ 4.999.935,98.

O valor em questão corresponde ao apresentado pela AEBES na sua proposta, tendo por parâmetro valor supostamente indicado pela SESA. Ocorre, contudo, que o documento de fls. 150/202, onde constam dados e informações para elaboração do plano operacional pelas entidades licitantes, não há qualquer menção aos tipos de equipamentos que devem ser adquiridos e nem às obras que se fazem necessárias para a ativação do hospital.

Não se tem, portanto, quaisquer informações nos autos quanto ao valor estimado pela SESA para fins de investimento (R\$ 5.000.000,00) e nem os motivos pelos quais se fazem necessários, em especial quanto às obras, já que se trata de unidade hospitalar recém construída, carecendo, assim, sejam esclarecida a forma de aplicação destes recursos.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

II.2.3 – Ilegal alijamento do Conselho Estadual de Saúde (CES)

É cediço que uma das vigas constitucionais de sustentação do SUS é a participação da comunidade, a qual se encontra estampada no art. 198, inciso III, da CF/88, senão vejamos:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

III – participação popular

Nos termos da Lei Federal n. 8.142/90, essa participação social se dá mediante dois mecanismos principais: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, sendo que ambos devem funcionar, de forma efetiva, em todos os níveis da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios².

Destaca-se que os Conselhos de Saúde – como concretização do princípio da participação da comunidade no SUS – ganharam estatura constitucional com a edição da Emenda Constitucional nº 29, de 2000, a qual, ao definir fontes de financiamento para as ações de saúde, atribuiu a esses colegiados o acompanhamento e a fiscalização dos Fundos de Saúde, nos quais são creditados todos os recursos públicos afetados à saúde (art. 77, § 3º do ADCT, com a redação dada pelo art. 7º da EC 29/00³).

A existência e o correto funcionamento do Conselho de Saúde são, aliás, condições para a gestão do SUS e o recebimento de verbas federais, conforme estabelece o inciso II do art. 4º da Lei Federal n. 8.142/90, *in verbis*:

Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

I - Fundo de Saúde;

² Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

[...]

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

³ § 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

II - **Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o** Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990; (grifo nosso)

III - plano de saúde;

IV - relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o § 4º do art. 33 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;

V - contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento;

VI - Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS), previsto o prazo de dois anos para sua implantação.

Parágrafo único. O não atendimento pelos Municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabelecidos neste artigo, implicará em que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.

No mesmo sentido, a dispõe a novel Lei Complementar n. 141/12:

Art. 22. É vedada a exigência de restrição à entrega dos recursos referidos no inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal na modalidade regular e automática prevista nesta Lei Complementar, os quais são considerados transferência obrigatória destinada ao custeio de ações e serviços públicos de saúde no âmbito do SUS, sobre a qual não se aplicam as vedações do inciso X do art. 167 da Constituição Federal e do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Parágrafo único. A vedação prevista no caput não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega dos recursos:

I - à instituição e ao funcionamento do Fundo e do Conselho de Saúde no âmbito do ente da Federação; e

II - à elaboração do Plano de Saúde.

Os Conselhos de Saúde são órgãos permanentes e deliberativos, cabendo-lhes tomar as decisões relativas à discricionariedade política e administrativa inerentes ao exercício do Poder Executivo.

Vaticina Marlon Alberto Weichert que:

A outra instância é o Conselho de Saúde, que tem caráter permanente e deliberativo. Não se cuida, portanto, de mero órgão consultivo, mas sim com atribuição legal de deliberar sobre a condução do sistema de saúde no âmbito do respectivo ente. As atribuições do Conselho vão desde a formulação das estratégias de atuação até o controle da execução da política na instância correspondente, inclusive nos aspectos financeiros e econômicos. E, ao invés de ser atribuição do Conselho homologar decisões do Poder Executivo, é a este que cabe homologar as deliberações do Conselho de Saúde.

Note-se que a atribuição de função deliberativa aos Conselhos não se confunde com a função legislativa do Poder Legislativo. A deliberação será quanto ao campo das decisões normalmente reservadas ao Poder Executivo, no exercício do seu poder regulamentar e administrativo⁴.

⁴ WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Vale citar, ainda, que artigo 48, parágrafo único, da LRF traz o “incentivo à participação popular” como instrumento de transparência de gestão fiscal, a qual, no presente caso, se dá pela participação do Conselho Estadual de Saúde (CES), legítimo representante da sociedade na tomada de decisões sobre a implementação das políticas públicas de saúde, sobretudo, na fiscalização da regular aplicação dos recursos vinculados a essa área.

Extraí-se, indubitavelmente, que a afetação dos serviços públicos de saúde a entidades privadas é uma das decisões essenciais, nucleares da política de saúde em determinado ente federativo de modo que, pode-se afirmar, insofismavelmente, que é da atribuição do Conselho Estadual de Saúde do Estado do Espírito Santo sobre ela deliberar, seja para propor, aprovar ou rejeitar a terceirização da gestão de determinado Hospital.

No caso em questão tanto a decisão pela adoção do modelo de gestão por OSS quanto os estudos técnicos que a embasaram não foram objeto de deliberação e aprovação pelo Conselho Estadual de Saúde.

Consta às fls. 332 dos autos do procedimento administrativo que, com a finalidade de facultar “a participação popular no processo decisório, mediante submissão do projeto aos debates empreendidos no âmbito do Conselho Estadual de Saúde (CES)” foram agendadas três atividades: a) reunião no CES com o Conselho Gestor do HDS, no dia 4/9/12; b) visita aos membros do CES ao Hospital Estadual Central (HEC) e Hospital Dr. Jayme Santos Neves, no dia 03/09/12; e, apresentação do projeto ao CES, no dia 06/09/12.

De fato, a aludida reunião no Conselho Estadual de Saúde para apresentação do projeto ocorreu. No entanto, nessa ocasião, não houve qualquer decisão do Órgão, positiva ou negativa, seja para aprová-lo ou rejeitá-lo.

Como não constava a ata da aludida reunião da internet e visando à melhor compreensão dos fatos, a Promotoria de Justiça Cível de Serra, conforme documento anexo, colheu declarações de **MARIA MARUZA CARLESSO** - Conselheira Estadual de Saúde, **AGUIBERTO OLIVEIRA DE LIMA** - Conselheiro Estadual de Saúde representante da CUT e **ANDRESSA BARCELLOS DE OLIVEIRA**, Conselheira Estadual de Saúde representante do Sindicato dos Enfermeiros, os quais deixam claro que não houve qualquer deliberação quanto ao referido projeto, vejamos:

MARIA MARUZA CARLESSO,

“que a categoria dos trabalhadores estava defendendo votar contra o modelo de gestão por OS, [...], que é certo, entretanto, que o CES como um todo não aprovou/deliberou o modelo naquele dia, [...], que dos prestadores presentes na reunião havia a Dra. Penha D’Ávila da Santa Casa e também o Dr. Ricardo Ewald, gestor do Hospital Evangélico, [...], que o edital saiu logo depois da citada reunião, mas sem aprovação do CES”(...). (grifo nosso)

AGUIBERTO OLIVEIRA DE LIMA e ANDRESSA BARCELLOS DE OLIVEIRA,

“que não houve votação e aprovação do Conselho Estadual de Saúde acerca da terceirização da gestão do novo Hospital da Serra para Organização Social, [...], que estava notoriamente sendo subtraída do CES a possibilidade de deliberar sobre a matéria; [...]; que houve muita discussão acerca do tema, mas não houve votação nem aprovação do referido projeto; que houve indignação e várias manifestações de repúdio pelos



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Conselheiros naquela reunião; que o sentimento dos conselheiros foi no sentido de que o “conselho só existia para homologar os interesses do governo”; que os interesses não estavam sendo claros em relação a essa matéria e os conselheiros se sentiram preocupados em serem utilizados como “massa de manobra”; que por conta disso houve uma grande preocupação em não referendar o projeto apresentado naquele dia; [...]” (grifo nosso)

Ora, como dito, o Conselho de Saúde não é órgão meramente homologatório, mas tem a precípua competência para deliberar sobre a adoção de determinadas políticas públicas de saúde, inclusive nos aspectos financeiros e econômicos, as quais, para serem implantadas, devem ser deliberadas e aprovadas por essa instância.

Assim, não é dado a qualquer um dos entes federativos ignorar o seu respectivo Conselho de Saúde ou adotar medidas que não tenham sido por ele aprovadas. A Secretaria de Estado da Saúde não pode adotar políticas de saúde contra – ou à revelia – desse colegiado, pois política pública de saúde não necessariamente caminha junto com a política de governo. O Conselho existe justamente para resguardar as ações públicas de saúde da influência política.

A participação social no SUS, através dos Conselhos de Saúde (os quais têm, no mínimo, metade dos seus assentos ocupados por usuários dos serviços), é corolário do postulado inserto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição, que dimana que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”*

Nesse contexto, a postura do gestor público de desconsiderar as decisões de uma instância constitucional de participação direta na administração pública viola, pois, o intróito material da Lei Fundamental – que estipula a democracia participativa como forma de exercício do poder pelo seu titular, o povo – e o seu desdobramento no âmbito do SUS, que prevê a participação da comunidade na sua gestão, através dos Conselhos de Saúde.

II.2.4 – Falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da SESA que ratificou o modelo de gestão por OSS.

O Secretário de Estado da Saúde no despacho de fl. 336 ratificou a escolha do modelo de gestão do hospital Jayme Santos Neves por meio de OSS com suporte: (a) nos pareceres da SECONT, PGE e da GCMASS e (b) no êxito desse modelo adotado pelos Estados de São Paulo, Bahia, Fortaleza (*sic*), Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul dentre outros.

Em princípio, cabe dizer, que a manifestação técnica da SECONT apontou uma séria de incongruência pertinentes aos custos adotados que não foram devidamente esclarecidos, consoante mostrado no item II.2.1. Embora a SESA tenha às fls. 224/230 apresentado justificativas quanto aos levantamentos da SECONT, os novos cálculos não foram submetidos àquele órgão de controle.

No tocante à invocação de êxito do modelo em outros Estados, o secretário não colaciona aos autos nenhum estudo técnico capaz de subsidiar sua assertiva.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Ao contrário, em relação ao Estado de São Paulo, estudo de hospitais estaduais paulistas, realizado pelo Tribunal de Contas no ano de 2011 (em anexo) demonstrou, dentre outras conclusões, que os hospitais da administração direta são melhores nos indicadores de recursos humanos, de qualidade (mortalidade menor na AD que nas OSS), de eficiência técnica (utilizando o indicador de altas por leito clínica médica) e de produtividade. Outrossim, os hospitais da administração direta também apresentaram menor prejuízo econômico, embora os da OSS tenha maior volume de receita dos procedimentos de média complexidade que são a maior receita econômica.

Por sua vez, quanto ao Estado do Rio de Janeiro, colaciona-se noticiário de problemas relacionados à gestão de serviços de saúde por OSS, envolvendo dois municípios:

Duque de Caxias

Servidores públicos de Duque de Caxias protestam nesta sexta-feira 26 contra o abandono da saúde e educação públicas no município. A manifestação acontecerá no bairro Jardim Primavera, a partir das 10h. Segundo servidores da saúde municipal, na última quarta-feira (24/10), e sem qualquer explicação à população usuária, a Prefeitura fechou a Maternidade de Xerém, direcionando as gestantes para o Hospital Moacyr do Carmo. Outra denúncia é sobre o Posto de Saúde do Pilar, administrado por uma 'organização social' (O.S.), que recentemente acabou com o atendimento noturno.

Além do sucateamento da saúde, a Prefeitura vem desrespeitando os direitos dos trabalhadores terceirizados. Os da empresa Construir estão há quase três meses sem salário, vale-transporte e vale-alimentação. "Caxias está um caos. O Prefeito Zito não negocia com os trabalhadores e está numa política de total abandono. É inaceitável, sobretudo num município onde há recursos para o pagamento", disse a diretora do Sindsprev/RJ Leny Claudino.⁵

Teresópolis

CREMERJ recebeu, na segunda-feira, 7 de janeiro, denúncias de médicos de Teresópolis sobre a carência de profissionais e as contratações irregulares na região. Segundo as informações, das 16 clínicas do Programa de Saúde da Família (PSF) no município, apenas quatro contam com médicos, e estas também têm equipes incompletas. Na Unidade de Pronto Atendimento (UPA), os profissionais não têm carteira assinada e a Organização Social (OS) que gere a unidade não estaria cumprindo os acordos salariais.⁶

E no próprio Estado do Espírito Santo, problemas com a administração do Hospital Central se arvoram, vejamos:

A Secretaria de Estado da Saúde (Sesa) lançou edital de convocação para empresas que tenham interesse em gerir o Hospital Estadual Central, que fica no Centro de Vitória. A atual gestora, a Organização Social de Saúde (OSS) Pró-Saúde, estaria deixando a administração da unidade, depois de quase dois anos, alegando que o valor de R\$ 38 milhões anuais, repassado pelo Governo Estadual, é insuficiente para manter os custos do hospital.

"Hoje são oferecidos 125 leitos, mas queremos atingir a marca de 145 leitos em funcionamento. A Pró-Saúde pediu R\$ 60 milhões para manter a qualidade do serviço e aumentar a oferta de leitos. Mas o governo do Estado contratou uma empresa de consultoria que, após estudos, garante que as medidas são possíveis com o valor oferecido atualmente à organização", explica o subsecretário estadual de Saúde, Geraldo Queiroz.

⁵ <http://www.sindsprevrj.org.br/jornal/secao.asp?area=24&entrada=6041#>

⁶ <http://www.cremerj.org.br/destaques/mostraDestaque.php?idDestaque=181>



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

De acordo com o edital, publicado no Diário Oficial do Espírito Santo, o limite máximo de orçamento previsto, referente ao primeiro período de 12 meses, chega a um total de R\$ 40.314.664,47, sendo até R\$ 38.814.664,47 de custeio e R\$ 1,5 milhão de investimentos mediante apresentação de projeto especial.⁷

Observa-se, portanto, que o sucesso invocado para motivar a prática do ato de ratificação não se encontra corroborado por estudo técnico. Da mesma forma, consoante já mostrado no item II.2.1 desta peça, os estudos econômico-financeiros efetuados pelo ATTO Consultoria, além de não estarem validados pela SECONT, não representam a realidade do Estado do Espírito Santo.

Nos termos da Lei n. 4.717/65 são nulos os atos lesivos ao patrimônio público no caso de inexistência dos motivos, assim verificada quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido (art. 2º, “d”, e parágrafo único, “d”).

No presente caso, não há suporte jurídico válido para a decisão que ratificou a escolha do modelo de gestão por OSS do Hospital Dr. Jayme Santos Neves, o que torna o ato inválido, bem assim todos os demais subseqüentes.

**II.2.5 – Deficiência na publicidade do edital de convocação pública.
Indício de favorecimento de entidades localizadas no Estado do Espírito Santo.**

Preceitua o art. 4º, § 2º, da LC n. 489/09 que “o Poder Público deverá conferir ampla publicidade ao propósito de transferência da atividade ou serviço, através de avisos publicados, no mínimo, por 1 (uma) vez no Diário Oficial do Estado e 1 (uma) vez em jornal de grande circulação estadual, além da disponibilização nos meios eletrônicos de comunicação”.

Oportuno destacar a orientação da própria Procuradoria Geral do Estado (fl. 267) no sentido de se dar ampla publicidade ao ato com a finalidade, principalmente, de se alcançar OSS localizadas em outro Estado, *verbis*:

c) em virtude do potencial de atratividade do presente projeto, e tendo em vista que a qualificação da entidade como *organização social* pode ocorrer a qualquer tempo (independentemente de prévio processo de seleção), faz-se recomendável que a Secretaria torne a divulgar em seu *site* oficial na Internet a possibilidade de que entidades filantrópicas obtenham a referida titulação de “OS”. **Sugere-se, inclusive, que a divulgação ocorra de forma mais ampla possível, em ordem a atrair outras OS com destacada atuação nos demais estados da Federação (art. 6º da Portaria nº 047-R/2011);**

Não obstante a orientação supra, observa-se que no Jornal Folha de São Paulo fora publicado apenas um aviso resumido (fl. 355) em que a Secretaria de Saúde do Estado “*torna público que continuam abertas as inscrições para qualificação de Organizações Sociais da Saúde*”.

Ora, determina a lei que deve haver ampla publicidade ao propósito de transferência da atividade ou serviço. No caso da publicação acima, não se fala do referido

⁷ http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2011/10/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/989274-secretaria-da-saude-quer-trocar-administrador-do-hospital-central.html



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

propósito, mas apenas ao processo de qualificação. O contrário não se sucedeu com as publicações realizados nos veículos de comunicação do Estado do Espírito Santo, onde se constou expressamente a intenção de selecionar organização social para gerenciar o Hospital Dr. Jayme Santos Neves (fls. 356/379).

Observa Marçal Justen Filho⁸ que para se atender o princípio da isonomia “*será imperioso que o Estado divulgue sua intenção de promover contratos de **gestão com determinado objeto**. Não é possível que as contratações de gestão se façam às ocultas, sem o cumprimento do requisito da publicidade*”. (grifos acrescentados)

Na hipótese, a publicação no jornal Folha de São Paulo foi um arremedo de publicidade, pois não tem o condão de transparecer aos interessados o propósito do Estado em transferir a gestão de hospital estadual cujo custo estimado do contrato gira em torno de R\$ 500 milhões. Se o ato tivesse sido publicado a contento, certamente, outras OSS com capacidade reconhecida teriam acudido ao certame, atraídas, sobretudo, pelo valor da contratação.

Houve, portanto, ofensa ao princípio da isonomia e à competitividade do certame, o que se comprova pelo fato de que apenas três entidades, capixabas, saliente-se, manifestaram interesse em disputar o objeto (fls. 518/523).

II.2.6 – Restrição ao certame. Prazo insuficiente para elaboração da proposta técnica e do plano operacional. Ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da proporcionalidade/razoabilidade.

O edital n. 001/2012 determinou na cláusula 4.1 o prazo máximo de 25 dias, contados da publicação do edital, para que as entidades interessadas apresentassem o plano operacional da gestão e a proposta técnica.

Trata-se de prazo exíguo não condizente com a complexidade e o vulto da contratação, a qual, se regida pela Lei n. 8.666/93, deveria estabelecer, no mínimo, o lapso de 45 dias, em se tratando de concurso ou concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço” (art. 21, § 2º, I, “a” e “b”). Prazo este também aplicável às licitações destinadas às concessões de serviços públicos nos termos do art. 18 da Lei n. 8.987/95.

O prazo de 45 dias em licitações de grande complexidade foi eleito pelo legislador como o mínimo razoável para que os licitantes pudessem elaborar, a contento, as respectivas propostas.

Na contratação em questão a fixação do prazo em apenas 25 dias foi uma das condições expressamente invocadas pelo representante do Instituto Excellence para desistir da disputa, o qual alegou, em depoimento prestado perante a Promotoria de Justiça Cível de Serra (em anexo) que “os declarantes também entendem que o prazo de 25 dias era muito exíguo para planilhar uma proposta de gestão da magnitude daquilo que foi apresentado no edital,”.

⁸ *op. cit.*



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Logo, verifica-se que o prazo fixado no edital não é razoável, nem proporcional ao objetivo almejado, configurando indevida restrição à participação no certame, sobretudo aquelas situadas em outras unidades da federação, haja vista a necessidade de comparecimento em loco para o recebimento de unidade de mídia tipo “CD” contendo todos os dados necessários à elaboração do plano operacional e proposta técnica.

Se por um lado a restrição à competitividade do certame foi alcançada por meio da adoção de prazo insuficiente para a elaboração do plano operacional e das respectivas propostas, resta claro – vamos colocar que “há indícios” de que o representantes do Hospital Evangélico, ligado à entidade vencedora do certame, se beneficiou de informações privilegiadas sobre a licitação, vez que participou de reunião extraordinária do Conselho Estadual de Saúde onde se pretendeu deliberar sobre a questão da gestão do Hospital Jayme Santos Neves, fato que se comprova pelo depoimento da Conselheira Estadual de Saúde, Maria Maruza Carlesso, prestado perante a Promotoria de Justiça Cível de Serra (em anexo) *verbis*:

*Que houve uma reunião às vésperas do feriado de 07 de setembro, extraordinária que tinha por objeto a questão da gestão do novo hospital Jayme Santos Neves; [...] que se votou pela mera “apresentação” do modelo de gestão do Novo Hospital; [...] que os profissionais de saúde votaram inclusive contra a apresentação, e outros segmentos em maioria acolheram a apresentação proposta pelo Presidente; [...] que a apresentação foi realizada e durou algum tempo que não se recorda exatamente do teor da referida representação em detalhes; **que dos prestadores presentes na reunião havia a Dra. Penha D’Ávila da Santa Casa e também o Dr. Ricardo Ewald, gestor do Hospital Evangélico; que Dr. Ricardo assistiu a apresentação até o final; [...]** (grifos acrescido)*

Ora, a apresentação do projeto ao Conselho Estadual de Saúde, com o objeto de persuadir-lhe quanto à adoção do modelo de gestão por OSS, perpassa pela divulgação de informações importantes constantes nos autos da licitação, em especial sobre os principais aspectos de relatórios técnicos, tais como detalhes relativos “aos dados estruturais e das necessidades dos serviços referentes ao Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves, que deverão ser utilizados pelas instituições para elaboração do Plano operacional e proposta técnica”, como bem consta do edital de convocação, fato que possibilitou a entidade vencedora a entregar plano e proposta de forma completa, já que gozou de prazo maior para tanto.

Denota-se, portanto, que a exiguidade do prazo para apresentação da proposta técnica e do plano operacional, aliado ao fato de que pessoas ligadas à AEBES, comprovadamente, tiveram prévio acesso a dados privilegiados da licitação, configura grave ofensa aos princípios da administração pública, em especial aos da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade/proporcionalidade.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA

II.2.7 – Cláusula restritiva. Ofensa ao art. 8º, VI, e § 1º, da LC n. 489/09 c/c art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Ofensa ao princípio da legalidade, isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade.

A cláusula 4.3 do Edital n. 001/2012 dispõe que:

Juntamente com o Plano Operacional, a entidade interessada deverá comprovar:

a) experiência na área de gestão de serviço de saúde desenvolvido em instalações que integram o patrimônio da própria entidade, no período mínimo de cinco anos;

A cláusula editalícia supracitada exorbita os requisitos legais exigidos pelo art. 7º, inciso VI, da LC n. 489/09, segundo o qual na proposta de trabalho apresentada pela entidade deverá conter a “*comprovação de experiência técnica para desempenho de atividade objeto do Contrato de Gestão, especialmente de seus membros do Conselho de Administração e Diretoria*”.

Por sua vez, o § 1º do aludido preceptivo legal preceitua que “*a exigência do inciso VI deste artigo limitar-se-á à demonstração, pela entidade de sua experiência gerencial na área relativa ao serviço a ser transferido, bem como da capacidade técnica do seu corpo funcional, podendo o edital estabelecer, conforme recomende o interesse público e, considerando a natureza dos serviços a serem transferidos, tempo mínimo de existência prévia das entidades interessadas em participar do procedimento de seleção.*”

Estabelece ainda, no seu § 2º, que “*na hipótese do Edital não estabelecer tempo mínimo de existência prévia, as entidades com menos de 1 (um) ano de funcionamento comprovarão experiência gerencial por meio da qualificação de seu corpo diretivo*”.

De uma perfunctória análise da norma legal, infere-se:

(i) que a capacidade técnica a ser demonstrada pela entidade é exclusivamente **experiência gerencial**, pouco importando se a atividade tenha sido executada em unidade hospitalar própria ou de terceiros;

(ii) a assertiva acima é corroborada pelo fato de que a lei, em duas oportunidades (art. 7º, caput e § 2º), enfatiza a necessidade de comprovação de experiência do corpo diretivo da entidade (Conselho de Administração e Diretoria), donde se extrai que a qualidade a ser comprovada é a gerencial, sendo irrelevante para a administração pública o local em que foi adquirida;

(iii) a exigência de que a experiência na área de gestão de serviço de saúde desenvolvido em instalações que integram o patrimônio da própria entidade, no período mínimo de cinco anos é excessiva, haja vista que a lei autoriza apenas a limitação quanto ao tempo de existência prévia da entidade e não de experiência. Assim, qualquer tempo de experiência deverá ser admitido para fins de comprovação de capacidade técnica.

O texto da legislação estadual encontra-se em consonância com o art. 30, § 5º, da Lei n. 8.666/93, aplicado na hipótese, subsidiariamente, **o qual veda, para fins de aferição da capacidade técnica, a exigência de comprovação de atividade ou de**



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas naquela lei.

As normas legais citadas tem por objetivo garantir o princípio da isonomia e da competitividade, os quais restaram conspurcados no presente certame, conforme se observa do depoimento prestado por Gustavo Dalvi Camerio, Administrador do Instituto Excellence, prestado perante a Promotoria de Justiça de Serra (em anexo):

[...] que com a publicação do edital, o Instituto Excellence manifestou interesse na gestão do Novo Hospital; que após a manifestação do interesse, o Instituto veio a saber, via troca de mensagens com a Secretaria de Estado da Saúde, que havia uma restrição no edital à participação de concorrente que não tivessem experiência em gestão hospitalar por 05 anos e em hospital próprio; que o Instituto entende que a exigência é restritiva porque a experiência tem que ser por 05 anos, mas em instalações que integram o patrimônio da própria entidade; que acredita quer nem as irmãs que atuam na Organização Social de Santa Tereza teriam condições de concorrer a esse concurso de projetos; que essa exigência de possuir instalações própria é por demais restritiva, excluindo da concorrência inclusive as entidade que já fazem gestão de equipamentos públicos; que como o Instituto Excellence não tem instalações próprias, desistiu de concorrer no certame; [...] que em síntese o requisito é "ser dono de hospital"; [...] que num mercado em que poucas entidades são proprietárias de equipamentos hospitalares, a exigência do concurso de projetos para gestão do Jayme Santos Neves abre, além da restrição da participação, a possibilidade de qualificação da entidade vencedora; que, no futuro, a própria experiência resultante da oportunidade do contrato de gestão em referência pode implicar no preenchimento de quesitos de experiência [...], restringindo ainda mais o número de possíveis concorrentes e limitando a amplitude da concorrência de certames para a gestão de hospitais na rede SUS no ES; que pouca gente é dono de hospital que queira ser qualificado como Organização Social; [...]

A restrição editalícia não só impediu a participação na licitação do Instituto Excellence, que deixou de apresentar a proposta técnica e o plano operacional, embora tenha manifestado interesse no objeto do contrato de gestão, mas de diversas outras entidades de outros Estados com alta capacidade gerencial já comprovada, uma vez que, em sua maioria, não dispõem de estrutura hospitalar própria.

Aliás, a própria lógica do contrato entabulado, diga-se, é a "operacionalização da gestão e execução, pela **CONTRATADA**, das atividades e serviços de saúde no Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves". Logo, se o Estado entregará todo o equipamento público (bens móveis e imóveis, instrumentos médicos hospitalares e servidores) para a entidade contratada, custeando integralmente as despesas com investimento e custeio, pode-se concluir que a cláusula em questão fere o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, pois a estrutura própria somente seria relevante se nela houvesse os serviços de ser executados.

Por fim, aduz-se que a restrição em questão, aliada à irregularidade que será demonstrada no tópico seguinte indica haver claro direcionamento da licitação para a AEBES, com explícita violação do princípio da impessoalidade.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

**II.2.8 – Critério de julgamento da proposta técnica desarrazoado.
Indício de direcionamento. Ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade.
Ausência de motivação.**

Consoante se observa do manual para julgamento das propostas (fls. 466/517) a experiência anterior da instituição em gerenciamento hospitalar é um dos quesitos para a comprovação da capacidade operacional da entidade, a qual foi assim pontuada:

mínimo de 5 anos de experiência em serviços de saúde desenvolvidos em instalações integrantes do patrimônio da Organização. Apresentação de credenciais de Capacidade Técnica emitida por organismos reconhecidos com foco no serviço hospitalar como um todo e não apenas de serviços setorizados.	20
mínimo de 5 anos de experiência em serviços de saúde desenvolvidos em instalações próprias. Apresentação de credenciais de Capacidade Técnica emitida por organismos reconhecidos com foco apenas de serviços setorizados.	15
mínimo de 5 anos se experiência em serviços não próprios. Sem apresentação de credenciais de Capacidade.	0

Os critérios para julgamento da proposta técnica, adotados no manual de julgamento, mostram-se absolutamente desarrazoados, pois não há nenhuma justificativa técnica ou econômico-financeira para que não seja pontuada experiência em serviços na área de saúde desenvolvidos em instalações de terceiros.

Com efeito, não se explica a opção por desconsiderar quaisquer experiência de OSS que tenham desenvolvido a gestão de saúde em hospitais públicos, por exemplo, o que, diga-se de passagem, é próprio do modelo adotado.

Conquanto no julgamento da proposta técnica não seja ilegal pontuar mais quem tenha maior experiência, não se revela admissível que tal experiência seja restrita às unidades hospitalares próprias. Nesse caso sequer poderia admitir qualquer diferença de pontuação entre serviços desenvolvidos em instalações próprias ou de terceiros, já que irrelevante para a aferição da experiência da entidade que é, repita-se, gerencial.

No caso, há nítido direcionamento do certame para a AEBES, que tem no seu patrimônio o Hospital Evangélico. Tal favorecimento, além de ferir os princípios acima epigrafados, tem o condão, conforme salientado pelo Instituto Excellence, em depoimento acima transcrito, em qualificar a OSS em determinados seguimentos.

É dizer, futuramente, é possível que novos contratos de gestão sejam adjudicados à favorecida em razão da sua experiência exclusiva em determinados serviços setorizados, perpetrando a dependência do Estado diante de determinados agentes privados, dependência essa que levou o Executivo a justificar publicamente a adoção do presente modelo em relação ao Hospital Dr. Jayme Santos Neves, em explícita referência à crise vivenciada recentemente com as cooperativas médicas.

A cláusula editalícia em questão, analisada conjuntamente com outras impugnadas nesta representação, comprovam o direcionamento do certame não apenas para entidades localizadas no Estado do Espírito Santo, mas especificamente para a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA

AEBES, em grave violação aos princípios da Administração Pública resguardados pela LC n. 489/09.

II.2.9 – Cláusula contratual genérica. Possibilidade de transmutação do objeto do contrato. Ofensa ao princípio da isonomia e da licitação.

A Cláusula primeira do Contrato n. 001/2012, no item 1.1, dispõe que “o presente **CONTRATO DE GESTÃO** tem por objeto a operacionalização da gestão e execução, pela **CONTRATADA**, das atividades e serviços de saúde no Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves em conformidade com os Anexos Técnicos que integram este instrumento”.

Os anexos referidos, nos termos do item 1.3, fazem parte integrante do contrato e estão assim compostos:

- a) Anexo Técnico I – Descrição dos Serviços
- b) Anexo Técnico II – Sistema de Pagamento
- c) Anexo Técnico III – Indicadores de Qualidade
- d) Anexo Técnico IV – Termo de Permissão de Uso

No Anexo I estão descritas todas as atividades e serviços de saúde transferidas à gestão da OSS, especialmente a estrutura e volume das atividades assistenciais contratadas, determinando as metas as serem alcançadas, cujo cumprimento determinará o montante a ser pago à contratada, conforme sistema descrito no Anexo II.

Denota-se, portanto, que o objeto do contrato é a operacionalização da gestão e execução dos serviços de saúde descritos no Anexo I, pelos quais são devidos os montantes estabelecidos no Anexo II.

Não se desconhece que as metas pactuadas podem ser alteradas sempre que for necessário ajustar a execução do contrato, visando garantir a eficácia e a qualidade do serviço, sempre no interesse público.

Ocorre, contudo, que a Cláusula Nona do contrato veio a estabelecer que “as metas pactuadas e os recursos financeiros poderão ser alterados, **parcial ou totalmente, através de Termo Aditivo**”, permitindo, assim, não apenas ajustes das metas para a correção de rumos ou objetivos, mas **até mesmo a total de supressão de volumes e atividades contratadas**, o que implica em violação aos princípios da administração pública, em especial, à isonomia, à impessoalidade, à moralidade e à licitação.

Preceitua o art. 34 da LC n. 489/09 que “*aplicam-se aos Contratos de Gestão os princípios estabelecidos na Lei Federal nº. 8.666, de 21.6.1993, no que couberem*”.

De seu turno, a Lei de Licitações no art. 40, inciso I, preceitua que o objeto da licitação seja descrito de forma sucinta e clara, estabelecendo nos arts. 65 e seguintes os parâmetros para a alteração do contrato.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Embora as normas em questão não se apliquem integralmente à contratação ora objurgada, por expressa determinação da LC n. 489/09 devem ser-lhes aplicadas aquelas regras destinadas a resguardar os princípios constitucionais da administração pública.

Assim, a única leitura possível que se pode fazer da cláusula nona é de ela trata da denominada alteração qualitativa do contrato, prevista no art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 8.666/93, efetivada quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos.

Tal alteração, todavia, não se faz ao livre alvedrio da Administração devendo estar amparando em determinados requisitos, de forma a preservar os já mencionados princípios da administração pública.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União destaca os seguintes requisitos fundamentais para que seja possível a alteração qualitativa do contrato:

(i) Necessidade de **comprovado** motivo **superveniente** (Acórdão TCU nº 554/2005 — Plenário, voto do Ministro-Relator Guilherme Palmeira, *verbis*:

63. [...] Destaco, a propósito, o seguinte escólio, *verbis*:

“15. Não há nenhuma ilegalidade na celebração de aditivos contratuais. Ao contrário, a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de alteração contratual em seu art. 65, I, ‘a’, e § 6º. A modificação unilateral do contrato consiste numa das prerrogativas da Administração e é uma das expressões da supremacia do interesse público no que diz respeito aos contratos administrativos.

16. A alteração, evidentemente, deve ocorrer dentro do âmbito da discricionariedade do gestor. **A modificação deve decorrer ainda de motivo superveniente e devidamente comprovado.** Vejamos o que diz Marçal Justen Filho acerca do assunto (‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos’, 10ª edição, pg. 524): ‘(...) A alteração do contrato retrata, sob alguns ângulos, uma competência discricionária da Administração. Não existe, porém, uma liberdade para a Administração impor a alteração como e quando melhor lhe aprouver. (...) **a contratação é antecedida de um procedimento destinado a apurar a forma mais adequada de atendimento ao interesse público. Esse procedimento conduz à definição do objeto licitado e à determinação das regras do futuro contrato.** Quando a Administração pactua o contrato, já exercitou a competência ‘discricionária’ correspondente. A Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária. Essa discricionariedade já se exaurira porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula 473 do STF representa obstáculo à alteração contratual que se reporte apenas à discricionariedade administrativa.

A Administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado. Essa interpretação é reforçada pelo disposto no art. 49, quando ressalva a faculdade de revogação da licitação apenas diante de ‘razões de interesse público decorrente de fato superveniente...’.

Como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia (...).’



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

17. A alteração do objeto contratual não é vedada, portanto. Apenas o administrador, em sua discricionariedade, deve seguir os balizamentos dados pela lei e pelos princípios administrativos. (grifos acrescidos)

(ii) Advento de **situações** ou **tecnologias novas** (Acórdão TCU no 211/2006 — Plenário, Ministro Benjamin Zymler,), vejamos:

26. [...] O próprio Professor Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed, Dialética, p. 574, declara que:

'a melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. [...] **A lei não estabelece limites quantitativos para essa modalidade de modificação contratual. Não se pode presumir, no entanto, existir liberdade ilimitada. Não se caracteriza a hipótese quando a modificação tiver tamanha dimensão que altere radicalmente o objeto contratado.**' (grifos acrescidos)

(iii) **Modificação moderada**, sem se alterar o objeto licitado (Acórdão TCU no 888/2005 — Primeira Câmara, Ministro Augusto Sherman Cavalcanti).

13.1 **Há um limite implícito, derivado da sistemática adotada. Trata-se da impossibilidade de o exercício do poder de modificação unilateral transmutar qualitativamente o objeto licitado. Seja em face dos princípios constantes do art. 3º, seja em virtude das formalidades prévias à instauração da fase externa da licitação, seja por respeito ao conteúdo do ato convocatório, é pacífico que a Administração Pública não pode modificar a essência do contrato avençado.** Se for confirmada a radical incompatibilidade entre o objeto contratado e a consecução do interesse público, a solução será a rescisão do contrato com fulcro no art. 78, inc. XII. Caberá à Administração realizar nova licitação para a contratação de outro objeto.

Esse limite está implícito, ainda, no próprio texto do art. 65, inc. I, alínea 'a'. Alude-se à modificação de projeto ou de suas especificações para melhor adequação técnica a seus objetivos. **Deve-se interpretar o dispositivo na acepção de que adequação técnica consiste em modificação moderada, que não produza alteração do objeto licitado.** (grifo nosso)

(iv) A alteração deve se estribar em **fatos supervenientes** devidamente atestados e preservar a **intangibilidade do objeto da contratação** (Acórdão TCU no 460/2003-Segunda Câmara, Ministro Adylyson Motta);

3.11.2.12 Desta forma, a inclusão da obra do Tribunal do Júri configuraria não modificação quantitativa, mas qualitativa. Porém, não se pode argumentar que por isso ela seria regular, por se enquadrar na previsão do art. 65, inciso I, alínea a, da lei de licitações, pois tal dispositivo estabelece que deve se tratar de "modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos do contrato", o que não corresponde ao presente caso. Ainda, conforme o texto transcrito no item 3.11.2.10, na opinião do autor Eros Roberto Grau, **a modificação qualitativa deve "viabilizar a execução do objeto originalmente contratado", e, conforme a mencionada Decisão nº 215/99 TCU/Plenário, deve manter "intangível o objeto, em natureza e dimensão"**, e, por fim, conforme parecer do Ministério Público do TCU no âmbito desta decisão, devem ser "decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação". Desta forma, é de se concluir que a alteração unilateral qualitativa foi efetuada indevidamente, por não se enquadrar em nenhuma das definições apontadas.

3.11.2.13 Transcrevemos a seguir a opinião do prof. Jessé Torres Pereira Júnior sobre a possibilidade de alteração contratual, contida em sua obra "Comentários à Lei nº 8.666/93", pág. 413, que assim dispõe sobre a situação fática ensejadora da alteração:



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

“Consigne-se, por fim, que as modificações qualitativas ou quantitativas de um contrato público constituem excepcionalidade a ser cabalmente justificada diante de fatos supervenientes à contratação. A Lei nº 8.666/93 trouxe para a Administração o dever de somente iniciar a licitação depois de aprovar projeto básico, em caso de obras e serviços, e de bem definir a especificação completa do bem, incluindo quantidades e condições de sua guarda e armazenamento, no caso de compras. Logo, a necessidade de se modificar projeto, especificações ou quantidades de material, a menos que seja imposta por fatos que venham a ocorrer durante a execução do contrato, será sempre insinuante do desleixo no cumprimento daquele dever”.(grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que à luz da colacionada jurisprudência do TCU a alteração qualitativa do contrato, ainda que permitida, deve ser moderada, de forma que tal modificação não transmude o objeto contratual, mantendo-se, assim, a correspondência entre o objeto da avença e o objeto do certame licitatório, em obediência aos princípios regentes da licitação públicas, insculpidos no art. 3º da Lei n. 8.666/93.

Nessa esteira, mostra-se absolutamente ilegal a previsão contratual de **alteração total** das metas pactuadas, bem assim dos recursos financeiros, sob pena de transmutação do objeto contratual e ofensa aos princípios da isonomia e da licitação, expressamente resguardados na LC n. 489/09 ao instituir um modelo de seleção de organização social regido por critérios de escolha isonômicos e objetivos.

II.2.10 – Autorização para aplicação recursos públicos transferidos no mercado privado. Ofensa ao art. 164, CF.

A cláusula 7.1, § 4º, do contrato dispõe que “*os recursos repassados à **CONTRATADA** poderão ser por esta aplicados no mercado financeiro, desde que os resultados dessa aplicação revertam-se, exclusivamente, aos objetivos deste **CONTRATO DE GESTÃO**, ficando a **CONTRATADA** responsável por eventual perda financeira decorrente de aplicação no mercado financeiro, comunicando imediatamente a **CONTRATANTE** o valor perdido*”.

Não há que se negar que os recursos repassados à contratada são públicos, os quais não perdem essa qualidade apenas em razão de sua transferência para a OSS, mormente porque vinculados à aplicação na execução do objeto contratual, é dizer, realização de serviços públicos de saúde.

Verifica-se, assim, que a cláusula em exame fere a norma do art. 164, § 3º, da Constituição Federal, segundo a qual **as disponibilidades de caixa dos Estados**, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, serão depositadas em instituições financeiras oficiais, **ressalvados os casos previstos em lei**.

É importante salientar que esse Tribunal de Contas tem interpretação bastante restrita quanto à interpretação daquele preceptivo constitucional, consoante orientação do Parecer/Consulta TC-002/2013, onde se assentou pela impossibilidade de os Institutos de Previdência efetuar aplicações financeiras em instituições privadas, contrariando norma do Conselho Monetário Nacional.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

Não pode, portanto, cláusula contratual autorizar a aplicação de tais recursos públicos no mercado financeiro, salvo com autorização expressa em lei formal, editada pela União.

III - DA MEDIDA CAUTELAR

O *fumus boni iuris* está amplamente exposto no arrazoado da presente representação, que indica argumentos suficientes à verificação da nulidade do concurso de projetos que resultou na contratação da Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – ABES.

O *periculum in mora* afigura-se na consolidação do referido contrato de gestão enquanto serviço de atendimento à saúde da população, bem como no risco de dano ao erário decorrente da previsão de progressivos repasses de recursos públicos para a execução do contrato de gestão ora inquinado de ilegal.

Nesse sentido, a mora na declaração de nulidade do referido contrato de gestão implica:

(i) A uma, o retardo na necessária organização da administração pública estadual para fins de assunção da gestão direta do referido hospital e o aumento progressivo e quantitativo do grau de “dependência” estatal das atividades prestadas pela referida Organização Social, considerando a própria natureza dos serviços que são objeto da contratação;

(ii) A duas, o progressivo comprometimento dos recursos públicos que serão repassados conforme a modulação da assunção de serviços previstos no contrato de gestão, afetados pelo risco de dano ao erário que é intrínseco ao teor e gravidade das nulidades e irregularidades apontadas.

Diante disso, requer, liminarmente, seja **determinado** ao Secretário Estadual de Saúde que promova, no prazo de 60 dias, a **SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO** decorrente do procedimento administrativo licitatório n.º 58329617, firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde – SESA e a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES, tombado sob o n.º 001/2012, cominando idêntico prazo de 60 (sessenta) dias para que o Estado do Espírito Santo assuma direta e integralmente a gestão e execução de todas as atividades e serviços de saúde no Hospital Dr. Jayme Santos Neves, visando a não causar prejuízos à assistência à saúde das pessoas.

IV - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público**:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do artigo 99, § 1º, VI, da LC n.º. 621/12 c/c artigos 91 e 201, inciso III, da Resolução TC n.º. 182/02;



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO
3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA
SERRA**

2 – LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, XV e XVII, 125, II e III, da LC nº. 621/12, seja **determinado** ao Secretário Estadual de Saúde que promova, no prazo de 60 dias, a **SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO** decorrente do procedimento administrativo licitatório nº. 58329617, firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde – SESA e a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES, tombado sob o nº. 001/2012, cominando idêntico prazo de 60 (sessenta) dias para que o Estado do Espírito Santo assuma direta e integralmente a gestão e execução de todas as atividades e serviços de saúde no Hospital Dr. Jayme Santos Neves, visando a não causar prejuízos à assistência à saúde das pessoas, determinando a notificação dos representados para que se apresente esclarecimentos no prazo legal;

3 – cumpridos os procedimentos legais e regimentais de fiscalização, seja o responsável, nos termos do art. 56, II, da LC 621/2012, citado para, querendo, deduzir defesa;

4 – NO MÉRITO, seja **determinado** ao Secretário Estadual de Saúde que anule o procedimento administrativo licitatório nº. 58329617, bem como o contrato de gestão dele decorrente, bem como que o Estado do Espírito Santo assuma direta e integralmente a gestão e execução de todas as atividades e serviços de saúde no Hospital Dr. Jayme Santos Neves.

Vitória, 1º de março de 2013.

HERON CARLOS GOMES
DE OLIVEIRA
PROCURADOR DE CONTAS

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS

MARIA CLARA
MENDONÇA PERIM
PROMOTORA DE JUSTIÇA