



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA __ VARA DE FAZENDA PÚBLICA
MUNICIPAL DE VILA VELHA – COMARCA DA CAPITAL/ES

“Tem razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de “Programa Nacional de Publicização. (...) se trata mesmo é de um programa de privatização. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. (...) Ora, o que faz a Lei 9637/98 é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde (...) O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.” (Voto do Ministro Ayres Britto, STF, ADI 1923)

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, através da 5ª Promotoria de Justiça Cível de Vila Velha, com atribuições judiciais e extrajudiciais nas ações e serviços públicos de saúde e na defesa do patrimônio público envolvendo a utilização de verbas vinculadas ao Fundo Estadual de Saúde, com fundamento na Constituição Federal (artigos 1º, incisos II e III; 3º, incisos I, III e IV; 5º caput e § 1º; 6º; 23, inciso II; 37 caput; 127 caput; 129, incisos II e III; 196 e 198; no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/90, artigos 22 e 81/100); na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 – artigos 1º, inciso IV, 5º caput, 11, 12 caput e § 1º; 19 e 21); na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93, artigos 1º caput; 25, inciso IV, alínea “a” e 27, incisos I e II) e na Lei do SUS (Lei Federal 8.080/90, artigos 2º, § 1º; 4º; 5º, inciso III; 6º, inciso I, letra “d”; 7º, incisos I, II, IV e XII; 8º e 17, incisos II, III, IV e IX); o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS**, através da 2ª Procuradoria de Contas, respectivamente, infra-assinados, com amparo nos artigos 127 e 129, da Constituição da República c/c artigos 1º, 27, V, X, XIV e XV, da Lei Complementar 95/97, que a presente subscrevem, com fundamento na Constituição Federal vêm, respeitosamente, a presença de Vossa Excelência ajuizar a presente



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR

PARA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DA SAÚDE MUNICIPAL

em face do **MUNICÍPIO DE VILA VELHA**, pessoa jurídica de direito público interno, na pessoa de seu representante legal, **RODNEY ROCHA MIRANDA**, Prefeito Municipal ou Procurador Geral **RAFAEL ANTONIO TARDIN**, conforme artigo 12, II, do CPC), situada à Av. Santa Leopoldina, n.º 840, Coqueiral de Itaparica, Vila Velha, ES – CEP: 29.102-040, e **INSTITUTO AMERICANO DE PESQUISA, MEDICINA E SAÚDE PÚBLICA IAPEMESP**, inscrito no CNPJ nº09.501.484/0001-27, com sede na rua Tuiuti, nº 2530, Conjunto 82, Tatuapé, São Paulo- SP, CEP 03.307-000, tendo em vista as razões adiante alinhavadas:

1. DO SUPORTE FÁTICO:

O Ministério Público Estadual tomou conhecimento de que o Município de Vila Velha lançou o edital de seleção nº 001/2013, abrindo concurso de projetos para contrato de gestão a ser firmado com Organização Social, tendo como objetivo gerenciar, operacionalizar e executar os serviços do Pronto-Atendimento de Vila Velha.

Por força da PORTARIA 5ª PJC/VV 024/2014, foi instaurado o competente INQUERITO CIVIL N. 2014.0002.9081-18, e através OF/PMVV/5º PJC/Nº1791/2013 dirigido a Secretaria Municipal de Saúde foi solicitado o envio da cópia integral do processo que originou o então edital, que, com a resposta, expediu-se Notificação Recomendatória (fls. 227/233), a fim de que não fosse alegado desconhecimento da ilegalidade da conduta. Em resposta (fls. 234/241), a senhora secretaria municipal de saúde, entendendo pela sua legalidade decidiu manter a terceirização da Gestão do PA da Glória, firmando contrato com a respectiva organização social, não restando alternativa, senão a propositura da presente ACP.

Em resposta ao edital N.º 001/2013 de convocação pública para estabelecer a parceria com a organização social de saúde, restou selecionado o Instituto Americano de Pesquisa, Medicina e Saúde Pública IAPEMESP, conforme edital publicado em 28 de janeiro de 2014, cujo contrato foi assinado em 17 de março de 2014, de fls. 259/292.

Destarte, a proposição do referido modelo de gestão para o município, em especial o tratado nesta ação, o Pronto-Atendimento da Glória, é desconforme ao ordenamento



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

jurídico constitucional norteador do Sistema Único de Saúde e ao Regime Jurídico de Direito Público, que deve vincular a Administração Pública na prestação de serviços públicos.

Ademais, o próprio edital de concurso de projetos encontra-se eivado de nulidades, pois que deixou de observar a normas intrínsecas à impessoalidade e ampla concorrência que devem nortear os certames públicos.

A presente ação civil pública tem por objeto, portanto, impedir que o Município omita-se nos seus deveres de membro do Sistema Único de Saúde perante a Federação quanto à prestação e gestão de serviços públicos de saúde de sua competência e, ainda, o impeça de aplicar recursos em desconformidade com as normas constitucionais, vedando-lhe a transferência de serviços públicos de saúde a instituições privadas, bem como a cessão de recursos materiais, humanos e financeiros para essas entidades, além da prática outras irregularidades na citada contratação.

Trata-se de contrato de gestão resultante de convocação pública para parceria com organização social de saúde publicado no Diário Oficial, cujo objeto constitui-se tão somente no gerenciamento, operacionalização e execução das ações e serviços de saúde, incluindo equipamentos, do Pronto-Atendimento da Glória firmado para o período de sessenta meses, sendo que, nos primeiros 14 (catorze) meses terá o custo de R\$ 19.616.769,50 (dezenove milhões, seiscentos e dezesseis mil reais, setecentos e sessenta e nove reais, cinquenta centavos), conforme cláusula sétima.

Impugnar o contrato de gestão ora em comenda significa buscar que o Município de Vila Velha não se omita na prestação e gestão de serviços públicos de saúde de sua competência e que impeça este Ente de aplicar recursos financeiros em desconformidade com as normas constitucionais, vedando-lhe a transferência de serviços públicos de saúde a instituições privadas, bem como a cessão de recursos materiais, humanas e financeiras para estas entidades, o que representaria inconstitucional privatização dos serviços públicos de saúde do Município de Vila Velha.

O MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O MUNICÍPIO DE VILA VELHA:

O Município de Vila Velha, com base na aprovação da Lei Municipal nº. 5.195, de 08 de novembro de 2011, modificada pela Lei n.º 5.416, de 26 de abril de 2013, e do Decreto Municipal nº. 005/2012, pretende efetivar a terceirização dos serviços públicos de saúde da rede hospitalar, seja os que atualmente são prestados por



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

entes da Administração Direta ou Indireta, seja os que são objeto de ampliação da assistência.

Com efeito, a Lei Municipal nº. 5.195/11 prevê que pessoas jurídicas de direito privado, denominadas (qualificadas como) organizações sociais, poderão assumir a execução dos serviços municipais de saúde, mediante contratos de gestão.

Nesse aspecto, são os seguintes dispositivos que tratam da matéria:

“Art. 1º - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, à saúde, ao esporte, à defesa social e à assistência social, atendidos os requisitos previstos nesta Lei:

Art. 2º.

(...) § 2º. Compete à SEPLAE:

(...) IV – avaliar os **processos de transferência de serviços de interesse público para Organizações Sociais**, de iniciativa das Secretarias Municipais das áreas correspondentes.

Art. 4º. O Poder Executivo poderá autorizar a transferência, para as Organizações Sociais, da gestão e execução de atividades e serviços indicados no artigo 1º, mediante Contrato de Gestão, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º A transferência de que trata este artigo pressupõe prévia manifestação da Secretaria Municipal da área correspondente às atividades e serviços a serem transferidos, quanto à sua conveniência e oportunidade, bem como da SEPLAE.”

A Lei Municipal 3778/11, regulamentado pelo Decreto 6858/2012, assim como a Lei Federal 9637/98, estabelecem uma possibilidade aparentemente *ilimitada* de privatização de serviços públicos de saúde, meramente sob critérios de *conveniência administrativa*, mas sem respeito aos norteadores constitucionais da diretriz da complementaridade e do princípio da participação da comunidade no SUS.

Essas organizações sociais receberão do Poder Público bens e recursos financeiros e humanos (art. 36 c/c 41 da Lei n. 3778/11). Relativamente aos recursos humanos, haverá a cessão de servidores municipais, respondendo o Erário pelas respectivas despesas. Não obstante, poderão as organizações sociais pagar-lhes “vantagem pecuniária” adicional (arts. 39 da Lei n. 3778).

Ainda segundo a mencionada Lei, as organizações sociais serão selecionadas sem a realização de licitação, aplicando-se um processo de seleção denominado concurso de projetos, que embora tenha etapas disciplinadas pelos artigos 5º a 10 da Lei 3778/11 e artigos 19 à 24 do Decreto 6858/12, está longe de caracterizar-se como um processo licitatório.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Evidentemente, uma das pretensões do programa de privatização é afastar a realização de licitação para a compra de bens e serviços e de concurso público para a contratação de pessoal. Tais propósitos, aliás, são indicados expressamente nas disposições do Art. 1º, inciso III do referido diploma normativo e artigo 28, do Decreto 6858/12, que estabelecem como diretriz do Programa de Organizações a **redução dos mecanismos burocráticos** e prevêm a adoção de um procedimento interno publicizado, **mas sem balizas legais preestabelecidas**, para as compras a serem realizadas pela OS. No mesmo sentido, o regramento legal para a gestão de pessoal pelas OSs retira do campo da legalidade estrita as normas de fixação de teto remuneratório de servidores (Art. 39 da Lei 3778/11) e afasta a obrigatoriedade de concurso público (artigo 28, inciso II, do Decreto 6858/12).

As perspectivas sobre os resultados danosos decorrentes da transferência da gestão do Pronto Atendimento da Glória para entidades privadas, se revelam preocupações comuns em relação à celebração de contratos de gestão sem processo licitatório, a não submissão das OSs à Lei de Licitações e Contratos, à precariedade do controle das atividades e da aplicação dos recursos públicos geridos pelas OSs, à quebra da universalidade no atendimento e à insinuação de interesses privados no papel de regulação de serviços (encaminhamento para outros serviços de mais alta complexidade) que é próprio dos equipamentos de saúde de urgência e emergência.

2. DA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL - PROCESSO Nº. 41.787/2013

1) DA HABILITAÇÃO INDEVIDA DO INSTITUTO AMERICANO DE PESQUISA, MEDICINA E SAÚDE PÚBLICA – IAPEMESP – OFENSA AO ART. 2º, II, DA LEI MUNICIPAL N. 5.195/2011 E ARTS. 3º E 41, DA LEI N. 8.666/93 E ART. 37, CAPUTE INCISO XXI, DA CF

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estabelecendo, ainda, a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

De seu turno, o art. 3º. Lei n. 8.666/1993, nos procedimentos que regula, estabelece a observância os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, **vinculação ao instrumento convocatório** e julgamento objetivo. E, expressamente, no art. 41, preceitua que a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

Na espécie, a Lei Municipal n. 5.195/2011 estabelece, dentre outros requisitos, para a qualificação de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que ela tenha sede ou filial localizada no Município de Vila Velha.

Nesse sentido, o edital n. 001/2013, no item 2.1, firma como condição de participação no processo de seleção, que a interessada esteja qualificada ou que se qualifique como organização social até assinatura do contrato de gestão.

Ocorre, contudo, que o contrato n. 001/2014, em anexo, foi firmado com o IAPEMESP, localizado na cidade de Tatuapé/SP, o que comprova, que na data da assinatura deste, a entidade ainda não estava qualificada como organização social no âmbito municipal, havendo, portanto, ofensa aos normativos acima citados, em especial, do princípio da isonomia e impessoalidade.

2) DEFICIÊNCIA DAS ESTIMATIVAS DE CUSTOS COLETADAS PELA SUBSECRETARIA DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA SEMSA - PMVV.

Os autos do procedimento administrativo do processo de seleção encontram-se subsidiados por simples planilha demonstrativa¹, dividida em quinze itens de custo, abaixo reproduzida:

Elemento de Despesa	Média Mensal	Média Anual
Recursos Humanos	R\$ 789.057,15	R\$ 9.468.685,80
Energia, água, telefonia e internet banda larga	R\$ 35.000,00	R\$ 420.000,00
Lavanderia e Rouparia	R\$ 17.500,00	R\$ 210.000,00
Segurança Patrimonial, limpeza e higienização	R\$ 125.000,00	R\$ 1.500.000,00
Alimentação (nutrição e dietética)	R\$ 72.000,00	R\$ 864.000,00
Sistema de Informação e Equipamentos de Informática	R\$ 26.000,00	R\$ 312.000,00
Manutenção em Equipamentos Médicos e Odontológicos	R\$ 23.000,00	R\$ 276.000,00
Manutenção Predial e Ar Condicionado (central e individual)	R\$ 21.200,00	R\$ 254.400,00
Insumos Médico-hospitalares e odontológicos (mat-med)	R\$ 283.110,00	R\$ 3.397.320,00
Material de consumo, papelaria e reprografia	R\$ 26.707,85	R\$ 320.494,20
Gases Medicinais	R\$ 18.000,00	R\$ 216.000,00
Serviços de Transportes	R\$ 17.500,00	R\$ 210.000,00
S.A.D.T. – Serviço Auxiliar de	R\$ 90.000,00	R\$ 1.080.000,00

¹ Fl. 127 dos autos do processo n. 41.787/2013.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Diagnóstico e Terapia (análises clínicas e radiologia)		
Educação Permanente, capacitação e treinamento (Protocolo de Manchester e outros)	R\$ 18.000,00	R\$ 216.000,00
Apoio à Gestão (controle interno, auditoria, monitoramento e avaliação)	R\$ 35.000,00	R\$ 420.000,00
TOTAL ESTIMADO	R\$ 1.597.075,00	R\$ 19.164.900,00

De acordo com informação da própria municipalidade, a Secretaria Municipal de Saúde **não possui Centro de Custos e/ou Sistema que individualize os custos por unidade de saúde**. Igualmente, o município não informa o gasto com saúde no **SIOPS – Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde**.

Resta evidente a deficiência dos custos estimados para a execução do contrato de gestão, o que pode resultar indevida transferência de recursos públicos, com grave lesão ao orçamento da saúde municipal.

Os custos, segundo afirma-se nos autos da contratação, foram aferidos com base no **custeio real do Pronto Atendimento da Glória – PA da Glória**, (com informação e dados do Setor de Planejamento, Assistência Farmacêutica, Almoxarifado Central, CAS – Coordenação de Atendimento em Saúde e Fundo Municipal de Saúde, de acordo com relatórios de materiais e medicamentos encaminhados mensalmente àquela Unidade e Contratos de Prestação de Serviços existentes), assim como, pela média de pagamento dos meses de abril, maio e junho de 2013 e **custeio previsto para a Unidade de Pronto Atendimento Porte III** (incluindo disponibilidade de escala completa de servidores – corpo clínico, de enfermagem e apoio operacional, implantação das comissões obrigatórias e implantação dos POPs – Procedimentos Operacionais Padrão).

Entretanto, não existe memória de cálculo do valor previsto para o contrato, nem ao menos documentos que comprovem de onde os valores foram extraídos aqueles valores.

Assim, é patente a desobediência às exigências legais, em especial, a Lei n. 5.195/2011, que regulamenta a qualificação de organizações sociais no município de Vila Velha e contém determinação expressa quanto à obrigatoriedade de realização de estimativa de custos e preços, conforme estabelecido no § 3º do art. 5º, *in verbis*:

§ 3º Nas **estimativas de custos e preços** realizadas com vistas às contratações de que trata esta Lei serão observados, sempre que possível, os preços constantes do sistema de registro de preços, ou das tabelas constantes do sistema de custos existentes no âmbito da Administração Pública, desde que sejam mais favoráveis.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

A Lei n. 8.666/1993 também prevê a necessidade de estimativa orçamentária, de acordo com os dispositivos abaixo:

Art. 7º, § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

A tabela apresentada pela Subsecretaria de Atenção Especializada contempla os custos indiretos, porém não individualiza os custos por procedimento (consultas/atendimentos/acompanhamentos, serviço de apoio diagnóstico, tratamento odontológico, pequenas cirurgias e cirurgias das vias aéreas superiores, da face, da cabeça e do pescoço). Essa deficiência da estimativa resulta em outro problema grave, como a dificuldade de se comprovar que a gestão terceirizada trará melhores resultados na gestão do Posto de Atendimento da Glória.

A ausência de um levantamento de custos satisfatório dá margem a desvios na avaliação e valoração nos serviços prestados.

Os custos apresentados são inservíveis para a finalidade almejada, uma vez que não houve a atribuição de parâmetros para se chegar ao custo final da atividade assistencial contratada, podendo-se concluir que a municipalidade desconhece os valores dos serviços que serão prestados pela Organização Social, inviabilizando a verificação de compatibilidade com os preços ofertados com os praticados no mercado.

Outra incongruência detectada no processo que originou o Edital de Seleção é a presença de informações gerais, populacionais e epidemiológicas do Município de Vila Velha, bem como especificação dos equipamentos cedidos à organização social. No entanto, não se encontram disponibilizadas as informações mínimas necessárias para elaboração do plano de trabalho, a exemplo do quantitativo de servidores públicos lotados na unidade, especificação dos materiais de consumo gerais e médico-hospitalares, odontológicos e medicamentos.

Registra-se que a execução do contrato de gestão pelo INSTITUTO AMERICANO DE PESQUISA, MEDICINA E SAÚDE PÚBLICA – IAPEMESP 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 Município se recuse a recompor os preços.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

E isso já foi verificado pelo Tribunal de Contas do Estado em auditoria do contrato de gestão do hospital central, que certamente serviu de modelo para a contratação em análise, cuja consequência é a seguinte (pg. 1100 e seguintes):

“Contudo, já no mês de março de 2012 a Associação Congregação de Santa Catarina formulou requerimento de revisão dos valores repassados para custeio, conforme documento de fls. 60/61 dos autos.

Diante disso, novamente após “estimativa de custos” apresentada pela Atto Consultoria, fls. 63/70, **foi efetivado o Termo Aditivo nº 001/2012, de 18.04.2012**, fls. 75/77, onde foram repactuadas as metas e também reajustados os valores a serem repassados pelo Estado a título de custeio **para o período de abril a dezembro de 2012** elevando o valor do Contrato para o período remanescente (abril a dezembro de 2012) para o valor de R\$36.955.579,77 (trinta e seis milhões novecentos e cinquenta e cinco mil quinhentos e setenta e nove reais e setenta e sete centavos), em 09 (nove) parcelas mensais de R\$4.106.175,53 (quatro milhões cento e seis mil cento e setenta e cinco reais e cinquenta e três centavos).

Com isso, o valor total do Contrato de Gestão nº 331/2011 já no **início do mês de abril de 2012**, portanto há aproximadamente 03 (três) meses de sua vigência, no que tange aos repasses para custeio, passou de **R\$38.000.000,00** (trinta e oito milhões) inicialmente previstos para a quantia de **R\$47.933.579,35** (quarenta e sete milhões novecentos e trinta e três mil quinhentos e setenta e nove reais e trinta e cinco centavos), conforme memória de cálculo acostada às fls. 116 dos autos, significando um acréscimo de aproximadamente **26,14%** (vinte e seis vírgula catorze por cento).

Ademais, observa-se que em **21.08.2012** a Associação Congregação de Santa Catarina apresentou requerimento à SESA para que fosse revisto e reajustado o repasse financeiro para custeio, **alegando haver déficit no montante de R\$3.278.526,34** (três milhões duzentos e setenta e oito mil quinhentos e vinte e seis reais e trinta e quatro centavos) até aquela data, fls. 99/103.

Após, em **14.09.2012** a referida Associação novamente protocolou pedido de revisão e reajuste dos repasses mensais de custeio sob o argumento de déficit financeiro acumulado, que **até aquela data foi estimado em R\$ 3.970.681,46** (três milhões novecentos e setenta mil seiscentos e oitenta e um reais e quarenta e seis centavos), fls. 97, **o que levou a formalização do Termo Aditivo nº 002/2012, de 13.11.2012, num valor de R\$4.436.290,61** (quatro milhões quatrocentos e trinta e seis mil duzentos e noventa reais e sessenta e um centavos) referente ao alegado déficit de **janeiro a novembro de 2012** e, ainda, **mais R\$514.695,91** (quinhentos e catorze mil seiscentos e noventa e cinco reais e noventa e um centavos) incorporados na parcela de repasse **referente ao mês de dezembro de 2012, perfazendo um total de R\$4.950.986,52** (quatro milhões novecentos e cinquenta mil novecentos e oitenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), fls. 152/153.

Dessa forma, considerando que no mês de março de 2012 o Contrato de Gestão nº 331/2011 já havia sido reajustado no percentual de aproximadamente 26,14%, passando para um valor de R\$ 47.933.579,35 (quarenta e sete milhões novecentos e trinta e três mil quinhentos e setenta e nove reais e trinta e cinco centavos), e, ainda, que com a formalização do Termo Aditivo nº 002/2012 foi novamente reajustado os valores dos repasses para custeio, num total acumulado de R\$ 4.950.986,52 (quatro milhões novecentos e cinquenta mil novecentos e oitenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), temos que ao final do exercício de 2012 o montante global de repasses a título de custeio realizados pela SESA em favor da Congregação Associação de Santa Catarina foi de **R\$52.884.565,87** (cinquenta e dois milhões oitocentos e oitenta e quatro mil quinhentos e sessenta e cinco reais e oitenta e sete centavos), ou seja, **um acréscimo de R\$14.884.565,87** (catorze milhões oitocentos e oitenta e quatro mil, quinhentos e sessenta e cinco reais e cinco centavos), equivalente a aproximadamente **39,17% de aumento.**”

Em relação à necessidade de detalhamento dos custos, veja-se entendimento do TCU, exarado por meio do Acórdão 3.239/2013:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. TRANSFERÊNCIA DO GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. FALHAS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO.

[...]

2. Do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, **avaliação precisa dos custos do serviço** e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim **planilha detalhada com a estimativa de custos** a serem incorridos na execução dos contratos de gestão.

[...]

142. A situação ideal seria a apresentação de um estudo específico para a unidade de saúde objeto da terceirização, efetuando a comparação, em termos de custos e produtividade, entre a situação de gestão segundo o regime aplicável ao Poder Público e a situação de gestão segundo o regime aplicável à entidade privada.

[...]

1.1.1. Município do Rio de Janeiro

1. Na SMSDC-RJ, o processo de seleção de OS para gerenciamento do Hospital Municipal Pedro II não apresenta memória de cálculo do valor previsto para o contrato. O Parecer (peça 22, p. 29 a 32) da Comissão de Programação e Controle da Despesa aponta uma série de incongruências no processo de seleção, tais como:

a) **Consta do processo estimativa de custos, mas sem memória de cálculo;**

b) A Comissão sugere a inclusão de base dos gastos com as unidades, **tomando por base o custo de unidade municipal de porte semelhante;**

c) Não há justificativa da parcela variável;

d) Sugere inclusão de justificativa dos quantitativos, bem como **inclusão da respectiva pesquisa de preço** para aquisição de equipamentos e mobiliários, bem como compatibilização do quantitativo de leitos;

e) Sugere a verificação dos custos de manutenção predial.

2. O Secretário de Saúde, ao invés de atender às sugestões, solicitou ao Prefeito que dispensasse a oitiva da Comissão, tendo em vista a iminente entrega da obra, garantindo o cumprimento das pendências (p. 33). O prefeito autorizou a dispensa da oitiva, condicionando ao atendimento das recomendações da Comissão (p. 34), o que não consta dos autos.

3. Participaram do processo seletivo seis entidades qualificadas como organizações sociais, cujas propostas financeiras variaram entre 79% e 83% (peça



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

24, p. 5) do valor de referência estabelecido pela SMSDC-RJ, ou seja, significativamente inferior ao valor inicialmente previsto.

4. A Lei Municipal 5.026, de 19/5/2009, prevê em seu art. 5º que:

§ 3º Nas estimativas de custos e preços realizadas com vistas às contratações de que trata esta Lei serão observados, sempre que possível, os preços constantes do sistema de registro de preços, ou das tabelas constantes do sistema de custos existentes no âmbito da Administração Pública, desde que sejam mais favoráveis.

5. Portanto, **a contratação de organizações sociais deve ser precedida de estimativa de custos e preços. Ao não incluir nenhuma memória de cálculo no processo de contratação, o órgão governamental não comprova o atendimento às exigências legais**, o que se mostra ainda mais grave na medida em que tal fato foi alertado por comissão do governo municipal. (grifo nosso)

(...)

Tendo em vista que as secretarias de saúde fiscalizadas não apresentaram estudos adequados que demonstrassem que a terceirização para organizações sociais é a opção mais vantajosa em cada um dos serviços transferidos, carecendo em muitos casos de levantamentos adequados de custos e informações essenciais para a execução dos serviços, como perfil epidemiológico, da demanda e capacidade instalada, bem como a desconsideração pelos gestores estaduais e municipais das instâncias de controle social no processo de transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para entidades privadas, como será analisado no item 4.7, cabe **recomendar às secretarias de saúde que o processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais seja precedido de estudo detalhado que contemple: (a) justificativa de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção; (b) avaliação precisa dos custos do serviço e ganhos de eficiência esperados da OS; (c) inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais e demonstrativo do cálculo das metas estabelecidas; (d) participação das esferas colegiadas do SUS.**

É evidente a fragilidade na definição dos custos do procedimento que originou o contrato de gestão, o que possivelmente acarretará desnecessário dispêndio de recursos públicos. Assim, mostra-se imprescindível a realização de estudos com apresentação de memória de cálculo discriminando os custos diretos e indiretos de cada serviço, estando apto a demonstrar eventuais vantagens de economicidade ou produtividade na gestão do Pronto Atendimento da Glória pelo modelo privado, em comparação com a gestão pelo regime jurídico aplicável à administração pública.

3) NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL VIA PROCESSO SELETIVO, QUE GARANTA OS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, PUBLICIDADE E MORALIDADE.

O Município de Vila Velha, baseado em lei local, produzida à imagem da lei federal, se propôs, invocando dificuldade em preencher o quadro de pessoal indispensável



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

ao funcionamento do SUS à vista da Lei de Responsabilidade Fiscal, a promover a "convocação pública" das entidades civis interessadas, de direito privado e sem fins lucrativos, devidamente qualificadas como Organizações Sociais, expedindo o Edital nº 001/2013.

Consta da cláusula **3.1.9** da Minuta do Contrato de Gestão² (Anexo VII do Edital N. 001/2013) como obrigação da contratada "**responsabilizar-se pela contratação de pessoal** necessário para a execução das atividades previstas neste Contrato de Gestão, responsabilizando-se pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do objeto desta avença".

O Instituto Americano de Pesquisa, Medicina e Saúde Pública – IAPEMESP, entidade vencedora do certame, apresentou em sua proposta o plano operacional, onde foi descrito de que forma se dará a seleção dos profissionais, vejamos:

Fases do Processo Seletivo

- I. Publicação do chamamento para processo seletivo
11. Inscrições
111. Análise curricular, prova de títulos e análise de ficha (modelo anexo)
- IV. Entrevista Pessoal
- V. Análise dos aprovados e laudos dos mesmos pela secretaria de saúde
- VI. Publicação dos aprovados

Crêterios de pontuação e seleção

1. Morador do Município (nota de 0 a 10)
2. Experiência anterior na função no município (nota de 0 a 10)
3. Prova de títulos e/ou formação acadêmica (nota de 0 a 10)
4. Tempo de atuação na função pretendida (0-10)
5. Avaliação do departamento de RH (Ficha de Inscrição e Avaliação mais entrevista) (nota de 0 a 10)
6. O parecer da secretaria de saúde sobre todo processo seletivo do candidato (com direito a veto) (nota de 0 a 10)

O critério de classificação até o limite das vagas e lista de espera (se for o caso) é dados pela somatória das notas acima levando em consideração o direito a veto da secretaria de saúde.

Pelo teor da proposta apresentada a executora poderá realizar a escolha de pessoal de modo arbitrário com base apenas em sua experiência – aferida mediante análise de currículos, entrevistas e dinâmica – o que confere caráter preponderantemente subjetivo ao processo seletivo, porquanto se utilize unicamente de critérios pessoais, violando, assim, os princípios da impessoalidade e moralidade.

² Fl. 182 do processo nº. 41.787/2013



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Neste sentido é o disposto no art. 7º da Lei Municipal 5.195/11:

“**Art. 7º** Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos (...)”

Entendendo que as Organizações Sociais não podem atuar como meras intermediadoras de contratação de pessoal, o TCU por meio do Acórdão 3.239/2013 conclui que:

Pelo exposto, observa-se que não é necessária a realização de concurso público pelas organizações sociais para seleção dos empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão. Porém, tendo em vista que administram recursos públicos, **as organizações sociais devem, no mínimo, realizar processo seletivo que garanta os princípios da impessoalidade, publicidade e moralidade.**

Visando eliminar o caráter subjetivo do processo seletivo, o Acórdão 3.373/2012-TCU-Plenário julgou relatório de auditoria operacional que avaliou a boa e regular aplicação dos recursos públicos federais geridos pela Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), organização social com contratos de gestão celebrados com diversos entes estaduais e municipais. Foi avaliado o processo seletivo promovido pela entidade, tendo sido feita a seguinte determinação para torná-lo mais objetivo:

Em todos os processos seletivos cujas contratações venham a ser pagas com recursos federais do SUS, especialmente de médicos, abstenha-se de realizar seleção apenas mediante análise curricular ou análise curricular e prova com questões subjetivas, **aplicando aos candidatos provas com questões objetivas e que possibilitem aferir o conhecimento do profissional em sua área de atuação**, bem como adote providências para assegurar o sigilo dessas provas e de seus gabaritos, em observância aos princípios da impessoalidade e da moralidade;

Cabe citar jurisprudência pátria, que se pronunciou de maneira mais rigorosa, ao exigir a realização de concurso público, senão vejamos:

“CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA. CONTRATO DE GESTÃO. INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. Contrato de gestão firmado entre o Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade, associação civil qualificada como organização social, para fins de realização de programa de saúde, não tem o condão de tornar válida a contratação, por essa entidade, de empregados para prestarem diretamente serviços ao Poder Público, tendo em vista a não observância da exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público (art. 37, inciso II).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2. Inadmissível a fraude na contratação de servidor público mediante a preterição da formalidade essencial do concurso quando se constata que a Administração vale-se, para tanto, de interposta pessoa jurídica de direito privado. Se os serviços são prestados diretamente em prol da Administração Pública e o servidor é remunerado por verba pública, ainda mais se robustece a convicção de fraude e de transgressão ao mandamento constitucional que exige prévia aprovação em concurso público. Incidência da Súmula 331, item II, do TST. (PROC: E-RR - 16696/2002-900-10-00; PUBLICAÇÃO: DJ - 16/03/2007)

A inobservância de tal regra, como se sabe, somente virá a favorecer o clientelismo e apadrinhamento político a custa de recurso público, correndo-se o risco de se criar entidades privadas tão ineficientes quanto à pública que se pretende substituir.

A assertiva acima se confirma pelo fato de que são itens de valoração na admissão que o candidato seja morador de Vila Velha (reduto eleitoral da autoridade contratante) e de que a secretaria de saúde terá poder de veto sobre todo processo seletivo, determinando com isso a escolha do funcionário, consubstanciando indevida ingerência na gestão de uma unidade já terceirizada, uma teratologia.

4) ILEGAL ALIJAMENTO DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE

NESSE PONTO, PARTICULAMENTE, NÃO CONSIDERO QUE A APROVAÇÃO DO PLANO MUNICIPAL DE SAÚDE 2014/2017, COM A PREVISÃO GENÉRICA DE INTENÇÃO DE ADOÇÃO DO MODELO DE GESTÃO POR “OS”, ATENDA AO MANDAMENTO LEGAL, POIS O CONSELHO DEVE SE MANIFESTAR EM CADA CASO, ESPECIFICAMENTE, conforme se observa na RESOLUÇÃO CMS-VV Nº 13/2012, cujo texto se resume em três artigos, a saber:

Art. 1º - Aprovar a proposta apresentada pela Secretaria Municipal de Saúde de Vila Velha de Gestão, organização e operacionalização dos serviços de saúde na Unidade de Pronto Atendimento e Unidade Básica da Glória por uma Organização Social de Saúde (OSS);

Art. 2º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º - Ficam revogadas as disposições em contrário.

Por isso, faço os comentários a seguir.

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 específica deliberação e aprovação pelo Conselho Municipal de Saúde.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

De acordo com a Lei Municipal 4.700, de 05/09/2008, que definiu a composição e competência o Conselho de Saúde no Estado:

Art. 2º Compete ao Conselho Municipal de Saúde:

[...]

IV - atuar na formulação e no controle da execução da política de saúde, incluindo os seus aspectos econômicos e financeiros, propondo estratégias para a sua aplicação nos setores público e privado;

[...]

X - avaliar e deliberar sobre contratos e convênios;

[...]

XIII - fiscalizar, controlar gastos e deliberar sobre critérios de movimentação de recursos da Saúde contidos no Fundo Municipal de Saúde.

Se cabe ao Conselho de Saúde 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, como seria possível admitir válida a simples aprovação do Plano Municipal de Saúde, onde não há quaisquer informações sobre os custos e vantajosidade para os serviços de saúde do município a transferência da gestão de determinada UPA para a administração de uma organização social?

Sobre o assunto, o TCU se manifestou por meio do Acórdão 3.239/2013, conforme abaixo transcrito:

7. Os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990.

[...]

1.1.2. Estado da Bahia

6. O estado da Bahia instituiu o modelo de organizações sociais pela Lei Estadual 8.647, de 29/7/2003. Neste mesmo normativo foi instituído o Conselho de Gestão das Organizações Sociais (Congeos). Segundo a norma:

Art. 2º - Fica criado o Conselho de Gestão das Organizações Sociais, órgão consultivo, deliberativo e de supervisão, com a finalidade de planejar, coordenar, acompanhar e implementar as ações do Programa Estadual de Organizações Sociais.

§ 1º – Do Conselho de Gestão das Organizações Sociais, que será presidido pelo Secretário da Administração do Estado, participarão representantes das Secretarias de Estado das áreas correspondentes às atividades e serviços



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

transferidos, e até 06 (seis) representantes da sociedade civil, nomeados pelo Governador do Estado, sendo sua organização e funcionamento definidos em regulamento.

§ 2º - Compete ao Conselho de Gestão das Organizações Sociais:

I – supervisionar e coordenar a implementação do Programa Estadual de Organizações Sociais como instrumento de modernização da Administração Pública;

II – promover estudos e diagnósticos com vistas à definição de diretrizes estratégicas e prioridades para a implementação do Programa Estadual de Organizações Sociais;

III – avaliar os processos de transferência de serviços de interesse público para Organizações Sociais, de iniciativa das Secretarias de Estado das áreas correspondentes, quanto à sua conformidade com esta Lei;

IV – manifestar-se acerca da qualificação de entidades como Organização Social, tendo em vista, dentre outros critérios, a representatividade da sociedade civil na composição da entidade interessada, conforme a natureza de suas atividades;

V – manifestar-se sobre os termos do Contrato de Gestão a ser firmado entre a Secretaria de Estado da área correspondente às atividades e serviços a serem transferidos e a entidade selecionada, bem como sobre as metas operacionais e indicadores de desempenho definidos;

VI – avaliar e acompanhar a capacidade de gestão das Organizações Sociais, quanto à otimização do padrão de qualidade na execução dos serviços e no atendimento ao cidadão;

VII – manifestar-se sobre o desempenho da Organização Social, nos casos de não cumprimento das metas pactuadas no Contrato de Gestão.

7. Ainda segundo a Lei, a transferência da gestão e execução de atividades e serviços de interesse público para as organizações sociais pressupõe prévia manifestação da secretaria de estado da área correspondente às atividades e serviços a serem transferidos, bem como do Conselho de Gestão das OS (art. 4º, §1º).

8. O Conselho ainda é responsável acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato de gestão quanto ao aprimoramento da gestão da OS e à otimização do padrão de qualidade na execução dos serviços e no atendimento ao cidadão (art. 25, inc. II).

9. O Decreto Estadual 9.322/2005, que instala o Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia, a quem cabe supervisionar a fiscalização e a execução das parcerias público-privadas nos termos da Lei Estadual 9.290/2004, não prevê a participação de representantes da sociedade ou dos conselhos estaduais.

10. No processo de seleção das organizações sociais, no caso de inviabilidade de competição, em que é convidada uma entidade a celebrar o contrato de gestão, o Conselho Estadual da área correspondente à atividade transferida deverá ser ouvido acerca da impossibilidade material técnica das demais entidades participantes (art. 9º, pgfo. único, inc. II). Essa é a única menção na lei acerca dos conselhos das áreas cujas atividades estejam sendo transferidas.

11. Não há registros de que o Conselho Estadual de Saúde da Bahia tenha participado dos processos de planejamento, qualificação e seleção das OS, bem



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

como do posterior controle e avaliação do cumprimento das metas por parte das entidades contratadas. Foram entrevistadas duas representantes do CES-BA, que afirmaram que o conselho não tem participado dos processos relacionados à terceirização da gestão das unidades hospitalares da rede estadual. Não há discussão do tema nas reuniões do conselho, tampouco resoluções normatizando o assunto.

12. Segundo o Decreto Estadual 10.139, de 6/11/2006, o CES-BA tem entre suas competências:

I - apreciar estudos sobre eficiência e efetividade das ações e serviços de saúde, mediante a confrontação dos recursos empregados na produção com os resultados obtidos, de modo a atuar na formulação de diretrizes para o funcionamento, avaliação e controle do SUS/BA;

IV - propor mecanismos de fiscalização, avaliação e controle dos serviços de saúde, com vistas ao contínuo aperfeiçoamento do SUS/BA e a integração, cada vez maior, de seus elementos constituídos;

XI - fiscalizar o cumprimento da legislação pertinente ao Sistema Único de Saúde - SUS;

XIII - acompanhar a movimentação de recursos repassados à Secretaria da Saúde;

13. Devido às diversas atribuições relacionadas ao controle e à fiscalização da aplicação dos recursos na saúde, não há justificativa plausível para que o conselho estadual de saúde não tenha participação nas decisões acerca da terceirização dos serviços e no acompanhamento das organizações sociais.

14. Tendo em vista a participação de representantes da sociedade civil no Congeos, seria possível afirmar que o controle social estaria presente. Porém, a forma como estes representantes são escolhidos coloca em dúvida a efetividade do modelo. Segundo Regimento do Conselho, homologado pelo Decreto Estadual 9.432, de 30/5/2005, os integrantes são nomeados pelo governador do estado. No momento da realização da auditoria, apenas quatro membros da sociedade compunham o conselho, sendo que o TCE-BA questionou a participação de um sócio de produtora de filmes como representante da área de agricultura, reforma agrária e irrigação, o que não atenderia ao §1º do art. 3º do Regimento, que determina que os "segmentos da sociedade civil, aqui representados, deverão ser de reconhecida participação no desenvolvimento econômico e social do Estado, e efetiva vinculação às áreas demandantes das atividades e serviços que foram transferidos".

15. Soma-se a isso o fato de o conselho avaliar questões relacionadas à otimização do padrão de qualidade na execução dos serviços e no atendimento ao cidadão. Devido a sua composição heterogênea em termos de áreas de atuação, não se mostra a melhor opção para a tomada de decisões e fiscalização relativa a serviços da área de saúde. Conforme a Lei Federal 8.142/1990, o Conselho de Saúde "atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros". Portanto, são os conselhos das respectivas áreas de atuação que teriam legitimidade para decidir acerca da terceirização dos serviços e permitiriam um controle mais efetivo da execução dos contratos de gestão.

16. Cabe **dar ciência à Secretaria de Estado da Saúde da Bahia de que a não participação do Conselho de Saúde nas decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e na fiscalização da prestação de contas das**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

organizações sociais contraria o disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990 e no caput e incisos I, IV, XI e XIII do art. 6º do Decreto Estadual 10.139/2006.

1.1.3. Município do Rio de Janeiro

17. No município do Rio de Janeiro, a Lei Municipal 5.026/2009 também estabelece que as organizações sociais devem contar com conselho de administração composto por membros da entidade, do poder público e da sociedade. Entre as atribuições do conselho estão:

VIII - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela Diretoria;

IX - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

18. Porém, nos processos de prestação de contas das OS analisados não há qualquer participação do conselho de administração das entidades e representantes da SMSDC-RJ desconheciam tal exigência em entrevista realizada com a equipe de auditoria.

19. A estrutura organizacional de uma entidade fornece a base para o planejamento, a execução, o controle e a correção de rumos de suas atividades. Essa estrutura deve ser estabelecida de maneira a favorecer o cumprimento da missão e o alcance dos objetivos da organização, bem como a eficácia do gerenciamento de riscos e do controle interno.

20. A Lei Federal 9.637/1998, reproduzida em muitas das legislações locais, exige a constituição de conselho de administração como forma de aprimorar a governança das entidades e fortalecer a supervisão e controle sobre elas. Se tal órgão colegiado não existe ou não desempenha adequadamente suas atribuições, há perda considerável de instrumentos capazes de garantir que as entidades parceiras atuem dentro dos limites legais e com a qualidade exigida.

21. Cabe dar ciência à SMSDC-RJ de que a não aprovação dos relatórios gerenciais e de atividade das Organizações Sociais pelo respectivo conselho de Administração contraria o disposto no art. 4º, inc. VIII, da Lei Municipal 5.026/2009.

22. Quanto às instâncias colegiadas de participação no SUS, o Conselho Municipal de Saúde não é ouvido no processo decisório acerca da transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para organizações sociais.

23. Também não há participação do Conselho na fiscalização da entidade, seja analisando ou sequer recebendo as prestações de contas das organizações sociais. Os relatórios gerenciais das OSs e as prestações de contas não são encaminhados ao Conselho de Saúde, cuja atuação ocorre de forma pontual, em função de denúncias.

24. Segundo a Lei Municipal 5.104, de 3/11/2009, que instituiu o conselho de saúde no município:

Art. 1º Fica criado o Conselho Municipal de Saúde-CMS, órgão colegiado, deliberativo e permanente, do Sistema Único de Saúde-SUS.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

Parágrafo único. O CMS disposto no caput integra a estrutura básica da Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil-SMSDC, nos termos da Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, para auxiliar a administração pública na análise, planejamento e aplicação de políticas de saúde, inclusive em seus aspectos econômicos e financeiros, bem como na fiscalização das ações governamentais e nas decisões de matéria de sua competência.

Art. 3º Compete ao CMS participar da análise, da elaboração e da atualização das políticas do SUS, fiscalizando sua aplicação e atuando:

I - na formulação de estratégias de controle do SUS;

IV – na proposição de critérios para programação, execução financeira e orçamentária do Fundo Municipal de Saúde-FMS e no acompanhamento da movimentação e destinação dos recursos;

VI - na fiscalização e controle dos gastos e deliberação sobre critérios de movimentação de recursos, incluindo os do FMS e os transferidos e próprios do Município, do Estado e da União;

VII - na fiscalização e acompanhamento do desenvolvimento das ações e dos serviços de saúde e no encaminhamento de qualquer denúncia de irregularidade ao respectivo órgão, conforme legislação vigente;

XIII - no exame dos contratos e convênios, propondo sua revisão ou rescisão, se os considerar inconvenientes para o SUS;

25. Observa-se que a legislação confere ao conselho diversas atribuições de fiscalização e controle, inclusive quanto aos contratos e convênios. Entretanto, tais preceitos não se concretizam em relação aos contratos de gestão.

26. Cabe dar ciência à Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro de que a não participação do Conselho de Saúde nas decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e na fiscalização da prestação de contas das organizações sociais contraria o disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990, bem como o parágrafo único do art. 1º e o caput e incisos I, IV, VI, VII e XIII do art. 3º da Lei Municipal 5.104/2009.

1.1.4. Estado de São Paulo

27. Não há registros de que o Conselho Estadual de Saúde de São Paulo tenha participado dos processos de planejamento, qualificação e seleção das organizações sociais. O conselho sequer é comunicado sobre a contratação das entidades, segundo entrevista com representantes.

28. Segundo a Lei Estadual 8.356, de 20/7/1993, que criou o conselho no estado:

Artigo 2º - Compete ao Conselho:

I – propor medidas que visem:

a) à formulação e ao controle da política de saúde;

b) à fiscalização e ao acompanhamento do Sistema Único de Saúde;

c) ao aperfeiçoamento da organização do SUS/SP e dos serviços por ele prestados;

VII – acompanhar e fiscalizar o desenvolvimento das ações e serviços de saúde;



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

29. Quanto ao controle, o CES-SP participa com dois conselheiros que atuam na Comissão de Avaliação da Execução dos Contratos de Gestão. Esta participação está prevista na Lei Complementar Estadual 846, de 4/6/1998, que instituiu o programa de organizações sociais no estado:

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

30. No sítio do conselho na internet¹, são disponibilizados os relatórios de execução dos contratos de gestão do estado, demonstrando constituir um tema importante para o conselho.

31. Cabe dar ciência à Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo de que a não participação do Conselho de Saúde nas decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde contraria o disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990, bem como os incisos I e IV do art. 2º da Lei Estadual 8.356/1993.

1.1.5. Estado da Paraíba

32. O Conselho Estadual de Saúde da Paraíba não participa das decisões acerca da contratação de organizações sociais para gerenciamento de unidades públicas de saúde. Não há registros de manifestação ou sequer de comunicação de que o governo estadual estaria realizando parcerias com as entidades privadas. Também não foi identificada nenhuma ação do conselho no controle e fiscalização das entidades. As prestações de contas das OSs não são encaminhadas ao colegiado.

33. Segundo a Lei Estadual 8.234, de 31/5/2007:

Art. 15. Compete ao Conselho Estadual de Saúde da Paraíba além das atribuições previstas na Lei nº 8.142/90:

IV – Atuar na formulação e no controle da execução da política de saúde;

VI – Estabelecer estratégias e procedimentos de acompanhamento da gestão do SUS, articulando-se com os demais colegiados;

IX – Avaliar, explicitando os critérios utilizados, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS;

X - Avaliar contratos e convênios, conforme as diretrizes do Plano Estadual de Saúde;

XII – Fiscalizar e controlar os gastos e deliberar sobre critérios de movimentação de recursos da saúde, incluindo o Fundo Estadual de Saúde, os transferidos e próprios do Estado;

XIV – Fiscalizar e acompanhar o desenvolvimento das ações e dos serviços de saúde e encaminhar os indícios de denúncias aos respectivos órgãos, conforme legislação vigente;

34. Observa-se que as competências do conselho não estão sendo exercidas, tanto pela aparente omissão do governo estadual em incluir o conselho no processo decisório acerca do programa de organizações sociais e pelo não



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

encaminhamento das prestações de contas das OS, quanto pela falta de discussão do tema no órgão colegiado. A equipe de auditoria participou da sessão do conselho no dia 10/10/2012, quando questionou os integrantes acerca das discussões relativas às organizações sociais, tendo sido informada que o tema não tem feito parte da pauta.

35. Cabe dar ciência à **Secretaria de Estado da Saúde da Paraíba de que a não participação do Conselho de Saúde nas decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e na fiscalização da prestação de contas das organizações sociais contraria o disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990, bem como o parágrafo único do art. 1º e incisos IV, VI, IX, X, XII e XIV do art. 15 da Lei Estadual 8.234/2007.**

Nesse contexto, o gestor público deve submeter todo o projeto do modelo de gestão por OS à apreciação do Conselho de Saúde, sendo este considerado uma instância constitucional de participação direta na administração pública.

5) AUSÊNCIA DE GARANTIA CONTRATUAL

É imperioso destacar que serão repassados ao Instituto Americano de Pesquisa, Medicina e Saúde Pública – IAPEMESP a importância de **R\$ 19.616.769,50** (referente aos 14 primeiros meses de contrato) mais **R\$ 1.961.676,95** para aquisição de bens e/ou reforma predial, entretanto, **inexiste qualquer garantia contratual.**

Registre-se, que o *contrato de gestão* é contrato administrativo, portanto, sujeita-se aos princípios e regras a ele afetos, conforme, ainda, os ensinamentos do eminente professor Marçal Justen Filho³:

O contrato de gestão é um contrato administrativo. Sob esse ângulo, **aplica-se integralmente o regime jurídico de direito público**. As condições contratuais podem ser objeto de modificação unilateral por parte do Estado, respeitado o princípio da intangibilidade da equação econômica - financeira do contrato administrativo. (...) O contrato de gestão não pode ser reconhecido, então, como um novo gênero de vínculo jurídico de que participa o Estado. Toda a disciplina já reconhecida a propósito da atividade contratual da Administração Pública aplica-se a propósito do instituto do contrato de gestão.

A própria norma geral de Licitações e contratos estabelece no *caput* do art. 116 que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres deve atender, no que couber, as disposições da Lei Federal 8.666, de 21/6/1993.

Cumprido ressaltar, mais uma vez, que não há qualquer das modalidades de garantia previstas no § 1º do art. 56 da Lei nº. 8.666/93, como caução, fiança ou algo similar.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo : Dialética, 1999. p. 256 e 257



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Serão repassados valores vultosos à organização social, colocando-se em risco o patrimônio público, haja vista que diante do não cumprimento do objeto do contrato de gestão, a Administração Pública não terá à sua disposição este importante instrumento para evitar o prejuízo aos cofres públicos.

Apesar de existir previsão de aplicação de multa de 5% a 30% calculados sobre o valor da parcela mensal quando houver descumprimento das obrigações assumidas no contrato de gestão, **não há dispositivo que preveja alguma garantia especial ao patrimônio público, no caso de sua dilapidação pela organização social, mostrando-se muito temerária a presente contratação.**

Ante o exposto, é evidente que o Município não terá meios nem forma de se ressarcir possíveis prejuízos, caso haja malversação de verbas públicas.

6) AUSÊNCIA DE METAS E INDICADORES OU DOS ATRIBUTOS CAPAZES DE PERMITIR QUE A AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DA OS SEJA EFETIVA. DESCUMPRIMENTO AO ART. 7º, INC. I, DA LEI MUNICIPAL N. 5.195/2011.

No contrato de gestão deve ser determinado a extensão das atividades que a organização social desenvolverá, **com explicitação de metas a atingir**. Assim, é fundamental a autonomia da entidade em face do Estado, incumbindo-lhe assumir os riscos da atividade que desenvolver em nome próprio e responder em face da comunidade pela eficiência na gestão de recursos, bens e pessoal. Logo, a ausência de controles burocráticos deverá ser limitada. Deverão ser fixados objetivos a ser atingidos e estabelecidos índices objetivos para a avaliação da eficácia da atividade.

A Lei Municipal 5.195/2011 exige que os contratos de gestão contemplem metas e indicadores de desempenho:

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação **das metas a serem atingidas** e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, **mediante indicadores de qualidade e produtividade**; (grifo nosso)

O Contrato de Gestão 001/2014, celebrado pela Secretaria Municipal de Saúde de Vila Velha e a organização social de saúde Instituto Americano de Pesquisa, Medicina e Saúde Pública – IAPEMESP - para gerenciamento da Unidade de Pronto Atendimento da Glória – UPA 24h carece de metas e indicadores que permitam ao ente governamental avaliar adequadamente o desempenho da entidade.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

O ajuste estabelece que o acompanhamento e avaliação será realizada por comissão de avaliação e fiscalização, que verificará periodicamente a consolidação e a análise do desenvolvimento das atividades e resultados obtidos pela Organização Social. De acordo com o contrato “a verificação restringir-se-á aos resultados obtidos em sua execução, através dos indicadores de desempenho estabelecidos, em confronto com as metas pactuadas e com a economicidade no desenvolvimento das respectivas atividades”.

Verifica-se que o Anexo Técnico III do contrato é composto pela tabela abaixo que contempla indicadores que medem aspectos relacionados à efetividade e ao desempenho da unidade:

INDICADOR	1º trimestre	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
Qualidade da informação	50%	30%	30%	30%
Implantação de protocolos clínicos para as patologias mais prevalentes em urgência e emergência	20%	30%	30%	30%
Implantação do SAC	15%	20%	20%	20%
Avaliação do usuário ou sua família	15%	20%	20%	20%
TOTAL	100%	100%	100%	100%

Nota-se que o contrato de gestão ora analisado não apresenta as fórmulas nem descreve como serão calculados os indicadores. Inexiste a definição do método de coleta, sendo impossível saber quais são as diferentes variáveis que deverão ser contempladas e utilizadas na obtenção do indicador.

Ora, na contratualização de resultados, um dos maiores enfoques da Nova Gestão Pública, que substituiu o modelo burocrático da Administração Pública, o Estado transfere para a organização social contratada a gestão de serviços e atividades não-exclusivas do Estado.

O Estado, por sua vez, auxilia a organização social de diversas formas, seja com recursos orçamentários, bens ou pessoal, conforme o caso, mantendo sob sua responsabilidade, tão-somente, a fiscalização do cumprimento das metas acordadas, bem como o controle dos resultados alcançados ao longo da execução do contrato de gestão firmado, por meio dos órgãos de controle próprios.

Desse modo, visando possibilitar o controle da atuação da Organização Social por parte do Estado e da Sociedade mostra-se indispensável a instituição de



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

mecanismos de pactuação de metas, indicadores e instrumentos de acompanhamento claramente definidos.

Verifica-se que os indicadores de desempenho constantes do contrato de gestão 001/14 apresentam problemas, mostrando-se inúteis para mensuração do desempenho da Organização Social na consecução dos compromissos firmados no Contrato, restando comprometida a avaliação necessária.

Sobre o assunto, cabe citar o AC-3239-47/13-P, prolatado pelo egrégio Tribunal de Contas da União, em 27/11/2013, onde se traçou os parâmetros mínimos e obrigatórios para a transferência de serviços públicos de saúde para organizações sociais, relacionando os indicadores considerados essenciais nos termos do art. 4º. da Resolução Normativa ANS 275/2011, *in verbis*:

1. Na gestão hospitalar, mais especificamente, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) instituiu o Programa de Monitoramento da Qualidade dos Prestadores de Serviços na Saúde Suplementar (QUALISS) por meio da Resolução Normativa ANS 275, de 1/11/2011. O programa “consiste de um sistema de medição para avaliar a qualidade dos prestadores de serviço na saúde suplementar, por meio de indicadores que possuem validade, comparabilidade e capacidade de discriminação dos resultados”.
 2. Foram selecionados indicadores de acordo com seis dimensões da qualidade: efetividade, eficiência, equidade, acesso, centralidade no paciente e segurança. Cada indicador foi classificado de acordo com a relevância em duas categorias: essenciais e recomendáveis. Podem-se associar estas dimensões com o atributo da completude, tendo em vista que buscam apresentar uma visão do desempenho dos hospitais sob diferentes ângulos.
1. A informação acerca dos indicadores é obrigatória apenas para os prestadores de serviço que aderirem ao QUALISS, mas a seleção de indicadores essenciais pela ANS é um importante parâmetro de avaliação dos indicadores previstos nos contratos de gestão. A Tabela 1 apresenta os indicadores selecionados pela Agência como essenciais:

Tabela 1: Indicadores essenciais na gestão hospitalar segundo a ANS

Domínio	Indicador
Efetividade / Segurança	Taxa de densidade de incidência de infecção de corrente sanguínea associada a cateter venoso central (CVC) Taxa de utilização de cateter venoso central (CVC) Implantação de diretrizes e protocolos clínicos



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

Domínio	Indicador
Efetividade	Taxa de mortalidade institucional Taxa de mortalidade cirúrgica Taxa de mortalidade neonatal por faixa de peso do RN
Eficiência	Taxa de ocupação operacional (geral, maternidade, UTI adulto e pediátrica) Média de permanência (geral, maternidade, UTI adulto e pediátrica)
Equidade	Acessibilidade à pessoa com deficiência Medidas para garantir nos atendimentos a prioridade aos indivíduos vulneráveis (pessoas com deficiência, idosos, gestantes, lactantes), excluindo urgência/emergência
Acesso	Acolhimento com classificação de risco no Pronto Atendimento/Pronto Socorro Tempo de permanência/espera dos pacientes na Urgência
Centralidade no Paciente	Satisfação do cliente/paciente/ usuário Monitoramento/ avaliação de queixas, reclamações e sugestões



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Domínio	Indicador
Segurança	Conformidade com os padrões de cirurgia segura

Fonte: <http://www.ans.gov.br/index.php/espaco-dos-prestadores/qualiss/1575-indicadoreshospitales>

2. Verifica-se que os indicadores previstos no Contrato de Gestão 001/2014 concentram-se, de forma superficial, nas dimensões da efetividade e centralidade no paciente, **não sendo previstos indicadores relacionados à eficiência, equidade, acesso e segurança.**

No que tange à definição das metas, importante destacar as características necessárias enumeradas no Acórdão 3.239/2013 do TCU – Plenário:

1. Quanto às metas que estarão associadas aos indicadores, o Documento Técnico do TCU aplica o conceito de metas SMART, que enumera as características que elas devem apresentar segundo Rietbergen e Blok:

- a) Específica: expressar claramente o que deve ser alcançado, sem ambiguidades;
- b) Mensurável: expressar em que medida o objetivo deve ser alcançado em certo intervalo de tempo, permitindo avaliação e feedback;
- c) Apropriada: estar alinhada com os objetivos gerais ou estratégicos, contribuindo para alcançá-los, isto é, ser relevante para medir os objetivos;
- d) Realista: poder ser alcançada no período previsto a custo razoável e considerando as restrições existentes. Levar em conta os objetivos da instituição, o contexto econômico em que está inserida, as limitações orçamentárias, o desempenho anterior. Se as metas não forem realistas, elas serão vistas como meros ideais e não terão influência prática no comportamento do pessoal.
- e) Prazo determinado: expressar o período esperado para seu alcance.

Depreende-se que dentre as metas estabelecidas no Contrato de Gestão 001/2014 para o primeiro trimestre está a de “50% de qualidade da informação”. De acordo com o conceito de SMART, esta meta não é específica, pois não define quais informações devem ser gerenciadas, nem qual é a qualidade esperada; não é mensurável, pois não identifica número de informações nem o grau em que elas devem ser transmitidas para serem consideradas de qualidade. Não foram definidas as variáveis do indicador, como por exemplo, quem será o receptor da informação, quem será o emissor dos processos comunicativos, qual canal ou código utilizados para transmitir as mensagens.

Registra-se que os problemas apontados neste tópico foram detectados pelo TCU em diversos Estados, sendo necessária a expedição de recomendações no seguinte sentido:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Recomenda-se ainda à Secretaria Municipal de Saúde de Araucária que elabore estudo com vistas a definir indicadores e metas capazes de permitir a avaliação de desempenho das organizações sociais, substituindo as metas previstas no Contrato de Gestão 225/2008, que não possuem os atributos necessários para a avaliação dos resultados.

(...)

Cabe recomendar à SMSDC-RJ que, na definição dos indicadores dos contratos de gestão com organizações sociais, procure ampliar as dimensões da qualidade avaliadas, conforme o art. 4º da Resolução Normativa ANS 275/2011; analise a conveniência e oportunidade de incluir os indicadores considerados como essenciais nos termos da norma; e reveja a fórmula de cálculo dos indicadores relacionados à média de permanência e taxa de mortalidade institucional.

(...)

Tendo em vista que alguns dos contratos de gestão não fazem previsão de indicadores em número suficiente e que abrangem as diferentes dimensões da qualidade, além de nenhum contrato prever a fórmula de cálculo dos indicadores, cabe recomendar à Secretaria de Estado da Saúde da Paraíba que, na definição dos indicadores dos contratos de gestão com organizações sociais, procure ampliar as dimensões da qualidade avaliadas, conforme o art. 4º da Resolução Normativa ANS 275/2011, analise a conveniência e oportunidade de incluir os indicadores considerados como essenciais nos termos da norma e inclua nos contratos a descrição e fórmula de cálculo dos indicadores.

(...)

Observa-se que há uma concentração de indicadores relativos à segurança. Dimensões importantes da qualidade não estão sendo avaliadas, como a equidade e a centralidade no paciente, enquanto observa-se uma necessidade de aprofundar a avaliação da efetividade, da eficiência e do acesso. Dessa forma, cabe recomendar à Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo que, na definição dos indicadores dos contratos de gestão com organizações sociais, procure ampliar as dimensões da qualidade avaliadas, conforme o art. 4º da Resolução Normativa ANS 275/2011 e analise a conveniência e oportunidade de incluir os indicadores considerados como essenciais nos termos da norma.

Infere-se que os indicadores e as metas enunciados para o Contrato de Gestão 001/2014 não permitem a avaliação de desempenho da instituição contratada, pois possuem parâmetros precários ou inexistentes, o configura **irregularidade gravíssima**, que descaracteriza o próprio contrato de gestão, inviabilizando a medição do atingimento dos resultados, assemelhando-se a simples contrato de prestação de serviços.

Ante o exposto, a ausência dos requisitos acima mencionados **representa a desnaturação do contrato de gestão**, tornando-se impossível a avaliação e



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

valoração dos resultados, que deveriam servir de base para o pagamento do valor variável do ajuste.

7) DA AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE NA CORRELAÇÃO ENTRE O CUMPRIMENTO DAS METAS QUALITATIVAS E O DESCONTO APLICADO AOS REPASSES FINANCEIROS.

Nos termos do Anexo Técnico II⁴ da Minuta do Contrato de Gestão (fl. 409), o pagamento pelos serviços executados é realizado com base no atingimento das metas qualitativas e quantitativas pactuadas por meio do citado instrumento de gestão, a saber:

SISTEMA DE PAGAMENTO

[...]

4.2 – Do montante estipulado no item 2 (dois), excluindo-se o valor do período de pré-ativação que trata o item 3.1, **90 %** (noventa por cento), serão repassados em 12 parcelas mensais, a partir da 3^a parcela, totalizando o valor de **R\$ XXX (XXXX)**, obedecendo ao cronograma da tabela abaixo.

4.3 – Do montante estipulado no item 2 (dois), excluindo-se o valor do período de pré-ativação que trata o item 3.1, **10 %** (dez por cento), serão repassados mensalmente, a partir da 3^a parcela, junto com as parcelas fixas, com valor total estimado em **R\$ XXX (XXXX)**, vinculado à avaliação dos indicadores de qualidade e conforme sua valoração, de acordo com o estabelecido no Anexo Técnico III, Indicadores de Qualidade, parte integrante deste Contrato de Gestão. Esses pagamentos seguem o cronograma da tabela abaixo.

CRONOGRAMA DE PAGAMENTO

MÓDULO/ ETAPA	PARCELA	PARCELA FIXA (R\$)	PARCELA VARIÁVEL (R\$)	TOTAL A REPASSAR (R\$)
I – Pré-ativação 1º Mês	1ª	PARCELA MENSAL		
I – Pré-ativação 2º Mês	2ª	PARCELA MENSAL		
II – Ativação 1º Mês	3ª			
II – Ativação 2º Mês	3ª			
II – Ativação 3º Mês	5ª			
II – Ativação 4º Mês	6ª			
II – Ativação 5º Mês	7ª			
II – Ativação 6º Mês	8ª			

⁴ Fls. 203/207.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

II – Ativação 7º Mês	9ª			
II – Ativação 8º Mês	10ª			
II – Ativação 9º Mês	11ª			
II – Ativação 10º Mês	12ª			
II – Ativação 11º Mês	13ª			
II – Ativação 12º Mês	14ª			
TOTAL	-			

Observa-se que a essência do contrato de gestão possui sua gênese no cumprimento de metas qualitativas e quantitativas. Acerca das metas previstas no Contrato de Gestão n.º 383/2012, verifica-se apenas 10% do pagamento pelos serviços executados estão vinculados ao cumprimento das metas qualitativas e quantitativas (parte variável), enquanto que os 90% restantes são repassados independentemente do atingimento das metas ajustadas.

Com efeito, atribuir-se percentual tão pequeno do pagamento ao que constitui objeto do contrato de gestão – atingimento de metas – vai de encontro à própria finalidade da transferência da administração do serviço de saúde do Pronto Atendimento da Glória – UPA 24h. A discrepância entre os percentuais da parte fixa (90%) e da parte variável (10%) do pagamento repassado à Organização Social desestimula o cumprimento das metas, haja vista que o descumprimento total de todas as metas qualitativas e quantitativas importa na percepção de 90% do valor contratado, o que representa quase a totalidade dos recursos públicos, resultando em ofensa aos princípio da eficiência e economicidade

8) NECESSIDADE DE COLETA DE PREÇOS NO MERCADO PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS, BEM COMO PARA COMPRA.

O art. 32 do Decreto n. 005/2012 faz menção à exigência para contratação de obras serviços e compra de bens pela entidade executora, senão vejamos:

Art. 32 A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Parágrafo Único. O regulamento previsto no *caput* deste artigo deverá primar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Por sua vez, o art. 7º da Lei n. 5.195/11 prevê que:

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

Ora, a organização social contratante estará gerindo recursos públicos e, como tal, deve obediência aos ditames da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, parâmetros estes que somente serão possíveis através da pesquisa de preços no mercado.

É de se registrar que o Contrato de Gestão não contempla nenhuma cláusula determinando a realização de coleta de preços no mercado pela Organização Social para aquisição de bem e contratação de obras e serviços, havendo apenas a necessidade de elaboração de regulamento próprio pela própria contratante.

Importante citar o Acórdão 3239/2013 do TCU, que prevê como obrigatória a cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato pela organização social:

Já o Acórdão 710/2010-TCU-2ª Câmara alertou a uma organização social que ela deveria utilizar o pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns com recursos federais transferidos mediante contrato de gestão.

Por fim, o Acórdão 3.373/2012-TCU-Plenário, que apreciou auditoria operacional na SPDM, fez uma série de determinações à entidade no sentido de que seus procedimentos de contratação atendessem aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, bem como os preceitos gerais da Lei de Licitações, mas sem aplicar diretamente a lei nas aquisições da entidade.

Tendo em vista que este é um tema ainda cercado de polêmica dentro do Tribunal, o que pode levar a uma insegurança jurídica ao modelo das organizações sociais, propõe-se que o TCU firme **o entendimento de que as organizações sociais submetem-se ao regulamento próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.**

À vista do exposto, cumpre frisar que o fato de se estar diante de um contrato de gestão não constitui pretexto para se afastar a aplicação de cautela mínima com a realização de pesquisa de mercado com no mínimo três empresas, em obediência aos princípios da impessoalidade, publicidade e moralidade administrativa.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

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. 001/2014, no item 1.1, dispõe que “o presente **CONTRATO DE GESTÃO** tem por objeto GERENCIAMENTO, OPERACIONALIZAÇÃO E EXECUÇÃO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE, INCLUINDO EQUIPAMENTOS, NA UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO DA GLÓRIA – UPA 24h GLÓRIA, localizada à Av. Carlos Lindemberg, nº. 1.117, Glória, Vila Velha, ES, 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 de Bens

Públicos

No Anexo I estão descritas todas as atividades e serviços de saúde transferidos 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.

No item 2.3 do Edital nº 001/2013 (Doc. 1, fl. 138) e no preâmbulo da Minuta do Contrato de Gestão (Anexo – VII – fl. 178) traz previsão expressa quanto à aplicação subsidiária da lei de licitação ao processo de seleção e na contratação.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Por essa razão, os atos que tenham sido praticados com inobservância às normas da Lei n. 8.666/93, que se destinam a garantir o cumprimento de princípios constitucionais da Administração Pública, são ilegais e maculam de nulidade toda a contratação.

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.

Embora as normas em questão não se apliquem integralmente à contratação ora objurgada, devem ser-lhes aplicadas àquelas 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



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

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 (...)'.

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 acrescentados)

(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 acrescentados)

(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 Adylson Motta);



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

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:

“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.

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 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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

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 o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo 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.

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.

11) DA LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO REPRESENTADA AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE NA CORRELAÇÃO ENTRE O CUMPRIMENTO DAS METAS QUANTITATIVAS E O PAGAMENTO DEVIDO À ORGANIZAÇÃO SOCIAL.

De acordo com o item 7.1 da Cláusula Sétima do contrato ora analisado, será repassado à contratada a importância global estimada de **R\$ 19.616.769,50** (dezenove milhões, seiscentos e dezesseis mil, setecentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos), referente aos 14 (quatorze) meses de Contrato. Após este período, os desembolsos serão por um período de 12 (doze) meses.

O Anexo Técnico II prevê as regras para pagamento à Organização Social, sendo relevante para a presente análise a parte fixa do Contrato de Gestão 001/2014, senão vejamos:

ANEXO TÉCNICO II

SISTEMA DE PAGAMENTO

2. O montante do orçamento econômico-financeiro da Unidade de Pronto Atendimento da Glória – UPA 24 h Glória para **despesas de custeio** da assistência nos primeiros 14 (quatorze) meses de Contrato, correspondente ao exercício de 2014/15, fica estimado em **R\$ 19.616.769,50** (dezenove milhões, seiscentos e dezesseis mil, setecentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos) e compõe-se da seguinte forma:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

- 3,5% (três vírgula cinco por cento) do valor, **R\$ 686.586,93 (seiscentos e oitenta e seis mil, quinhentos e oitenta e seis reais e noventa e três centavos)**, correspondente ao custeio das despesas com o período de pré-ativação;
- 96,5% (noventa e seis vírgula cinco por cento) do valor, **R\$ 18.930.182,57 (dezoito milhões, novecentos e trinta mil, cento e oitenta e dois reais e cinquenta e sete centavos)**, correspondente ao custeio com o atendimento integral à assistência.

(...)

3.2 Do montante estipulado no item 2 (dois), excluindo-se o valor do período de pré-ativação que trata o item 3.1, **90% (noventa por cento) serão repassados em 12 parcelas mensais**, a partir da 3 parcela, totalizando o valor de R\$ 17.037.164,31 (dezesete milhões, trinta e sete mil, cento e sessenta e quatro reais e trinta e um centavo), obedecendo ao cronograma da tabela abaixo.

(...)

II.2 – AVALIAÇÃO E VALORAÇÃO DOS DESVIOS NAS QUANTIDADES DE ATIVIDADE ASSISTENCIAL (Parte Fixa do Contrato de Gestão)

1. Os ajustes dos valores financeiros decorrentes dos desvios constatados serão efetuados nos meses subsequentes aos períodos de avaliação, que ocorrerão a cada período de 06 (seis) meses.
2. A avaliação e análise das atividades contratadas constantes deste documento serão efetuadas conforme explicitado na Tabela que segue. Os desvios serão analisados em relação às quantidades especificadas para atividades assistenciais constantes no ANEXO TÉCNICO I – Descrição de Serviços e gerarão uma variação proporcional no valor do pagamento de recursos a ser efetuado à **CONTRATADA**.

TABELA I – Para contrato de Gestão para Gerenciamento de Unidade de Pronto Atendimento, segundo sua tipologia.

UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO – PORTE III		
ATIVIDADE REALIZADA		VALOR DEVIDO
ATENDIMENTO AOS USUÁRIOS	Acima do volume contratado	100% do valor semestral da atividade assistencial contratada
	Entre 85% e 100% do volume contratado	100% do valor semestral da atividade assistencial contratada
	Entre 70% e 84,99% do volume	100% do valor semestral



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

	contratado	da atividade assistencial contratada
	Menos que 70% do volume contratado	70% do valor semestral da atividade assistencial contratada

Pela simples análise da tabela acima é possível verificar que o Município de Vila Velha estipulou que mesmo que a contratada não atenda à demanda, ou seja, mesmo sem a contraprestação dos serviços de saúde no quantitativo previsto, serão repassados recursos de forma integral à Organização Social. Trata-se de hipótese de **transferência gratuita de recursos públicos e enriquecimento sem causa da organização social.**

Consta do ANEXO II do Edital n. 001/2013 (fl. 162 do processo n. 41.787/2013), que a média de atendimentos diários na Unidade de Pronto Atendimento da Glória é de 450 usuários. Na situação hipotética de que em determinado dia, por ausência de profissionais, apenas 383 usuários sejam atendidos, o que representa 85% das atividades assistenciais estipuladas no contrato, não haverá desconto no pagamento, haja vista previsão de variação proporcional constante da Tabela I, subitem II. 2, do Anexo Técnico II do Contrato de Gestão 001/2014.

Registra-se que nos termos da Lei n. 5.195/11, somente as pessoas jurídicas sem fins lucrativos poderão qualificar-se como “organizações sociais”, o que significa dizer que ao celebrar contrato com a Administração Pública, os valores a serem recebidos devem se limitar a cobrir os custos da organização. Ora, fica claro que a proporcionalidade estipulada pelo Contrato de Gestão 001/2014, prevê a possibilidade de potencial desfalque aos cofres públicos caso seja aplicada, importando no recebimento de valores altíssimos pelo INSTITUTO AMERICANO DE PESQUISA, MEDICINA E SAÚDE PÚBLICA – IAPEMESP, sem contraprestação do serviço devido, o que representa lucro.

Não é razoável que a Administração efetue gastos sem a real utilização no custeio de ações voltadas à saúde, propiciando lucro à Organização Social e prejudicando a população usuária com a oferta de serviços ineficientes e sucateados.

É inadmissível, por exemplo, que seja repassado R\$ 8.518.582,15 (referente à parte fixa do contrato de gestão), o que representa **100% do valor semestral da atividade assistencial contratada**, mediante atendimento de 68.850 pacientes (**85% do volume contratado**), ao invés de 81.000 pacientes (**100% do volume contratado**).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Posta assim a questão, é de se afirmar que os danos ao patrimônio público são presumidos pelo procedimento do Município de inobservância aos princípios constitucionais da administração pública, da isonomia, da indisponibilidade dos interesses públicos, da moralidade pública, em suma, configurando atos de improbidade administrativa.

12) DESVIRTUAÇÃO DO INSTITUTO DA REPACTUAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO ILIMITADA DO VALOR DO CONTRATO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE, DA ISONOMIA E DA LICITAÇÃO.

A cláusula sétima traz previsão de revisão dos valores pactuados após o primeiro ano assistência de implantação da Unidade, senão vejamos:

7.2 – Após o primeiro ano assistencial de implantação da Unidade, os valores pactuados neste Contrato serão obrigatoriamente revistos pela CONTRATANTE, e desde que previamente consultada a Controladoria Geral e a Procuradoria Geral do Município, quanto aos aspectos econômicos-financeiros acarretados pelo aditamento pretendido.

7.2.1 – As alterações de valores e cronograma de desembolso devem ser realizadas mediante Termo Aditivo;

Ocorre que a cláusula oitava define as condições de pagamento com o valor estimado de R\$ **19.616.769,50** (dezenove milhões, seiscentos e dezesseis mil, setecentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos) a serem repassados nos primeiros 14 (quatorze) meses de vigência do Contrato, entretanto, para os anos subsequentes, há apenas a previsão de que “a liberação dos valores a serem repassados dar-se-á em 12 parcelas mensais, cujo valor corresponde a um valor fixo de 1/12 de 90% do orçamento anual e um valor correspondente a parte variável de 1/12 de 10% do orçamento anual.

O que se observa é que a Administração Pública concedeu um “cheque em branco” à Organização Social a partir do 15º mês de vigência do contrato, conforme se extrai dos itens 3.4 e 3.5 do Anexo Técnico I (Descrição dos Serviços) do Contrato n. 001/2014:

3.4 A partir do 15º mês, 90% (noventa por cento) do **valor repactuado** no item 02 (dois) serão repassados mensalmente, juntamente com as parcelas fixas, no valor mensal a ser estipulado em Termo Aditivo.

3.5 A partir do 15º mês, 10% (dez por cento) do **valor repactuado** no item 02 (dois) serão repassados mensalmente, juntamente com as parcelas fixas, com valor mensal a ser estipulado em Termo Aditivo, vinculado à avaliação dos indicadores de qualidade e conforme sua valoração, de acordo com o estabelecido no Anexo Técnico III – Indicadores de Qualidade, parte integrante deste Contrato de Gestão.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

Ora, a sistemática de repactuação dos contratos de prestação de serviços de duração continuada destina-se a recompor desequilíbrios ordinários e contratuais decorrentes de situações previsíveis (evento futuro desfavorável), entretanto, não é possível prever no contrato a obrigatoriedade de repactuação sempre que se promova a renovação do ajuste, haja vista que o contratado apenas fará jus à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de variação de custos de insumos previstos na planilha de composição de preços.

Aliás, tal previsão deve ser interpretada como confissão por parte da Administração Pública de que não houve estimativa de custos adequada e nem levantamento confiável do quantitativo e valores dos serviços transferidos à Organização Social, o que pode levar a um aumento abusivo do valor a ser repassado após tal período.

O aumento desarrazoado dos valores pagos na transferência de serviços públicos de saúde para organizações sociais foi objeto de apuração pelo egrégio Tribunal de Contas da União, sendo observada tal irregularidade no Acórdão-3239-47/13-P, conforme abaixo transcrito:

O Contrato 6/2008-NTCSS/SMA se iniciou com o valor anual de R\$ 10 milhões e durante a realização da auditoria apresentava valor aproximado de R\$ 120 milhões. O Contrato 9/2008-NTCSS/SMS iniciou-se com R\$ 10 milhões anuais e alcançava o valor de R\$ 44 milhões de custeio. De se observar que os dois contratos mencionados foram julgados irregulares pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e apresentavam irregularidades graves na sua execução.

Ressalta-se que sempre haverá cabimento de promover-se a recomposição de preços, visando assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de serviço de execução continuada. E tal providência imporá como dever constitucional da Administração Pública nos casos em que sobrevirem eventos que modifiquem a relação formada entre os encargos contratuais e a correspondente remuneração.

Importante frisar que não existe no Contrato 001/2014 previsão dos valores devidos ao contratado a partir do 15º mês de vigência do instrumento contratual, o que impossibilita o gestor de estimar o impacto orçamentário-financeiro para os dois exercícios seguintes, em afronta ao inciso I, do art. 16, da LRF.

Tratando-se de transferência de recursos orçamentários e bens públicos para serem geridos por Organização Social, o certo seria que na formatação da proposta apresentada pela entidade privada estivesse expresso o valor orçado para os 60 (sessenta) meses, permitindo-se a programação orçamentária e financeira para todo o período por parte do município.

Em suma, vale dizer, que não há dotação orçamentária para custear 45 meses do período contratual.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Acrescenta-se que há notícia, obtida dos auditores do Tribunal de Contas do Estado do Espírito, de que o contrato de gestão objurgado, em vista das irregularidades ora apresentadas, bem como da relevância do valor dos recursos públicos a serem transferidos à organização social, foi objeto de auditoria ordinária, conforme Plano Anual de Fiscalização – PAF 2014, em anexo, sendo necessário que o respectivo relatório de auditoria seja requisitado e acostado aos autos para fazer parte do conjunto probatório.

3. DO SUPORTE JURÍDICO

3.1. DA PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. O PLANO DIRETOR DE REFORMA DO APARELHO ESTATAL

A publicização do Sistema Único de Saúde (SUS), expressa na diretriz da complementaridade, é parte dos valores resultantes da democratização que precedeu a Constituição Federal de 1988 (CF/88), pautado marcadamente por uma sociedade civil em processo de organização, que trabalhava politicamente pela conquista de direitos sociais. A CF/88 é um divisor de águas para democracia brasileira e traz o diferencial da assunção normativa de um modelo estatal com forte influência do Bem-Estar Social.

Apesar dos ganhos da Carta Constitucional de 1988, o Brasil não saiu ileso do movimento do neoliberalismo e à imposição de um novo padrão capitalista transnacional que se apresenta como oposição ao Estado de Bem-Estar Social.

Ainda na década de 1980, surge a teoria da escolha pública, cuja concepção indica a focalização das políticas sociais nos seguimentos mais carentes da população, abrindo espaço para a atuação do próprio mercado na solução de tais questões ou, na hipótese de setores pouco atraentes, da própria sociedade civil, numa lógica que minimiza o dever estatal na realização de tais atividades⁵.

As pressões para o ajuste fiscal e a Reforma do Estado foram tornando-se cada vez mais presentes. Ganharam espaço nos governos de Fernando Collor de Mello e de Fernando Henrique Cardoso (FHC)⁶, tendo sido apresentado, neste último, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), capitaneado pelo então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira.

⁵ PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

⁶ PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

O PDRAE é um programa de Reforma do Estado de caráter abrangente que contém marcantes elementos de redução do aparato estatal, como a proposta da transferência da execução de serviços sociais à sociedade civil.

Especificamente em relação ao modelo de execução de serviços públicos sociais, o PDRAE propõe que as atividades executoras sejam substituídas por atividades meramente reguladoras, ou seja, que as atividades não exclusivas do Estado sejam transferidas para o setor privado.

O escopo do Programa Nacional de Publicização é transformar as entidades da Administração Direita e Indireta prestadoras de serviços públicos em Organizações Sociais (OSSs), entidades de direito privado, sem fins lucrativos, autorizadas a celebrar contratos de gestão com o Poder Público, tendo direito a dotações orçamentárias e cessão de bens públicos e servidores.

Nessa linha, sobreveio a Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que efetiva no campo legal o Programa Nacional de Publicização. O texto legal define as OSSs como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e à preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Em síntese, tal dispositivo legal traduz a proposta de que as atividades estatais executoras de direitos sociais sejam substituídas por atividades meramente financiadoras e reguladoras. A reforma sugere que, em relação aos serviços não exclusivos, como as atividades assistenciais do SUS, deve haver um afastamento do Estado da prestação direta, passando a um regime de propriedade “público não estatal”, informado pela administração gerencial.

Veja-se que o modelo do PDRAE é de privatização de serviços públicos, uma vez que se erige numa ótica que repassa ao mercado e à sociedade civil a questão da promoção da justiça social.

Ocorre que, embora os serviços de saúde não sejam monopólio do Estado, há limites para a delegação de seus serviços ao setor privado, que foram estabelecidos pela diretriz da complementaridade no SUS, a partir da adoção, pela CF/88, de um paradigma de Estado influenciado pela lógica do bem-estar social⁷ (MEDAUAR, 2011; MELLO, 2011). Desse quadro, emerge a inconstitucionalidade dos atos do PDRAE que importem em privatização dos serviços de saúde ao setor privado para além dos limites de uma participação meramente complementar.

No Município de Vila Velha a terceirização dos serviços públicos foi regulamentada por meio da Lei n.º. 5195 de 2011, que estabelece que instituições qualificadas como

⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

organizações sociais possam assumir a execução dos serviços estaduais de saúde, mediante contrato de gestão.

A Lei nº. 5195/11, assim como a Lei Federal 9637/98, estabelecem uma possibilidade aparentemente *ilimitada* de privatização de serviços públicos de saúde, meramente sob critérios de *conveniência administrativa*, mas sem respeito aos norteadores constitucionais da diretriz da complementaridade. Além disso, afrontam indiretamente os princípios constitucionais da comunidade no SUS; do acesso a cargos, empregos e funções públicas de forma igualitária mediante concurso público; descentralização administrativa para autarquias, empresas públicas e fundações mediante prévia legislação complementar; contratação de obras e serviços mediante processo de licitação; publicidade dos atos administrativos.

Essas organizações sociais receberão do Poder Público bens e recursos financeiros (Seção III da Lei nº 5195/11). Relativamente aos recursos humanos, haverá a cessão de servidores públicos municipais, respondendo o Erário pelas respectivas despesas. Não obstante, poderão as organizações sociais pagar-lhes “vantagem pecuniária” adicional (cláusula quarta do Contrato de Gestão)

Ainda segundo a mencionada Lei, as organizações sociais serão selecionadas **sem a realização de licitação**, aplicando-se um processo de seleção. Além disso, a contratação de pessoal não é precedida de regular concurso público, em que se poderia examinar, de forma impessoal, a capacidade e eficiência dos servidores que trabalharão com o maior bem da vida humana: a saúde.

Evidentemente, **uma das pretensões do programa de privatização é afastar a realização de licitação para a compra de bens e serviços e de concurso público para a gestão de pessoal.**

As perspectivas sobre os resultados danosos decorrentes da transferência da gestão de unidades públicas de saúde para entidades privadas se revelam preocupações comuns em relação à celebração de contratos de gestão sem processo licitatório, a não submissão das organizações sociais à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, à precariedade do controle das atividades e da aplicação dos recursos públicos por ela geridos, à quebra da universalidade no atendimento e o aumento do grau de dependência estatal do setor privado na gestão da rede de serviços de saúde no Município de Vila Velha.

3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE – LIMITES CONSTITUCIONAIS À PARTICIPAÇÃO DO PRIVADO NO SUS:

Como dito, o texto da Constituição Federal de 1988 (CF/88) seguiu a linha de construção de um Estado de Bem-Estar Social e afirmou a saúde na categoria de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

direito fundamental social (Art. 6.º, CF/88). A tal prescrição atrelou a execução de uma política pública pelo Estado, no alcance de sua efetividade, criando o SUS.

O SUS, por sua vez, é informado por princípios e diretrizes de doutrina e de organização, sendo os primeiros, aqueles que traduzem o núcleo valorativo e o fundamento da transformação do sistema de saúde brasileiro, e os segundos, aqueles que orientam a forma de sua organização e funcionamento. Os princípios de doutrina são a universalidade, a equidade e a integralidade, e as diretrizes de organização são a regionalização, a hierarquização, a resolubilidade, a descentralização, a participação da sociedade e a complementaridade do setor privado.

O art. 197 da CF/88 previu genericamente que os serviços de saúde devem ser executados diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros. Na sequência, o art. 199, § 1º, estabeleceu a diretriz da complementaridade, cujo conteúdo prevê a **participação das instituições privadas no SUS, de forma apenas complementar.**

É evidente, pois, que o papel da iniciativa privada na prestação de serviços do SUS é acessório, coadjuvante. Logo, toda e qualquer tentativa ou medida de investir a iniciativa privada no papel de protagonista confronta o texto constitucional e a Lei Orgânica da Saúde.

Essa é a opinião, inclusive, da doutrina e da jurisprudência.

Marlon Alberto Weichert observa:

“Reconhecendo que a estrutura pública não seria suficiente para dar plena assistência a toda a população (especialmente pela herança de contratação de serviços privados no modelo do então INAMPS), a Constituição Federal permitiu a participação de entidades particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde. Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público. (...) Em tendência diametralmente oposta ao vetor constitucional, porém, algumas administrações públicas têm investido na *terceirização* ao setor privado dos seus próprios serviços. Ou seja, o Estado não só **deixa de investir na ampliação da rede própria, como se demite do serviço que já vinha executando**. Dupla inconstitucionalidade.” (WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 199-200).

Di Pietro entende que a expressão complementar afasta a possibilidade de delegação da atividade fim do SUS, ou seja, de que sejam privatizados os próprios



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

serviços de saúde e sua respectiva gestão, permitindo-se terceirização apenas para as atividades meio e estritamente materiais.

“É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas 'de forma complementar', o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. **Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde;** o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional.

A Lei nº 8.080, de 19.9.90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS 'forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área', hipótese em que a participação complementar deverá 'ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público' (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos). **Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde;** significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 186)

Celso Antonio Bandeira de Mello, com precisão, afirma que os serviços de saúde estão entre aqueles que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de delegação⁸.

Pelo próprio significado linguístico do português, *complementar* significa: “1. Referente a complemento. 2. Que serve de complemento [...]”⁹. Logo, ontologicamente, só é possível inferir que a participação privada não pode ser o todo no SUS, tampouco a sua porção majoritária, mas apenas um de seus fragmentos.

A consequência é que o Estado tem que manter uma rede própria de serviços públicos de saúde, seja na Administração Pública Direta seja na Indireta, respeitando, neste último caso, o RJDFU das entidades prestadoras. Nenhuma outra hermenêutica é possível sem violar o princípio democrático. Uma interpretação que

⁸ Mello CAB. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros; 2011.

⁹ Weiszflog W, organizador. *Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos; 2004.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

permita a terceirização ilimitada dos serviços do SUS é desafinada com o modelo de Estado eleito.

Além disso, não é constitucional qualquer interpretação¹⁰ que abra espaço para, considerado o SUS como um todo, atividades como o controle, a vigilância, a prevenção e a promoção serem enquadradas no percentual do público, para permitir que as atividades terciárias, de alta complexidade (e altos custos também) possam ser livremente realizadas pelo privado, dentro de amplos limites da complementaridade.

Isso sequer é possível, já que a diretriz da complementaridade se dirige apenas aos serviços delegáveis, o que exclui de antemão do cálculo de seus limites o montante dos serviços exclusivos do SUS. E, ainda que se considerem apenas as atividades prestacionais que não demandem atos de gestão e poder de polícia, uma interpretação que admita a privatização de todo um nível de atenção, enquanto o outro se mantém público é uma opção pela práxis de um sistema de saúde que não é único. Portanto, afasta o SUS do sentido da integralidade que rechaça a separação da gestão da prevenção com a da assistência médica no Brasil¹¹, o que no passado recente sempre se deu pelos interesses do privado.

Portanto, é decorrência da diretriz da complementaridade que o Estado mantenha a rede pública de forma **preponderante** em cada nível de atividade prestacional do SUS. Qualquer espectro de atividade, inclusive a da atenção terciária, não pode ser total ou majoritariamente privatizado. E que, na lógica, do art. 24 da Lei 8080/90, somente se valha do setor privado, **na ausência de disponibilidade própria**, o que de antemão exclui a possibilidade de fazê-lo para mera gestão de equipamentos próprios e de forma injustificada, valendo-se apenas do poder discricionário do Municipal.

Soluções que admitiam a privatização de toda a um nível de complexidade não satisfazem ao comando constitucional, porque levam a duas decorrências ilegítimas e, portanto, indesejáveis à democracia: ou a não se aplicar a complementaridade ou a aplicá-la para permitir justamente o que pretendia vedar, que é a terceirização maciça *de um dos níveis de atenção à saúde*, possivelmente o secundário ou terciário, que tanto interessam à iniciativa privada.

Por isso, é imprescindível a presença dominante do público em cada um dos lugares do SUS, sob pena de inviabilidade de sua própria regulação nos termos do interesse público. Por presença dominante do público entende-se um quantitativo **bastante superior a 50%** da rede, porque este é um percentual de paridade, e o *público* do SUS deve ser preponderante e não paritário.

¹⁰ Mânica FB. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum; 2010.

¹¹ Mattos RA. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. In: Pinheiro R, Mattos RA, organizadores. *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. 6ª ed. Rio de Janeiro: IMS, UERJ/CEPESC/Abrasco; 2009. p. 43-68.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

Com isso não se quer afirmar que cada especialidade ou procedimento deva ser minuciosamente considerado nesse cálculo. Mas o Poder Público é obrigado a manter serviços executivos (em cada nível de complexidade e de gestão) prestados em equipamentos próprios, por quadro de pessoal próprio e regidos pelo RJDPU, em percentual significativamente superior a 50%. Tal percentual deve necessariamente expandir-se, até que seja suficiente a sustentar um SUS sob a lógica dos princípios que o regem, inclusive em suas relações com o privado, a garantir a orientação pelo interesse público, a continuidade dos serviços, a desprecarização do trabalho na saúde e o controle intrínseco às atividades da Administração Pública. E, por idênticas razões, na égide do Art. 24 da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, o SUS não pode abdicar de seu próprio aparato estatal, transferindo-os à gestão do setor privado²⁹.

Questões como o custo e a satisfação dos usuários do serviço de saúde não podem ser desprezadas. Mas a lógica do lucro e a saúde como produto são marcos decisivos para o setor privado. O SUS tem outro marco: almeja construir a justiça social.

Como diz Eros Grau “a Constituição, certamente, não é uma trincheira de defesa do povo contra – ou ante – o Estado. O inimigo não é o Estado, porém o Estado autoritário, a serviço de determinados interesses privilegiados”²¹. Eis um dos maiores desafios da democracia: assegurar a independência estatal diante do poder econômico.

4 – A PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E SUA ANTINOMIA AO MODELO DE SEGURIDADE SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E À DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A CF/88 positiva um projeto de seguridade social que é a justiça substantiva. Por outro lado, o modelo efetivado na Lei Federal n. 9637/98 e, no ES, na Lei Estadual n. 489/09, e no Município pela Lei n. 5195/11 é uma proposta de reforma do Estado, com seu afastamento da prestação dos chamados serviços não exclusivos, ou seja, dos serviços sociais.

Santos¹² e Silva¹³ afirmam a existência de um conflito entre as duas reformas iniciadas na década de 90: uma atrelada aos princípios e diretrizes constitucionais do SUS e, outra, comandada pela área econômica, orientada pela abertura

¹² SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para visualização dos rumos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 2007.

¹³ SILVA, Marta Zorzal e. **Globalização, neoliberalismo e democracia: impasses e paradoxos na agenda da democracia contemporânea?** 1996. Paper para disciplina Tema de Análise Política do Brasil Pós-64 (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. (mimeo)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

econômica, rompimento com a lógica do bem-estar social, da cidadania e da seguridade social.

A CF/88 fala em *dever do Estado*, em *universalidade* e *integralidade* como nortes da política de saúde, conferindo-lhe um caráter de centralidade nas ações do Estado. Em disparidade, a proposição do PDRAE é excluir do rol das funções estatais a prestação de serviços garantidores de direitos sociais.

Veja-se que o entendimento dos artigos 1º das Leis n. 9637/98 e LC Estadual n. 489/09 é no sentido de entender pela possibilidade de absorção de serviços do SUS como uma forma de *fomento* e não de delegação dos serviços. O argumento é de que é possível uma ilimitada participação do privado porque se trata de serviços de *interesse público*. Ora, tal premissa considera que os serviços do SUS deixarão de ser **serviços públicos próprios**, para ser apenas objeto de regulação pública, ou seja, impróprios – serviços não essencialmente públicos. E essa é uma interpretação que retira o dever estatal de prestá-los.

A leitura que se pode fazer de tais proposições é a apresentação de uma política de saúde que está fora dos objetivos nodais do Estado, sendo apenas uma função estatal subsidiária. Luiz Carlos Bresser Pereira¹⁴, o autor do modelo de OSs no Brasil, chega a referir-se aos serviços sociais como *quase-públicos*, devendo o Estado garantir que a sua produção seja apenas *razoavelmente atendida*. Nesse particular, prega a privatização das estatais produtoras de bens e serviços, salvo se o mercado não tiver condições de assumi-las, cabendo ao Estado *subsidiá-las*.

Subsidiar significa “ajudar, auxiliar, contribuir”¹⁵. Está longe da noção de dever integral, de responsabilidade estatal. E cai em equívoco quem, como Ferrari e Ferrari¹⁶, acredita que a solução para os problemas sociais está num *Estado Subsidiário*, que a título de estimular a gestão cidadã da coisa pública, se privatiza. Esse discurso evidencia a prevalência do critério do *interesse do mercado* em detrimento do da *demanda social* na condução da política pública.

Como relembra Boschetti¹⁷, as desigualdades sociais continuam abissais e um SUS marcado pela escassez de recursos, pela duvidosa qualidade de serviços e pela

¹⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estratégia e estrutura para um novo Estado. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 48, v. 1, n. 1, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 49, v. 1, n. 1, 1998.

¹⁵ PRIBERAM. *Dicionário da língua portuguesa*. Lisboa: Priberam Informática, 2006. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/dlpo.aspx>>. Acesso em: 07 jul. 2011.

¹⁶ FERRARI, P.N.; FERRARI, R.M.M.N. **Controle das organizações sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹⁷ BOSCHETTI, Ivanete. Implicações da reforma da previdência na seguridade social brasileira. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, jan. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 jan. 2012



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

ampliação de esquemas privados afasta, cada vez mais, a previsão normativa de universalidade e de bem-estar social da realidade brasileira.

A privatização dos serviços de saúde definitivamente não é um modelo que se ajusta aos objetivos do projeto constitucional de equidade. Não se sustenta em premissas como o da universalidade e integralidade e tampouco num conceito de saúde como um direito de cidadania e dever do Estado.

Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar sobre os reflexos da globalização no mundo jurídico brasileiro:

Surgiram institutos jurídicos novos, tais como os contratos de gestão (...), as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e, por último, **as chamadas parcerias público-privadas.** Tais figuras foram concebidas ou para copiar mimeticamente instituições alienígenas, sem nenhuma relação com a índole do direito local, ou para proporcionar ampla proteção aos investidores estrangeiros, ou mesmo **para exponenciar privatizações,** designação que se deu para a retração do Estado e liberação dos mercados à cobiça dos adventícios. **É prescindendo dizer que na implantação destas ‘novidades’ o Direito Constitucional pátrio foi atropelado sem contemplações.**¹⁸

A questão da publicização do SUS é uma opção política que comporta valores e objetivos claros. Implica uma escolha constitucional para que o SUS se erija como uma política de Estado, democratizante e constituinte da igualdade material: uma política de saúde constitucional que deve ocupar um lugar de centralidade no Estado, a tal ponto que seja intersetorial, fazendo com que seus princípios perpassem as tomadas de decisão em outras agendas (inclusive a econômica) e não o contrário.

4 – A DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE COMO ELEMENTO PUBLICIZANTE DO SISTEMA DE SAÚDE E A INAPLICABILIDADE DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO NO MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Como afirma Bonavides, um “princípio magno e excelso, comum a todo regime constitucional legítimo, é, na forma, a unidade normativa da Constituição”. Tal coerência é o que permite estabelecer a superioridade hierárquica da lei constitucional, vista a partir seus conteúdos e valores¹⁹.

É sabido que as normas constitucionais brasileiras destinadas a reger as atividades estatais têm um perfil burocrático evidente, na intenção de coibir práticas clientelistas. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

eficiência e as derivações procedimentais decorrentes denotam a nítida tendência da Constituinte em distinguir a lógica do *público* da lógica do *privado*.

A diretriz da complementaridade representa a determinação constitucional de inserção preponderante dos serviços públicos de saúde no Regime Jurídico de Direito Público (RJDPU), deixando sob a sujeição da regulação de mercado e das regras do Regime Jurídico de Direito Privado (RJDPRI) apenas uma fatia complementar, minoritária, dos serviços prestados pelo SUS.

As OSs, quando prestam serviços ao SUS, estão sob regime de delegação. Sendo assim, embora se obriguem na relação contratual com o Poder Público e sofram algumas derrogações do RJDPRI, não têm suas atividades regidas integralmente pelo Direito Administrativo. A lei lhes confere a autonomia da vontade e a faculdade de se orientarem pela defesa de seus interesses institucionais, que não são necessariamente coincidentes com o interesse público.

Alguns autores que sustentam o discurso da reforma de Estado querem qualificar como democrática a privatização de serviços sociais. Partem da afirmação de que a aproximação da sociedade civil com o Estado contribuirá para maior controle social, porque favorece o equilíbrio entre a técnica e a política e torna o aparelho do Estado mais permeável à participação popular.

Todavia, como bem concluiu Paula²⁰, tais argumentos baseiam-se em meras *idealizações*, porque as experiências brasileiras do gerencialismo não conseguiram alcançar um novo patamar de democratização, já que a tomada de decisão continuou centralizada no núcleo tecnocrático e os controles sugeridos não se manifestam na realidade.

A par do fracasso como elemento democratizante, o modelo das OS's passa ao largo dos mecanismos burocráticos de controle da corrupção. Para Di Pietro, a proposta do PDRAE é **“um dos muitos instrumentos de *privatização* de que o Governo vem se utilizando para diminuir o aparelhamento do poder público”** e **“fica nítida a intenção do legislador em instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público”**²¹.

A fiscalização da execução do contrato de gestão foca-se no cumprimento das metas e objetivos pactuados, de forma que o controle que sobre ela se exerce é preponderantemente *de resultado*. Isso significa que, embora a eficiência seja um

²⁰ PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. reimprRio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 513.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

critério enaltecido, não há estímulo a uma fiscalização que seja intrínseca à gestão das OSs. É o que ressaí dos Art. 8, §§ 1º e 2º Lei Municipal 5195/11.

A Lei Municipal previu a dispensa de licitação para celebração de contrato de prestação de serviços com OSs e para o recebimento de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento das obrigações pactuadas na parceria, além da possibilidade de cessão de servidores públicos com ônus para a origem.

Uma vez formalizada a parceria, estão as OSs **dispensadas também de contratar pessoal mediante concurso público e comprar bens e serviços por licitação**. E, ainda que se submetam à fiscalização dos Tribunais de Contas, há entendimento²² no sentido de que não são obrigadas a observar os parâmetros de controle fiscal, contábil e financeiro previstos nos artigos 71 a 75 da CF/88.

Ademais, os recentes escândalos envolvendo a desvios de recursos públicos por Organizações Sociais em nível nacional (www.g1.com.br/fantastico.) e estadual (<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2012/08/operacao-que-investiga-fraudes-no-ias-es-leva-13-pessoas-prisao.html>) tornam fato notório o que o controle do uso do recurso público por tais entidades é muito frágil e que a proteção do patrimônio público ainda demanda a observância do sistema de garantias constitucionais do RJDP. U.

Em relação ao princípio da eficiência, este que seria o objetivo nodal da prestação de serviços públicos pelas OSs, longe de contestar o potencial da administração gerencial em prover a otimização lucrativa de serviços, deve-se questionar apenas se o conceito de eficiência da lógica privada deve ser o mesmo do da pública. Ser eficiente num setor privado atravessado pela hegemonia biomédica e pela medicalização é diferente de ser eficiente para a promoção da saúde; que deve ser humanizada, integral, autonomizadora e emancipatória.

6 – DA POSIÇÃO DA COMISSÃO PERMANENTE DE DEFESA DA SAÚDE – COPEDS DO GRUPO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DO CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO:

Enunciados aprovados pela Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDS) do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPNG).

²² FERRARI, P.N.; FERRARI, R.M.M.N. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Enunciado nº 1. “A saúde pública deve ser exercida diretamente pela Administração Direta, devendo o Ministério Público promover medidas para garantir esta diretriz constitucional, inclusive o ajuizamento de ações civis públicas”. (II Reunião Ordinária COPEDS – 09/06/2011 – Vitória/ES)

Enunciado nº2. “Não é possível a transferência integral da gestão e da execução das ações e serviços de saúde do Primeiro Setor (Estado) para pessoas jurídicas de direito privado, como as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ou qualquer outra entidade do Terceiro Setor, pois a saúde é dever do Estado necessitando ser promovida mediante políticas públicas, devendo a iniciativa privada participar do Sistema Único de Saúde (SUS) apenas em caráter complementar”. (II Reunião Ordinária COPEDS – 09/06/2011 – Vitória/ES)

Enunciado nº 3. “A complementaridade que possibilita a participação de entidades do Terceiro Setor no Sistema Único de Saúde (SUS), por expressa determinação constitucional e de acordo com a lei de regência (Lei Orgânica da Saúde), exige que o gestor demonstre a impossibilidade fática do Estado garantir diretamente a cobertura assistencial à população de determinada área, com justificativa técnica e epidemiológica, não podendo jamais significar a não responsabilização do Estado, bem como, a mera substituição dos serviços públicos pela iniciativa privada”. (II Reunião Ordinária COPEDS – 09/06/2011 – Vitória/ES)

Enunciado nº 5. “A participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) não pode compreender atos de gestão e administração de unidades públicas ou quaisquer estabelecimentos de saúde com equipamentos, funcionários e recursos públicos, mas apenas a execução de determinadas ações e serviços públicos onde tais unidades não forem suficientes para a cobertura assistencial”. (II Reunião Ordinária COPEDS – 09/06/2011 – Vitória/ES)

Enunciado nº 12. “As atividades a serem desenvolvidas pelas Organizações Sociais (OS), pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e por outras entidades do Terceiro Setor devem ser distintas daquelas do Poder Público, devendo o Ministério Público cuidar para que haja efetiva separação entre os bens, os equipamentos e os funcionários públicos e o patrimônio da entidade privada”. (II Reunião Ordinária COPEDS – 09/06/2011 – Vitória/ES)

Enunciado nº 14. “A atuação eficiente dos Conselhos de Saúde contribui para o êxito no controle da terceirização das ações e serviços de saúde, seja na averiguação do respeito aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), seja na fiscalização dos convênios, termos de parceria e contratos de gestão, além de configurar legítima forma de controle social, razão pela qual o Ministério Público deve promover medidas para seu fortalecimento e capacitação técnica”. (II Reunião Ordinária COPEDS – 09/06/2011 – Vitória/ES)

Enunciado nº 15. “O aumento vertiginoso das terceirizações no setor da saúde, sob a retórica da eficiência, demonstra que o Ministério Público deve eleger como assuntos prioritários a busca de uma fonte estável para o financiamento das ações e serviços da saúde, o respeito aos parâmetros constitucionais dos recursos que devem constar nos orçamentos sanitários da União, dos Estados e dos Municípios (Emenda Constitucional nº 29, de 13 de dezembro de 2000), e a efetivação do Plano



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

de Cargos, Carreiras e Salários do Sistema Único de Saúde (SUS)". (II Reunião Ordinária COPEDS – 09/06/2011 – Vitória/ES).

7 – DA POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A DIRETRIZ DA COMPLEMENTARIDADE E SOBRE O MODELO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS:

O Supremo Tribunal Federal

Posicionamento jurisprudencial central é o que resultará do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1.923, do Distrito Federal, proposta em 1998 e originada de questionamento de autoria do Partido dos Trabalhadores (PT) e do Partido Democrático Trabalhista (PDT), acerca da constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98 perante o Supremo Tribunal Federal.²³

As inconstitucionalidades suscitadas pelos autores da referida ADI são diversas, entre as quais a ofensa aos deveres estatais de prestação de serviços públicos de saúde, suscitando que a participação privada no SUS deve ser apenas complementar e a transferência dessas atividades a particulares representa burla ao RJDFU.

Houve pedido de cautelar, para que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarasse inconstitucional a Lei n.º 9.637/98 e, ainda, todos os atos administrativos e de gestão praticados em decorrência de seus dispositivos. Em 2007, a liminar foi apreciada e indeferida pelo STF, que entendeu ausente o requisito do *periculum in mora*, considerando o transcurso do prazo. O fundamento de contrariedade ao Art. 199, § 1.º, da CF/88, no seu sentido limitador do percentual de serviços a ser objeto de privatização, não foi enfrentado pela decisão liminar.

O julgamento definitivo da ADI 1.923-5 teve início com o voto do ministro relator Ayres Britto, o qual extraiu a conclusão de que os serviços públicos de saúde podem ser prestados pelo particular, mas apenas em caráter complementar, representando isso que ao Poder Público é vedado que se afaste integralmente da prestação direta desses serviços.

Entendeu o Ministro Relator pela inconstitucionalidade da Lei n.º 9.637/98 como um “programa de privatização” que visa à absorção das atividades dos órgãos e entidades públicas para repasse à gestão das OSs e votou pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n.º 9.637/98 que autorizam a absorção das atividades, com respectivos equipamentos e recursos humanos por OSs.

“Tem razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de “Programa Nacional de Publicização. (...) se trata mesmo é

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923-5, Brasília, DF, 01 dez. 1998.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

de um programa de privatização. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos que o Estado os preste diretamente, ou então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. Não fosse assim, a Magna Carta não faria a menor referência a serviços públicos de saúde (mescladamente públicos, entenda-se), a estabelecimentos oficiais de ensino, a regime geral de previdência social, etc. Ora, o que faz a Lei 9637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, (...). A iniciativa privada a substituir o Poder Público e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desprender o fazimento daquilo que é da sua própria postura operacional: a prestação de serviços público.” (Voto do Ministro Ayres Britto, STF, ADI 1923)

Na sequência do julgamento, vota o ministro Luiz Fux, que analisa a saúde como um serviço não exclusivo do Estado, ressaltando a possibilidade de sua prestação paralela pelo particular. Segue afirmando que as OSs não atuam por delegação, mas por direito próprio, e que a Lei n.º 9.637/98 se destina a regular o fomento dessas atividades pelo particular.

Fux não acolhe a alegação de inconstitucionalidade da Lei n.º 9.637/98 em razão da omissão do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais sociais, sob o argumento de que a escolha sobre o modelo de intervenção do Estado no domínio social e econômico (direto ou indireto) é livre aos agentes políticos legitimamente eleitos e a forma de seu controle deve dar-se apenas pelo resultado.

Sobre tais bases de raciocínio, vota o ministro Luiz Fux no sentido de que os serviços públicos sociais podem ser efetivados pelo Estado Brasileiro por meio da colaboração público-privada, julgando procedente em parte a ação para dar interpretação conforme a Constituição à Lei n.º 9.637/98, no sentido de que a condução da qualificação, contrato de gestão, contratos celebrados pelas OSs e seleção de pessoal seja de forma pública, objetiva e impessoal, bem como para afastar qualquer interpretação que exclua o controle das OSs pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público.

O argumento do Ministro Fux é que a escolha sobre o modelo de intervenção do Estado no domínio social e econômico (direto ou indireto) é livre aos agentes políticos legitimamente eleitos. Justifica a sua interpretação elástica de irrestrita possibilidade de terceirização de serviços públicos, aduzindo que tais políticas teriam sido legitimadas *na eleição* do governo FHC e nos critérios formais de aprovação da Lei da OS's.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

A posição do Ministro Fux pressupõe que o texto constitucional deve ser maleável a novos projetos políticos, sugere uma interpretação meramente procedimental da constitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais e de questionável discricionariedade.

Se estivermos a tratar de um Estado Democrático de Direito, a interpretação do texto constitucional pelo Poder Judiciário não pode fugir de sua normatividade, aos valores que seu texto realmente se propõe a traduzir. Bonavides²⁴ adverte que o controle da constitucionalidade há que combinar a autoridade da judicatura dos tribunais e a da cidadania popular.

Pedra descreve a aparente tensão que há entre a democracia e o constitucionalismo, exposta no paradoxo da vinculação da vontade de futuras gerações a um texto normativo. Mas reafirma que “sem Constituição não há democracia”²⁵. É que o momento de formação da vontade popular no plano da organização do sistema político constitucional pressupõe um nível muito mais intenso de mobilização popular, que não pode ser comparado ao da tomada de decisão ordinária de legisladores infraconstitucionais.

De mais a mais, também sob o prisma da legitimação atual, a interpretação do voto do Ministro Fux não se poderia justificar, uma vez que a política de terceirização de serviços públicos não encontra eco na representação popular direta, traduzida nas Conferências de Saúde, nos Conselhos de Saúde, na posição dos trabalhadores de saúde, dos servidores públicos e de boa parcela dos intelectuais.

O Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça já adotou o entendimento de que a celebração de contrato de gestão é permitida, desde que realizada prévia licitação, conforme julgamento do Resp. N. 623197/RS, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 28.09.2004:

“O ato discutido nos autos evidencia-se como viciado, flagrantemente, pela ilegalidade. O contrato de gestão, por resultar benefícios patrimoniais, deve, obrigatoriamente, ser precedido de licitação. O fato de já ter sido celebrado e consumado não afasta a possibilidade da decretação de sua nulidade, com efeitos ex-tunc. A Administração Pública tem compromisso maior com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência e transparência. O procedimento licitatório só pode ser dispensado ou inexigível nas situações previstas na Lei nº 8.666/93. Impossível ampliar as situações nela previstas. O

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁵ PEDRA, Adriano Sant’Ana Pedra. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 274.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

descumprimento ou inobservância de princípios legais e constitucionais que norteiam a atuação estatal presume o risco do dano”.

Tribunal Regional Federal da 1.^a Região

O Tribunal Regional Federal da 1.^a Região julgou recurso contra a decisão que deferiu liminar em sede da ação civil pública (processo n.º 2000.37.00.009681-7), ajuizada pelo Ministério Público, visando a suspender a contratação, pelo estado do Maranhão, de entes particulares para prestação de serviços de administração, assistência médica e gerenciamento das unidades de saúde pertencentes à rede pública estadual. Na ocasião, o relator entendeu que os serviços de saúde não poderiam ser terceirizados, por se tratar de atividades próprias, típicas e fundamentais do Estado²⁶.

Tribunal Regional Federal da 3.^a Região e Tribunal de Justiça de São Paulo

Em São Paulo, foi ajuizada ação civil pública (processo n.º 2006.61.00.009087-9) pelo Ministério Público Federal (MPF) em face da União Federal, cujo pedido visava a obstar a adoção do modelo das OSs para prestação de serviços públicos de saúde, que havia sido previsto pela Lei Estadual n.º 14.132/06. A inconstitucionalidade arguida foi a violação, a uma, da diretriz da complementaridade e, a duas, do princípio da participação da comunidade, considerando que as deliberações tanto do Conselho Nacional de Saúde como do Conselho Municipal de Saúde Paulo são contrárias à terceirização de serviços de saúde para OSs.

A liminar foi deferida e confirmada pela sentença, que julgou procedente o pedido, embora baseada exclusivamente na questão da necessidade de licitação para a contratação das OSs. Em pedido de suspensão de segurança apresentado pelo Município de São Paulo ao Tribunal Regional da 3.^a Região (TRF3) (processo n.º 2006.03.00.052227-2), foram suspensos os efeitos da decisão (BRASIL, 2006). Atualmente, a questão encontra-se pendente de julgamento em sede de apelação no TRF3 (apelação n.º 2006.61.00.009087-9).²⁷

Mais recentemente, num claro demonstrativo de que o modelo de Organizações Sociais representa um movimento de tomada de espaço do setor privado na política pública de saúde, a Lei Estadual SP n.º 1.131/2010 trouxe a possibilidade de destinação de 25% dos leitos hospitalares geridos por OSs para planos de saúde e particulares.

Em razão disso, a Promotoria de Justiça de Direitos Humanos – Saúde Pública – ajuizou ação civil pública (processo n.º 0029127-38.2011.8.26.0053), visando a

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região. PET no. 200101000042297/MA, da Corte Especial, Brasília, DF, 04 de junho de 2001. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br>>.

²⁷ BRASIL. Justiça Federal de São Paulo. Ação Civil Pública, processo n.º 2006.61.00.009087-9, da 3.^a Região Tribunal Regional Federal, São Paulo, 20 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.trf3.jus.br>.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

obstar que o estado de São Paulo realizasse contratos de gestão com OSs para tais fins. Os argumentos principais do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) foram de violação ao princípio da isonomia e da regra da gratuidade no atendimento do SUS (SÃO PAULO, 2011).

O Juiz de Direito da 5.^a Vara da Fazenda Pública de São Paulo deferiu a liminar, levando em consideração a existência de demanda reprimida e o direito ao acesso dos usuários do SUS, a previsão de ressarcimento dos gastos de usuários de planos de saúde por atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e os aspectos negativos do sistema de “dupla porta” em hospitais do sistema único. A decisão está mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO, 2011).

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

Em Natal, a Lei Municipal n.º 6.108/2010 estabeleceu a qualificação de entidades como OSs. O Ministério Público do Rio Grande do Norte (MPRGN) ajuizou inicialmente a ADI (processo n.º 2010.006976-8 do TJRN) em face da referida lei, alegando a impossibilidade de que a iniciativa privada substitua o Poder Público no cumprimento de seus deveres constitucionais, bem como a ausência de previsão, no referido diploma normativo, do controle público e social na gestão das OSs (RIO GRANDE DO NORTE, 2011).

O julgamento da referida ADI foi procedente, mas o fundamento do acórdão limitou-se à questão da ausência de previsão de participação, no órgão de deliberação superior das OSs, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, uma exigência do Art. 128, inciso III, da Constituição Estadual do Rio Grande do Norte. Não houve, contudo, enfrentamento quanto à questão específica dos limites da complementaridade.

Apesar da declaração de inconstitucionalidade, em razão desse texto legal, quando pendente de julgamento a ADI, o município de Natal chegou a firmar contrato de gestão com a OS Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde (IPAS) para operacionalização da Unidade de Pronto Atendimento. O MPRGN ajuizou também, à época, ação civil pública contra o município de Natal e o IPAS, alegando a inconstitucionalidade incidental da Lei n.º 6.108/2010, pelas razões já aduzidas na ADI (NATAL, 2011).

A decisão liminar acolheu o argumento de inconstitucionalidade pela ausência de tal controle e também pela inexigibilidade de prévia licitação, determinando que o município de Natal se absteresse de qualificar e celebrar novos contratos de gestão com OSs para fins de atuação no SUS. A referida ação ainda se encontra pendente de julgamento (NATAL, 2011).

Tribunal de Justiça do Paraná



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

No município de Pelotina, estado do Paraná, o Ministério Público ajuizou ação civil pública com objetivo de impedir a administração municipal de firmar acordo com entidade sem fins lucrativos para equipar e gerir serviços hospitalares, sob o fundamento da complementaridade, já que se tratava do único hospital daquele Município. Tal alegação foi acolhida no julgamento em segundo grau do processo (Apelação Cível n.º 426165-4), que determinou:

1. Os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal, devem ser prestados diretamente pelo Estado, cabendo à iniciativa privada, no que diz respeito ao sistema único de saúde, apenas e tão-somente atividades complementares, mediante contrato de direito público ou convênio. 2. Restando demonstrado nos autos que o Município de Palotina pretende transferir a administração do único hospital público municipal à iniciativa privada, inclusive com o repasse à instituição que for administrá-lo das verbas que lhe cabem no Sistema Único de Saúde, certo ser afirmado, como decidido pelo ilustre magistrado de primeiro grau de jurisdição, que a atividade da instituição privada não será, no que diz respeito à saúde pública, complementar às do município (PARANÁ, 2008).

Justiça Federal do Rio de Janeiro

Recentemente o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro impetrou mandado de segurança (processo nº 2011.51.01.002276-0) em face de ato do Secretário Municipal de Saúde do RJ visando a suspender edital que convocava parcerias com Organizações Sociais para a gestão de serviços hospitalares e serviços de emergência da rede municipal.

Além da impugnação de irregularidades do edital, a parte impetrante alegou que a gestão, gerência e execução de serviços públicos de saúde de hospitais não é passível de transferência para a iniciativa privada, demandando necessariamente o recrutamento de pessoal mediante concurso público que assegure o respeito aos princípios elencados no art. 37 da Constituição e principalmente a qualidade técnica dos profissionais contratados, mantidos em regime de subordinação hierárquico-funcional, arguindo a inconstitucionalidade da Lei 9.637/98 e o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/9.

Nesses termos a decisão liminar proferida pela Justiça Federal :

“Em análise superficial, convenço-me da legitimidade do CREMERJ para impugnar ato que, alegadamente, poderia contribuir para a diminuição do nível de qualidade dos serviços de saúde prestados pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO em suas unidades de emergência, uma vez que (i) o processo de escolha dos profissionais de saúde não passaria pelo concurso público imposto pelo art. 37 da Constituição e, conseqüentemente, poderia dar margem a violações ao princípio da impessoalidade e da eficiência e que (ii) o deferimento de autonomia gerencial de unidades hospitalares públicas a uma entidade não integrante



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

da Administração poderá implicar falta de controle não só sobre os gastos públicos como também sobre a própria forma de prestar os serviços de saúde. (...)

2.2) INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.637/98

É fato que o STF, ao julgar a medida cautelar na ADIn 1.923, indeferiu o requerimento de liminar. Isso decorreu, no entanto, não da rejeição dos fundamentos invocados pelos impetrantes (PT e PDT) para questionar a constitucionalidade da Lei 9.637/98, mas de mera ausência de periculum in mora, como restou consignado na ementa do acórdão (...)

Se é assim, o indeferimento da liminar pelo STF não pode imunizar a norma em questão ao controle difuso, ainda mais porque decorridos três anos e meio desde então sem que o julgamento sequer tenha sido retomado.

Abro mão aqui, por se tratar de exame perfunctório, de me aprofundar sobre o tema ainda que o voto do Min. EROS GRAU na ADIn 1.923 (posteriormente reconsiderado) traga inúmeras questões relevantes para focar na possibilidade de o Poder Público transferir a terceiros a atividade de saúde, notadamente a de prestação de serviços de emergência em grandes hospitais da rede pública. Quanto a isso, considero que contrato de gestão firmado com Organização Social não poderia abranger atividade pública de natureza permanente do Poder Público, como são os serviços de emergência nos hospitais da rede pública municipal, que constitui atendimento básico e gratuito de saúde ao cidadão, imposto constitucionalmente ao Estado pelo art. 196. Além disso, há que se registrar que, se por um lado é digno de nota que o MUNICÍPIO deu início a processo de licitação (não obstante o permissivo do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93), por outro, a publicação de Edital para contrato de valor aproximado de cento e sessenta e oito milhões de reais no dia 08, com previsão de abertura das propostas para dia 18, postergada para dia 25, faz com que o prazo seja insignificante para viabilizar a ampla participação dos interessados e dificulta a fiscalização pública do certame, daí porque justificada a impetração deste writ às vésperas do momento decisivo.

Por fim, registre-se que o cruzamento das informações sobre as áreas de interesse listadas no Edital com o elenco de hospitais municipais sugere que a intenção primeira do MUNICÍPIO é no sentido de destinar os serviços terceirizados aos grandes hospitais e PAMs que, por disposição expressa da Lei Municipal 5.026/09, deveriam atuar exclusivamente com servidores estatutários, daí porque o deferimento da liminar não abalará, a meu ver, o interesse público da Administração.

Do exposto, DEFIRO O REQUERIMENTO DE LIMINAR para suspender a entrega e a abertura das propostas pelas Organizações Sociais que pretendem firmar contrato de gestão para o gerenciamento, operacionalização e execução das ações e serviços de saúde. (RIO DE JANEIRO, 2011)

7. DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA:

A Lei n. 7.347/1985, que disciplina as ações civis públicas, define:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica,



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Estão presentes os requisitos para a concessão do mandado liminar. O *fumus boni iuris* decorre das próprias razões acima expostas, que demonstram a incompatibilidade da terceirização dos serviços públicos de saúde com os princípios e regras constitucionais e legais do SUS, pois a transferência da prestação dos serviços de saúde para OS's revela-se em verdadeira burla ao RJDP e desconforme à regra da complementaridade – que veda justamente a privatização do SUS.

Nesse sentido, deve ser considerada inconstitucional a privatização da gestão do Pronto Atendimento da Glória, porque implica violação aos limites da complementaridade e ao dever estatal de gerir sob RJDP seus equipamentos.

O risco da demora é evidente, uma vez que o modelo adotado pela Organização Social, além de inconstitucional, dispensa licitação e regular concurso público. A Ausência de licitação para aquisição de bens poderá causar dano irreversível aos contribuintes, uma vez que haverá dispêndio de aproximadamente **noventa e seis milhões de reais**, durante os cinco primeiros anos do contrato. Assim, considerando-se o grave risco de prejuízo aos cofres públicos, o *periculum in mora* mostra-se cristalino.

Não obstante, a contratação de funcionários independentemente da realização de concurso público poderá ocasionar danos irreversíveis à saúde da população capixaba, uma vez que a ausência de critérios objetivos para seleção de pessoal prejudicará o atendimento e o tratamento dos pacientes. Com efeito, é inegável que o concurso público seleciona profissionais mais qualificados e dedicados que, por lidarem com a vida e a saúde de pacientes graves, tem melhores condições de

oferecer um tratamento correto à população. Portanto, há clara ofensa ao princípio da impessoalidade e da eficiência.

Portanto, o *periculum in mora* resta evidente, haja vista que o desempenho do serviço público de saúde por entidades privadas propicia a malversação dos recursos públicos, seja pelo recebimento de bens e recursos públicos, sem o devido controle, seja pela contratação de bens, serviços e mão de obra sem a realização de licitação e de concurso público.

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

(i) A uma, o retardo na necessária organização da administração pública municipal para fins de assunção da gestão direta do referido PRONTO ATENDIMENTO e o aumento progressivo e quantitativo do grau de “dependência” municipal 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.

Requer, portanto, o Ministério Público Estadual a concessão de antecipação de tutela para o fim de determinar ao Município de Vila Velha que:

- a) suspenda imediatamente A EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO N.º 001/2014, decorrente do procedimento administrativo n.º 41787/2013, firmado entre o Município de Vila Velha, por intermédio da Secretaria Municipal Saúde – SEMSA e o Instituto Americano de Pesquisa, Medicina e Saúde Pública - IAPEMESP, tombado sob o n.º 001/2014, cominando prazo de 60 (sessenta) dias para que o Município de Vila Velha assumira direta e integralmente a gestão e execução de todas as atividades e serviços de saúde na Unidade de Pronto Atendimento da Glória – UPA, visando a não causar prejuízos à assistência à saúde das pessoas.
- b) Determine ao Município de Vila Velha a proibição de renovação do contrato de gestão com o Instituto Americano de Pesquisa, Medicina e Saúde Pública - IAPEMESP, enquanto pendente de julgamento a presente ação coletiva.

8. DOS PEDIDOS:

8.1 A concessão de antecipação da tutela, consoante requerimento formulado anteriormente, *inaudita altera pars*, sem prejuízo de medidas outras que visem ao resultado prático equivalente.

8.2 a condenação definitiva do requerido à:

a) obrigação de não fazer consistente em não terceirizar/privatizar a gestão do equipamento saúde na Unidade de Pronto Atendimento da Glória – UPA, seja sob a forma de parceria público privada ou qualquer outra.

b) obrigação de fazer consistente em assumir a gestão pública e sob o RJDPU equipamento de saúde referido na alínea anterior, bem como promover seu regular funcionamento no prazo previsto.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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

8.3 visando assegurar o resultado prático de eventual liminar concedida, a intimação da Secretária Municipal de Saúde, determinando-se o cumprimento da medida em prazo a ser determinado pelo Juízo.

8.4 a fixação de multa diária no valor a ser arbitrado por V.Exa., pelo descumprimento da determinação judicial, quer de natureza antecipatória, quer de natureza definitiva.

8.5 a citação da pessoa jurídica de direito público interno requerida na PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO, com endereço na Av. Santa Leopoldina, 840, Coqueiral de Itaparica, CEP 29102-915 – Vila Velha - ES, e **INSTITUTO AMERICANO DE PESQUISA, MEDICINA E SAÚDE PÚBLICA IAPEMESP**, por seu representante legal para que tomem ciência dos termos da presente, contestando-a, se assim por bem houver, prosseguindo-se no feito até final decisão, quando a ação deverá ser julgada procedente.

8.6 a requisição ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo do relatório de auditoria do contrato de gestão n. 001/2014.

8.7 a produção de todas as provas em direito admitidas, sem exclusão.

Dá-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 95.337.500,13 (noventa e cinco milhões, trezentos e trinta e sete mil, quinhentos reais e treze centavos)²⁸.

Termos em que,

Espero deferimento.

Vila Velha, 27 de junho de 2014.

MARIA ZUMIRA TEIXEIRA BOWEN

Promotora de Justiça

CLAUDINE RODRIGUES PIMENTA

Promotora de Justiça

²⁸ Valor total do contrato de gestão.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**

GUSTAVO SENNA MIRANDA

Promotor de Justiça

CLÓVIS JOSÉ BARBOSA FIGUEIRA

Promotor de Justiça



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

NÍCIA REGINA SAMPAIO

Promotora de Justiça

LUCIANO VIEIRA

Procurador

Ministério Público de Contas



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO**



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