

**ILMO. SR. CONSELHEIRO EDUARDO TUMA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

TC Nº 001323/2023

A **ASSOCIAÇÃO FILANTRÓPICA NOVA ESPERANÇA - AFNE**, associação sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 06.058.863/0001-04, com endereço na Alameda Santos nº 2313/5, 2º, 3º e 6º andares, Cerqueira César, São Paulo/SP, CEP 01419-100, vem, por meio de seus advogados, em resposta ao despacho de peça nº 90, apresentar sua

MANIFESTAÇÃO

Acerca dos fatos retratados no presente procedimento.

1 – BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de auditoria realizada pelo TCM/SP, que tem por objeto a análise do Chamamento Público nº 002/2021 – SMS/SERMAP-CPCS, bem como do Contrato de Gestão nº R026/2021-SMSG/CPCS, oriundo do respectivo certame, e os seus Termos Aditivos (001/2021 a 024/2023).

O objeto da auditoria consistiu na verificação de regularidade do processo de seleção e instrumentos jurídicos decorrentes do mesmo.

De acordo com o item 3 do relatório de auditoria 2023/00622 foram descritos Achados que, em tese, poderiam representar inconsistências no âmbito do Chamamento Público.

Ato contínuo, a auditoria do TCM realizou uma matriz de responsabilidade, onde foi imputado à AFNE responsabilidade no que tange aos itens 6.2, 6.3, 6.4, 6.7, 6.12, 6.15 e 6.17:

6.2 (A OS vencedora não apresentou atestado de experiência em gestão de unidade e/ou rede de atenção básica, o que ensejaria sua inabilitação nos termos do item 7.3.1.2.a, inciso II do Edital (subitem 3.1.2);

6.3. O recebimento de remuneração por parte dos membros dos Órgãos da AFNE, previsto no Estatuto Social, é vedado pelo artigo 3º, inciso VI da Lei nº 14.132/2006 (subitem 3.1.3)

6.4. As metas operacionais, indicativas de melhoria da eficiência e qualidade do serviço, no tocante aos aspectos econômico, operacional e administrativo, bem como os respectivos prazos e cronograma de execução não estão adequadamente definidos no Plano de Trabalho da OS vencedora (subitem 3.1.4)

6.7. Ausência de aprovação do contrato, mediante parecer circunstanciado, pelo Conselho de Administração da entidade qualificada como organização social

6.12. Ausência de embasamento e detalhamento das despesas referentes a rescisão e férias vencidas de colaboradores sub-rogados do contrato anterior (TA 17/22)

6.15. Não foi comprovada a regularidade jurídico-fiscal no TA de Retirratificação 01/22 e no TA 22/23, assim como a satisfatória situação econômico-financeira da OS nos TAs 01/21, 02/21, 03/21, 04/22, 05/22, 06/22, 07/22, 08/22, 09/22, 10/22, 11/22, 12/22, 13/22, 14/22, 15/22, 16/22, 17/22, 18/22, 19/22, 20/22, 21/22, 22/23, 23/23 e 24/23 (subitem 3.3.4)

6.17. Não consta aprovação do Termo Aditivo pelo Conselho de Administração da OS nos TAs 01/21, 02/21, 03/21, 04/22, 05/22, 06/22, 07/22, 08/22, 09/22, 10/22, 11/22, 12/22, 13/22, 14/22, 15/22, 16/22, 17/22, 18/22, 19/22, 20/22, 21/22, 22/23, 23/23 e 24/23)

Em que pese as supostas inconformidades encontradas (que abaixo serão individualmente refutadas), a própria auditoria do TCM reconhece que não há nenhum motivo para anular quaisquer dos atos praticados e indicou, como proposta de encaminhamento, exclusivamente a adoção de medidas futuras pela SMS:

7. PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTOS

7.1. Propostas de recomendações

7.1.1. Recomendar à Secretaria Municipal de Saúde (SMS) que avalie a sugestão de adotar os seguintes procedimentos:

a) Elaborar estudo comparativo entre o atual modelo de gestão de unidades de saúde no município, por contratos de gestão, com o modelo anterior, pela administração direta das unidades, com vistas a levantar o modelo mais eficiente, especialmente quanto à produtividade, melhoria de indicadores de saúde, melhoria de indicadores epidemiológicos, satisfação do usuário, e com relação à eficiência nos gastos públicos em relação aos objetivos alcançados (subitens 3.1.1 e 3.2.1);

b) Realizar levantamento de dados técnicos referenciais capazes de justificar as metas de produção e equipe mínima estabelecidas para as unidades de saúde, com base em dados históricos, epidemiológicos, perfil populacional, geográficos, além de levar em consideração a demanda da região, com vistas a garantir o atendimento adequado à população (subitem 3.1.2 e 3.1.4);

c) Adotar critérios objetivos para o conceito de padronização da política salarial do município, que atua como limite de remuneração e vantagens percebidas pelos dirigentes e empregados das OS, com vistas a dar

efetividade ao art. 15, IV do DM nº 52.830/11 e a cláusula 5.6 do Edital (subitem 3.2.8);

d) Regular a transferência de saldos provisionados para pagamento de férias e rescisões de empregados sub-rogados de contratos anteriores, evitando um desequilíbrio financeiro nas contas da atual contratada (subitem 3.3.1)

Sendo assim, considerando que as inconsistências apuradas no âmbito da matriz de responsabilidade apresentada pela Auditoria não conduzem a qualquer nulidade processual ou procedimental, bem como, considerando que a proposta de encaminhamento apresentada se limitou a apresentação de estudos pela SMS, tão logo cumpridas as determinações, requer, desde já, o arquivamento dos presentes autos.

2 – DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em janeiro do ano de 2021 foi realizado acordo entre a SMS/SP e a Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do qual foi ajustado entre as partes que era necessária a publicação de novo Edital para seleção de Organização Social, a fim de substituir a Entidade que atuava na região central da cidade (IABAS).

A partir de então, o Município de São Paulo passou a agir ativamente no sentido de elaborar todo o processo de seleção, em conjunto com sua equipe técnica e procuradoria.

Antes de sua publicação, o Edital foi devidamente **aprovado** por todos os órgãos internos do Município, bem como passou por periódicas análises do Tribunal de Contas do Município. O respectivo ato convocatório, inclusive, foi objeto de retificações e republicações por parte da SMS para atender integralmente às exigências necessárias.

Durante todo o decurso do processo de contratação, bem como após a celebração do Contrato de Gestão nº 026/2021-SMS.G/CPCS, **nunca houve** qualquer decisão judicial ou por parte desta Corte de Contas no sentido de determinar a suspensão do certame ou do contrato em andamento.

Mesmo ciente do andamento do Chamamento Público e da celebração do Contrato de Gestão, nunca houve qualquer manifestação no sentido de determinar a paralisação dos atos em andamento.

Passados aproximadamente 2 anos após a celebração do Contrato de Gestão, em junho de 2023, a AFNE foi surpreendida com um relatório apontando impropriedades (em geral formais) no processo de seleção que participou em abril de 2021.

Ora, desde o mês de **novembro de 2021**, quando assinou o respectivo Contrato de Gestão, a AFNE vem realizando o Gerenciamento e Execução de Ações e Serviços de Saúde em Unidades de Saúde da Rede Assistencial da Supervisão Técnica de Saúde Santa Cecília,

Supervisão Técnica de Saúde Sé e Hospital Santa Dulce dos Pobres - Bela Vista da Coordenadoria de Assistência Hospitalar.

Os serviços executados pela AFNE são de reconhecida qualidade e beneficiam mais de 2 milhões de pessoas na região central de São Paulo¹.

O transcurso do tempo comprovou, no decorrer desses 2 anos, que, mesmo que tenham havido falhas formais, a AFNE vem atuando na região central de São Paulo com absoluto sucesso, alcançando todas as metas previstas e assistindo à população que utiliza do serviço público de saúde.

Os resultados positivos alcançados são inquestionáveis e reconhecidos pela SMS e pela população.

A qualidade do serviço no decorrer desse período, portanto, comprovou que eventuais falhas no certame não impactam no serviço executado.

De acordo com a **Teoria do Fato Consumado**, cuja aplicação vem sendo reiteradamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando o decorrer do tempo estabiliza uma situação e demonstra que o retorno ao *status quo* apresentaria mais malefícios que benefícios, eventuais nulidades não são suficientes para invalidar o ato:

¹ <https://portalhospitaisbrasil.com.br/afne-realiza-2-milhoes-de-atendimentos-em-saude-na-regiao-central-de-sao-paulo/>

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INGRESSO EM CURSO SUPERIOR. ENSINO MÉDIO INCOMPLETO. VESTIBULAR. CANDIDATO HABILITADO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Acerca da Teoria do Fato Consumado, constata-se que a sua aplicação pela Corte local encontra amparo na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, onde se firmou a compreensão de que **"Em casos excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo por intermédio do mandado de segurança concedido (in casu, a conclusão do curso e obtenção do diploma), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de admitir a aplicação da teoria do fato consumado"** (AgInt no REsp 1.338.886/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 19/4/2018). 2. Caso em que o aluno foi aprovado em concurso vestibular quando ainda não havia concluído o ensino médio, tendo logrado efetuar a matrícula no curso superior no segundo semestre de 2013, por força de decisão liminar posteriormente confirmada na sentença e no acórdão. 3. Por meio de ofício datado de 06/10/2015, a Universidade informou que o aluno havia cursado quatro semestres do curso de Engenharia Mecânica, revelando que não se mostra razoável, a esta altura, desconstituir a situação então delineada. 4. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no REsp: 1461769 PR 2014/0148220-7, Relator:
Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 12/03/2019,
T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2019)

Essa situação decorre do próprio princípio da Segurança Jurídica, consolidado na Lei Federal nº 9.784/99, que tem por objetivo assegurar a estabilidade das relações já consolidadas, impedindo aplicação retroativa de nova interpretação a ato jurídico perfeito, verbis:

Lei nº 9.784/99

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, jurista que participou da elaboração da referida Lei, aduz com propriedade sobre o tema:

“O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente

mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. **Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.**"
(G.N)²

Se a todo momento a Corte de Contas tinha ciência do andamento do processo de seleção e permitiu o seu prosseguimento, com a celebração do Contrato de Gestão e execução dos serviços por aproximadamente 2 anos (até o momento), é inegável que eventual questionamento do processo de seleção fere frontalmente a segurança jurídica.

O interesse público na manutenção dos serviços que vem sendo executados é evidente.

Sendo assim, aplicando a **teoria do fato consumado**, bem como, em atendimento ao **princípio da segurança jurídica e interesse público**, **não deve ser sequer analisado qualquer questionamento acerca do chamamento público neste momento**, pois o mesmo era de conhecimento amplo e irrestrito desse Tribunal de Contas, bem como do **próprio Ministério Público**, que não se opuseram ao mesmo na ocasião.

²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª edição, São Paulo: Editora Atlas, p. 84.

3 – DOS ACHADOS APRESENTADOS PELA AUDITORIA DO TCM

Conforme exposto acima, a equipe de auditoria do TCM/SP realizou uma matriz de responsabilidade acerca dos achados indicados no relatório, onde foi imputado à AFNE os itens 6.2, 6.3, 6.4, 6.7, 6.12, 6.15 e 6.17.

No entanto, nos termos que será abaixo individualmente demonstrado, as alegadas inconsistências suscitadas não se sustentam, razão pela qual a presente demanda deve ser imediatamente arquivada.

3.1 - ITEM 6.2 (A OS VENCEDORA NÃO APRESENTOU ATESTADO DE EXPERIÊNCIA EM GESTÃO DE UNIDADE E/OU REDE DE ATENÇÃO BÁSICA, O QUE ENSEJARIA SUA INABILITAÇÃO NOS TERMOS DO ITEM 7.3.1.2.A, INCISO II DO EDITAL (SUBITEM 3.1.2)).

Segundo o relatório de auditoria do TCM, a AFNE não teria comprovado experiência prévia na gestão de unidade e/ou rede de atenção básica no âmbito do Chamamento Público, o que deveria ensejar a sua inabilitação.

Ocorre que, verificando a documentação apresentada pela O.S. no âmbito do Chamamento Público, constata-se a apresentação dos seguintes atestados vinculados especificamente à atenção básica:

1 - Prefeitura de Campos – fls. 1196 de sua proposta:

 PREFEITURA DE CAMPOS	ESTADO DO RIO DE JANEIRO PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE ANEXO I
ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA Nº 001/2021	
Ref: Prestação de serviço ao SUS de forma complementar (art. 24 da Lei nº 8.080 / 1990 - Contrato Administrativo nº 010/2016 - Chamamento Público nº 001/2015 - credenciamento de unidades privadas para execução de ações e serviços públicos de saúde, nos termos do Cap. I do Título VI da Portaria de Consolidação nº 1/2015).	
<u>ATESTAMOS</u>, nos termos do art. 30, notadamente §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.666/93, para fins específicos e de direito, que a entidade sem fins lucrativos ASSOCIAÇÃO NOVA ESPERANÇA, inscrita no CNPJ nº 06.058.863/0001-04 e no Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde do MS - CNES nº 5155169, com sede Avenida Felipe Uebe, nº 423, Bairro Turf Club, CEP nº 28013-140 (Registro CNES em 12/01/2021), devidamente credenciada, executa de forma equânime e resolutive todas as atividades pertinentes ao objeto (<i>prestação de serviços conforme Contrato nº 10/2016, Contrato nº 12/2016 e Aditivos, Contrato nº 08/2018 e Aditivos</i>) de gestão, operacionalização e execução das ações e serviços de saúde de atenção básica, a fim de viabilizar a prestação gratuita aos usuários do Sistema Único de Saúde SUS. Vem executando os serviços há mais de 5(cinco) anos de atividades de forma ininterrupta, desde de 01 de fevereiro de 2016 até a presente data, em parceria com Secretaria Municipal de Saúde de Campos dos Goytacazes, órgão administrativo da Prefeitura Municipal de Campos dos Goytacazes, sendo este com CNPJ nº 29.116.894/0001-61, com sede na Rua Voluntário, nº 875, Centro, Campos dos Goytacazes. <i>NAO HAVENDO fatos supervenientes que desabonem sua conduta técnica e ética</i>, bem como sempre estabeleceu suas ações dentro dos padrões de qualidade e desempenhando com presteza, sendo assim, cumpre com suas obrigações de forma regular e dentro dos limites legais, enquanto vigente o contrato.	

2 - Hospital Cantagalo – fls. 1196 de sua proposta:

RIO DE JANEIRO
Av. João Cabral de Mello Neto, nº 850
bl. 3, gr. 1510, Barra da Tijuca
Tel.: (21) 2533-6628

SÃO PAULO
Alameda Santos, nº 2313, Cj. 81
Cerqueira César
Tel.: (11) 3061-2861

DESCRIÇÃO DA UNIDADE

A Santa Casa de Caridade de Cantagalo – Hospital de Cantagalo, situado no município de Cantagalo/RJ com a população aproximada de 20.000 (vinte e mil) habitantes, sendo uma unidade de Média Complexidade Ambulatorial/Hospitalar, considerada de médio porte com 83 leitos, sendo, 8 leitos Especialidades Cirúrgicas, 50 leitos de Especialidades Clínica Médica, 8 Leitos de Obstetrícia, 5 Leitos de Outras Especialidades, 12 Leitos de Pediatria, e 13 Leitos de CTI que está em fase de cadastramento junto ao Ministério da Saúde, (leitos este com obras e aparelhagem já concluídos).

A Santa Casa de Caridade de Cantagalo – Hospital de Cantagalo, realiza atendimentos ambulatoriais de atenção básica e atendimento de urgência e emergência de baixa e média complexidade. (Descrição dos serviços anexo).

O Hospital oferece as especialidades de cirurgia geral e clínica geral; ortopedia; fisioterapia, ginecologia, obstetrícia e pediatria e ainda serviço de apoio com assistentes sociais. (Descrição dos serviços anexo).

A unidade tem capacidade de atendimento de 2.925 atendimentos por mês, sendo uma média aproximada de 100 atendimentos diários. E ainda possui capacidade para 20 partos por mês aproximadamente.

Como fica demonstrado, ao contrário do que consta no relatório de auditoria, a AFNE comprovou integralmente a sua experiência prévia na execução de serviços vinculados a atenção básica, razão pela qual não procede a alegação apresentada.

3.2 – ITEM 6.3. O RECEBIMENTO DE REMUNERAÇÃO POR PARTE DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DA AFNE, PREVISTO NO ESTATUTO SOCIAL, É VEDADO PELO ARTIGO 3º, INCISO VI DA LEI Nº 14.132/2006 (SUBITEM 3.1.3)

De acordo com o art. 3º, inciso VI da Lei nº 14.132/2006, é vedado aos membros do Conselho de Administração o recebimento de remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à Organização Social:

Art. 3º - VI - os conselheiros não receberão remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

Atendendo integralmente à exigência legal, o Estatuto Social da AFNE apresentado no âmbito do Chamamento Público previa expressamente que:

Artigo 15º Os conselheiros não receberão remuneração pelos serviços que prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem. Os diretores da organização social, caso participem de mais de uma entidade, somente receberão remuneração por uma delas.

Sendo assim, ao contrário do que consta na auditoria realizada pelo TCM, o Estatuto Social da AFNE apresenta previsão expressa idêntica àquela exigida em lei, sendo expressamente vedado o recebimento de remuneração pelo Conselho de Administração.

Desta forma, mais uma vez não procede a alegação acusação apresentada.

3.3 - ITEM - 6.4. AS METAS OPERACIONAIS, INDICATIVAS DE MELHORIA DA EFICIÊNCIA E QUALIDADE DO SERVIÇO, NO TOCANTE AOS ASPECTOS ECONÔMICO, OPERACIONAL E ADMINISTRATIVO, BEM COMO OS RESPECTIVOS PRAZOS E CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO NÃO ESTÃO

**ADEQUADAMENTE DEFINIDOS NO PLANO DE TRABALHO DA OS
VENCEDORA (SUBITEM 3.1.4)**

Oriundo da teoria da separação dos poderes, é de conhecimento notório que cabe ao poder Executivo a escolha das políticas que pretende alcançar, bem como a forma de buscar seus objetivos.

A partir daí, dentro da **discricionariedade do Administrador**, poderá o Ente Público escolher os caminhos necessários para alcançar a solução mais adequada ao caso concreto:

discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.³

Dentro dessa discricionariedade são estipuladas as ações a serem adotadas dentro dos órgãos da Administração Pública, bem como as obrigações a serem exigidas por parte de seus contratados.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35ª ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2021. P. 924

No caso concreto, dentro dessa discricionariedade do Administrador, a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo estipulou, no âmbito do Chamamento Público, as metas que buscava alcançar no certame, as condições necessárias para repactuação das metas, os critérios de equipe mínima, bem como demais itens técnicos que são objeto de estudo pela equipe da SMS no momento da elaboração do Edital/Termo de Referência.

Assim, a forma como buscará fornecer uma saúde de qualidade à população de São Paulo faz parte do poder discricionário da Administração Pública.

O controle dos atos administrativos discricionários, portanto, se restringem a sua **legalidade**.

Nesse sentido, e, *data máxima vênia*, não cabe ao Tribunal de Contas a análise de mérito sobre a adequação do plano de trabalho apresentado pela AFNE no âmbito do Chamamento Público, mas sim a Comissão de Seleção responsável pela sua análise e a própria SMS.

É importante sedimentar que as metas a serem atingidas pela Organização Social estão devidamente estabelecidas no anexo III do Contrato de Gestão e são cobradas a cada análise da Comissão Técnica de Acompanhamento (CTA) como condição para aprovação e realização dos repasses para a Entidade.

Caso as metas não sejam atendidas, a OS tem o valor glosado e pode vir a ser penalizada pela Administração Pública.

Por fim, é importante ressaltar que o Plano de Trabalho apresentado pela AFNE no âmbito do Chamamento Público previu expressamente, em seu item I, a proposta para alcance das metas de produção:

ÍNDICE		
I.	ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL E OPERACIONAL PROPOSTAS PARA EXECUÇÃO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE GARANTINDO O ALCANCE DAS METAS DE PRODUÇÃO COM QUALIDADE.	16
1.	INTRODUÇÃO	16
2.	MODELO GERENCIAL – DIMENSÃO ORGANIZACIONAL INTERNA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE	16
3.	MODELO GERENCIAL- DIMENSÃO ORGANIZACIONAL NA REDE DE ATENÇÃO SAÚDE	18
4.	MODELO DE GESTÃO INSTITUCIONAL DA AFNE	18
5.	FILOSOFIA DE GESTÃO DA OSS	20
6.	ESTRATÉGIAS PARA O SUCESSO DA IMPLANTAÇÃO DO MODELO GERENCIAL	20
7.	METODOLOGIA DE TRABALHO	21
8.	AS ESTRATÉGIAS QUE SERÃO ADOTADAS PARA O SUCESSO DA IMPLANTAÇÃO DO MODELO	21
9.	DESENVOLVIMENTO DA LIDERANÇA INSTITUCIONAL ENTRE EQUIPE GERENCIAL E COLABORADORES DAS UNIDADES DE SAÚDE	25
10.	A DESCRIÇÃO SUMÁRIA DAS FERRAMENTAS E INSTRUMENTOS DE MODERNIZAÇÃO GERENCIAL ADOTADOS PELA ENTIDADE	25
11.	QUALIFICAÇÃO DOS MECANISMOS DE GESTÃO	27

Face o exposto, considerando a efetiva previsão das metas no Contrato de Gestão e no plano de trabalho da AFNE, bem como, considerando que faz parte da discricionariedade da Administração Pública a sua respectiva análise, também não procede o apontamento de item 6.4 da matriz de responsabilidades do TCM/SP.

3.4 – ITEM - 6.7. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO DO CONTRATO, MEDIANTE PARECER CIRCUNSTANCIADO, PELO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA ENTIDADE QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL

De acordo com o apontamento de item 6.7, alega a Auditoria do TCM que o Conselho de Administração da AFNE não teria aprovado a celebração do Contrato de Gestão.

Ocorre que, conforme documento em anexo, abaixo colacionado, o Conselho de Administração da Entidade efetivamente analisou e aprovou a celebração do respectivo Contrato:



Sendo assim, também não procede a alegação de que o Conselho de Administração da AFNE não teria aprovado a celebração do Contrato de Gestão.

3.5 – ITEM 6.12. AUSÊNCIA DE EMBASAMENTO E DETALHAMENTO DAS DESPESAS REFERENTES A RESCISÃO E FÉRIAS VENCIDAS DE COLABORADORES SUB-ROGADOS DO CONTRATO ANTERIOR (TA 17/22)

Segundo o relatório de auditoria do TCM, é imputado à AFNE a falta de provisionamento referente aos colaboradores que foram contratados por sub-rogação da Organização Social que anteriormente executava as atividades assumidas no âmbito do Contrato de Gestão (IABAS).

Segundo a auditoria, a falta de provisionamento teria causado desequilíbrio financeiro do contrato de gestão e a necessidade da sua recomposição financeira.

Quanto a essa alegação, é importante lembrar toda a origem do processo de contratação.

Em 14 de janeiro de 2021 foi realizado acordo entre o Município de São Paulo e o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do qual foi estabelecida a necessidade de abertura de Chamamento Público com vistas a substituir a Organização Social que anteriormente realizava a gestão das Unidades de Saúde (IABAS).

Naquela reunião foi esclarecido pela SMS que não havia verba disponível para rescindir com os 5.000 empregados até então vinculados a OS IABAS, razão pela qual seria necessária a sub-rogação integral dos colaboradores pela nova OS vencedora do certame:

BÁSICA E AVANÇADA DE SAÚDE - IABAS (n. R021-2016 e n. R023-2016). Pelo Secretário Municipal foi dito que não será possível rescindir os dois contratos com o IABAS até 15/1/2021, considerando a necessidade de demissão de cerca de 5.000 empregados da entidade, com pagamento de verbas trabalhistas de aproximadamente R\$ 147.000.000,00. A ideia é efetuar a substituição definitiva da entidade, por meio de chamamento, e a sub-rogação dos contratos de trabalho da maioria dos profissionais que trabalham para o IABAS, evitando-se demissões e a descontinuidade da assistência à população. A SECRETARIA MUNICIPAL DE

Conforme reconhecido pela SMS, portanto, não havia verba provisionada no Contrato de Gestão anterior para permitir a demissão dos colaboradores vinculados ao IABAS, razão pela qual seria necessário que a OS que se sagrasse vencedora do certame sub-rogasse integralmente os mesmos, evitando, assim, o pagamento das despesas.

A partir dessa premissa, tanto a Administração Pública, quanto qualquer Entidade que participasse do Chamamento Público nº 002/2021 estava ciente de que não haviam verbas provisionadas para os colaboradores sub-rogados, de modo que em caso de demissão, seria necessário solicitar, individualmente, os valores necessários para a execução da despesa, cujo fato gerador ocorreu anteriormente à celebração do Contrato de Gestão.

Assim, ao contrário do que alega a auditoria do TCM, a AFNE não deu causa a um aumento de despesas do Contrato de Gestão. Trata-se, na realidade, de política decidida em conjunto entre a Administração Pública e o Ministério Público do Estado de São Paulo como forma de

viabilizar a manutenção dos serviços, antes mesmo do início do Chamamento Público nº 002/2021.

3.6 – ITEM 6.15. NÃO FOI COMPROVADA A REGULARIDADE JURÍDICO-FISCAL NO TA DE RE-RATIFICAÇÃO 01/22 E NO TA 22/23, ASSIM COMO A SATISFATÓRIA SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA OS NOS TAS 01/21, 02/21, 03/21, 04/22, 05/22, 06/22, 07/22, 08/22, 09/22, 10/22, 11/22, 12/22, 13/22, 14/22, 15/22, 16/22, 17/22, 18/22, 19/22, 20/22, 21/22, 22/23, 23/23 E 24/23 (SUBITEM 3.3.4)

Verificando o objeto de questionamento pela auditoria do TCM, percebe-se que são questões meramente procedimentais/formais que em nada prejudicam o serviço ou invalidam os atos praticados.

No momento da celebração de cada um dos Termos Aditivos firmados entre a SMS e a AFNE, era realizado o encaminhamento das certidões necessárias e efetivada uma análise pela Administração Pública.

Na grande maioria dos casos, foi constatada a integral regularidade fiscal e econômico-financeira da AFNE:

3.4. Comprovação da regularidade jurídico-fiscal, nos termos do Decreto nº 44.279/03 (certidões de FGTS, INSS e de regularidade perante a Fazenda Pública Municipal), e de satisfatória situação econômico-financeira (art. 27, inciso II e §§1º e 2º do DM 52.858/11).

(X) Sem irregularidade(s) () Com irregularidade(s)

Peça 53 fls. 29/44

Em algumas situações pontuais ocorreram casos específicos do encaminhamento de certidão vencida por parte da AFNE, como foi o caso do TA nº 22/2023 (doc. 85).

No entanto, além da certidão atualizada estar disponível para consulta pela a Administração Pública através da internet, é possível a realização de diligência para solicitar que a AFNE apresente nova certidão.

O vício apontado, salvo melhor juízo, é absoluta sanável através de um simples requerimento administrativo.

É importante lembrar que, conforme art. 55 da Lei Federal nº 9784/99, os atos administrativos que não tenham acarretado qualquer lesão ao interesse público e que apresentem defeitos sanáveis, deverão ser convalidados pela Administração Pública:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Essa noção de aproveitar ao máximo os atos administrativos já praticados está ligado, inclusive, ao princípio constitucional da **eficiência**.

É importante ressaltar que mês a mês a AFNE vem comprovando a sua regularidade fiscal e econômico-financeira junto a SMS, razão pela

qual a Administração Pública tinha ciência da situação regular da entidade.

Sendo assim, considerando que se trata de vício sanável, através de uma simples diligência em consulta a internet ou mediante requerimento à AFNE, o apontamento realizado pela Auditoria é incapaz de invalidar qualquer ato praticado, devendo ser os mesmos convalidados pelo Ente Público.

3.7 - ITEM 6.17. NÃO CONSTA APROVAÇÃO DO TERMO ADITIVO PELO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA OS NOS TAS 01/21, 02/21, 03/21, 04/22, 05/22, 06/22, 07/22, 08/22, 09/22, 10/22, 11/22, 12/22, 13/22, 14/22, 15/22, 16/22, 17/22, 18/22, 19/22, 20/22, 21/22, 22/23, 23/23 E 24/23)

Tal qual exposto no tópico acima, trata-se de documento meramente formal que em nada invalida os atos já praticados.

O Conselho de Administração da AFNE vem se reunindo periodicamente e aprovando tanto as contas, quanto os atos praticados pela Entidade.

Assim, inegável que o Conselho de Administração da AFNE está ciente e aprovando a celebração de cada um dos termos aditivos firmados com a Administração Pública.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União vem reiterando que vícios formais podem (e devem) ser convalidados pela Administração Pública se não causarem prejuízo a terceiros:

56. A doutrina do Direito Administrativo considera a falta de competência um vício sanável. O tema é tratado na Lei 9.784/1999, que, em seus arts. 54 e 55, trata da convalidação de atos administrativos, podendo-se extrair dos seus conteúdos que a possibilidade de anular atos administrativos praticados com vício de competência decai em cinco anos e que, **não havendo lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis podem ser convalidados pela Administração.**

ACÓRDÃO 841/2023 – PLENÁRIO. RELATOR: MARCOS BEMQUERER – PROCESSO - 033.766/2018-5. Sessão: 03/05/2023.

Sendo assim, considerando que a ausência no processo administrativo da comprovação de aprovação pelo Conselho de Administração da celebração dos termos aditivos não causou nenhum prejuízo a terceiros e pode ser convalidado pelo Ente Público, deve ser prontamente superado o questionamento formulado.

4 – PEDIDOS

Por todo o exposto, pede e requer:

1 – Seja recebida a presente manifestação e todos os documentos que a instruem;

2 – Seja reconhecida a validade do Chamamento Público objeto de questionamento, bem como do Contrato de Gestão R026/2021 e seus Termos Aditivos;

3 – Caso se entenda pela existência de qualquer impropriedade, sejam convalidados os atos já praticados, com o reconhecimento de validade do certame, respectivo Contrato de Gestão e Termos Aditivos;

4 – Caso se entenda pela existência de qualquer irregularidade, em razão da teoria do fato consumado, sejam os questionamentos transformados em “orientações para futuros certames”, tal qual indicado em sede de proposta de encaminhamento da auditoria.

N. Termos,

P. Deferimento.

São Paulo, 02 de outubro de 2023

MAURICIO SARDINHA M. DOS REIS
OAB/SP 477.513

VIVIANE DE AZEVEDO DA SILVA
OAB/SP 477.515

BRUNO CALIXTO SCELZA
OAB/SP 477.512

ANA CAROLINA C. DE SANT'ANNA
OAB/RJ 239.578

RIO DE JANEIRO
Av. João Cabral de Mello Neto, nº 850
bl. 3, gr. 1510, Barra da Tijuca
Tel.: (21) 2533-6628

SÃO PAULO
Alameda Santos, nº 2313, Cj. 81
Cerqueira César
Tel.: (11) 3061-2861