

Processo	TC 2.299/2013
Apenso	TC 1084/2013 (Representação)
Jurisdicionado	Secretaria de Estado da Saúde (Sesa)
Representantes	Ministério Público Especial de Contas Ministério Público do Estado do Espírito Santo
Assunto	Representação
Responsáveis	José Tadeu Marino (Secretário de Estado da Saúde) Heráclito Amâncio Pereira Junior (Secretário Estadual de Gestão e Recursos Humanos) José Eduardo Faria de Azevedo (Secretário Estadual de Gestão e Recursos Humanos e titular da Secretária Extraordinária de Projetos Especiais e Articulação Metropolitana) Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira (Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação dos Serviços de Saúde da Sesa) Nara Falqueto Caliman (Gestora de contrato) Fernando Antônio Marins de Albuquerque (Suplente de gestor de contrato) ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda. (Contratada)

**REPRESENTAÇÃO – SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE
– HOSPITAL ESTADUAL JAYME DOS SANTOS NEVES –
GESTÃO HOSPITALAR POR ORGANIZAÇÃO SOCIAL –
PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE – NÃO INSTAURAÇÃO
DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE –
PROCEDÊNCIA PARCIAL. CLÁUSULA RESTRITIVA NA
FASE DE HABILITAÇÃO. EXPERIÊNCIA EM SERVIÇOS DE**

SAÚDE PRESTADOS EM INSTALAÇÕES QUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO DA LICITANTE. CRITÉRIO DE JULGAMENTO DESARRAZOADO. EXPERIÊNCIA EM SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS EM INSTALAÇÕES QUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO DA ENTIDADE E EM INSTALAÇÕES PRÓPRIAS. INDÍCIOS DE DIRECIONAMENTO – MULTA – DETERMINAÇÕES – RECOMENDAÇÕES – NOTIFICAÇÃO DA PGE, SECONT E SEGER – CIÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

O EXMO. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I RELATÓRIO

Trata-se de representação em que se narram indícios de irregularidades em torno do procedimento que culminou na celebração do Contrato de Gestão 1/2012 entre a Secretaria de Estado da Saúde (SESA) e a organização social Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo (AEBES) visando à operacionalização da gestão e à execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves.

Após a prolação da Instrução Técnica Conclusiva ITC 1.744/2014 (fls. 3289 e ss. – v. XVII), na qual se sugeriu a responsabilização exclusiva do então Secretário de Estado da Saúde pelas irregularidades identificadas, o Plenário, por meio da Decisão TC 1.247/2015 (fl. 3.509), determinou a reabertura da instrução processual a fim de chamar ao feito todos os agentes potencialmente responsáveis.

A esse respeito, a 2ª Secretaria de Controle Externo, elaborou as Manifestações Técnicas Preliminares MTP 544/2015 e MTP 820/2015 (fls. 3.527-3.528 e 3.565-3.594 – v. XVIII), incluindo no rol de responsáveis a Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde da SESA, senhora Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira, conforme se vê na Instrução Técnica Inicial ITI 1.403/2015 (fls. 3.529-3.547).

Também por meio da MTP 820/2015, a 2ª SCE concluiu pela ausência de oito de um total de onze indícios de irregularidades que constavam da primeira ITI, elaborada pelo Núcleo de Cautelares (ITI 725/2013), e que foram, em sua maioria, confirmados como irregulares pelo Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC), nos termos da ITC 1.744/2014.

Diante da divergência instaurada entre o próprio corpo técnico deste Tribunal e, especialmente, considerando a minha discordância em relação ao entendimento pronunciado pela 2ª SCE, submeti o feito à decisão do Plenário, nos termos do art. 58 da Lei Complementar Estadual 621/2012 e do art. 318 da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno), propondo a inclusão de outros agentes como responsáveis.

Nesse sentido, foi proferida a Decisão Preliminar TC 88/2015, por meio do qual se reabriu a instrução processual em torno de parte dos indícios de irregularidades, citando-se a Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação dos Serviços de Saúde da SESA, senhora Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira, o Secretário de Estado de Projetos Especiais e Articulação Metropolitana (SEPAM), senhor José Eduardo Faria de Azevedo, os servidores da SEPAM Nara Falqueto Caliman e Fernando Antonio Marins de Albuquerque e a pessoa jurídica ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda..

Em vista das justificativas (fls. 3.657-3.658v e 3.676-3.695 e anexos), o NEC prolatou a ITC 1.259/2016-4 (fls. 3.650-4.010 – v. XIX), complementando os termos da ITC 1.744/2014, pronunciando-se pela procedência da representação com expedição de determinações e recomendações à SESA, sugerindo, ainda, a elaboração de um estudo técnico no âmbito desta Corte relativo à implementação do modelo de gerência hospitalar por contrato de gestão, bem como a realização de fiscalização com enfoque na utilização dos recursos públicos transferidos à AEBES e na verificação do atendimento às metas pactuadas, *in verbis*:

4 CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

4.1 Por todo o exposto e com base no inciso II, do artigo 95 c/c artigo 99, §2º, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, sugere-se que seja reconhecida a **PROCEDÊNCIA** da presente representação, tendo em vista o reconhecimento das seguintes irregularidades, conforme esta ITC e conforme a ITC 1744/2014:

4.1.1 Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela SESA (item 2.4.1, da ITC 1744/2014, e item 3.1, desta ITC).

Base legal: ofensa ao postulado da indisponibilidade do interesse público e ao princípio da eficiência

Responsáveis: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira – Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde da SESA

Nara Falqueto Caliman – Gestora do contrato

Fernando Antonio Marins de Albuquerque – Suplente de gestor

4.1.2 Transferência de recursos para aquisição de bens e investimentos. Ausência de motivação (item 2.4.3 da ITC 1744/2014)

Base legal: ausência de motivação e ofensa aos princípios constitucionais administrativos, mormente o da eficiência.

Responsável: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

4.1.3 Ilegal alijamento do Conselho Estadual de Saúde (CES) (item 2.4.4 da ITC 1744/2014)

Base legal: art. 198, III, da CF/88; art. 1º, § 2º, da Lei Federal nº 8.142/90; arts. 12 e 13 da Lei Estadual nº 4.317/1990; art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei Estadual nº 7.964/2004.

Responsável: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

4.1.4 Restrição ao certame. Prazo insuficiente para elaboração da proposta técnica e do plano operacional. Ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da proporcionalidade/razoabilidade (item 2.4.7 da ITC 1744/2014)

Base legal: artigo 21, §2º, I, “b”, da Lei 8.666/93 c/c artigo 18 da Lei nº 8.987/95; ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da proporcionalidade/razoabilidade.

Responsável: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

4.1.5 Cláusula restritiva. Ofensa ao art. 8º, VI, e § 1º, da LC n. 489/09 c/c art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Ofensa ao princípio da legalidade, isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade (item 2.4.8 da ITC 1744/2014, e item 3.3, desta ITC)

Base legal: art. 8º, VI, e § 1º, da LC nº 489/09 c/c art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93; princípios da legalidade, da isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade.

Responsáveis: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira – Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde

4.1.6 Critério de julgamento da proposta técnica desarrazoado. Indício de direcionamento. Ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Ausência de motivação (item 2.4.9 da ITC 1744/2014, e item 3.4 desta ITC).

Base legal: princípios da isonomia e da impessoalidade; ausência de motivação.

Responsável: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira – Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde

4.1.7 Cláusula contratual genérica. Possibilidade de transmutação do objeto do contrato. Ofensa ao princípio da isonomia e da licitação (item 2.4.10 da ITC 1744/2014).

Base legal: ofensa aos princípios da isonomia e da licitação; §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Responsável: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

4.1.8 Autorização para aplicação de recursos públicos transferidos no mercado privado. Ofensa ao art. 164, CF (item 2.4.11 da ITC 1744/2014).

Base legal: artigo 164, § 3º, da Constituição Federal.

Agente responsável: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

4.2 Por todo o exposto, e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, IV da Res. TC 261/13, conclui-se opinando por:

4.2.1 Acolher as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* do senhor **José Tadeu Marino** - Secretário de Estado da Saúde – em relação à irregularidade apontada no item **2.4.2** da ITC 1744/2014; e dos senhores **Heráclito Amancio Pereira Junior** - ex-secretário da SEGER - e **José Eduardo Faria de Azevedo** - ex-secretário da SEGER e secretário da SEPAM - em relação às irregularidades apontadas nos itens **2.4.1, 2.4.3, 2.4.4, 2.4.5, 2.4.6, 2.4.7, 2.4.8, 2.4.9, 2.4.10 e 2.4.11** da ITC 1744/2014, pelas razões expostas no item **2.3.1** da ITC 1744/2014;

4.2.2 Não instaurar incidente de inconstitucionalidade, pelos argumentos apresentados no item **2.3.2** da ITC 1744/2014;

4.2.3 Acolher as razões de justificativas, excluindo a responsabilidade do senhor **José Tadeu Marino** pelo ato representado no item **2.4.6** da ITC 1744/2014, bem como excluindo a responsabilidade dos senhores **Heráclito Amancio Pereira Junior** e **José Eduardo Faria de Azevedo** pela irregularidade apontada no item **2.4.2** da ITC 1744/2014;

4.2.4. Acolher as razões de justificativas, excluindo a responsabilidade de **José Tadeu Marino, Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira, Nara Falqueto Caliman e Fernando Antonio Marins de Albuquerque** pelo ato representado no item **3.2** desta ITC (item II.2.4 da ITI 725/2013);

4.2.5. Extinguir o processo sem resolução de mérito em face da **ATTO Consultoria em Saúde e Educação LTDA.**, por ilegitimidade passiva *ad causam*, na forma do art. 485, VI, CPC/15, c/c art. 70, LC 621/2012.

4.2.6 Rejeitar as razões de justificativas do senhor **José Tadeu Marinho**, em razão das irregularidades dispostas nos itens **4.1.1, 4.1.2, 4.1.3, 4.1.4, 4.1.5, 4.1.6, 4.1.7 e 4.1.8** desta Instrução Técnica Conclusiva, sugerindo a aplicação de **multa** ao responsável com amparo no artigo 88 e na forma do artigo 135, ambas da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;

4.2.7 Rejeitar as razões de justificativas da senhora **Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira**, em razão das irregularidades dispostas nos itens **4.1.1, 4.1.5 e 4.1.6** desta Instrução Técnica Conclusiva, sugerindo a aplicação de **multa** à responsável com amparo no artigo 88 e na forma do artigo 135, ambas da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;

4.2.8 Rejeitar as razões de justificativas da senhora **Nara Falqueto Caliman** e do senhor **Fernando Antonio Marins de Albuquerque**, em razão da irregularidade disposta no item **4.1.1**, desta Instrução Técnica Conclusiva, sugerindo a aplicação de **multa** aos responsáveis com amparo no artigo 88 e na forma do artigo 135, ambas da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;

4.2.9 Que seja **DETERMINADO** ao gestor atual da SESA, com fundamento no inciso VI, do artigo 87 da LC 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), a alteração da cláusula 7.1, § 4º, do contrato de gestão 01/2012, consignando que os valores não utilizados momentaneamente na consecução do objeto contratual devem ser aplicados em instituições financeiras oficiais, nos termos do art. 164, § 3º, da Constituição Federal, em aplicações de rápido resgate e baixo risco.

4.2.10 Que seja expedida **RECOMENDAÇÃO** ao gestor atual da SESA, com fundamento no art. 1º, XXXVI, LC 621/2012, para que, nas futuras decisões a serem tomadas sobre a implementação de modelo de gestão por OS, sejam confrontadas as teses a favor e contra o modelo, externando-se os motivos pelos quais se opta por uma delas, e demonstrando, com argumentos claros e suficientes, por que um determinado modelo é mais adequado que outro.

4.3 Considerando que a Secretária de Estado da Saúde - SESA não comprovou, de fato, o incremento/ampliação da rede pública de saúde, haja vista que houve apenas transferência de bens móveis e imóveis, bem como a delegação da gestão do Hospital Jayme dos Santos Neves;

Considerando que a SESA não apresentou qualquer estudo apto a demonstrar que o modelo de gestão adotado é mais eficiente ou mais econômico quando comparado à gerência pela Administração Direta;

Sugere-se ao órgão colegiado desta Corte que:

4.3.1 Assine prazo para que a Secretaria de Estado da Saúde/ES - SESA demonstre que a contratação em curso se mostra eficiente, eficaz e econômica, sob pena de rescisão do contrato de gestão firmado com a Associação Evangélica, e, conseqüentemente, de retomo dos serviços de saúde transferidos por meio do Contrato de Gestão nº 001/2012, advertindo que o não atendimento da determinação desta Corte de Contas ensejará a aplicação das sanções previstas na LC nº 621/2012, assim como a comunicação ao Poder Legislativo para a adoção das medidas cabíveis, na forma do artigo 1º, incisos XVI e XVIII, da LC nº 621/2012.

4.3.2 Determine, com fundamento no inciso VI do artigo 87 da LC nº 621/2012, que a SESA se abstenha de renovar ou prorrogar os contratos de gestão já celebrados, bem como não celebre novos contratos de gestão para a transferência da gerência de equipamentos públicos de saúde, sem que demonstre a eficiência, eficácia e economicidade da contratação e obediência ao normativo vigente.

4.4. Considerando que há previsão de o Estado do Espírito Santo transferir à Organização Social Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense - AEBES, no período de 5 (cinco) anos, a vultosa quantia de R\$ 660.486.151,15 (proc. TC 2299/13, fl. 67);

Considerando que o Contrato de Gestão nº 001/2012 previu para o exercício de 2013 repasses no valor correspondente a R\$ 109.413.292,95 (cento e nove milhões, quatrocentos e treze mil, duzentos e novecentos e dois reais e noventa e cinco centavos);

Considerando a comprovação de fragilidade nos controles e na regulação dos serviços contratados, nos termos preconizados pela Constituição Federal de 1988;

Considerando a inobservância à aplicação de regras próprias do regime jurídico de direito público e ausência de mecanismos efetivos de controle dos gastos e do emprego dos recursos públicos por tal organização social;

Considerando a referência expressa na lei quanto ao controle a ser efetuado pela Corte de Contas sobre as organizações sociais, visto que estas instituições podem utilizar recursos públicos, tornando aplicável a regra contida no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal.

4.4.1 Sugere-se, desse modo, a realização de um estudo técnico relativo à implementação do modelo de gerência hospitalar por meio de contrato de gestão, em virtude da possível expansão de parcerias com as organizações sociais de saúde no Estado do Espírito Santo.

4.4.2 Sugere-se, ainda, realização de fiscalização com enfoque na utilização dos recursos transferidos à AEBES até o presente momento, bem como quanto ao atendimento das metas acordadas.

4.5 Por fim, sugere-se que seja dada **CIÊNCIA** aos signatários da representação do teor da decisão final a ser proferida, conforme preconiza art. 307, § 7º da Resolução nº 261/2013.

Reforçando o entendimento técnico, o Ministério Público junto ao Tribunal emitiu parecer nos seguintes termos:

Destarte, à luz dos parâmetros estabelecidos nos julgamentos supratranscritos e da percuente análise das **ITC's 1744/2014 e 01259/2016-4**, resta devidamente comprovada a prática das seguintes infrações:

(I) Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela SESA;

(II) Transferência de recursos para aquisição de bens e investimentos. Ausência de motivação;

(III) Ilegal alijamento do Conselho Estadual de Saúde (CES); **II.2.6** – Restrição ao certame. Prazo insuficiente para elaboração da proposta técnica e do plano operacional. Ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da proporcionalidade/razoabilidade;

(IV) Cláusula restritiva. Ofensa ao art. 8º, VI, e § 1º, da LC nº 489/09 c/c art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Ofensa ao princípio da legalidade, isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade;

(V) Critério de julgamento da proposta técnica desarrazoado. Indício de direcionamento. Ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Ausência de motivação;

(VI) Cláusula contratual genérica. Possibilidade de transmutação do objeto do contrato. Ofensa ao princípio da isonomia e da licitação;

(VII) Autorização para aplicação de recursos públicos

transferidos no mercado privado. Ofensa ao art. 164, CF.

Lado outro, **não se considera suficiente para demonstrar que o modelo de gestão por organização social é a melhor opção** a apresentação de estudos técnicos quanto à sua adoção em outros Estados ou a indicação de estudos doutrinários sobre o tema, pois a **vantajosidade diz respeito estritamente a determinado serviço a cargo do Ente que pretende terceirizá-lo** e deve ser demonstrada no processo de transferência do gerenciamento, subsidiada em “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”, elementos estes, como visto, que não estão todos devidamente evidenciados nos autos, motivo pelo qual **persiste a irregularidade atinente à “Falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da SESA que ratificou o modelo de gestão por OSS (Item II.2.4 da ITI 725/2013)”**, de responsabilidade do Secretário de Saúde.

Ademais, está devidamente fundamentada na ITC 01259/2016-4 a conduta e a responsabilidade de Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira em relação às irregularidades dispostas nos itens II.2.1, II.2.7 e II.2.8 e de Nara Falqueto Caliman e Fernando Antônio Marins de Albuquerque no apontamento constante no item II.2.1.

Por fim, há de se reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* da sociedade empresária ATTO CONSULTORIA EM SAÚDE E EDUCAÇÃO LTDA, pertinente ao aponte de n. **II.2.1** da ITI 725/2013, conforto bem ponderado pela Unidade Técnica.

Posto isso, pugna o **Ministério Público de Contas**:

1 – seja julgada parcialmente procedente a presente representação para, com espeque no art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012 c/c art. 389, inciso II, do RITCEES, cominar multa pecuniária a **JOSÉ TADEU MARINO, JAQUELINE MOFFATI OZÓRIO DE OLIVEIRA, NARA FALQUETO CALIMAN E FERNANDO ANTÔNIO MARINS DE ALBUQUERQUE**;

2 – pelo acolhimento das proposições de expedição de determinação, recomendação e de encaminhamentos efetuados pelo NEC às fls. 4007/4010 (itens 4.2.9, 4.2.10, 4.3 e 4.4); e,

3 – pela extinção do processo sem resolução de mérito em face da ATTO Consultoria em Saúde e Educação LTDA., por ilegitimidade passiva *ad causam*, na forma do art. 485, VI, CPC/15, c/c art. 70, LC 621/2012.

Ademais, com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei n. 8.625/1993, bem como no parágrafo único do art. 53 da LC n. 621/2012, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento.

Considerando a sugestão firmada pelo NEC no item 4.4.2 da ITC 1.259/2016-4, no sentido de realizar fiscalização dos recursos transferidos, bem como do atendimento das metas pactuadas em virtude do contrato de gestão 1/2012, submeti a questão ao crivo da Secretaria de Controle Externo - Estado.

Em atenção, a SecexEstado prolatou a Manifestação Técnica 1.121/2016-4, esclarecendo que a fiscalização proposta pelo NEC já estava abarcada no bojo do

Processo TC 8.879/2014, que trata de auditoria relativa à fase de execução do contrato de gestão 1/2012 e tramita sob a relatoria do Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel.

Tendo sido o feito incluído na pauta da 7ª sessão ordinária do Plenário, as senhoras Nara Falqueto Caliman e Jaqueline Moffati Ozório e o senhor Fernando Antonio Marins de Albuquerque realizaram sustentação oral na qual enfrentaram parte dos itens de irregularidades em apuração (itens II.2.1, II.2.7 e II.2.8 da ITI 725/2013).

Reapreciando as teses oralmente defendidas, o NEC elaborou a Manifestação Técnica 00544/2017-2, tendo proposto a exclusão da responsabilidade dos senhores Nara Falqueto Caliman e Fernando Antônio Marins de Albuquerque em relação ao indício de irregularidade tratado no item II.2.1 da ITI 725/2013 (Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela SESA), reiterando os termos das manifestações conclusivas anteriores quanto aos demais itens. Ao final, o NEC sugeriu que o arquivamento do Processo TC 1084/2013, que tramita em apenso.

Discordando da mudança de entendimento defendida na Manifestação Técnica 00544/2017-2 quanto ao item II.2.1 da ITI 725/2013, o Ministério Público junto ao Tribunal reforçou os termos do parecer ministerial anterior, pugnando pela manutenção dos agentes no rol de responsáveis, conforme consta do Parecer 3665/2017-2.

II PRELIMINARES

II.1 Ilegitimidade

Primeiramente, insta apreciar as preliminares colocadas pelo NEC na ITC 1.744/2014, em que a área técnica reconheceu a ilegitimidade do senhor José Tadeu Marino para responder pelo indício de irregularidade tratado no item II.2.1.1 da ITI 725/2013 - contratação direta da empresa ATTO Consultoria em Gestão em Educação em Saúde Ltda. -, registrando que tal contratação não esteve a cargo da Sesa.

Como dito pela área técnica, a contratação direta examinada no item II.2.1.1 da ITI 725/2013, se desenrolou sob o comando da Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos (Seger), cujos titulares, à época, eram os senhores Heráclito Amancio Pereira Junior e José Eduardo Faria de Azevedo.

Sendo assim, o NEC manteve o direcionamento deste indício de irregularidade exclusivamente aos então titulares da Seger.

Por outro lado, os demais indícios, segundo o entendimento técnico pronunciado pela ITC 1.744/2014, deveriam manter-se sob a responsabilidade do então Secretário de Saúde, senhor José Tadeu Marino, refugindo às incumbências dos gestores da Seger.

Quanto ao item II.2.1.1 da ITI 725/2013, acompanho o entendimento técnico e reconheço a ilegitimidade do senhor José Tadeu Marino para responder pela contratação direta que, inequivocamente, se deu no âmbito da Seger.

Da mesma forma, reconheço a ilegitimidade do senhor Heráclito Amancio Pereira Junior para responder pelos itens mencionados pela ITC 1.744/2014.

Entretanto, no que diz respeito aos apontamentos dirigidos ao senhor José Eduardo Faria de Azevedo, registro minha divergência em relação ao opinamento técnico, apenas para manter sob a sua responsabilidade, além do item II.2.1.1, o indício tratado no item II.2.4 da ITI 725/2013 - falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da Sesa que ratificou o modelo de gestão por organização social.

Especificamente quanto a este tópico, vislumbrei a legitimidade do então Secretário de Estado de Projetos Especiais e Articulação Metropolitana, por ter sido um dos agentes que se manifestaram no processo de transferência da execução do serviço de saúde para organização social, além de ter aprovado a minuta do contrato de gestão, ao menos no que concerne aos aspectos da Administração aplicada à gestão pública.

Dessa forma, o senhor José Eduardo Faria de Azevedo, no exercício da competência de articular e acompanhar o programa de parcerias público-privadas (art. 3º do Decreto Estadual 2.797-R, de 30/06/2011), contribuiu para a tomada de

decisão do então Secretário Estadual de Saúde (fls. 368-378), sendo razoável que responda por eventual falta de congruência entre o suporte fático e a decisão que ratificou o modelo de gestão por OSS.

Em razão disso, **acolho a preliminar de ilegitimidade** do senhor José Tadeu Marino quanto ao item II.2.1.1 (contratação direta da empresa ATTO Consultoria em Gestão em Educação em Saúde Ltda.) e do senhor Heráclito Amancio Pereira Junior em relação aos itens II.2.1, II.2.2, II.2.3, II.2.4, II.2.5, II.2.6, II.2.7, II.2.8, II.2.9 e II.2.10, bem como do senhor José Eduardo Faria de Azevedo em face dos itens II.2.1, II.2.2, II.2.3, II.2.5, II.2.6, II.2.7, II.2.8, II.2.9 e II.2.10, todos da ITI 725/2013.

II.2 Incidente de Inconstitucionalidade

Segundo narrou a peça inicial desta representação, a Secretaria Estadual da Saúde, após a aprovação da Lei Complementar Estadual 489, de 21 de julho de 2009, deu impulso ao procedimento licitatório com vistas à contratação de organização social para gerir as atividades e serviços de saúde do Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves, mediante a destinação de bens móveis e imóveis, bem como a cessão de servidores efetivos vinculados ao serviço transferido, tendo se sagrado vencedora a Associação Evangélica Beneficente do Espírito Santo (AEBES).

Nesse cenário, a área técnica anteviu a necessidade de se instaurar um incidente de inconstitucionalidade em torno dos dispositivos legais que serviram de fundamento para a prática dos atos que resultaram nos indícios de irregularidades processados nos autos.

Na ocasião, questionou-se a constitucionalidade da legislação estadual atinente à matéria - Lei Estadual 489/2009, Decreto Estadual 2484-R, de 10 de março de 2010 e da Portaria 047-R, de 18 de agosto de 2011 – bem como do contrato de gestão 1/2012 (Cláusula Primeira – Do Objeto) que, segundo análise inicial da área técnica, afrontariam os artigos 23, inc. II; 30, inc. VII; 34, inc. VII; 35, inc. III; 194; e 196 a 200; todos da Constituição Federal.

Para a área técnica, o disposto no art. 1º, inc. IV, da Lei Complementar nº 489/09 e o disposto na Cláusula Primeira do contrato de gestão 1/2012 traduziam verdadeira “privatização” dos serviços públicos de saúde e afastavam o Estado do seu dever constitucional, pois, ainda que em parceria com a iniciativa privada, deveria ocorrer de forma complementar, e não de maneira exclusiva como teria sido a transferência da administração e da prestação de serviços no HEJSN.

Ao prolatar a ITC 1.744/2014, o NEC entendeu que nenhum dos indícios de irregularidades narradas na ITI relacionava-se à opção do Estado por firmar contrato de gestão com organização social de saúde (OSS) para gerir as atividades e serviços de saúde do HEJSN, hipótese em que seria plenamente cabível a análise da constitucionalidade da legislação federal e estadual que deu suporte à contratação.

De acordo com a conclusão do NEC, “as eventuais irregularidades dizem respeito a impropriedades ocorridas no procedimento da contratação e mesmo a cláusulas contratuais, mas não ao modelo de contratação adotado” e, sendo assim, “não dizem respeito à possibilidade de o Estado optar por firmar contrato de gestão com organização social de saúde, desde que atendidos os requisitos legais”, sendo prescindível ao exame do caso em concreto a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual que fomenta a execução, pelas entidades qualificadas como OS, de atividades e serviços de interesse públicos atinentes à saúde (art. 1º, IV, da Lei Complementar Estadual nº 489/09), já que “a questão constitucional arguida não se mostra prejudicial à solução de mérito do caso concreto, condição essencial para o exercício do controle difuso de constitucionalidade”.

Nessa esteira, o NEC, em fundamentada discussão, rechaçou a necessidade de instauração do incidente de inconstitucionalidade.

Por sua extensa e suficiente argumentação, acolho o opinamento técnico e voto por que não seja instaurado o incidente de inconstitucionalidade inicialmente proposto pela área técnica, na forma como já esclarecido pelo NEC, eis que o controle de constitucionalidade em questão representaria invasão de competência jurisdicional vedada a este Tribunal por se tratar de controle abstrato de constitucionalidade, já

que o pronunciamento desta Corte sobre a questão seria irrelevante para o deslinde da análise de mérito, como bem asseverado pelo NEC.

III MÉRITO

III.1 Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela Sesa (Item II.2.1 da ITI 725/2013)

Base legal: ofensa ao postulado da indisponibilidade do interesse público e ao princípio da eficiência

Responsáveis: José Tadeu Marino - Secretário Estadual da Saúde

Nara Falqueto Caliman (gestora do contrato)

Fernando Antonio Martins de Albuquerque (suplente de gestor)

Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira (Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde da Sesa - ratificou os valores apresentados pela contratada e atestou estarem de acordo com o mercado e atenderem às recomendações da Secont).

ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda. (contratada)

Vê-se nos autos que a decisão pelo modelo de gestão por OS do Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves foi embasada em relatório contratado pela Sesa e elaborado pela empresa ATTO Consultoria em Gestão em Educação em Saúde Ltda., cuja conclusão foi elaborada nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

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

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

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

Como bem asseverado pela área técnica, o trabalho apresentado pela contratada teve por parâmetros valores praticados no Estado de São Paulo, sem que a realidade daquele Ente fosse adequada à do Estado do Espírito Santo, em especial, quanto a critérios territorial, populacional e financeiro, o que teria ocasionado graves inconsistências no trabalho desempenhado, comprometendo significativamente o seu resultado.

Segundo apurado, a fonte de custos adotada teria sido baseada em 20 hospitais públicos administrados por OS no Estado de São Paulo sem, contudo, haver especificação de quais unidades hospitalares seriam e de qual seria o custo de cada uma, o que obstou, sobremaneira, a comparação entre hospitais de diferentes perfis. Via de regra, um hospital de portas abertas não é tão lucrativo quanto um hospital porta-fechada, na medida em que, neste, é possível selecionar a clientela de forma mais efetiva.

Ademais, partiu-se da premissa de que a área de recursos humanos daquele Estado, correspondente a 70% do custo das unidades hospitalares, se aplicaria a este Estado como regra geral. Ao assim proceder, o estudo desconsiderou, dentre

outros fatores, a diferença salarial entre os profissionais e a representatividade desse valor por leito.

Também não houve qualquer distinção entre as várias linhas de assistência por similaridade de porte de produção e por especificidade do escopo assistencial que restaram agregadas e qual a representação de cada uma delas no custo/despesa por leito, bem como se tal agregação se deu por hospital ou entre hospitais distintos, o que pode refletir no custo final.

A esse respeito, a Secretaria de Controle e Transparência (Secont) registrou que caberia à Sesa a confirmação dos valores de cada item apresentado pela contratada, com a indicação inclusive dos componentes incluídos no valor, separando-se, quando possível, os custos fixos dos variáveis.

A Secont destacou, ainda, que, na avaliação dos indicadores de qualidade, a Sesa deveria descrever cada indicador, sua forma de cálculo e metodologia de apuração, além de prever um plano de resposta à mensuração de indicadores, caso os objetivos medidos não sejam alcançados.

Por fim, a Secont destacou que competia à Sesa assegurar a compatibilidade do preço contratado com o preço de mercado, sendo essencial que conhecesse os custos da contratação, inclusive a divisão entre custos diretos e indiretos:

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

Apesar de o relatório contratado pela Sesa não conter os elementos mínimos para estimar o custo dos serviços a serem transferidos, em resposta à manifestação da

Secont, a Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, senhora Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira, elaborou despacho atestando que "os valores estimados pela ATTO Consultoria estão de acordo com o mercado" (fls. 253 e ss.), mantendo a mesma conclusão que já constava de relatório anterior à análise da Secont (fls. 30 e ss.), revelando a deficiência das estimativas elaboradas pela consultoria contratada, o que torna a irregularidade ainda mais grave quando considerado que o trabalho serviria de base à adoção pelo modelo de gestão hospitalar por OS e que a contratação da consultoria, por si só, custou mais de meio bilhão aos cofres estaduais.

Sendo assim, a área técnica destacou, além da insuficiência dos dados levantados, outras incongruências que repercutiram diretamente nos cálculos, a saber:

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

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

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

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

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

Assim, na esteira da lição de Marçal Justen Filho acima transcrita, se não há elementos suficientes para demonstrar que o modelo adotado é "a melhor alternativa possível", resta configurada a cessão de bens, móveis e imóveis, pessoal e recursos a particulares por mera liberalidade, o que constitui **ofensa ao postulado da indisponibilidade do interesse público**.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A respeito dos apontamentos feitos pelo corpo técnico, o Secretário de Saúde à época, senhor **José Tadeu Marino**, informou que as estimativas elaboradas pela consultoria serviram de referência para o orçamento do Edital que resultou na contratação da AEBES e que, apesar de serem baseados em hospitais de São Paulo, os estudos consideraram o perfil assistencial do Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves e dos hospitais que subsidiaram o trabalho, que foi realizado por linha de serviço, possibilitando o comparativo entre hospitais de mesma tipologia.

Segundo alegou, foi também considerado o valor das despesas executadas no Hospital Estadual Dr. Dório Silva no exercício de 2011 (R\$ 94.038.261,92), no intuito de demonstrar a compatibilidade do valor total estimado para o HEJSN com o mercado capixaba e acrescentou que os especialistas da área fizeram um comparativo dos valores estimados por linha de serviço com alguns hospitais públicos, privados e filantrópicos do ES, com perfil semelhante ao HEJSN, quando mais uma vez se demonstrou a adequação dos valores demonstrados pela consultoria contratada e, sendo assim, foram ratificados pela Sesa.

O defendente também esclareceu que a entidade gestora do HEJSN terá como dever contratual a estruturação da contabilidade por centros de custos, com o objetivo de subsidiar a implantação de sistema de custos, e anexou novo estudo referente ao exercício financeiro de 2012, demonstrando que os valores praticados no Hospital Dr. Jayme Santos Neves estão de acordo com os valores de mercado, pois o Dório Silva, no exercício financeiro de 2012, teve um custeio/investimento de R\$ 108.844.106,66, semelhante ao estimado para 15 meses do Jayme (fls. 843/846).

O Defendente relata que a estimativa total de custos para HEJSN para os primeiros 15 meses seria de R\$ 109.413.492,95 e também, anexou aos autos uma planilha elaborada pela empresa ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda. (fls. 844), em qual se encontra o valor de R\$ 104.413.556,97 como estimativa de custos operacionais para os primeiros quinze meses de vigência do Contrato de Gestão a ser firmado com a Organização Social vencedora do certame e para o 2º ano a

estimativa de custo apresentada é de R\$ 137.768.214,55, em condição de plena ativação.

Ainda, alega que o valor “... é uma estimativa e que o valor que foi inserido no contrato foi o proposto pela Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense (AEBES), entidade vencedora do Concurso de Projetos.” (fls. 845)

As justificativas do então Secretário de Saúde foram apreciadas por meio da **ITC 1.744/2014**, na qual primeiramente o corpo técnico discorreu sobre a complexidade dos serviços de saúde e a classificação hospitalar das unidades segundo critérios de especialidade (geral ou especialista), tempo de permanência (curta ou longa permanência), capacidade (pequeno, médio e grande porta e de capacidade extra), área abrangida (local ou regional) e fluxo da clientela (atendimento de demanda referenciada, conhecido como porta fechada, e atendimento de demanda espontânea ou porta aberta), fatores que influenciam na avaliação comparativa entre hospitais:

As organizações hospitalares são consideradas como entidades complexas, principalmente porque seus departamentos e processos internos estão de tal forma conectados que o não funcionamento de uma de suas partes constituintes prejudica o conjunto dos resultados esperados (BRASIL, 2001).

Tal complexidade advém das características singulares que envolvem as atividades de tratamento e cuidado com a saúde e bem estar do ser humano.

As organizações hospitalares podem ser divididas sob alguns aspectos: especialidade, tempo de permanência e capacidade.

Conforme sua especialidade, os hospitais podem ser divididos: em gerais e especialistas. Os hospitais gerais são aqueles que se destinam ao atendimento dos pacientes portadores de doenças de várias especialidades médicas. Já o especialista é aquele que se destina ao atendimento predominante a um determinado tipo de especialidade médica. Esse atendimento pode ser limitado a uma faixa etária (ex.: hospital infantil), a certo segmento da sociedade (hospital militar, hospital previdenciário) ou a uma finalidade específica (hospital-escola).

Pode-se, ainda, classificar a organização hospitalar segundo o tempo de permanência dos pacientes: de curta e de longa permanência. A distinção entre ambos é dada se, na maior parte das internações, os pacientes utilizam-se da instituição por mais de 30 dias ou não. Ou seja, se a média de dias de internação dos pacientes for abaixo de 30 dias, considera-se como um hospital de curta permanência. Caso a média seja de 30 dias ou mais, será considerado como de longa permanência.

No que tange à capacidade, o Ministério da Saúde (BRASIL, 2004), em seu glossário de termos na saúde, categoriza as organizações hospitalares em quatro níveis, observado o número de leitos que a entidade oferta aos pacientes: até 50 leitos, são considerados de pequeno porte; entre 51 e 150

leitos são de médio porte; entre 151 e 500 leitos, são de grande porte; e acima de 500 leitos, os hospitais são denominados de capacidade extra.

O Ministério da Saúde (BRASIL, 2004) contempla, também, mais um aspecto: área abrangida por seus serviços. Segundo o glossário, um hospital pode ser local ou regional.

Local, quando se presta e proporciona assistência médica para até quatro especialidades médicas, para uma população de área geográfica determinada. Já um hospital regional é aquele que presta assistência própria do hospital local, além de outras especialidades, a pacientes de sua área programática.

Fato que tem influência direta na avaliação comparativa entre os hospitais é o fluxo da clientela, que pode ser de *Atendimento de Demanda Referenciada* (porta fechada), quando o paciente é encaminhado/referido por outro estabelecimento de saúde, ou *Atendimento de Demanda Espontânea* (porta aberta), quando o paciente procura diretamente a unidade de saúde.

Considerando esse contexto, o NEC concluiu que o trabalho apresentado pela empresa de consultoria, mesmo após os questionamentos feitos pela Secont, por se tratar de um trabalho científico, incorreu em erro grosseiro ao não indicar qual era o perfil e quais eram as unidades hospitalares escolhidas para balizar os custos apurados.

Além disso, outros fatores deixaram de ser demonstrados como o tempo durante o qual as unidades hospitalares estariam sendo administradas por OSS, os documentos que serviram de suporte e que porventura atestem a fidedignidade dos dados e conclusões narrados pela consultoria, informações quanto às várias linhas de assistência por similaridade e a representação de cada qual na composição do custo/despesa por leito.

Da mesma forma, não foram considerados os níveis de complexidade pelo qual as unidades de saúde são hierarquizadas, conforme a disponibilidade de recursos, a diversidades de atividades prestadas e a frequência, a classificação de Unidade de Terapia Intensiva - UTI quanto à habilitação (adulto, neonatal, pediátrica, tipo I, II, ou III), a habilitação das unidades selecionadas, sendo esta a forma que “identifica a capacidade do estabelecimento de saúde em desenvolver funções específicas exigidas para a realização de determinado procedimento” e a composição dos leitos, seja internação, observação ou UTI.

Ressaltou-se, ainda, que a própria eficiência do modelo de gestão hospitalar por organização social deixou de ser demonstrada, conforme ressalvas feitas nos documentos de fls. 874 e 897.

Combatendo argumento de defesa que pretendeu demonstrar a eficiência do modelo a partir da análise comparativa do índice de satisfação dos usuários do Hospital Estadual Central (HEC), administrado por OS desde 2009, com os HEJSN e o Hospital São Lucas (HSL), administrados até então diretamente pelo Estado.

Ocorre que, conforme bem demonstrado pela área técnica, tais unidades apresentam grande disparidade de perfil no que concerne à complexidade de cada um, à área construída, à quantidade de leitos, ao porte, à demanda, à existência ou não de pronto socorro, às instalações para assistência e à quantidade de salas no centro cirúrgico:

QUADRO I - DEMONSTRATIVOS ITENS QUE IMPACTAM NA OPERACIONALIZAÇÃO DAS UNIDADES SELECIONADAS PELO DEFENDENTE

Hospital	HEC (OSS)	HEJSN	HSL (AD)
Complexidade	Ambulatorial (média e alta complexidade) Hospitalar (média e alta complexidade)	Ambulatorial (Atenção Básica , média e alta complexidade) Hospitalar (média e alta complexidade)	Ambulatorial (Atenção Básica , média e alta complexidade) Hospitalar (média e alta complexidade)
Área Construída	9.496 m2	31.616,73 m2	15.700 m2**
Leitos (várias especialidades)*	127	344	146
Leitos UTI/UTIN	18	80	20
Porte do Hospital	Médio	Grande	Grande
Atendimento (Demanda)	Referenciado (Portas Fechadas)	Referenciado e Espontâneo (Portas abertas)	Referenciado e Espontâneo (Portas abertas)
Pronto Socorro	não há	aberto	aberto
Instalações para Assistência	Ambulatorial, hospitalar, cardiologia, endoscopia, farmácia, fisioterapia, hemoterapia, nefrologia urologia, traumatologiae ortopedia, videolaparoscopia e transplante.	Urgência e emergência , clínicas e cirúrgicas cardíaca, traumato-ortopedia. Gestaçã de alto risco e Centro de Tratamento de Queimados	Urgência e emergência , ambulatório, serviços domiciliar e de diagnósticos, endoscopia, farmácia, cardiologia, atenção domiciliar, neurologia, neurocirurgia, saúde bucal, cirurgia torácica, serviços: farmácia, endoscopia, fisioterapia, hemoterapia, nefrologia urologia, oftalmologia, nutricional, transplante.

Especialidades médicas	Cirúrgico: geral, neurocirurgia e ortopediatraumatologia. Clínico: Neurologia	Cirurgias : cardíaca, vascular, cabeça e pescoço, bucomaxilofacial, aparelho digestivo, urológica, ortopédica, ginecologia/obstetrícia, neurocirurgia, oftalmologia, plástica reparadora e geral.	Cirúrgico: buco maxilo facial, geral, neurocirurgia, oftalmologia, ortopediatraumatologia, otorrinolaringologia, plástica e torácica. Clínico: cardiologia, geral, nefrologia e neurologia.
Centro Cirúrgico	5 salas	12 salas	7 salas

Tabela extraída da ITC 1.744/2014

Segundo percepção do NEC, o alto nível de satisfação do usuário em relação ao HEC é reflexo da realidade de um hospital “porta fechada” que atende somente pacientes encaminhados e, diferentemente dos demais hospitais, não faz atendimento de urgência e emergência.

Ademais, o HEC tem médio porte, não atende a atenção básica, não possui pronto socorro, sua área construída e as instalações para assistência são substancialmente menores, assim como é menor a quantidade de salas em seu centro cirúrgico.

Por todo esse cenário, entendeu o NEC por rechaçar o argumento de defesa de utilizar como parâmetro uma unidade hospitalar em que os usuários (pacientes) são encaminhados por meio da Central de Regulação de Vagas, são acolhidos sem “bater diretamente à porta”, não são expostos ao pronto socorro e usufruem de um hospital inteiramente novo, o que distorce a análise comparativa de satisfação do usuário em relação às outras unidades.

Paralelo a isso, a própria Sesa reconheceu que suas unidades não dispõem de centro de custos, razão pela qual foram adotados os valores pagos pela Sesa para a rede privada (hospitais Metropolitano e Santa Rita), quando não dispõe de leitos na rede pública (fls. 255).

Quanto isso, a área técnica alertou que tais hospitais não se enquadram como entidades filantrópicas e tem fins lucrativos. Assim, os valores considerados refletem não só a forma emergencial de compra, como o lucro na prestação do serviço e deixam de considerar incentivos fiscais porventura oferecidos às entidades sem fins lucrativos.

Finalmente, por tudo que detalhadamente averiguou, o NEC concluiu que os custos efetivos dos serviços não foram demonstrados e que os parâmetros utilizados foram

inconsistentes, já que a Sesa não dispunha de sistema de custos. Por isso, opinou-se pela confirmação da irregularidade tendo em vista que a apuração de estimativa de custos foi falha, subjetiva e sem lastro.

Tendo sido promovida nova citação, apresentaram justificativas conjuntas a senhora **Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira** – Gerente de controle, monitoramento e avaliação de serviços de saúde da Sesa –, a senhora **Nara Falqueto Caliman** e o senhor **Fernando Antonio Marins de Albuquerque**, gestores do contrato celebrado pela Sesa com a empresa de consultoria.

Segundo alegaram, os custos estimados apenas nortearam a escolha da OS, mas não foram impostos à contratada, dada a autonomia gerencial da OS e a orientação para resultado.

Considerando que as unidades hospitalares do Estado não dispunham de gestão por centro de custos, balizou-se a estimativa de custos pelo valor da execução anual de hospitais do mercado capixaba, utilizando-se como referência o centro de custos dos hospitais do Estado de São Paulo que conta com 20 hospitais públicos administrados por OS, promovendo-se, então, a ratificação dos custos por linha de serviço (fl. 203-230) o que, segundo alegam, teria garantido a adequação das estimativas da consultoria à realidade do mercado.

Segundo as premissas colocadas pela defesa, comparando-se os custos estimados com os executados do Hospital Dorio Silva e do HEJSN, seria possível verificar a consistência das estimativas feitas pela ATTO Consultoria e a economicidade e a eficiência da gestão por OS.

Por fim e dentre outras alegações, os defendentes esclareceram que as estimativas de custos de recursos humanos foram limitadas a 70% do valor do contrato de gestão com base no inciso I do art. 32 do Decreto 2484-R/2010, já que a referência local dos gastos de RH dos hospitais da administração direta seria superior, como no Hospital Dório Silva, em que atinge 86,11%.

Instada a se manifestar no feito, a **ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda.** inicialmente esclareceu que a tabela SUS, base oficial de remuneração dos serviços de saúde prestados no Sistema Único, é a mesma para todas as unidades da

Federação, não dedicando qualquer trato diferenciado por conta de peculiaridades regionais.

Informou a contratada que a plataforma de custos adotada é constituída por dados alimentados por vinte hospitais públicos em atividade no estado de São Paulo e administrados por OS, compreendendo, portanto, massa de dados consolidada e edificada na metodologia de apuração dos “custos por absorção”, que alegou ser a mais adotada na área de saúde, embora existam outras metodologias que apresentam vantagens e desvantagens na aplicabilidade.

Por ser a única base disponível, a empresa de consultoria acrescentou que o estudo estimativo de custos foi apreciado e comparado com outras referências pelas equipes técnicas responsável pelo planejamento do HEJSN, já que, no Estado do Espírito Santo, a Secretaria de Saúde não contava com sistema de custos em sua rede de hospitais. Dessa forma, a contratada pretendeu esclarecer que a estimativa de custos é uma referência à tomada de decisões e não um produto conclusivo.

Quanto à definição do modelo assistencial a ser implantado, esclareceu que a própria definição do modelo assistencial, que antecedeu o estudo de custos, decorreu de debates e análises exaustivas, pois a matéria é foco de opiniões técnicas divergentes, embora igualmente fundamentadas.

Definido o modelo, as análises prosseguiram em torno do ritmo de ativação do hospital, quando precisaram ser produzidas duas estimativas de custos para atender às necessidades de equipamentos a serem oferecidos à população.

Ao final, a empresa de consultoria registrou contar com mais de trinta anos de atuação na área da saúde e enalteceu o empenho e a dedicação dos profissionais que integraram a equipe responsável pelo planejamento do HEJSN.

Analisando as justificativas apresentadas pelas senhoras Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira e Nara Falqueto Caliman, pelo senhor Fernando Antonio Marins de Albuquerque e os esclarecimentos prestados pela ATTO Consultoria, o NEC prolatou a **ITC 1.259/2016**, na qual ratificou o conteúdo da ITC 1.744/2014, concluindo que os argumentos invocados não são capazes de alterar o pronunciamento conclusivo.

Segundo o NEC, mesmo após as justificativas, continuou omissa a informação de quais seriam os hospitais teriam servido de parâmetro para a realização da estimativa de custos, impossibilitando verificar se tais unidades serviriam ou não de base de comparação para o HEJSN.

A área técnica manteve o entendimento de que a opção pelo modelo de gestão hospitalar por OS foi baseada em “informações demasiadamente genéricas e obscuras”, consideradas insuficientes para uma decisão desse porte, além de estarem desprovidas de documentação de suporte.

Segundo a manifestação do NEC, as estimativas, os argumentos e os documentos apresentados não são capazes de conferir transparência ao procedimento e obstam o controle do procedimento.

Reiterou-se, ainda, que a Secont, ao determinar o retorno do feito à Sesa para demonstrar explicitamente uma série de elementos para fins de transparência e *accountability*, determinou sim a reanálise do procedimento, o que deixou de ser observado.

Sendo assim, o NEC, nos termos da ITC 1.744/2014 e ITC 1.259/2016 posicionou-se pelo reconhecimento desta irregularidade, afastando tão somente qualquer eventual responsabilidade da ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda. perante este Tribunal de Contas, já que a legislação específica não permite a responsabilização de pessoa jurídica contratada fora das hipóteses de dano ao erário e de fraude à licitação, hipóteses que não se verificaram nesta abordagem. Logo, o NEC registrou a ilegitimidade da ATTO Consultoria em Saúde e Educação LTDA.

Em contrapartida, a irregularidade consubstanciada na “deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela Sesa” foi imputada ao então Secretário de Saúde, senhor José Tadeu Marino, à Gerente de controle, monitoramento e avaliação dos serviços de saúde da Sesa, senhora Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira – responsável por ratificar e validar a estimativa de custos elaborada – e aos gestores/fiscais da execução contratual, senhora Nara Falqueto Caliman e o senhor Fernando Antonio Maris de Albuquerque.

Entretanto, após **sustentação oral**, o NEC se manifestou pela exclusão da responsabilidade dos fiscais Nara Falqueto Caliman e Fernando Antonio Maris de Albuquerque, confirmando-se, contudo, a responsabilização da senhora Jaqueline Moffatti Ozório.

Segundo se depreende das razões aventadas, aos gestores do contrato não competia emitir posicionamento conclusivo acerca das estimativas de custos apresentados pela ATTO Consultoria, tendo estado tal tarefa a cargo da Secont e da Gerente Jaqueline Moffatti Ozório. A atribuição dos fiscais estaria adstrita a atestar o recebimento do “estudo de custos” contratado, encaminhando-o à Secont.

Por essa razão, o NEC, após cotejar os termos contratuais, confirmou assistir razão aos fiscais, asseverando a impossibilidade de estabelecer um liame claro entre suas condutas e a irregularidade.

Em contrapartida, o NEC reconheceu que a obrigação de avaliar a estimativa de custos apresentados competia à “senhora Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira, que exercia o cargo de Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde e, nessa qualidade, a teor do disposto no Decreto Estadual 2.636-R, detinha competência para proceder à avaliação da compatibilidade econômico-financeira dos contratos”.

Divergindo do entendimento técnico quanto à exclusão da responsabilidade dos fiscais do contrato, o MPC reiterou o entendimento vertido no parecer ministerial anterior.

Como vislumbrado pela área técnica, de fato houve deficiências nas estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria, em especial devido à ausência de suporte documental para subsidiar os dados e os índices informados em seus estudos, o que deveria ter sido identificado e sanado mediante a solicitação das fontes de informações utilizadas.

Quanto à conduta da Gerente de controle, monitoramento e avaliação dos serviços de saúde, senhora Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira, vê-se que esta tem inequívoca responsabilidade pela configuração da irregularidade, pois ratificou e validou pessoalmente a estimativa de custos elaborada pela contratada e afirmou,

quando questionada, que os valores apresentados pela contratada estavam de acordo com os praticados pelo mercado e que atendiam às recomendações da Secont. Nesse contexto, tendo em vista a robusta fundamentação contida na Manifestação Técnica 00544/2017-2, proferida após a sustentação oral, concluiu-se que essa agente praticou conduta, ao menos culposa, que ensejou a presente irregularidade.

Assim, resta confirmado que a irregularidade, consubstanciada na deficiência da estimativa de custos, decorreu também da ação direta da consultoria contratada – embora não possa ser apenada pelos motivos já expostos.

Quanto à responsabilidade dos fiscais arrolados, peço vênia ao *Parquet* de Contas para aderir à proposta técnica e excluí-los do rol de responsáveis, assumindo, para tanto, as razões esposadas pela área técnica.

Por fim e da mesma forma, entendo que não há que se falar na responsabilização do então Secretário de Estado da Saúde, pois todas as vezes em que se manifestou sobre tais aspectos, cercou-se das esperadas cautelas e, notadamente, demandou esclarecimentos e providências dos agentes especialmente designados para tal finalidade.

Portanto, diante da robusta, extensa e convincente fundamentação delineada em quase cinquenta laudas pela área técnica, confirmo a irregularidade, conforme pugnado na ITC 1.744/2014 e ITC 1.259/2016 e na MT 544/2017-2.

Quanto à individualização das responsabilidades e em razão da deficiência da estimativa de custos elaborada pela consultoria contratada e pela Sesa, condeno a senhora **Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira** ao pagamento de multa, reconhecendo, contudo, a inexistência de nexo de causalidade regularmente delineado nos autos que atrele as condutas praticadas pelos demais agentes à irregularidade constatada, bem como deixo de apenar a **ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda.**, nos moldes da legislação desta Corte de Contas.

III.2 Da contratação direta da empresa ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda (Item II.2.1.1 da ITI 725/2013)

Base legal: art. 37, XXI, da CF/88; art. 2º da Lei nº 8.666/93.

Responsáveis: Heráclito Amancio Pereira Junior (Secretário Estadual de Gestão e Recursos Humanos)

José Eduardo Faria de Azevedo (Secretário Estadual de Gestão e Recursos Humanos e Secretário da Secretaria Extraordinária de Projetos Especiais e Articulação Metropolitana)

Segundo apurou inicialmente a área técnica, a contratação da ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda. se deu por inexigibilidade de licitação em 19 de outubro 2010, visando à prestação de serviço de assessoramento e consultoria em contratos de gestão na área da saúde previstos no programa de Organizações Sociais, no valor de R\$ 195.550,00 (Contrato 9/2010).

Em 15/07/2011, nova contratação por inexigibilidade foi celebrada entre a Sesa e a ATTO Consultoria (Contrato 19/2011) para a prestação de consultoria e assessoramento em desenvolvimento, implementação, gestão, controle, monitoramento e avaliação dos contratos de gestão com Organizações Sociais, vigentes e novas; e desenvolvimento, implementação, gestão, controle, monitoramento e avaliação das unidades hospitalares do Estado; capacitação de equipes para lidar com instrumentos jurídicos relacionados a parcerias; assim como, desenvolvimento e implantação de instrumentos de gestão padronizados para apoio a rede hospitalar.

Este contrato teve vigência de doze meses e valor de aproximadamente um milhão de reais, chegando a ser aditado, conforme publicações do DOEES datadas de 16/01/2013 e 23/07/2012.

Em face das duas sucessivas contratações, a área técnica inicialmente entendeu que a inexigibilidade foi indevida, haja vista a existência de diversas empresas com objeto social igual ou compatível ao da ATTO Consultoria e que, em tese poderiam também prestar consultoria na área de gestão em saúde pública e que inclusive prestavam serviços para outros estados.

No entanto, ao analisar as justificativas prestadas pelos senhores Heráclito Amancio Pereira Júnior e José Eduardo Faria de Azevedo, o NEC, por meio da ITC 1.744/2014, afastou o indício de irregularidade, concluindo que, embora a realização de licitação seja regra geral imposta à Administração Pública, conforme determinam o inciso XXI do art. 37 da CF e os artigos 2º e 3º da Lei 8.666/93, as contratações em exame estiveram amparadas pelo art. 25, inciso II e §1º e art. 13, inciso III, da Lei 8.666/93.

Como dito pela área técnica, os contratos firmados tiveram como objeto a prestação de serviços técnicos profissionais especializados de assessoria para desenvolvimento, implementação e monitoramento de metodologia e instrumentos visando ao acompanhamento, à fiscalização e à avaliação de contratos de gestão firmados com organizações sociais e, considerando, que poucos Estados até então haviam implementado o modelo de gestão em número substancial, a decisão de recorrer à ATTO Consultoria estava justificada em virtude de sua experiência vasta e comprovada nos estados de São Paulo e de Minas Gerais.

O NEC acrescentou, ainda, que não se pode inferir a possibilidade de competição somente pela proximidade dos objetos sociais de empresas, até porque estes, por inúmeras razões, costumam ser bastante abrangentes.

Logo, embora em tese possa haver disputa formal entre interessados na contratação, a singularidade do serviço técnico profissional especializado exige que a Administração Pública abdique do procedimento licitatório para contratar diretamente o profissional ou empresa que, por sua notória especialização, imprima a confiança e a segurança de que a sua escolha melhor atenderá ao interesse público, minimizando a possibilidade de insucesso da prestação dos serviços.

Além disso, ambas as contratações diretas foram previamente estudadas e avaliadas pela Procuradoria Geral do Estado, após o cumprimento de determinadas diligências, tendo se vislumbrado a singularidade do objeto e a notória especialização da consultoria contratada.

Fora isso, foi igualmente demonstrada a compatibilidade dos preços praticados pela consultoria com os de mercado, não havendo qualquer contestação por parte da Secont nas duas contratações.

Pelo exposto, acompanho o entendimento técnico e conluo, adotando a fundamentação traçada na ITC 1.744/2014, que, dada a alta complexidade e a natureza incomum dos serviços prestados pela ATTO Consultoria, as contratações enquadram-se no conceito de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, excluindo-se o presente indício de irregularidade.

III.3 Transferência de recursos para aquisição de bens e investimentos.

Ausência de Motivação. (Item II.2.2 da ITI 725/2013)

Base legal: ausência de motivação e ofensa aos princípios constitucionais administrativos, mormente o da eficiência.

Responsável: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)

Quanto ao contrato de gestão 1/2012, verificou-se que o §3º de sua cláusula sétima impunha que, para a aquisição de bens e/ou reforma predial, seriam transferidos R\$ 4.999.935,98 à OS contratada, apenas no primeiro ano.

Entretanto, inexistente qualquer menção aos equipamentos a serem adquiridos e ao tipo de obras que seriam realizadas para a ativação do hospital, o que mereceu a especial atenção da área técnica, já que se tratava de uma unidade hospitalar recém construída.

O Secretário de Saúde argumentou que a construção do hospital e a aquisição de equipamentos e mobiliários foram responsabilidade da Construcap, consórcio vencedor da licitação em 2009, mas que desde então, inúmeras Resoluções da Diretoria Colegiada do Ministério da Saúde e novos equipamentos haviam sido lançados, o que impôs na prática a necessidade de readequação da estrutura física existente naquela unidade, existindo, ainda, a possibilidade de que, durante a execução do contrato de gestão, surgisse a necessidade de aquisição de equipamentos para ampliação ou introdução de novos serviços.

Acrescentou o gestor que uma das necessidades foi a implantação do sistema de informação, orçado inicialmente pela área de tecnologia da informação da Sesa em aproximadamente R\$ 2,5 milhões para a aquisição de softwares e equipamentos de TI/gestão. Além disso, teriam sido previstos gastos da ordem de R\$ 1,8 milhão com equipamentos médicos hospitalares e R\$ 700 mil para obras e mobiliários.

Ao analisar o apontamento, o NEC constatou que o defendente apresentou documentação em que aparecem relacionados os investimentos a serem feitos no HEJSN pela entidade contratada, estando ali discriminados os equipamentos, obras, mobiliário, sistema de informática a serem implementados, no montante total de R\$ 6.686.353,40, valor superior ao previsto no contrato de gestão.

Mas, apesar de o NEC ter reconhecido a discriminação dos investimentos na documentação trazida pelo gestor – o que afastaria a suspeita inicial de inexistência de menção aos equipamentos a serem adquiridos e ao tipo de obras que seriam realizadas –, passou a destacar a ausência de parâmetros para os preços constantes das planilhas, defendendo que a cotação de preços é um dos passos fundamentais do planejamento de uma contratação pública e, nesses termos, propôs a manutenção da irregularidade.

Com a devida vênia ao entendimento técnico, a conclusão registrada na ITC 1.744/2014 que igualmente não revelou quais seriam os parâmetros cabíveis, aparenta ter alterado os rumos do indício de irregularidade dirigido ao gestor citado.

Como visto, este item trata da ausência de discriminação dos itens a serem arcados com determinada parcela de recursos transferidos à OS, o que foi elucidado pelo gestor, conforme ITC 1.744/2014.

No entanto, na visão da área técnica, a irregularidade deve ser mantida, agora sob a alegação de que é necessária a cotação prévia de preços o que, a meu ver, inova os termos da acusação original voltada ao Secretário de Saúde e viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois não lhe foi oportunizado tratar deste aspecto.

Dito isso, dirijo do entendimento técnico e ministerial, e voto por que seja afastado o presente indício de irregularidade.

III.4 Ilegal alijamento do Conselho Estadual de Saúde. (Item II.2.3 da ITI 725/2013)

Base legal: art. 198, III, da CF/88; art. 1º, § 2º, da Lei Federal nº 8.142/90; arts. 12 e 13 da Lei Estadual nº 4.317/1990; art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei Estadual nº 7.964/2004.

Responsável: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)

Apesar de a participação popular ser uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme estampa o inciso III do art. 198 da Constituição Federal, a área técnica identificou que tal regra não teria sido observada em virtude do ilegal alijamento do Conselho Estadual de Saúde (CES) durante o processo de terceirização da gestão hospitalar do HEJSN.

Nos termos da legislação pertinente, a participação popular se dá mediante dois principais mecanismos: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, os quais devem funcionar de forma efetiva em todos os níveis da Federação (Lei 8.142/1990).

Os Conselhos de Saúde têm a atribuição de acompanhar e de fiscalizar os fundos de saúde e sua existência e funcionamento servem inclusive como condições para o recebimento de verbas federais (art. 4º da Lei 8.142/1990).

Conforme assinalado pelo corpo técnico, os CES são órgãos permanentes e deliberativos aos quais compete tomar as decisões relativas à discricionariedade política e administrativa do Poder Executivo, não se resumindo a mero órgão consultivo. Suas atribuições vão desde a formulação de estratégias de atuação até o controle da execução da política. Sendo assim, a afetação de serviços públicos de saúde a entidades privadas, por ser decisão essencial à política de saúde, é atribuição do referido Conselho que sobre ela deve deliberar, aprovando ou rejeitando o modelo.

Especificamente quanto à atuação do CES no procedimento de terceirização da gestão hospitalar do HEJSN, viu-se que foi facultada sua participação no processo decisório em três oportunidades: visita dos membros do CES ao Hospital Estadual Central (HEC) e HEJSN em 03/09/12, reunião no CES com o Conselho Gestor do

Hospital Dr. Dório Silva em 04/09/12 e apresentação do projeto ao CES em 06/09/12.

A área técnica reconheceu que a aludida reunião com o Conselho ocorreu sem que, contudo, tivesse havido qualquer decisão do Órgão para aprovar ou rejeitar o projeto e, por isso, a Sesa, adotou política de saúde à revelia do CES.

Em resposta ao indicativo de irregularidade, o senhor José Tadeu Marino suscitou a incompetência dos Conselhos Estaduais de Saúde para definir e decidir políticas públicas de saúde, servindo sua atuação de instrumento por meio do qual os cidadãos podem influenciar as decisões do governo ou fazer recomendações relacionadas ao planejamento e à execução de políticas de saúde.

Acrescentou que, nos termos da legislação vigente, não se exige a participação do CES na escolha de Organizações Sociais e que, ainda assim, o Conselho atuou em todo o processo desde a apresentação do planejamento do HEJSN no dia 06/09/12 até a nomeação de um representante indicado pelo Conselho para integrar a Comissão de Concurso de Projetos da OS.

Dessa forma, afirmou que o conselheiro Mauro Natalício de Souza participou como membro avaliador do processo de seleção, nas mesmas condições dos demais membros, tendo contribuído efetivamente para o processo, sendo inclusive testemunha na assinatura do Contrato de Gestão. Por fim, rechaçou que tenha havido o alijamento do Conselho.

Entretanto, em análise conclusiva consignada na **ITC 1.744/2014**, o NEC pronunciou-se pela confirmação da irregularidade asseverando o caráter permanente e deliberativo do CES, conforme regulamentado pela legislação federal (Lei 8.142/1990) e pela Lei Estadual 4.317/1990 – que, ao regulamentar o Sistema Estadual de Saúde, tratou do Conselho Estadual de Saúde em seus artigos 12 e 13 – e Lei Estadual 7.964/2004 – que redefiniu a composição e competências do CES.

Segundo o NEC e em vista das normas citadas, seria obrigatória a participação do Conselho Estadual de Saúde nas decisões relativas às políticas públicas e suas decisões vinculariam a Administração, não sendo meramente opinativas, por se tratar de um órgão deliberativo.

Logo, segundo o entendimento técnico, o Estado do Espírito Santo, ao tomar a decisão de passar a gestão do HEJSN para a responsabilidade de uma OS, não poderia ter deixado de submeter a questão ao prévio crivo do CES e, sendo assim, rechaçou a alegação da defesa no sentido de que não competem a tais Conselhos a definição e a decisão de políticas públicas de saúde aplicadas no Estado.

Por fim, o NEC fez remissão a Resolução 223/1997 e à Deliberação 1/2005, por meio das quais o Conselho Nacional de Saúde fundamentou posicionamento contrário à terceirização da saúde por transferência a OS.

Quanto à documentação trazida pelo gestor, o NEC observou a existência de reunião em que a Sesa se limitou a apresentar ao CES o projeto para o HESJN, não tendo existido deliberação do Conselho e, em relação à nomeação de um membro do CES para compor a comissão de concurso de projetos da OS, entendeu não ser pertinente à deliberação do Conselho, opinando, ao final, pela confirmação da irregularidade.

Primeiramente, cumpre informar que os artigos 12 e 13 da Lei Estadual 4.317/1990 – citados para embasar o entendimento técnico – foram revogados em dezembro de 2004, quando adveio a Lei Estadual 7.964. Vejamos:

Art. 18. Ficam revogados os artigos 12, 13, 14 e 15 da Lei nº 4.317, de 04.01.1990; a Lei nº 6.056, de 04.01.1990; e a Lei nº 7.189, de 27.12.1999.

Feito o esclarecimento devido e recorrendo às disposições pertinentes às competências do CES/ES, deve-se recorrer à Lei Estadual 7.964/2004 que, em seu art. 1º, *caput* e §1º, estabelece que a participação popular se dará através do colegiado e em nível de decisão. O mesmo diploma define o conselho como um órgão permanente e **deliberativo** que atua “**na formulação de estratégias e no controle da execução**” da política de saúde, inclusive quanto aos aspectos econômicos e financeiros.

Nesse sentido, a legislação estadual reproduziu o mesmo teor da norma federal que, desde 1990 assim estabelece:

LEI Nº 8.142, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1990
Art. 1º. [...]

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

Sendo assim, vê-se que o caráter deliberativo do Conselho atém-se à sua alçada de competências que, de modo geral, alinha-se com a formulação de estratégias e o controle da execução das políticas de saúde. Note-se que o controle refere-se à fase de execução das políticas de saúde, isto é, quando são concretizadas, postas em práticas.

Nesse contexto, tem-se ainda que a Sesa é o órgão central do sistema estadual de saúde que, em nível de direção superior, conta com a posição do Secretário de Saúde, com o Conselho de Saúde e com as comissões intergestores bipartite do SUS/ES e microrregional, para os quais estão definidas expressamente definidas atribuições:

LEI COMPLEMENTAR Nº 317

[...]

Art. 6º A Secretaria de Estado da Saúde – SESA é o órgão central do Sistema Estadual de Saúde - SES, competindo-lhe as atribuições e responsabilidades contidas nesta Lei Complementar.

[...]

Art. 13. A estrutura organizacional básica da SESA é a seguinte:

I – nível de direção superior:

- a) a posição de Secretário de Estado da Saúde;
- b) Conselho Estadual de Saúde, como instância deliberativa;
- c) Comissão Intergestores Bipartite do SUS/ES, como instância deliberativa;
- d) Comissão Intergestores Bipartite Microrregional, como instância deliberativa;

Especificamente quanto ao Conselho Estadual de Saúde, a Lei Estadual 7.964/2004 definiu em seu art. 5º as atribuições do colegiado, ressaltando, desde então, as funções constitucionais dos poderes legislativo e executivo e os limites da legislação afeta à matéria:

Art. 5º Sem prejuízo das funções constitucionais dos Poderes Legislativo e Executivo e nos limites da legislação vigente, dentre outras de relevância, são atribuições do CES/ES:

I - avaliar e **aprovar as prioridades** das ações de saúde em harmonia com as diretrizes emanadas das conferências estaduais de saúde e conferências nacionais de saúde, observadas as disposições legais;

II - criar mecanismos institucionais de relacionamento com os conselhos municipais de saúde do Estado do Espírito Santo e com o Conselho Nacional de Saúde - CNS, visando à integração gerencial do SUS/ES;

III - propor a criação de câmaras técnicas;

IV - apreciar, avaliar, complementar e **aprovar estratégias** contidas no plano estadual de saúde;

V - acompanhar, **fiscalizar** e avaliar a **execução da política de saúde** no Estado do Espírito Santo;

VI - avaliar e acompanhar a efetiva municipalização das ações de saúde no Estado do Espírito Santo, tendo como parâmetro as diretrizes das conferências estaduais e nacionais de saúde e respeitando as características locais-regionais de naturezas epidemiológicas e organizacionais;

VII - avaliar, acompanhar e **fiscalizar a programação e execução orçamentária e financeira** do Fundo Estadual de Saúde - FES, fiscalizando a movimentação dos recursos repassados à SESA e suas vinculadas;

VIII - acompanhar, avaliar e **fiscalizar o funcionamento dos serviços prestados** à população pelas pessoas físicas e jurídicas de naturezas públicas ou privadas, integrantes do SUS/ES;

IX - propor estratégias para a ampliação do acesso às ações de saúde para a população do Estado do Espírito Santo, observando as diretrizes das políticas nacional e estadual de saúde;

X - incentivar e participar da implantação e funcionamento do conselho gestor dos serviços públicos estaduais de saúde em cada unidade de saúde;

XI - solicitar e ter acesso às informações necessárias pertinentes à estrutura e funcionamento de todos os órgãos vinculados ao SUS/ES, respeitando as disposições legais;

XII - desenvolver gestões junto às instituições públicas, filantrópicas e privadas com o intuito de melhorar as condições de assistência à saúde da população;

XIII - avaliar, **aprovar**, acompanhar e fiscalizar **o plano estadual de saúde do trabalhador**;

XIV - propor estratégias que subsidiem a política estadual de desenvolvimento científico, tecnológico e educacional na área de saúde;

XV - **aprovar** e acompanhar **a política de produção, armazenamento e distribuição de insumos, medicamentos, imunobiológicos e outras de interesse para a saúde**;

XVI - **aprovar**, acompanhar, fiscalizar e participar das **políticas de saúde relacionadas ao sangue, hemocomponentes e hemoderivados**;

XVII - contribuir para a integração das diretrizes da área de saúde com as do meio ambiente e abastecimento, particularmente nos aspectos referentes a saneamento básico, controle de poluição ambiental, de endemias, do uso de elementos tóxicos na produção agropecuária e industrial, controle do transporte, guarda e utilização de substâncias tóxicas, psicoativas, radioativas e teratogênicas, da produção e comercialização de alimentos, medicamentos e domissanitários, tais como, inseticidas domésticos, raticidas e desinfetantes;

XVIII - **aprovar critérios de controle e avaliação estabelecidos pelo SUS/ES**, recomendando mecanismo para correção de distorções, tendo em vista o atendimento das necessidades da população, especialmente no que diz respeito à qualidade dos serviços prestados;

XIX - **aprovar estratégias de capacitação e política de recursos humanos** a serem observadas pelas instituições integrantes do SUS/ES;

XX - desenvolver gestões junto aos setores das universidades ligadas à área de saúde, com vistas a compatibilizar o ensino e a pesquisa científica com interesses prioritários da população;

XXI - difundir informações que possibilitem à população do Estado do Espírito Santo o amplo conhecimento do SUS;

XXII - convocar a cada 02 (dois) anos a conferência estadual de saúde para avaliar o sistema estadual de saúde e propor novas diretrizes à política estadual de saúde;

XXIII - apreciar e avaliar as auditorias das aplicações de recursos, aquisições de materiais, equipamentos, licitações e contratos do âmbito do SUS;

XXIV - avaliar as condicionantes antrópicas dos Estudos de Impactos Ambientais e Relatório de Impactos Ambientais - EIA-RIMA dos grandes projetos, antes da aprovação pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente - CONSEMA;

XXV - fiscalizar o cumprimento dos termos da Lei Complementar Federal nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que determina a prestação de contas quadrimestral de cada nível de governo ao respectivo conselho de saúde, em audiência pública, no âmbito dos municípios do Estado do Espírito Santo, observado o seguinte: (alterado pela Lei Estadual 10.598, de 6 de novembro de 2016)

a) caberá a cada conselho municipal notificar trimestralmente ao CES/ES a realização de prestação de contas nos termos da legislação citada;

XXVI - recomendar a suspensão de repasses financeiros aos municípios onde for comprovada irregularidade relativa aos recursos e/ou regras de funcionamento do SUS;

XXVII - aprovar e administrar **a dotação orçamentária específica do CES/ES.** [destaquei]

Diante das atribuições do CES, esmiuçadas pela legislação estadual, vê-se com clareza que não compete ao colegiado aprovar previamente o modelo de gestão antes de sua implantação nas unidades hospitalares, contrariando o entendimento vertido pela área técnica.

Como visto nos dispositivos elencados, restam inequivocamente detalhadas as missões do CES de formular estratégias e de controlar a execução da política de saúde, conforme pronuncia a Lei Federal 8.142/1990.

Assim, de plano registro minha divergência em relação à manifestação técnica, pois entendo que o caráter deliberativo a que se refere a lei deve se dar nos estritos moldes das competências asseguradas ao CES, sob pena de haver ingerência em outras instâncias, cujas atribuições igualmente se encontram traçadas em lei e que, como o CES, integram o sistema estadual de saúde.

Sobre o caso, é válido mencionar a dissertação de mestrado apresentada por Laíra Augusta Viegas Vasconcellos intitulada “O Conselho Estadual de Saúde do Espírito

Santo e a gestão hospitalar por uma organização social: o caso do hospital Dr. Jayme Santos Neves” (Rio de Janeiro, 2016), em que se analisou especificamente os fatos em apreço neste tópico (disponível em <<http://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-782509>>. Acesso em 20/12/2016).

No estudo, a autora pondera que a ênfase das atribuições do Conselho deslocou-se do âmbito da proposição, formulação e definição para o da fiscalização das políticas de saúde (Vasconcellos, p. 95) e, diante dos resultados encontrados pela pesquisa realizada, constatou (p. 152):

[...] que o CES/ES não teve papel deliberativo no processo de contratação de uma organização social para gerenciar o Hospital Jayme Santos Neves. Ora porque lhe foi negado esse direito pela SESA, cabendo-lhe um papel de mero órgão “espectador”, ora porque o mesmo postergou o debate e seu posicionamento sobre o assunto, omitindo-se não somente no que se refere à deliberação, como também no acompanhamento do processo.

Como visto, embora a autora, assim como o corpo técnico deste Tribunal, tenha vislumbrado o alijamento do Conselho no procedimento de contratação de OS para a gestão hospitalar do HJSN, igualmente reconheceu que o colegiado furtou-se ao debate e omitiu-se em deliberar a esse respeito e de acompanhar o processo.

Ponderando a atitude de ambas as partes, questionada pela autora, entendo que a Sesa proporcionou a oitiva do Conselho e a designação de um membro para acompanhar o procedimento, medidas que, no entanto, não surtiram o devido efeito por parte do colegiado, já que, como visto foi ao menos omissivo, já que não deliberou a respeito, tampouco teria feito o devido acompanhamento. Isso está inclusive demonstrado nos autos pelos depoimentos dados por alguns conselheiros do CES.

Assim, ainda que a não deliberação do Conselho a respeito da terceirização da gestão do HJSN seja reprovável e não contribua para a evolução do debate democrático acerca das políticas de saúde, tal fato não pode ser atribuído pessoalmente ao secretário de saúde, pois, na verdade, se trata da reiteração de condutas omissivas perpetradas pelos integrantes do Conselho que, ao assim agir, abdicaram de se manifestar sobre o caso ou de deliberar sobre eventuais medidas que pudessem propor ou adotar inclusive contrariamente à decisão tomada pela Sesa.

Por fim, a respeito do posicionamento contrário à terceirização da saúde por transferência a OS defendido pelo Conselho Nacional de Saúde por meio da Resolução 223/1997 e da Deliberação 1/2005, mencionadas pelo NEC, é importante esclarecer que o próprio NEC, por meio da ITC 1.744/2014, asseverou que nenhum dos indícios de irregularidades abordados relacionava-se à opção do Estado pelo modelo de gestão hospitalar por OS, sendo esta inclusive a razão para que aquele corpo técnico rechaçasse a proposta de instauração de incidente de inconstitucionalidade da lei local, conforme já tratado no item II.2.

Então, volto a dizer que, de acordo com a conclusão do NEC, “as eventuais irregularidades dizem respeito a impropriedades ocorridas no procedimento da contratação e mesmo a cláusulas contratuais, mas não ao modelo de contratação adotado” e, sendo assim, “não dizem respeito à possibilidade de o Estado optar por firmar contrato de gestão com organização social de saúde, desde que atendidos os requisitos legais”, sendo prescindível ao exame do caso em concreto a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual que fomenta a execução, pelas entidades qualificadas como OS, de atividades e serviços de interesse públicos atinentes à saúde (art. 1º, IV, da Lei Complementar Estadual nº 489/09), já que “a questão constitucional arguida não se mostra prejudicial à solução de mérito do caso concreto, condição essencial para o exercício do controle difuso de constitucionalidade”.

Logo, eventual posicionamento pretérito do CNS a esse respeito pouco ou nada acrescenta aos fatos descritos neste tópico que versam sobre eventual alijamento do Conselho Estadual de Saúde.

Também no que concerne à celebração de contrato de gestão hospitalar com OS, o Supremo Tribunal Federal já assentou que a saúde é atividade de fomento público cuja titularidade é compartilhada pelo poder público e pela sociedade, inexistindo renúncia de dever estatal. Assim, o contrato de gestão é hipótese de convênio, já que existe a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum, qual seja: a realização de serviços de saúde (ADI 1.923/98 – Min. Relator Ayres Britto – Min. Redator Luiz Fux).

Por todo o exposto, dirijo do entendimento técnico e entendo que deve ser **afastado este indício de irregularidade.**

III.5 Falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da SESA que ratificou o modelo de gestão por OSS (Item II.2.4 da ITI 725/2013)

Base legal: ausência de motivação e ofensa ao princípio da eficiência

Responsáveis: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)

Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira (Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde)

José Eduardo Faria de Azevedo (Secretário de Estado de Projetos Especiais e Articulação Metropolitana – SEPAM)

Nara Falqueto Caliman (Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental – Programa Estadual de Parcerias com OS da SEPAM)

Fernando Antonio Marins de Albuquerque (Assessor Especial do Programa Estadual de Parcerias com OS da SEPAM)

Vê-se nos autos que o Secretário de Estado da Saúde ratificou a escolha do modelo de gestão do HEJSN por OS com suporte nos pareceres da Secretaria de Estado de Controle e Transparência, da Procuradoria Geral do Estado e da Gerência de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde da Sesa e, para tanto, invocou, ainda, o êxito desse modelo nos Estados de São Paulo, Bahia, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul e na cidade de Fortaleza.

A manifestação técnica expedida pela SECONT apontou uma série de incongruências pertinentes aos custos adotados, conforme já abordado no item III.1 e, embora a Sesa tenha elaborado justificativas relativas aos apontamentos, a questão não voltou a ser submetida ao órgão de controle.

Ademais, o argumento de êxito da modelagem em outras esferas não foi corroborado por qualquer documento técnico ou demonstrativo capaz de atestar tal assertiva.

Segundo estudo em torno dos hospitais estaduais de São Paulo, realizado pelo Tribunal de Contas Estadual no ano de 2011 e trazido pela área técnica aos autos, restou demonstrado, dentre outras constatações, que os hospitais estaduais da administração direta são melhor avaliados em indicadores de recursos humanos, de qualidade (mortalidade menor na AD que nas OS), de eficiência técnica (indicador de altas por leito clínica médica) e de produtividade, além de apresentarem menor prejuízo econômico.

Em relação ao Estado do Rio de Janeiro, a área técnica fez menção a matérias jornalísticas em que são relatados problemas na gestão de serviços de saúde por OS, como fechamento de maternidade, fim de atendimento noturno, sucateamento de instalações, reclamações trabalhistas de servidores terceirizados, atraso no recebimento de salários, denúncias de carência de médicos e de profissionais da área, além de irregularidade nas contratações.

No próprio Estado do Espírito Santo, elencou-se uma série de problemas vivenciados entre a Sesa e a gestora do Hospital Estadual Central, a OS Pró-Saúde que, após quase dois anos da celebração da avença, estaria deixando a administração da unidade sob a alegação de que o montante de R\$ 38 milhões repassados anualmente pelo Estado seria insuficiente para manter os custos do hospital, orçados pela entidade em R\$ 60 milhões.

Disso tudo se depreendeu que o argumento invocado para motivar a prática do ato de ratificação não teve suporte em estudo técnico ou dados concretos, situação agravada ante a constatação tida no item III.1, no sentido de que os estudos econômico-financeiros efetuados pelo ATTO Consultoria, além de não estarem validados pela SECONT, não representaram a realidade do Estado do Espírito Santo.

Por tudo o que se apurou, apontou-se não haver suporte válido para a decisão que ratificou a escolha do modelo de gestão por OS do HEJSN.

Instado a se manifestar, o senhor **José Tadeu Marino** alegou que novas alternativas de gestão foram previstas nos últimos três Planos Estaduais de Saúde, em decorrência da grave crise enfrentada pelo sistema público de saúde, o que impunha

a adoção de novos modelos de gestão, além da usual administração direta. Para tanto, elegeu-se quatro hospitais da Região Norte, três da Região Sul e seis hospitais da região Metropolitana do Estado.

Acrescentou o gestor que a Secretaria de Governo com pior avaliação ainda era a da Saúde.

Considerando essa conjuntura, o Estado implantou um programa de modernização de sua rede hospitalar com a entrega da gestão do HEC e do HEJSN, a reforma e a ampliação do Hospital São Lucas e a construção do novo Hospital Infantil.

Relatou que em 2009, a Sesa fez a primeira experiência com a implantação de gestão por OS no HEC e que foi exitosa, sendo a unidade hospitalar melhor avaliada dentre as que fazem avaliação de satisfação do usuário.

O defendente informou que, em fevereiro de 2013, a Sesa entregou o HEJSN, maior e mais moderno hospital do Estado e, para definição do seu modelo de gestão, foram realizados diversos estudos acerca da gestão por OS em outros Estados, além de ter sido considerada a experiência exitosa com o HEC.

Salientou que, à época, a SEGER e, posteriormente, a SEPAM, foram as secretarias responsáveis pela coordenação do programa de OS – conforme competências definidas na Lei Complementar Estadual 489/2009 –, com o apoio da ATTO Consultoria que, desde 2010, veio dando suporte técnico ao desenvolvimento do projeto.

Após identificação do modelo, foram analisados os serviços prestados pelos hospitais da rede, os índices de satisfação do usuário, os indicadores epidemiológicos, o fluxo de referência e contra referência, dentre outros, ratificando a viabilidade do modelo de gestão por OS.

Representantes das Superintendências Regionais de Saúde/Núcleo de regulação do Acesso, Gerência de Regulação Assistencial/Central de regulação de Internação, Sub Secretaria de Gestão Hospitalar, SEPAM, dentre outros, participaram da confecção de dados que resultaram em um documento intitulado “Dados e Informações para Elaboração do Plano Operacional”.

Devido à complexidade do HEJSN, a gestão estadual definiu replicar o modelo implantado no HEC, onde 100% dos leitos são do SUS, e envidou esforços no planejamento do perfil assistencial e nos critérios de seleção que assegurassem a escolha de uma entidade com capacidade de gerir um hospital daquele porte e complexidade.

O processo de seleção da OS foi então submetido à avaliação da Secont que fez questionamentos à Sesa, tendo sido todos respondidos no processo administrativo 59841478.

A esse respeito, o gestor esclareceu que, por se tratar de um modelo diferenciado com foco em metas, indicadores e resultados, sua orçamentação fugiu ao padrão dos contratos administrativos tradicionais, já que seus sistemas de custos são baseados em linhas de serviços e não em procedimentos. Essa lógica, conforme aduzido pelo defendente, permite maior flexibilidade e agilidade, típicas do modelo de gestão por OS e foi adotada segundo parâmetros propostos pela ATTO Consultoria para a construção da estimativa de custos do HEJSN e ratificados pela SESA.

O senhor José Tadeu Marino sustentou que não deixou de atender às recomendações da SECONT, mas que apenas optou por uma metodologia mais adequada ao modelo de gestão por resultados, de modo a embasar as estimativas elaboradas pela ATTO.

Ao final, o ex-secretário rechaçou a alegação de que a opção da Sesa tivesse se baseado, exclusivamente, nas experiências de outros Estados, pois considerou todo o material elaborado pela Gerência de Controle, Monitoramento e Avaliação dos Serviços de Saúde, além das manifestações da SECONT e da PGE, não havendo nenhuma incongruência lógica.

A primeira análise conclusiva foi desenvolvida pela **ITC 1.744/2014** e abordou unicamente as justificativas prestadas pelo então secretário.

Na oportunidade, o NEC se pronunciou pela confirmação da irregularidade, primeiramente devido às falhas nas estimativas de custos – conforme abordado no item III.1 – e na ausência de estudos técnicos aptos a respaldar a afirmação de

que o modelo de gestão por OS fosse de fato um experiência exitosa em outras esferas. Neste ponto, o corpo técnico reiterou que, apesar das alegações e da relevância da discussão, o gestor não se ocupou em juntar aos autos qualquer estudo ou documentação comprobatória que corroborasse sua visão.

Fora isso, a ITC 1.744/2014 voltou a abordar o estudo comparativo realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo a respeito dos hospitais estaduais paulistas, com base no qual identificou falhas significativas no modelo de gestão de hospitais públicos por OS, apontando, em especial, que a taxa de mortalidade geral (indicador de qualidade) é menor nos hospitais geridos pela Administração, que a relação entre o número de altas e os leitos clínica-médica (indicador de eficiência técnica) é maior para os hospitais geridos pela Administração e que tanto os hospitais geridos pela Administração como os geridos por OS apresentaram prejuízo econômico e, sobretudo, no que concerne a gastos tributários, visualizou-se que são menores quando a gerência é feita pela própria Administração.

Por fim, a área técnica mencionou, ainda, o Processo TC 4.356/2013, em que se apurava suposta ilegalidade na execução do contrato de gestão 331/2011, celebrado entre a Sesa e a Associação Congregação Santa Catarina para a gestão do HEC, em virtude da não realização de glosa financeira pelo não atingimento de metas pactuadas.

Tendo sido reaberta a instrução, o senhor **José Eduardo Faria de Azevedo**, as senhoras **Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira** e **Nara Falqueto Caliman** e o senhor **Fernando Antonio Marins de Albuquerque**, em justificativas conjuntas, rechaçaram a utilização de matérias jornalísticas pelos auditores, aduzindo que, além de serem posteriores aos fatos, não são estudos técnicos.

Alegaram, ainda, que a diretriz de ampliar o programa de OS fazia parte do Plano Estratégico de Longo Prazo 2025 e foi construído em 2006 de forma participativa pelo Estado e sociedade, tendo sido consolidado por meio da cultura de gestão por resultados, passando a fazer parte do Plano Estratégico Novos Caminhos 2011-2014.

Afirmaram que, além dos estudos técnicos apresentados à época, o Estado já contava com a experiência de um contrato de gestão há dois anos e meio no HEC, gerenciado pela OS Associação Congregação Santa Catarina, com índice de satisfação de 93%, taxa de ocupação de 85%, certificações e creditações, bem como custos compatíveis com os de mercado.

Reapreciando os autos, o NEC elaborou a **ITC 1.259/2016**, fazendo remissão à instrução anterior, reiterando a ilegitimidade do senhor José Eduardo Faria de Azevedo.

Vale ressaltar que consignei meu entendimento divergente quanto à ilegitimidade deste agente em detalhamento feito no item II.1.

Quanto ao mérito, o NEC resumiu o cerne desta irregularidade à ausência de estudo técnico que corroborasse a alegação de sucesso utilizada para motivar a adoção do modelo de gestão hospitalar por OS, inexistindo suporte válido para a decisão.

Partindo de tal premissa, a ITC 1.259/2016 passou a discordar da ITC anterior (1.744/2014), vislumbrando que a escassez de documentos identificada na defesa do ex-secretário havia sido suprida pela documentação ofertada pelos demais agentes.

Conforme entendimento técnico, os agentes conseguiram demonstrar os estudos técnicos em que se basearam para afirmar que o modelo de gestão hospitalar por OS encontrava êxito em outros locais e as referências bibliográficas utilizadas, sanando a insuficiência de documentos verificada por ocasião da primeira instrução processual e indicando que houve subsídios técnicos a suportar a opção.

Sendo assim, o NEC propôs a exclusão do indício de irregularidade, ponderando que, embora existam posições contrárias sobre o tema, ambas encontram respaldo em estudos idôneos e sugeriu a expedição de recomendação no sentido de que, nas futuras decisões a serem tomadas sobre o assunto, sejam confrontadas as duas teses e externados os motivos pelos quais se opta por uma delas, demonstrando, com argumentos claros e suficientes, por que um determinado modelo é mais adequado que outro.

Afastada a inconsistência, a área técnica lembrou que a decisão deve atingir também o senhor José Tadeu Marino, já que decorre do reconhecimento de circunstâncias objetivas.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a representação autuada no processo TC 4.356/2013 e referida na ITC 1.744/2014, já foi objeto de deliberação por este Tribunal, tendo sido julgada parcialmente procedente, determinando-se a realização de glosa financeira nos repasses do Estado à Associação Congregação Santa Catarina.

Especificamente quanto aos fatos em apreço, vê-se que o tema é polêmico e foi objeto de divergência inclusive no âmbito do próprio NEC.

Embora entenda que a questão não se resume à ausência de estudo técnico que corroborasse a alegação de sucesso utilizada para motivar a adoção do modelo de gestão hospitalar por OS e neste ponto discordo da ITC 1.259/2016, penso que a solução derradeira aventada pela área técnica me parece adequada.

Neste tópico, defrontamo-nos com a clássica discussão em torno da existência de dúvida plausível e, apenas por isso, encampo a sugestão técnica de expedir recomendação. No entanto, a meu ver, faltaram elementos e dados concretos para subsidiar a escolha do gestor.

Muito se fala sobre a gestão por organizações sociais como garantia de eficiência frente à administração pública. Ocorre que o mero reconhecimento da legalidade do modelo ou a alegação de ineficiência do Estado, assim como a remissão à doutrina e a estudos genéricos não autorizam, por si só, seu uso irrestrito, nem desoneram os agentes públicos de demonstrarem a dita eficiência diante do caso concreto específico.

O princípio da eficiência, erigido a patamar constitucional por meio da Emenda 19/1998, é um importante mecanismo aferidor de políticas públicas e de otimização do meio pelo qual a administração pública atua e, sendo assim, serve de parâmetro que relativiza o caráter discricionário da Administração Pública.

Nesse sentido é a lição de Eduardo Azevedo Rodrigues em sua obra “O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação” (2012, p. XIII), na qual também ensina que a eficiência se traduz na extração do máximo de resultados com o mínimo de recursos (p. 73 e 76).

Mas, como dito, a mera alegação ou remissão bibliográfica não bastam para priorizar determinado modelo em detrimento de outro. É importante que sejam apurados e trazidos à tona fatores como produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilidade, a fim de que sejam sopesados e concretamente considerados na escolha do gestor.

Ao assim proceder, a administração pública conhecerá o custo-benefício social de cada modelo e aferirá a utilidade de cada qual, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos (eficiência).

Neste caso, está inequivocamente demonstrado que o Estado do Espírito Santo sequer tinha conhecimento dos custos envolvidos no sistema de saúde estadual, razão pela qual a estimativa promovida pela consultoria contratada pautou-se na experiência paulista, como já extensamente abordado no item III.1.

Dessa forma, valho-me da Recomendação 30/2016, expedida pelo Ministério Público Estadual, para recomendar à Sesa que, em futuras transferências do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais, elabore e faça constar dos respectivos processos administrativos: **estudo detalhado** que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção e a **avaliação precisa dos custos** do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, além de **planilha detalhada com a estimativa de custos** a serem incorridos na execução do contrato de gestão, **demonstrando-se de maneira inequívoca**, por meio de decisão solidamente fundamentada, a **complementariedade**, os **motivos** do repasse da gestão, **as vantagens de economicidade ou produtividade** na adoção do modelo de gestão por organização, em vez de fomentar a atividade pública por ação governamental, com **apresentação de documentação que demonstre e comprove a opção realizada**.

Insta, ainda, que tal orientação seja reforçada aos demais órgãos estaduais envolvidos na celebração de contratos de gestão (SECONT e SEGER), dando-se ciência também ao órgão consultivo do Estado.

III.6 Deficiência na publicidade do edital de convocação pública. Indício de favorecimento de entidades localizadas no Estado Espírito Santo. (Item II.2.5 da ITI 725/2013)

Base legal: ofensa aos princípios da isonomia e da competitividade.

Responsável: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)

Inicialmente o corpo técnico vislumbrou ter sido deficiente a publicidade em torno do edital da convocação pública, registrando o potencial de atratividade do projeto e a sugestão dirigida pela PGE no sentido de que a divulgação ocorresse da forma mais ampla possível, com vistas a atrair Organizações com atuação nos demais Estados.

Verificou-se, a princípio, que após a recomendação do órgão consultivo, a Sesa teria publicado um aviso resumido no jornal Folha de São Paulo em que apenas teria informado a continuidade das inscrições para qualificações de organizações sociais da saúde.

A esse respeito, o senhor José Tadeu Marino esclareceu e comprovou que, além da publicação mencionada, a Sesa deu ampla publicidade ao concurso da escolha da OS, tendo providenciado publicação no Diário Oficial e em jornal de grande circulação deste Estado, bem como por meio do site da Secretaria (<http://www.saude.es.gov.br/default.asp?pagina=23436>), tendo sido, ainda, encaminhados *e-mails* a quatorze entidades que, à época, estavam qualificadas ou em processo de qualificação no Estado.

Em vista dos esclarecimentos, o NEC reconheceu a ausência de irregularidade e constatou o atendimento ao §2º do art. 4º da Lei Complementar 489/2009 (ITC 1.744/2014), que assim preleciona:

Art. 4º *omissis*

§ 2º O Poder Público deverá conferir ampla publicidade ao propósito de transferência da atividade ou serviço, através de avisos publicados, no mínimo, por 1 (uma) vez no Diário Oficial do Estado e 1 (uma) vez em jornal de grande circulação estadual, além da disponibilização nos meios eletrônicos de comunicação.

Considerando o dispositivo citado, vê-se que a exigência legal específica que regula a publicidade, impõe que a divulgação seja feita em diário oficial do Estado, em jornal de grande circulação estadual e nos meios eletrônicos de comunicação, o que de fato restou devidamente comprovado.

Sendo assim, acolho as alegações do defendente e, encampando o entendimento técnico, voto pelo afastamento deste indício de irregularidade.

III.7 Restrição ao certame. Prazo insuficiente para elaboração da proposta técnica e do plano operacional. Ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da proporcionalidade/razoabilidade. (Item II.2.6 da ITI 725/2013)

Base legal: artigo 21, §2º, I, "b", da Lei 8.666/93 c/c artigo 18 da Lei nº 8.987/95; ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da proporcionalidade/razoabilidade.

Responsável: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)

Verificou-se que o edital 1/2012 fixou, em sua cláusula 4.1, o prazo máximo de 25 dias contados da publicação do edital para que as entidades interessadas apresentassem o plano operacional da gestão e a proposta técnica.

Em razão disso e considerando a complexidade e o vulto da contratação, a área técnica vislumbrou a exiguidade do prazo concedido, especialmente em vista da Lei 8.666/93 que determina o período mínimo de 45 dias, quando se tratar de licitação do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço" (art. 21, § 2º, I, "b"), o que se aplica ao caso por disposição expressa contida no art. 18 da Lei 8.987/95, já que se aplica a concessões de serviços públicos.

Acrescentou o corpo técnico que a fixação do prazo inferior foi inclusive objeto de questionamento de uma das potenciais concorrentes à Promotoria de Justiça Cível de Serra, uma vez que o prazo de 25 dias, na sua visão, era muito exíguo para planilhar uma proposta de gestão daquela magnitude.

Além da restrição à competitividade daí decorrente, também foram pontuados indícios de favorecimento à OS contratada, já que representantes do Hospital Evangélico (Dra. Penha D'Ávila da Santa Casa e também o Dr. Ricardo Ewald), ligado à vencedora do certame, participaram da reunião do Conselho Estadual de Saúde em que se apresentou o modelo de gestão para o HJSN e teriam se beneficiado de informações privilegiadas sobre o procedimento, conforme depoimento prestado por um dos membros do CES à Promotoria de Justiça Cível de Serra.

Logo, apontou-se que a exiguidade do prazo para apresentação da proposta técnica e do plano operacional, aliado ao fato de que pessoas ligadas à AEBES tiveram prévio acesso a dados privilegiados do certame, afrontaria dispositivos legais e aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em resposta, o senhor José Tadeu Marino defendeu não haver a necessidade de elaboração de propostas e planilhas complexas, mas apenas o preenchimento das planilhas de antemão apresentadas pela SESA.

O gestor também sustentou que o prazo de 45 dias assinado pela Lei no 8.666/93 não se aplicaria ao caso, já que, para a celebração do contrato de gestão, é dispensável a realização de licitação, nos termos do inciso XXIV do art. 24 da Lei no 8.666/93, o qual preleciona que “a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

Acrescentou que as determinações da Lei Complementar 489/09, regulamentada pelo Decreto Estadual 2.484-R/10, não preveem prazo mínimo para a apresentação das propostas, o que ensejou que o mesmo prazo de 25 dias fosse também assinado na seleção de OS para gestão do Hospital Estadual Central, quando foram apresentadas sete propostas.

Ao final, o secretário ressaltou a inexistência de qualquer questionamento ou impugnação acerca deste ponto.

Enfrentando a questão, o NEC primeiramente esclareceu que o fato de a licitação ser dispensável, conforme autoriza o inciso XXIV do art. 24 da Lei de Licitações, não exonera a Administração de observar as demais disposições ali contidas e pertinentes à contratação pela Administração Pública.

Até porque o rito estabelecido na legislação específica – artigos 5º a 8º da Lei Complementar 489/2009 – ao mesmo tempo em que não fixa prazo para a elaboração e apresentação das propostas – conforme reconhecido pelas alegações de defesa –, adota a “melhor técnica” como critério para a seleção, o que inexoravelmente remete à regra geral dos 45 dias prevista no art. 21, §2º, inciso I, alínea “b” da Lei 8.666/93.

O NEC esclareceu que a situação em apreço, embora esteja regulada por legislação específica – Lei Federal 8.987/95 (Lei de Concessões) e Lei Complementar Estadual 489/2009 (Programa de Organizações Sociais no ES) –, deve observar, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos.

Lei 8.987/95

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos [...]

Assim, entendendo tratar-se de concessão de serviço público e considerando a lacuna na legislação específica sobre o prazo para a elaboração e apresentação de propostas, a área técnica concluiu pela confirmação da irregularidade, tendo havido restrição à competitividade do certame por inobservância ao prazo mínimo de 45 dias legalmente imposto pela Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

A meu ver, assiste razão à área técnica, pois, diante de aparente antinomia entre normas – que neste caso sequer foi demonstrada –, a solução reside na preponderância da legislação especial sobre a geral.

Ocorre que, como visto, as normas específicas sobre a matéria nem mesmo se ocuparam em estabelecer o prazo mínimo para a elaboração de proposta, o que impunha a observância à regra geral para a realização de licitação e para a celebração de contratos administrativos, aplicável à situação em comento ainda que por analogia à Lei de Concessões, como também por disposição expressa do art. 116 do Estatuto de Licitações, mesmo sendo dispensável a licitação.

Por outro lado, é necessário ponderar que a cláusula questionada (4.1) constava desde a primeira versão da minuta do edital de seleção e, segundo relatado pelo gestor, foi também utilizada no procedimento referente ao HEC.

Além disso, o instrumento foi submetido à minuciosa avaliação jurídica da PGE, não tendo o referido item merecido qualquer ressalva do órgão consultivo.

Fora isso, é importante reconhecer, com base neste acervo probatório, a impossibilidade de individualizar o agente que praticou a conduta de definir e de incluir o prazo reduzido no edital, e por assim agir, tenha dado causa a esta irregularidade.

Desse modo, embora esteja confirmada a irregularidade em questão, deixo de apenar o gestor, primeiro por não estar demonstrado nos autos que tenha dado causa à irregularidade, segundo porque sequer foi alertado sobre o eventual caráter restritivo da cláusula, como visto.

Sendo assim, considerando a inviabilidade de individualizar o agente responsável, o decurso de quase cinco anos dos fatos e a ineficácia em realizar novas diligências, aliado à baixa materialidade desta irregularidade, convolo este apontamento em determinação para que a Sesa, em futuros editais de seleção de OS para gestão de unidades hospitalares, em que o procedimento adotado seja do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, observe o prazo mínimo de quarenta e cinco dias para a elaboração e seleção das propostas, consoante o art. 21, § 2º, inciso I, alínea "b" da Lei 8.666/93.

No mesmo sentido, insta frisar a existência da Recomendação 30, de 16/12/2016, por meio da qual o Ministério Público deste Estado orientou o Estado do Espírito Santo que, na realização de ações prévias necessárias à celebração do contrato de

gestão, “dê publicidade ao chamamento público, pelo prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco dias)” (Anexo II, item 8).

Portanto, é salutar que esta Corte de Contas reitere a orientação, recomendando a adoção da mesma medida, dando-se ciência ao órgão consultivo do Estado.

III.8 Cláusula restritiva. Ofensa ao art. 8º, VI, e § 1º, da LC nº 489/09 c/c art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Ofensa ao princípio da legalidade, isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade.
(Item II.2.7 da ITI 725/2013)

Base legal: art. 8º, VI, e § 1º, da LC nº 489/09 c/c art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93; princípios da legalidade, da isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade.

Responsáveis: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)
Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira (Gerente de Controle,
Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde)

Apurou-se, ainda, a existência de outra cláusula potencialmente restritiva da competitividade da seleção, segundo a qual a entidade interessada deveria comprovar “experiência na área de gestão de serviço de saúde **desenvolvido em instalações que integram o patrimônio da própria entidade**, no período mínimo de cinco anos” (cláusula 4.3.a do edital 1/2012).

Ocorre que tal disposição exorbita os requisitos legais exigidos pela própria legislação estadual atinente à matéria (art. 7º, inciso VI da LC 489/09) que impõe tão somente a "comprovação de experiência técnica para desempenho de atividade objeto do Contrato de Gestão, especialmente de seus membros do Conselho de Administração e Diretoria".

Ademais, a mesma lei esclarece que tal exigência limita-se “à demonstração, pela entidade de sua experiência gerencial na área relativa ao serviço a ser transferido, bem como da capacidade técnica do seu corpo funcional”, autorizando ao edital

apenas definir o tempo mínimo de existência da entidade, segundo critérios de interesse público e considerada a natureza dos serviços (art. 7º, §1º).

Disso decorre que a capacidade técnica a ser demonstrada pela entidade deve se ater a sua experiência gerencial, pouco importando onde a atividade tenha sido desempenhada.

Depreende-se também que a legislação, em reiteradas oportunidades, enfatiza a necessidade de comprovação de experiência do corpo diretivo da entidade (Conselho de Administração e Diretoria), donde se extrai que a qualidade a ser comprovada é a gerencial.

Portanto, a exigência de experiência na área de gestão de serviço de saúde em instalações próprias, ou seja, que integram o patrimônio da entidade e, mais, no período mínimo de cinco anos revela-se excessiva e contrária à LC 489/09 que está em consonância com o art. 30, §5º da Lei 8.666/93 o qual veda, para fins de aferição da capacidade técnica, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos ou quaisquer outras não previstas naquela lei.

A imposição editalícia contrariou até mesmo a lógica do contrato de gestão a ser celebrado, já que se voltava à operacionalização da gestão e à execução pela contratada das atividades e serviços de saúde nas dependências do HEJSN que, desde o início, estaria provido pelo Estado com todos os equipamentos e instalações necessárias, tudo custeado integralmente com recursos públicos.

O senhor **José Tadeu Marino** justificou que a inserção da cláusula visou à identificação de bons parceiros, já atuantes na área da saúde e com notória capacitação, de modo a assegurar a consecução dos objetivos e das metas estabelecidas.

Esclareceu que o art. 70, inciso II da Portaria Seger 47-R/ 2011, que dispõe sobre o procedimento de qualificação de OS, impõe a comprovação de experiência de, no mínimo, 2 anos em atividade própria e fez remissão à justificativa constante da fl. 45 do processo 58329617.

Em análise conclusiva, o NEC rejeitou as alegações do gestor, confirmando o entendimento de que a exigência contida na cláusula 4.3.a, além de ilegal por ultrapassar os limites da LC 489/09, restringiu a participação de eventuais interessados, ferindo, por isso, os princípios da legalidade, da isonomia, da competitividade, da impessoalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade **(ITC 1.744/2014)**.

Também citada, a senhora **Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira** suscitou que o processo para a seleção da OS cumpriu todos os trâmites para sua consecução, tendo sido atendidas todas as recomendações assinadas pela PGE, inclusive quanto à elaboração de justificativa para a referida cláusula, a qual, no entanto, deixou de ser juntada aos autos do procedimento.

A Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde da Sesa também acrescentou que a mesma exigência já constava como requisito editalício desde a seleção da OS para gerir o Hospital Estadual Central em 2011, tendo sido incorporado ao edital subsequente (HEJSN) como uma boa prática inspirada, inclusive, na experiência consolidada do Estado de São Paulo, onde “somente serão qualificadas entidades que comprovarem possuir serviços próprios de assistência a saúde há mais de cinco anos (Lei Complementar Estadual 846/98). Da mesma forma, fez remissão ao Município de Contagem, no Estado de Minas Gerais, que utiliza o mesmo requisito em sua legislação de qualificação.

Por fim, reiterou que a intenção foi a de minimizar os riscos da gestão temerária por parte de entidades aventureiras ou com pouca experiência, colocando em risco patrimônio e recursos públicos.

Apreciando tais argumentos, o NEC elaborou a **ITC 1259/2016** na qual assentou que não poderiam prosperar.

A área técnica entendeu que as justificativas elaboradas e não juntadas aos autos oportunamente não são suficientes a autorizar a existência de cláusula restritiva que exorbita às disposições legais, ainda que constasse de certame anterior, que não é o objeto dos autos.

Da mesma forma, o NEC pontuou que a existência de legislação cujo âmbito de incidência se restringe a outros entes da federação não pode ser acolhida como justificativa para a prática da irregularidade, tida ao arrepio da legislação deste Estado, mantendo o posicionamento pela confirmação da irregularidade, mesmo após a realização de sustentação oral pela senhora Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira, conforme registrado na **MT 00544/2017-2**.

Registro, como o corpo técnico, que, conquanto a ausência de justificativa para a inserção da cláusula possa ser atribuída a um lapso no ato de juntada (fl. 3.935), a inserção da cláusula em si permanece irregular, de maneira que os agentes agiram, ao menos, com imprudência, violando culposamente a lei, já que demonstraram o potencial conhecimento da irregularidade, tendo inclusive recorrido à legislação alienígena, de modo a esquivar-se do regramento que lhes era impositivo e sobre o qual sequer se pronunciaram.

Em relação à Portaria SEGER 47-R/2011, referida pelo Secretário de Saúde, vê-se que, apesar de claramente restringir os ditames da legislação estadual, tampouco autoriza a interpretação dada pelos agentes ou resguardar a exigência de que as atividades desenvolvidas pela entidade tenham sido desempenhadas, por cinco anos, em instalações que integram seu patrimônio.

Como visto no art. 7º da portaria, a qualificação de OS na área da saúde dependeria da comprovação de boa situação financeira (inciso I) – a ser demonstrada em balanço patrimonial e cálculo de índices de liquidez geral e corrente e de solvência geral não inferiores a 1 (um) –, bem como da comprovação de experiência da entidade de, no mínimo, dois anos, em atividade própria (inciso II) – a ser atestada por instrumentos jurídicos de parceria com o Poder Público ou particular e pela descrição detalhada das atividades/projetos/programas realizados pela entidade, em parceria ou não com o Poder Público.

Logo, ao exigir a comprovação de “instalações que integrassem o patrimônio próprio da entidade”, onde a OS deveria ter desempenhado suas atividades por mais de cinco anos, os agentes ilegalmente extrapolaram os requisitos de habilitação, restringiram a competitividade e direcionaram o certame, ainda que por conduta culposa.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público, assevera que a celebração de convênio com tais entidades deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e constantes do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal (ADI 1.923/DF – Plenário – Rel. Min. Ayres Britto – Rel. do Acórdão Min. Luiz Fux).

Sendo assim, acompanho o entendimento técnico, robustecido pela MT 00544/2017-2, e **confirmo esta irregularidade**, atribuindo-a à responsabilidade do então Secretário da Saúde e da Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde da SESA pela prática de ato comissivo que provocou a inclusão de exigência restritiva e contrária à lei no procedimento que visou à seleção de OS para gestão do HEJSN, em razão do que condena cada um dos agentes ao pagamento de multa.

III.9 Critério de julgamento da proposta técnica desarrazoado. Indício de direcionamento. Ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Ausência de motivação. (Item II.2.8 da ITI 725/2013)

Base legal: princípios da isonomia e da impessoalidade; ausência de motivação.

Responsáveis: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)

Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira (Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde)

Além da exigência indevida vista no item anterior, referente à fase de habilitação, o edital de seleção da OS também previu os seguintes quesitos para a fase de julgamento da proposta técnica: experiência em serviços de saúde prestados em instalação integrante do patrimônio da entidade; experiência em serviços de saúde prestados em instalações próprias (não integrantes do patrimônio); e experiência em serviços não próprios.

Embora tenha sido atribuída pontuação de 20 (vinte) e 15 (quinze) aos dois primeiros quesitos, respectivamente, atribuiu-se nota zero à experiência na prestação de serviços em instalações não próprias, o que se mostrou desarrazoado e incoerente em face do próprio modelo que estava prestes a ser adotado, pois deixou de ser valorada qualquer atuação da entidade em instalações de terceiros, fossem públicas ou particulares.

A área técnica entendeu não ser admissível que a experiência valorada se restringisse às unidades hospitalares próprias, e classificou como intolerável a diferença entre a pontuação atribuída a serviços desenvolvidos em instalações do patrimônio próprio e as demais, já que o que se pretende com esta avaliação é aferir a experiência da entidade no âmbito gerencial, conforme diretrizes traçadas pela LC 489/2009 e tendo em vista o objeto pretendido pelo Estado.

Em virtude desse cenário, apontou-se o possível direcionamento do certame para a AEBES que, por ter em seu patrimônio o Hospital Evangélico e do qual é mantenedora, se beneficiou dessa condição tanto na fase habilitatória (item III.8), como no julgamento da proposta técnica, além de ter sido favorecida com acesso à informações antes mesmo da divulgação do edital 1/2012 (item III.7).

O senhor **José Tadeu Marino**, em suma, esclareceu que, ao pontuar a experiência em serviços de saúde desenvolvidos em instalações integrantes do patrimônio da organização, se pretendeu pontuar as entidades que demonstrassem, efetivamente, uma maior expertise no desenvolvimento de serviços de saúde.

O NEC, entretanto, voltou a defender que os critérios para avaliação técnica das propostas deveriam guardar consonância e proporção com o objeto pretendido pela Administração Pública que, neste caso específico, foi a transferência da gestão do HEJSN, já preparado para a prestação dos serviços.

Dessa forma, considerando que a organização social contratada não iria de fato prestar os serviços em unidade hospitalar própria, o NEC assentou não ser minimamente razoável desconsiderar, para fins de pontuação, a experiência que a OS eventualmente pudesse ter tido em gestão de unidades hospitalares em instalações que não integrassem seu patrimônio. Nesse sentido, a **ITC 1.744/2014**

fez remissão ao entendimento sedimentado do Tribunal de Contas da União, ilustrado a seguir:

Os fatores de pontuação técnica, em licitações do tipo técnica e preço, devem ser adequados e compatíveis com as características do objeto licitado, de modo a não prejudicar a competitividade do certame. (Acórdão 362/2007 – Plenário - Rel. Min. Ubiratan Aguiar - DOU 16.03.2007)

Também citada, a senhora **Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira** alegou que os critérios estão em consonância com a exigência de experiência de 5 anos em serviços de saúde que integrem patrimônio próprio da entidade (vista no item anterior) e que a SESA valorizou a gestão de unidades hospitalares, atribuindo 20 pontos, em relação a outros serviços próprios setorizados, aos quais atribuiu 15 pontos.

Aduziu, ainda, que não foi assinada recomendação para alterar a cláusula, mas apenas para justificá-la. Sendo assim, pontuou ser necessária a expertise em serviços de saúde próprios, pontuando-se de forma diferente seus níveis de complexidade.

Reanalizando as alegações de defesa, o NEC prolatou a **ITC 1.259/2016**, na qual registrou que as justificativas não justificam a adoção dos critérios e a pontuação atribuída à proposta técnica, motivo pelo qual opinou pela confirmação da irregularidade.

Da mesma forma restou consignado na **MT 00544/2017-2**, proferida pelo NEC após a realização de sustentação oral pela senhora Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira.

Revolvendo o caso, vejo que assiste razão à área técnica quando afirma que os critérios de avaliação devem guardar consonância e proporção com o objeto pretendido, pois “a organização social contratada (Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo - ABES) não irá prestar os serviços em unidade hospitalar própria, mas sim nas instalações do HEJSN, não se afigurando razoável atribuir-se pontuação igual a 0 (zero) à organização social que demonstrasse experiência na gestão de unidades hospitalares não próprias” (MT 00544/2017-2).

Entretanto, os argumentos ventilados pela defesa referem-se à eventual pontuação que teria sido atribuída de modo escalonado a fim de valorar os diferentes níveis de

complexidade dos serviços prestados e, conforme suscitado pela Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, teria sido valorizada a gestão de unidades hospitalares e, em menor grau, pontuados os serviços menos complexos.

Impossível firmar convicção nesse sentido. O que se questiona aqui nada tem a ver com escala de complexidade entre serviços de saúde, sejam hospitalares ou setorializados. Trata-se de graduar, por critérios desarrazoados, a “experiência em serviços de saúde” – expressão utilizada genericamente no referido trecho do edital, sem qualquer distinção quanto à natureza ou à complexidade desses serviços –, distinguindo-os unicamente pelo local onde tais serviços foram prestados, privilegiando-se, inegavelmente, entidade(s) que detivessem em seu patrimônio as respectivas instalações.

Por isso, entendo que mais uma vez os agentes ilegalmente extrapolaram os limites da discricionariedade administrativa e restringiram a competitividade do certame, direcionando seu resultado, ainda que culposamente.

Acrescento que os critérios de julgamento em apreço foram objeto de questionamento por parte da PGE e, mesmo assim, foram mantidos injustificadamente, da mesma forma como a exigência tratada no item precedente.

Sendo assim, volta a acompanhar o entendimento técnico e **confirmo esta irregularidade**, atribuindo-a à responsabilidade do então Secretário da Saúde e da Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde da Sesa pela prática de ato comissivo que provocou a inclusão de critério de julgamento de proposta técnica contrário à lei, no procedimento que visou à seleção de OS para gestão do HEJSN, motivo pelo qual condeno cada um dos agentes ao pagamento de multa.

Sobre o tema, é válida a remissão à já mencionada Recomendação MPES 30/2016 que, em seu Anexo II, item 10, orienta que, nas ações que visem à celebração de contratos de gestão, o Estado do Espírito Santo abstenha-se de inserir no edital de seleção cláusula que restrinja a competitividade ou que direcione, de qualquer modo, o resultado do certame, sob pena de “responsabilização por ato de

improbidade administrativa (art. 11 da Lei 8.429/92), sem prejuízo da apuração de crime previsto na Lei n. 8.666/93 e da responsabilidade administrativa”.

Por isso, insta reiterar o entendimento e expedir recomendação à Sesa e ao órgão consultivo estadual.

III.10 Cláusula contratual genérica. Possibilidade de transmutação do objeto do contrato. Ofensa aos princípios da isonomia e da licitação. (Item II.2.9 da ITI 725/2013)

Base legal: ofensa aos princípios da isonomia e da licitação; §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Responsável: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)

Da análise conjunta da cláusula primeira do contrato de gestão 1/2012 e do seu Anexo I, constata-se que o objeto visado pelo Estado foi a operacionalização da gestão e a execução dos serviços de saúde ali descritos, pelos quais seriam devidos os montantes estabelecidos no Anexo II.

Ocorre, contudo, que a Cláusula Nona do contrato estabeleceu como regra geral a possibilidade de alteração parcial ou total das metas pactuadas e dos recursos financeiros, permitindo não apenas ajustes das metas para a correção de rumos ou objetivos, mas também a total de supressão de volumes e atividades contratadas, o que poderia significar violação aos princípios da administração pública, em especial, à isonomia, à impessoalidade, à moralidade e à competitividade.

Nesse sentido, o art. 34 da LC 489/09 assenta que se aplicam aos contratos de gestão os princípios estabelecidos na Lei 8.666/93 que, por seu turno, estabelece os parâmetros para a alteração do contrato (artigos 65 e ss.).

Por isso, a área técnica assinalou que a alteração regulada pela cláusula nona do contrato de gestão seria a alteração qualitativa do objeto, cujas nuances estão dadas pelo art. 65, inciso I, alínea "a" da Lei 8.666/93.

Nos moldes da legislação, a alteração qualitativa tem lugar quando há modificação do projeto ou das suas especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos do contrato, razão pela qual não pode ser efetivada ao livre alvedrio da Administração, pois deve visar ao interesse público e estar amparada em requisitos claros, devidamente justificados, de modo a preservar os princípios da administração pública, em especial os que regem os contratos, convênios e instrumentos congêneres regulados pela Lei 8.666/93.

Sobre o tema, colacionou-se jurisprudência do Tribunal de Contas da União em que se destacam requisitos que possibilitariam a alteração qualitativa do contrato – como motivo superveniente devidamente comprovado e advento de situações ou tecnologias novas – e os limites – alteração moderada e intangibilidade do objeto (Acórdão TCU 554/2005 — Plenário – TCU 007.441/2001-5 – Rel. Min. Guilherme Palmeira):

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 exauriu porque exercida em momento anterior e adequado. A própria Súmula 473 do **STF** representa obstáculo à alteração contratual que se reporte apenas à discricionariedade administrativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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".[g.n]

Nesse contexto, apontou-se a absoluta ilegalidade da previsão contratual contida na cláusula nona por autorizar a alteração total das metas pactuadas e dos recursos financeiros, sob pena de transmutação do objeto contratual e ofensa a princípios.

A esse respeito, o senhor **José Tadeu Marino** alegou que o objeto do contrato de gestão não seria modificado, podendo ocorrer tão somente, durante sua execução, a necessidade de repactuação de metas, ampliando, diminuindo ou extinguindo determinados serviços ou introduzindo novos, dada a dinamicidade da área da saúde que exige flexibilidade na gestão.

O gestor defendeu a modelagem adotada no contrato e mencionou, como exemplos, a possibilidade de ocorrerem surtos epidemiológicos e a necessidade de reavaliação de quantitativo de leitos pela superveniência de outra unidade hospitalar.

Enfrentando a questão, o NEC lembrou que a alteração qualitativa não pode se referir à identidade do objeto, o que não significa que o contrato seja imutável, apenas que é vedado à Administração modificar o objeto a ponto de desfigura-lo. Nesse sentido, acrescentou mais julgados do TCU nos quais reforçou que “não se admite, nos casos de alteração qualitativa do objeto dos contratos públicos, a desfiguração completa do objeto pactuado” (Acórdão 1.874/2007; Acórdão 327/2012).

No que concerne à alteração quantitativa, deve-se observar os limites preestabelecidos nos parágrafos 1º e 2º do artigo 65 da Lei 8.666/93, que limitam o acréscimo e o decréscimo contratual a 25% do valor atualizado do contrato.

Considerando-se tal regramento, o NEC pontuou que a cláusula nona, ao prever a alteração total dos recursos financeiros, bem como das metas a serem pactuadas, contrariou os permissivos legais pertinentes à matéria e pronunciou-se pela manutenção da irregularidade.

Com a devida vênia ao entendimento técnico, vejo que o apontamento merece solução jurídica diversa.

Depreende-se da indigitada cláusula nona, a possibilidade de alteração parcial ou total de metas e recursos financeiros, não estando nela autorizada a desvirtuação total do objeto pactuado.

Tal flexibilidade é necessária para corrigir os rumos ou objetivos da avença e, não necessariamente, significa a total supressão de volumes e das atividades contratadas, o que, caso ocorra, poderá ser objeto de controle e merecerá a devida apuração.

Aliás, no bojo no Processo TC 8.879/2014, que trata de auditoria relativa à fase de execução do contrato de gestão 1/2012 e tramita sob a relatoria do Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, já foram identificados três termos aditivos e duas rerratificações de aditivos, vejamos:

Aditivos	Data	Objeto
1º Termo Aditivo	03/05/13	- Alteração dos valores das parcelas de Mai/Jun/Jul-2013 em função da antecipação de 30 leitos de clínica médica; - Alteração das metas quantitativas de internação, ambulatório e pronto-socorro - Alteração da avaliação das metas assistenciais de semestral para anual, no primeiro ano do contrato
2º Termo Aditivo	10/09/13	- Acréscimo de R\$ 1.703.730,00 ao valor de investimento - Supressão da meta "Serviço de Hemodinâmica"
3º Termo Aditivo	31/01/14	- Alteração dos recursos e das metas assistenciais - Inclusão de indicadores complementares às metas quantitativas - Inclusão de novos indicadores para as metas qualitativas
1º Termo de Rerratificação do 1º Termo Aditivo	20/10/14	- Alteração dos valores dos meses de fev/mar/abr-2014 ref. à antecipação do serviço de clínica médica e não abertura do serviço de pronto-socorro
1º Termo de Rerratificação do 3º Termo Aditivo	20/10/14	Alteração do quadro atividade realizada e valor devido para Urgência e Emergência para os casos de realização de atividades acima das metas: - Antes: acima do volume contratado/100% do valor semestral – Depois: 10% acima do volume contratado/100% do valor semestral e entre 11% e 25% do volume contratado/de 111% a 125% do valor semestral

Como se vê, em torno do contrato de gestão 1/2012 da Sesa, já foram promovidas alterações de valores de parcelas, de metas quantitativas de internação, ambulatório e pronto-socorro, majoradas metas assistenciais de semestral para anual, acrescido valor de investimento, suprimida meta de serviço de hemodinâmica e incluídos indicadores complementares.

Sem entrar no mérito dessas alterações, constata-se que, naqueles autos, nenhum desses aditivos foi alvo de questionamento sob a alegação de transmutação do objeto contratado.

Logo, concluo que a cláusula nona, por si só, não autoriza a alteração de as metas e dos recursos contratados em sua totalidade, dependendo sua aplicação da aposição de justificativas que, comprovadamente, denotem o interesse público e desde que, por óbvio, observe os limites definidos no art. 65 da Lei 8.666/93 e não represente a desfiguração completa do objeto.

Entendo, portanto, que não se consumou irregularidade alguma pela mera aposição da cláusula nona no texto contratual, sendo salutar que se expeça a devida **RECOMENDAÇÃO** à Secretaria de Estado da Saúde, dando-se ciência, ainda, ao órgão de controle interno estadual.

III.11 Autorização para aplicação de recursos públicos transferidos no mercado privado. Ofensa ao art. 164, CF. (Item II.2.10 da ITI 725/2013)

Base legal: artigo 164, § 3º, da Constituição Federal.

Responsável: José Tadeu Marino (Secretário Estadual da Saúde)

A cláusula 7.1 do contrato, em seu §4º, prevê que os recursos repassados à contratada poderão ser aplicados no mercado financeiro, desde que os resultados advindos revertam-se exclusivamente aos objetivos do contrato.

Diante da lacuna contratual em especificar que os recursos públicos repassados à OS deveriam ser aplicados em instituição financeira oficial – em consonância com o que determina o art. 164, §3º da CF e o entendimento prolatado por esta Corte no Parecer em Consulta TC 2/2013 –, a área técnica vislumbrou que a brecha autoriza indevidamente a realização de aplicações financeiras das verbas públicas em instituições privadas.

Constituição Federal

Art. 164. *omissis*.

[...]

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

PARECER/CONSULTA TC-002/2013

PROCESSO - TC-259/2011

INTERESSADO - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DA SERRA

ASSUNTO - CONSULTA

EMENTA

INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DE SERVIDORES MUNICIPAIS - RECURSOS PREVIDENCIÁRIOS - DISPONIBILIDADES DE CAIXA - OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS - ARTIGO 164, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 43, §1º, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OFICIAL PARA OS FINS DO ARTIGO 164, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL É AQUELA CONTROLADA PELO PODER PÚBLICO - POSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO ESCOLHER ENTRE INSTITUIÇÃO FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL.

Em sua defesa, o senhor **José Tadeu Marino** alegou que a cláusula visou à proteção dos recursos repassados mediante a sua aplicação no mercado financeiro enquanto não utilizados, distinguindo-os dos recursos próprios da OS, já que a o §6º da cláusula 7.1 previa a abertura de conta específica, e evitando perda financeira para a Administração Pública, pois havia também previsão de que a entidade respondesse por essa eventualidade, conforme §4º, da mesma cláusula.

O NEC pontuou que, para obter a qualificação de organização social, a entidade não pode ter finalidade lucrativa e eventuais excedentes financeiros devem obrigatoriamente ser investidos no desenvolvimento de suas próprias atividades.

Por isso, os recursos públicos repassados às instituições devem ser destinados ao cumprimento dos objetivos pactuados no contrato de gestão e, enquanto se realiza o cronograma de desembolso aos prestadores de serviços, os valores em conta devem ser aplicados.

Ocorre que, em se tratando de recursos públicos que não visam à remuneração da entidade em si, concluiu-se que tais valores se submetem ao regime previsto no §3º do art. 164 da CF e, portanto, devem ser aplicados em instituições financeiras oficiais a fim de atenuar os riscos inerentes ao mercado financeiro.

Por óbvio, acrescentou o NEC, os recursos não podem, ainda, ser vinculados a aplicações de alto risco, como as relacionadas ao mercado de ações e *comodities*, visto que o objetivo constitucional é auferir ganhos financeiros seguros enquanto não movimentada a verba depositada e, ao mesmo tempo, impedir a especulação no mercado financeiro.

Sendo assim, tendo em vista que a cláusula 7.1, §4º do contrato de gestão não especificou que os recursos excedentes deveriam ser aplicados exclusivamente em instituições financeiras oficiais, a área técnica concluiu que houve ofensa ao art. 164, §3º, Constituição Federal, além de não restringir o investimento dos valores em aplicações de alto risco ou de difícil resgate, o que não se coaduna com os objetivos do contrato.

A esse respeito, volto a citar a Recomendação MPES 30/2016 que também cuidou desse tema ao orientar o Estado que, na elaboração do contrato de gestão, “preveja que os recursos repassados à Organização Social somente poderão ser aplicados no mercado financeiro de instituição financeira oficial” (Anexo III, item 5).

É válido lembrar que se considera instituição financeira oficial aquela que integre a administração pública com o Banco do Estado do Espírito Santo S.A., Banco do Brasil S.A., Caixa Econômica Federal e qualquer outra que seja controlada pelo poder público, conforme esclarece o Parecer em Consulta TC 2/2013. Assim, entendo que assiste razão à área técnica, devendo ser reconhecida a irregularidade contida no §4º da cláusula 7.1 do contrato de gestão 1/2012 celebrado pela Sesa.

Por outro lado, é necessário ponderar que a cláusula questionada constava desde a primeira versão da minuta do edital de seleção que continha a minuta contratual e, apesar de ter sido submetida à minuciosa avaliação jurídica da PGE, não mereceu qualquer ressalva do órgão consultivo.

Fora isso, é importante reconhecer, que a irregularidade reside na incompletude da cláusula a qual, por si só, não acarreta o descumprimento da regra constitucional. A inadequação está em não se restringir a aplicação em mercado financeiro às instituições oficiais e, esta conduta minuciosa de omitir tal restrição na cláusula

contratual não pode ser atribuída ao gestor da Sesa por total falta de amparo probatório.

Logo, diante da impossibilidade de individualizar o agente que praticou a conduta omissiva em questão, deixo de apenar o gestor, primeiro por não estar demonstrado nos autos que tenha dado causa à irregularidade, segundo porque sequer foi alertado sobre o eventual caráter restritivo da cláusula, como visto.

Sendo assim, considerando a inviabilidade de individualizar o agente responsável, o decurso de quase cinco anos dos fatos e a ineficácia em realizar novas diligências, aliado à baixa materialidade desta irregularidade, convolo este apontamento em determinação para que a Sesa, em futuros contratos de gestão, especifique que os recursos repassados à Organização Social somente poderão ser aplicados no mercado financeiro de instituição financeira oficial.

Finalmente, mostra-se também recomendável que o órgão consultivo do Estado receba ciência dessa determinação.

IV CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de encerrar, é importante registrar minha divergência em relação à determinação sugerida no item **3.3.1 da ITC 1.744/2014**, repetida no item **4.3.1 da ITC 1.259/2016**, no sentido de que seja assinado prazo para que a Sesa demonstre que a contratação em curso se mostra eficiente, eficaz e econômica, sob pena de rescisão contratual. Esclareço que tal medida foi objeto de entendimento dissonante dentro do próprio NEC, já que, por meio da ITC 1259/2016, o setor entendeu por afastar a irregularidade que teria dado origem à determinação, conforme narrado no item III.5. Para não acatar a sugestão, considerar ainda, o decurso do prazo quinquenal de vigência do contrato, que está prestes a se exaurir em outubro de 2017, além do fato de a medida, por si só, envolver o risco de paralisação de atividades essenciais.

Também quanto à proposta de realização de estudo técnico relativo ao modelo de gerência hospitalar por contrato de gestão, consignada no item **3.4.1 da ITC**

1.744/2014, reiterada no item **4.4.1 da ITC 1.259/2016**, deixo de acolher a medida em especial em virtude do advento de decisão definitiva por meio da qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição à Lei 9.637/98 e traçou diretrizes para a celebração de contratos de gestão por organizações sociais, encerrando eventual celeuma em torno da viabilidade jurídica do modelo, identificada quando da instrução destes autos.

No que concerne à sugestão contida no item **3.4.2 da ITC 1.744/2014**, reforçada no item **4.4.2 da ITC 1.259/2016** e item **4.3 da MT 544/2017-2**, no sentido de realizar fiscalização dos recursos transferidos, bem como do atendimento das metas pactuadas em virtude do contrato de gestão 1/2012, deixo de encampá-la por já se ter procedido à dita fiscalização nos autos do **Processo TC 8.879/2014**, que trata de auditoria relativa à fase de execução do contrato de gestão 1/2012 e tramita sob a relatoria do Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, conforme registro feito na Manifestação Técnica 1.121/2016-4.

Por fim, a respeito da proposta contida no item **4.4 da MT 544/2017-2**, em que se propõe o arquivamento por perda de objeto do Processo TC 1084/2013 – representação que tramita em apenso –, igualmente divirjo em função de a natureza do pensamento em questão ser definitiva, ou seja, com a finalidade de evitar pronunciamentos antagônicos por parte desta Corte, nos termos do art. 277, §1º e art. 280 do RITCEES.

V PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), divirjo parcialmente do entendimento técnico e ministerial e **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro Relator

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1 ACATAR A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE suscitada pelo senhor **José Tadeu Marino** quanto ao item II.2.1.1, pelo senhor **Heráclito Amancio Pereira Junior** em relação aos itens II.2.1, II.2.2, II.2.3, II.2.4, II.2.5, II.2.6, II.2.7, II.2.8, II.2.9 e II.2.10 e pelo senhor **José Eduardo Faria de Azevedo** em face dos itens II.2.1, II.2.2, II.2.3, II.2.5, II.2.6, II.2.7, II.2.8, II.2.9 e II.2.10, todos da **ITI 725/2013**, conforme abordado no item II.1;

2 Ainda em sede preliminar, **NÃO INSTAURAR** o incidente de inconstitucionalidade, nos termos do item II.2;

3 Quanto ao mérito e nos termos do art. 207, §3º da Resolução TC 261/2013 (RITCEES), por **ACOLHER** as justificativas prestadas:

3.1 pelo senhor **José Tadeu Marino** quanto aos itens **III.1** (Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela Sesa), **III.3** (Transferência de recursos para a aquisição de bens e investimentos. Ausência de motivação), **III.4** (Illegal alijamento do Conselho Estadual de Saúde), **III.5** (Falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da Sesa que ratificou o modelo de gestão por OSS), **III.6** (Deficiência na publicidade do edital de convocação pública. Indício de favorecimento de entidades localizadas no Estado do Espírito Santo), **III.7** (Restrição ao certame. Prazo insuficiente para elaboração da proposta técnica e do plano operacional. Ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da proporcionalidade/razoabilidade), **III.10** (Cláusula contratual genérica. Possibilidade de transmutação do objeto do contrato. Ofensa aos princípios da isonomia e da licitação) e **III.11** (Autorização para aplicação de recursos públicos transferidos no mercado privado. Ofensa ao art. 164, CF);

3.2 pelo senhor **Heráclito Amancio Pereira Junior** em relação ao item **III.2** (Da contratação direta da empresa ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda.);

3.3 pelo senhor **José Eduardo Faria de Azevedo** em relação aos itens **III.2** (Da contratação direta da empresa ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda.) e **III.5** (Falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da Sesa que ratificou o modelo de gestão por OSS);

3.4 pela senhora **Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira** quanto ao item **III.5** (Falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da Sesa que ratificou o modelo de gestão por OSS);

3.5 pela senhora **Nara Falqueto Caliman** no que concerne aos itens **III.1** (Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela SESA) e **III.5** (Falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da Sesa que ratificou o modelo de gestão por OSS);

3.6 pelo senhor **Fernando Antônio Marins de Albuquerque** quanto aos itens **III.1** (Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela SESA) e **III.5** (Falta de congruência lógica entre o suporte fático e a decisão da Sesa que ratificou o modelo de gestão por OSS); e

3.7 pela sociedade **ATTO Consultoria em Saúde e Educação Ltda.** apenas para não impor penalidade em relação à irregularidade tratada no item **III.1** (Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela Sesa);

4 REJEITAR, nos moldes do §4º do art. 207 do RITCEES, as razões de justificativas apresentadas:

4.1 pelo senhor **José Tadeu Marino** em relação aos itens **III.8** (Cláusula restritiva. Ofensa ao art. 8º, VI e §1º da LC 489/2009 c/c art. 30, §1º da Lei 8.666/93. Ofensa ao princípio da legalidade, isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade) e **III.9** (Critério de julgamento da proposta técnica desarrazoado. Indício de direcionamento.

Ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Ausência de motivação); e

4.2 pela senhora **Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira** quanto aos itens **III.1** (Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela Sesa), **III.8** (Cláusula restritiva. Ofensa ao art. 8º, VI e §1º da LC 489/2009 c/c art. 30, §1º da Lei 8.666/93. Ofensa ao princípio da legalidade, isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade) e **III.9** (Critério de julgamento da proposta técnica desarrazoado. Indício de direcionamento. Ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Ausência de motivação);

5 JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE a representação, nos termos do art. 95, inciso II c/c 101, parágrafo único da Lei Complementar Estadual 621/2012 e do art. 178, II c/c 186, do RITCEES, tendo em vista a constatação das irregularidades constantes dos itens **III.1** (Deficiência das estimativas de custos apresentadas pela ATTO Consultoria e pela Sesa), **III.8** (Cláusula restritiva. Ofensa ao art. 8º, VI e §1º da LC 489/2009 c/c art. 30, §1º da Lei 8.666/93. Ofensa ao princípio da legalidade, isonomia, da competitividade, da impessoalidade e da razoabilidade/proporcionalidade) e **III.9** (Critério do julgamento da proposta técnica desarrazoado. Indício de direcionamento. Ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Ausência de motivação);

6 Nos termos do inciso II do art. 135 da LC 621/2012 e inciso II do art. 389 do RITCEES, **CONDENAR:**

6.1 o senhor **José Tadeu Marino** ao pagamento de **MULTA DE R\$ 3.000,00** (três mil reais) e acréscimos legais, a ser atualizada nos termos do art. 135, §3º e art. 138 da LC 621/2013, em vista dos fatos narrados nos itens III.8 e III.9; e

6.2 a senhora **Jaqueline Moffatti Ozório de Oliveira** ao pagamento de **MULTA DE R\$ 4.500,00** (quatro mil e quinhentos reais) e acréscimos legais, a ser atualizada nos termos do art. 135, §3º e art. 138 da LC 621/2013, em razão das irregularidades contidas nos itens III.1, III.8 e III.9;

7 Com base no inciso IV do art. 207 do RITCEES, **DETERMINAR** à Secretaria de Estado da Saúde, dispensando-se o monitoramento pela Segex:

7.1 que, em futuros editais de seleção de organização social visando à gestão de suas unidades hospitalares, em que o procedimento adotado seja do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, observe o prazo mínimo de quarenta e cinco dias para a elaboração e seleção das propostas, consoante o art. 21, § 2º, inciso I, alínea "b" da Lei 8.666/93; e

7.2 que, nos contratos de gestão futuros e vigentes, especifique que os recursos repassados à organização social somente poderão ser aplicados em instituição financeira oficial, nos termos do art. 164, § 3º, da Constituição Federal;

8 Nos termos do inciso V do art. 207 do RITCEES, **RECOMENDAR** à Secretaria de Estado da Saúde:

8.1 que, em futuras transferências do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais, elabore e faça constar dos respectivos processos administrativos: **estudo detalhado** que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção e a **avaliação precisa dos custos** do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, além de **planilha detalhada com a estimativa de custos** a serem incorridos na execução do contrato de gestão, **demonstrando-se de maneira inequívoca**, por meio de decisão solidamente fundamentada, a **complementariedade**, os **motivos** do repasse da gestão, **as vantagens de economicidade ou produtividade** na adoção do modelo de gestão por organização, em vez de fomentar a atividade pública por ação governamental, com **apresentação de documentação que demonstre e comprove a opção realizada**;

8.2 que, nas ações que visem à celebração de contratos de gestão, se abstenha de inserir no edital de seleção cláusula que restrinja a competitividade ou que direcione, de qualquer modo, o resultado do certame, sob pena de responsabilização por ato de improbidade

administrativa (art. 11 da Lei 8.429/92), sem prejuízo da apuração de crime previsto na Lei n. 8.666/93 e da responsabilidade administrativa;

8.3 que, em eventual alteração do objeto do contrato de gestão 1/2012, celebrado com a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo, exponha as devidas justificativas que, comprovadamente, denotem o interesse público e observe os limites definidos no art. 65 da Lei 8.666/93, de modo a impedir a desfiguração completa do objeto pactuado;

9 NOTIFICAR a Procuradoria Geral do Estado, a Secretaria de Estado de Controle e Transparência e a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos para que tenham ciência e observem, dentro de suas atribuições, as determinações e recomendações contidas nos itens V.7 e V.8;

10 DIVERGIR da proposta contida no item 4.4 da Manifestação Técnica 00544/2017-2, em que se propõe o arquivamento por perda de objeto do Processo TC 1084/2013 – representação que tramita em apenso –, tendo em vista o disposto nos artigos 277, §1º e 280 do RITCEES; e

11 Por fim, **DAR CIÊNCIA** aos interessados e, após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** os autos.