

GABINETE CONSELHEIRO EDUARDO TUMA
Excelentíssimo Senhor Conselheiro

Ref.: Contrato de Gestão - Análise do Chamamento Público 02/2021-SMS.G, do CG R26/2021-SMS.G e de seus aditamentos. Objeto do Contrato: Gerenciamento e execução de ações e serviços em unidades de saúde da rede assistencial e do Hospital Bela Vista da Supervisão Técnica de Saúde Santa Cecília, Supervisão Técnica de Saúde Sé e Coordenadoria de Assistência Hospitalar

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de Análise do Chamamento Público nº 002/2021 – SMS/SERMAP-CPCS, do Contrato de Gestão nº R026/2021-SMS.G/CPCS, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde (SMS) e a Associação Filantrópica Nova Esperança (AFNE), e dos Termos Aditivos nº 001/2021 a 024/2023.

O relatório de auditoria encontra-se à peça 89 dos autos, com anexos às peças 62/88, no qual se concluiu pela irregularidade do Chamamento, do Contrato de Gestão e dos Termos Aditivos analisados. A Auditoria manifestou-se posteriormente (peças 125 e 150), resultando **ratificados** os subitens **6.1, 6.2, 6.4, 6.5, 6.6, 6.8, 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13, 6.14, 6.15, 6.16, 6.17, 6.18, 6.19, 6.20, 6.22 e 6.23**, descritos no item “6. MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO” do relatório inicial (peça 89), sendo **superados** os subitens **6.3, 6.7 e 6.21**.

Consta informado nos autos pela Unidade Técnica de Cartório, Cadastro e Arquivo (peça 163), considerando o contido no despacho de peça 151, que transcorreu o prazo para manifestação da Origem e que houve a juntada de documento encaminhado pela Associação Filantrópica Nova Esperança (AFNE) (peça 161).

Em atenção ao determinado pelo Conselheiro Relator (peça 164), passamos a nos manifestar acerca da documentação acrescida pela AFNE (peça 161).

2. ANÁLISE

Primeiramente, observa-se que a AFNE apresenta resposta elaborada em 27.05.24, requerendo, entre outros (peça 161, fl. 32), que seja “reconhecida a validade do Chamamento Público objeto de questionamento, bem como do Contrato de Gestão R026/2021 e seus Termos Aditivos”.

No item 3 (peça 161, fls. 26/31), a AFNE discorre sobre a situação que ensejou o processo de seleção de Organização Social, realizado “a fim de substituir a Entidade que atuava na região central da cidade (IABAS)”. Com o exposto, a AFNE pugna em nome do princípio da segurança jurídica e do tempo da contratação em curso, pelo cabimento da convalidação dos atos já praticados, com o reconhecimento da validade do certame, respectivo Contrato de Gestão e Termos Aditivos.

Salienta-se que, no caso concreto, os apontamentos realizados pela Auditoria decorrem de constatações fáticas pontuais, verificadas nas análises específicas dos instrumentos, em aderência ao aspecto legal e com considerações de mérito, não bastando a alegação geral de que os serviços vêm sendo executados, com necessidade de serem mantidos, para pugnar a convalidação dos atos praticados, eivados por impropriedades ou irregularidades.

Dessa forma, passamos a nos manifestar sobre o acrescido em relação aos apontamentos, considerando os subitens do relatório inicial descritos na manifestação anterior da Auditoria (peça 150).

2.1. Na análise dos documentos dos Envelopes 1 e 2, a Comissão Especial de Seleção de Organizações Sociais não atendeu aos princípios da legalidade e da isonomia entre os participantes e da vinculação ao instrumento convocatório, ao habilitar organizações com documentação em desacordo com o Edital e aceitar inclusão de documentos que não constaram inicialmente dos envelopes (subitem 6.1)

Manifestação da AFNE (peça 161)

[...]

Segundo o relatório de autoria do TCM, a Comissão de Seleção teria agido de forma equivocada ao habilitar a AFNE uma vez que, seu estatuto social estaria em desacordo com o art. 3º, inciso IV, da Lei nº 14.132/2006, que dispõe que “os conselheiros não receberão remuneração pelos serviços que, nesta condição,

prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem”.

Ocorre que, ao contrário do que consta no relatório, 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.

É importante ressaltar, ainda, que em respeito ao princípio da economia processual e do formalismo moderado, a Administração Pública pode (e deve) realizar as diligências necessárias para garantir o maior número de participantes em um chamamento público.

Quanto mais proponentes participarem do certame, maior será a possibilidade da administração obter as melhores condições de contratação. (peça 161, fls. 03/05)

Análise da Coordenadoria

Observa-se que a AFNE apresenta argumentos relacionados ao apontamento 6.3, que já foi superado na manifestação da auditoria de peça 125.

O apontamento descrito no subitem 6.1 do relatório inicial diz respeito ao fato de que a Comissão Especial de Seleção não se ateu às regras do edital em relação a apresentação dos documentos nos envelopes, sendo que, apesar do já posicionado pela Origem de que a previsão expressa no subitem 6.2 do Edital autoriza a Comissão a sanar eventuais omissões, isso não se refere a documentos específicos que deveriam constar dos envelopes. A Auditoria assim descreveu a situação constatada (subitem 3.1.1 do relatório inicial):

Verifica-se na peça 17 que se tratam de diversos documentos que deveriam ter sido apresentados no envelope 1, estando, portanto, em desacordo com o item 7.4.8 do Edital, que possibilita à Comissão Especial de Seleção promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada a posterior inclusão de documento ou informação que deveria constar originalmente dos ENVELOPES nº 1 e 2.

Situação inalterada.

Ratificamos o apontamento.

2.2. 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 6.2)

Manifestação da AFNE (peça 161)

[...]

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:

[...]

Sendo assim, 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 se procede a alegação apresentada. (peça 161, fl. 04)

Análise da Coordenadoria

Considerando o posicionado anteriormente pela AFNE (peça 116) a Auditoria já se manifestou acerca desse aspecto à peça 125, como segue:

Quanto aos atestados trazidos pela entidade (peça 116, fls. 12/13), os quais foram apresentados na fase do chamamento, salientamos que na 2ª Sessão do chamamento a Comissão Especial de Seleção de Organizações Sociais – CESOS não aceitou os atestados apresentados pela AFNE, fazendo as seguintes observações (peça 28, fls. 05/06).

[...] Obs.: - Gestão de Unidades e/ou Redes de Atenção Básica: analisando a expertise em relação à gestão de unidade e/ou redes de atenção básica, a OS apresenta o atestado de capacidade técnica nº001/2021, às fls. 1198/1200, na qual declara ter pactuado contrato de gestão, operacionalização e execução das ações e serviços de saúde de atenção básica com a prefeitura municipal de Campos de Goytacazes pelo período superior a 5 anos, iniciados em 1º de fevereiro de 2016. Entretanto, respectivo atestado é contrário às regras descritas no edital do chamamento (item 7.3.1.2.1), especificamente, alíneas “e” e “f”, contrariando, ainda, o inciso II do artigo 30 da Lei 8.666/93, aplicada subsidiariamente ao caso. Diante dessa não conformidade, não há pontuação para esse item.

Os demais contratos descritos e acostados nos autos para demonstração de experiência e capacidade técnica não atendem as exigências descritas no Edital do Chamamento Público, contrariando especificamente as exigências do Item 7.3.1.2.1., sendo que tais documentos referem-se:

[...]

Depreende-se, portanto, que no momento em que os documentos apresentados pela AFNE não foram aceitos, sem comprovação de gestão de unidades e/ou rede de atenção básica, a OS não deveria ter sido habilitada, assim como ocorreu com as outras entidades que também deixaram de entregar algum documento previsto no Edital.

Observa-se que a AFNE já havia se posicionado sobre esse item (peça 116, fls. 05 e 11/13) e também apresentado o mesmo atestado que ora faz referência. Essa alegação já foi analisada pela Auditoria nas manifestações constantes às peças 125 e 150.

A SMS, à peça 146, fl. 08, assim se posicionou: “A resposta compete aos membros da Comissão à época da realização do certame, instituída pela PORTARIA SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE - SMS Nº 162 DE 7 DE ABRIL DE 2021”.

Ocorre que, os atestados trazidos pela entidade (peça 116, fls. 12/13) e apresentados na fase do chamamento não foram aceitos pela Comissão Especial de Seleção de Organizações Sociais (CESOS), conforme constou da peça 28, fls. 05/06.

Dessa forma, a AFNE não apresenta elementos novos acerca desse aspecto.

Ratificamos o apontamento.

2.3. 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 6.3)

Esse apontamento foi superado na manifestação da auditoria de peça 125.

2.4. 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 6.4)

Manifestação da AFNE (peça 161)

[...]

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, 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

[...]

Como se sabe, a análise dos atos administrativos discricionários deve ser ater à sua legalidade, isto é, se há motivação ou não. Havendo motivação, não cabe ao órgão de controle a análise quanto a concordância acerca da justificativa apresentada.

Sendo assim, também deve ser superado o questionamento formulado, uma vez que se limita a questionar se a qualidade da motivação do ato administrativo, o que foge do controle de legalidade cabível no presente momento. (peça 161, fls. 07/08)

Análise da Coordenadoria

As alegações ora trazidas pela AFNE já foram apresentadas em resposta anterior da entidade (peça 146, fls. 29/31) e analisada na manifestação anterior da Auditoria (peça 150).

A situação de não suficiência dos dados constantes no Plano de Trabalho apresentado pela entidade vencedora foi delineada no relatório inicial (peça 89, fl. 19), como segue:

O Plano de Trabalho elaborado pela entidade vencedora apresenta quadros com as metas de produção para cada unidade de saúde prevista em contrato. Porém, conforme já apontado no subitem 3.3.12 do relatório de análise do Edital de chamamento, não constam nos autos quais seriam os procedimentos chave, os cálculos e critérios de parametrização e índices referidos. Também, não foi apresentado estudo epidemiológico da região, possibilitando que as metas propostas retratassem a realidade do local.

Portanto, conclui-se que não foram apresentados dados técnicos referenciais aptos a justificar as metas de produção estabelecidas e assim, as referidas metas não são adequadas para avaliar melhoria da eficiência e qualidade do serviço.

Em que pesem as alegações relacionadas a esse aspecto, permanece o constatado, haja vista que, efetivamente, não foram apresentados dados técnicos suficientes para justificar as metas de produção estabelecidas.

Ratificamos o apontamento.

2.5. Fragilidade na justificativa apresentada para o presente contrato de gestão, devido à falta de demonstração por parte da Origem acerca da vantajosidade na adoção do contrato de gestão em termos comparativos com a gestão direta dos serviços de saúde (subitem 6.5)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Tal qual exposto no tópico acima, a forma como a Administração Pública irá tratar das políticas públicas, especialmente em uma área estratégica como a Saúde, está estritamente vinculado à discricionariedade do administrador.

Sendo assim, não cabe ao órgão de controle analisar a opção administrativa de adotar o modelo de Organizações Sociais ou a execução direta, tampouco analisar se a justificativa seria frágil ou não.

Como se sabe, a análise dos atos administrativos discricionários deve ser ater à sua legalidade, isto é, se há motivação ou não. Havendo motivação, não cabe ao órgão de controle a análise quanto a concordância acerca da justificativa apresentada.

Sendo assim, também deve ser superado o questionamento formulado, uma vez que se limita a questionar se a qualidade da motivação do ato administrativo, o que foge do controle de legalidade cabível no presente momento. (peça 161, fl. 10)

Análise da Coordenadoria

A resposta apresentada pela AFNE não supre a ausência de dados comparativos entre o modelo da administração direta e o modelo de execução dos serviços de saúde, via entidades do terceiro setor, identificada pela Auditoria.

Como já considerado, a resposta para esse apontamento é atinente à SMS que, por sua vez, indicou nestes autos as áreas integrantes da Pasta, aptas a se manifestarem a respeito. No entanto, não houve encaminhamento de posicionamentos específicos por parte da Divisão de Apoio Técnico Administrativo (DATA) e da Assessoria de Planejamento.

Ratificamos o apontamento.

2.6. Ausência de análise do contrato de gestão pelo Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão quanto à regularidade formal do procedimento, ouvida a Divisão de Gestão de Parcerias Público-Terceiro Setor – DPTS, da Coordenadoria de Gestão de Bens e Serviços (subitem 6.6)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Trata-se de apontamento meramente procedimental (formal) que permite a convalidação do ato administrativo.

[...]

Sendo assim, ainda que se entenda por eventual equívoco procedimental em razão de supostamente não haver análise do Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão quanto à regularidade formal do procedimento, o vício pode ser suprido de forma imediata com a convalidação do ato administrativo (peça 161, fl. 11)

Análise da Coordenadoria

Como já analisado à peça 150, a exigência legal de que o Secretário Municipal de Gestão seja ouvido sobre o contrato de gestão antes da submissão do mesmo contrato ao Secretário Municipal de Saúde está amparada nos comandos do §1º do art. 6º da Lei Municipal nº 14.132/06 e do inciso II do art. 19 do Decreto Municipal nº 52.858/11.

Como descrito no relatório inicial (peça 89), a ausência de análise da minuta do contrato de gestão, pelo Secretário Municipal de Gestão, quanto à regularidade formal do procedimento, acarreta prejuízo ao controle interno do procedimento de contratação das organizações sociais. Cabe considerar a relevância do montante dos valores estimados para essa modalidade de contrato e as constantes impropriedades verificadas em atos relacionados à justificativa e à autorização para formalização desses ajustes, o que afasta a simples alegação de mera formalidade trazida na resposta acrescida pela OS AFNE.

Ratificamos o apontamento.

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

Esse apontamento foi superado na manifestação da auditoria de peça 125.

2.8. Ausência de empenho para atender à despesa prevista para o exercício de 2021 (subitem 6.8)

Manifestação da AFNE (peça 161)

De acordo com a minuta de contrato de gestão presente no Chamamento Público sob análise, especificamente em seu item 10.2.1 consta expressamente a dotação orçamentária indicada para custeio dos serviços, conforme abaixo transcrito:

10.2.1. Os recursos necessários para fazer frente às despesas decorrentes da contratação onerarão as dotações orçamentárias nº 84.10.10.301.3003.2.520.33503900 e 84.10.10.302.3003.2.507.33503900, fonte 00, 02 e 03 (custeio).

Sendo assim, considerando a previsão expressa no âmbito do Chamamento Público sobre a dotação orçamentária, também não procede o apontamento ora respondido. (peça 161, fl. 12)

Análise da Coordenadoria

O informado pela AFNE não altera o constatado. Como já consta dos autos, a SMS confirmou que “a emissão da nota de empenho foi realizada posteriormente à Ordem de Início, de acordo com a assunção de cada unidade”.

Permanece o apontado no relatório inicial (peça 89), haja vista que a cláusula 10.2.1 do contrato previu desembolso “desde o primeiro mês de vigência para as despesas de custeio (peça 04, fl. 21)” e “não foi emitido empenho prévio à data de assinatura do contrato e Ordem de Início (16.11.21)”, como registra o relatório da Auditoria à peça 89, fl. 22

Ratificamos o apontamento.

2.9. Ausência de embasamento técnico em relação às metas de produção e de equipe mínima descritas nos anexos do contrato de gestão, em infringência ao art. 15, III do DM nº 52.858/11 (subitem 6.9)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Tal qual exposto no tópico acima, a forma como a Administração Pública irá tratar das políticas públicas, especialmente em uma área estratégica como a Saúde, está estritamente vinculado à discricionariedade do administrador.

Sendo assim, não cabe ao órgão de controle analisar as metas estabelecidas pela Administração Pública no âmbito do processo de contratação.

Como se sabe, a análise dos atos administrativos discricionários deve ser ater à sua legalidade, isto é, se há motivação ou não. Havendo motivação, não cabe ao órgão de controle a análise quanto a concordância acerca da justificativa apresentada. (peça 161, fl. 13)

Análise da Coordenadoria

O posicionado pela AFNE não altera o constatado. Ressalta-se que a SMS, em respostas anteriores juntadas aos autos, não apresentou documentação contendo o histórico dos serviços de saúde prestados nas Unidades de Saúde referenciadas, com dados relacionados aos aspectos quantitativos e qualitativos dos serviços.

Conforme relatório inicial (peça 89, fl. 23), “não foi trazido aos autos qualquer histórico dos serviços de saúde prestados nas Unidades de Saúde referenciadas ou um estudo capaz de apontar que o quantitativo e qualidade das metas de produção e de equipe mínima serão suficientes para uma prestação adequada dos serviços de saúde”.

Repisa-se a análise efetuada pela Auditoria (peça 89, fl. 24) no sentido de que “a ausência de embasamento sólido das metas de produção e de equipe mínima pode provocar um

dimensionamento equivocado das metas, tanto a maior, quanto a menor, influenciando diretamente nos pagamentos devidos à contratada”.

Ratificamos o apontamento.

2.10. Fragilidade nos parâmetros adotados para o estabelecimento de critérios para a despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da Organização Social, em dissonância com o art. 15, IV, do DM nº 52.858/11 (subitem 6.10)

Manifestação da AFNE (peça 161)

De acordo com o item 5.5 do Contrato de Gestão celebrado entre a AFNE e o Município de São Paulo, a remuneração dos dirigentes e empregados da OS não poderão exceder, em seu valor bruto, a 70% do limite estabelecido para remuneração de servidores do poder executivo Municipal:

5.5 A remuneração e as vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da CONTRATADA não poderão exceder, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Municipal (art. 12, §4º, inciso II da Lei nº 9.532/97 e art. 7º, inciso II da Lei nº 9.637/98 E Decreto Municipal nº 52.192/2011).

Sendo assim, ao contrário do que consta no relatório de auditoria, o Contrato de Gestão estabeleceu de forma objetiva o critério e limite de remuneração da Diretoria. (peça 161, fls. 13/14)

Análise da Coordenadoria

A AFNE apresenta o estabelecido na cláusula 5.5 do Contrato de Gestão. Ocorre que o apontado pela Auditoria diz respeito à cláusula 5.7, com previsão de que a contratada deverá se submeter ao processo gradativo de padronização da política salarial do município.

Como bem considerado pela Auditoria, “não há o detalhamento do que seria essa política salarial do município, sobretudo considerando a discrepância entre a remuneração praticada pela PMSP e a iniciativa privada” (peça 89, fl.24). Apesar do disposto nas cláusulas, verifica-se nos acompanhamentos de contratos de gestão realizados pela Auditoria, que as Organizações Sociais adotam políticas diferenciadas, principalmente em relação às vantagens pagas a seus empregados, não havendo critérios definidos para padronizá-las no âmbito do município.

Ratificamos o apontamento.

2.11. Não estão anexos ao contrato de gestão o inventário de bens móveis e imóveis disponibilizados à contratada e o termo de permissão de uso desses bens, referido na cláusula 8.6 do contrato de gestão, em desacordo com o art. 46, § 3º, do DM 52.858/11 (subitem 6.11)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Trata-se de apontamento meramente procedimental (formal) que permite a convalidação do ato administrativo.

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:

[...]

Sendo assim, ainda que se entenda por eventual equívoco procedimental quanto à regularidade formal do procedimento, o vício pode ser suprido de forma imediata com a convalidação do ato administrativo. Desta forma, também deve ser superado o questionamento formulado.

Análise da Coordenadoria

Resulta constatado nos autos que o inventário dos bens objeto da permissão de uso não consta como anexo do CG, assim como o Termo de Permissão de Uso, mencionado na cláusula 8.6 do contrato (peça 04, fl. 17).

A alegação da AFNE no sentido de ser aspecto “meramente procedimental” não deve prosperar, considerando que a ausência do inventário e do termo de permissão de uso dos bens possibilita falta de controle em relação aos bens entregues à Organização Social, via permissão de uso, podendo, inclusive dificultar o controle da efetiva utilização desses bens, assim como o controle e apreciação da necessidade de novas aquisições. E, como registrado no relatório inicial da auditoria (peça 89), a ausência desses documentos pode comprometer a devolução dos bens quando do encerramento do contrato de gestão.

Ratificamos o apontamento.

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

Manifestação da AFNE (peça 161)

[...]

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:

[...]

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.

Em tempo, é importante sedimentar que os valores devidos referentes a título de rescisão desses trabalhadores são calculados conforme ocorre o caso concreto e informado de forma detalhada à SMS, uma vez que o período aquisitivo foi anterior à gestão desta Organização Social. (peça 161, fls. 16/18)

Análise da Coordenadoria

Em que pese a narrativa acrescentada pela AFNE acerca da situação específica dessa contratação e sobre a decisão havida em conjunto, o acrescido não modifica o constatado.

Observa-se que, em resposta posterior à realização da auditoria, houve encaminhamento por parte da entidade contratada da lista de servidores sub-rogados. Ressalta-se o já considerado na análise inicial no sentido de que a falta de informações quanto a funcionários que continuaram na folha da OS após a sub-rogação do contrato de gestão dificulta a realização de controle tempestivo sobre os valores a serem pagos a título de rescisão e férias.

Em que pesem as ocorrências do caso específico, o fato de a contratada não provisionar no Plano de Trabalho do contrato de gestão os valores referentes às rescisões e às férias dos servidores nessa situação, além de descumprir o art. 28, inciso II, do Decreto Municipal nº 52.858/11, acarreta desequilíbrio financeiro do contrato e a necessidade de recomposição financeira.

Ratificamos o apontamento.

2.13. Falta de embasamento técnico em relação aos valores estimados nas planilhas de custos (TA nº 01/21, 02/21, 03/21, 05/22, 06/22, 07/22, 08/22, 09/22, 11/22, 16/22, 17/22, 18/22, 19/22, 21/22, 23/23 e 24/23 (subitem 6.13))

Manifestação da AFNE (peça 161)

Cada um dos termos aditivos firmados entre a AFNE e a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo apresentam, em anexo, um detalhamento técnico que justifica a sua celebração e custo estimado.

É importante ressaltar que, ao contrário do que foi apontado pela auditoria do TCM, as alterações de valores decorreram de fatos **supervenientes** à assinatura do Contrato de Gestão.

Ora, se o fato é **superveniente** à assinatura do Contrato de Gestão, era impossível à época do chamamento público a sua previsão por parte da Organização Social.

Pelo exposto, não procede a alegação de que a proposta financeira apresentada no âmbito do Chamamento Público pela AFNE deveria prever as alterações de valores estabelecidas através de Termo Aditivo. (peça 161, fl. 18)

Análise da Coordenadoria

A informação de que as alterações de valores decorreram de fatos supervenientes não afasta a necessidade de se embasar tecnicamente os valores estimados nas planilhas de custos.

Como constatado pela Auditoria quando da análise dos aditamentos, os documentos constantes do processo e considerados à época não foram suficientes para embasar os valores apresentados, como também para esclarecer os critérios utilizados para determinar os quantitativos dos itens e o dimensionamento de pessoal.

Observa-se, também, o fato constatado pela Auditoria nos casos dos TAs relacionados aos exames de PCR-RT, aquisições de bens e realização de obras, para os quais não foi apresentada composição de custos e pesquisa de preço com pelo menos 3 orçamentos (peça 89, fl. 27).

Sendo assim, o apontamento prevalece levando-se em conta os documentos analisados por ocasião da formalização de cada um dos aditivos analisados e descritos no subitem 6.13 do relatório inicial.

Ratificamos o apontamento.

2.14. Ausência de justificativa por parte da Origem para o aditamento (TA 04/22, 08/22, 09/22, 11/22, 14/22, 15/22, 16/22, 18/22, 19/22, 20/22, 21/22, 23/23 e 24/23) (subitem 6.14)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Cada um dos termos aditivos firmados entre a AFNE e a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo apresentam um detalhamento técnico que justificam a sua celebração e são acompanhados de um plano de trabalho apresentado pela AFNE.

Mais uma vez a auditoria do Tribunal de Contas questiona as decisões administrativas tomadas pelo Município de São Paulo, o que é vedado pela legislação pátria, que permite apenas o controle de legalidade do ato administrativo. (peça 161, fl. 19)

Análise da Coordenadoria

No relatório inicial (peça 89, fls. 28/30) a Auditoria discorreu sobre as falhas pontuais ocorridas na justificativa de cada um dos aditivos constantes do apontamento descrito no subitem 6.14. As

situações fáticas descritas permanecem inalteradas apesar das respostas apresentadas posteriormente, tanto pela entidade contratada, como por parte da SMS.

Ratificamos o apontamento.

2.15. Não foi comprovada a regularidade jurídico-fiscal no TA de Rerratificação 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 6.15)

Manifestação da AFNE (peça 161)

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:

[...]

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.

[...]

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. (peça 161, fls. 20/21)

Análise da Coordenadoria

A AFNE apresenta resposta contendo alegações e informações já prestadas em resposta anterior e analisada na manifestação de peça 150, como segue:

Conforme constou do relatório de Peça 125, a obrigatoriedade da comprovação da regularidade fiscal é da contratada, através da apresentação de certidões válidas que devem ser juntadas nos respectivos Processos SEI. Em sua falta, cabe à comissão julgadora promover diligências.

Não cabe ao Tribunal de Contas solicitar à entidade contratada ou realizar consultas nos órgãos públicos para verificação da existência de certidão vigente. O acórdão do TCU, citado pela AFNE, corrobora esse entendimento, pois afirma que, naquele caso, cabia à comissão julgadora promover diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame, ou seja, cabia à Administração Pública, à SMS, fazê-lo, e não ao controle externo, que é exercido por este Tribunal.

Quanto à regularidade econômico-financeira, embora a AFNE tenha novamente afirmado que vem comprovando sua regularidade mês a mês, não trouxe qualquer documento que comprove que os índices contábeis da entidade se encontravam satisfatórios no momento da celebração dos termos aditivos.

A situação permanece inalterada.

Ratificamos o apontamento.

2.16. Não consta no PA análise da minuta do Termo Aditivo pela Comissão de Avaliação 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 6.16)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Trata-se de apontamento meramente procedimental (formal) que permite a convalidação do ato administrativo.

Sendo assim, ainda que se entenda por eventual equívoco procedimental quanto à regularidade formal do procedimento, o vício pode ser suprido de forma imediata com a convalidação do ato administrativo. (peça 161, fl. 22)

Análise da Coordenadoria

A pretensão da AFNE não merece prosperar, haja vista que não houve demonstração de análises por parte da Comissão de Avaliação, na resposta ora apresentada, assim como em respostas anteriores.

Permanece a situação de que a Auditoria, nas análises efetuadas, não identificou nos processos SEI referentes à instrução dos termos aditivos, a análise da minuta do instrumento pela Comissão de Avaliação. Ressalta-se o posicionado pela Auditoria (peça 89, fl. 32):

A ausência de análise das minutas dos termos aditivos pela Comissão de Avaliação acarreta prejuízo ao controle preventivo, o qual poderia detectar previamente possíveis irregularidades ou problemas futuros e corrigi-los antes da assinatura dos instrumentos.

Ratificamos o apontamento.

2.17. 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) (subitem 6.17)

Manifestação da AFNE (peça 161)

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 conforme 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.

Foi apresentado, inclusive, ata do Conselho de Administração da AFNE convalidando a celebração de todos os Termos Aditivos celebrados com o Município de São Paulo.

A noção de convalidação decorre justamente da regularização de uma eventual falha formal após a sua ocorrência.

Desta forma, o documento apresentado pela AFNE junto ao Tribunal de Contas, que consiste na convalidação da celebração dos termos aditivos pelo Conselho de Administração da Entidade supre o vício formal apontado, o que impõe a superação do apontamento. (peça 161, fls. 23/24)

Análise da Coordenadoria

A informação apresentada pela AFNE já constou da resposta anterior (peça 146), analisada na manifestação de peça 150, como segue:

Considerando que não foram trazidos novos elementos pela SMS e que o documento apresentado pela AFNE foi elaborado após a assinatura dos Termos Aditivos 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, reafirmamos o descumprimento do disposto no inciso III do art. 19 do Decreto Municipal nº 52.858/11. Essa norma é clara ao exigir que a aprovação, em parecer circunstanciado do Conselho de Administração da entidade, deverá acontecer “antes de sua assinatura” (assinatura do contrato ou do TA).

Ratificamos o apontamento.

2.18. Insuficiência e/ou intempestividade do valor empenhado para atender as despesas previstas para o exercício dos TAs 01/21, 05/22, 06/22, 07/22, 08/22, 09/22, 11/22, 12/22, 13/22, 14/22, 16/22, 18/22, 19/22 (subitem 6.18)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Os apontamentos referentes aos itens 2.18 até 2.23 se referem a questionamentos meramente procedimentais já esclarecidos por parte da Secretaria Municipal de Saúde.

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 [...]

Sendo assim, ainda que não sejam acolhidas as justificativas apresentadas pela SMS, considerando que os vícios procedimentais apontados não geram qualquer prejuízo ao interesse público ou a terceiros, devem ser prontamente convalidados pela Administração.

Desta forma, seja pelo pronto esclarecimento dos fatos, seja pela convalidação do ato, devem ser superados os apontamentos 2.18 até 2.23 (peça 161, fls. 25/26)

Análise da Coordenadoria

À peça 146 consta o Ofício nº 226/2024/SMS contendo a resposta apresentada pela SMS.

Acerca do acrescido pela SMS, a Auditoria assim se manifestou (peça 150):

Conforme afirmado no relatório de Peça 89, a insuficiência e/ou intempestividade do valor empenhado para atender as despesas previstas para o exercício respectivo ocasiona risco de inadimplemento financeiro à execução do contrato, por parte da Administração.

O mero despacho autorizatório, diferentemente do alegado pela SMS, não tem o condão de garantir o adimplemento do que for executado, pois não há, sem a nota de empenho propriamente dita, a “marcação” do recurso no sistema financeiro.

Quanto ao montante empenhado, deve ser suficiente para as despesas do exercício, não sendo suficiente que as notas de empenho sejam emitidas mensalmente para cobertura tão somente do montante necessário para cada um dos meses, sob o risco de inadimplemento. A própria SMS admite que são necessárias constantes suplementações ao longo do exercício para fazer frente às despesas necessárias, o que denota grande insegurança para a execução do contrato de gestão em análise.

Situação inalterada.

Ratificamos o apontamento.

2.19. Ausência da publicação do inteiro teor dos Termos Aditivos no Diário Oficial da Cidade dos 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 6.19)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Os apontamentos referentes aos itens 2.18 até 2.23 se referem a questionamentos meramente procedimentais já esclarecidos por parte da Secretaria Municipal de Saúde.

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 [...]

Sendo assim, ainda que não sejam acolhidas as justificativas apresentadas pela SMS, considerando que os vícios procedimentais apontados não geram qualquer prejuízo ao interesse público ou a terceiros, devem ser prontamente convalidados pela Administração.

Desta forma, seja pelo pronto esclarecimento dos fatos, seja pela convalidação do ato, devem ser superados os apontamentos 2.18 até 2.23 (peça 161, fls. 25/26)

Análise da Coordenadoria

À peça 146 consta o Ofício nº 226/2024/SMS contendo a resposta apresentada pela SMS.

Acerca do acrescido pela SMS, a Auditoria assim se manifestou (peça 150):

A questão tratada no relatório de Peça 89 se refere ao descumprimento da exigência feita no inciso I do art. 16 do Decreto Municipal nº 52.858/11:

[...]

A SMS informou o endereço eletrônico no qual é possível acessar o inteiro teor dos termos aditivos ao contrato de gestão em análise. Contudo, referida divulgação eletrônica não exime a obrigação de publicação no Diário Oficial da Cidade, razão pela qual mantemos o apontamento.

Situação inalterada.

Ratificamos o apontamento.

2.20. Lavratura extemporânea dos TAs 08/22 e 09/22 (subitem 6.20)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Os apontamentos referentes aos itens 2.18 até 2.23 se referem a questionamentos meramente procedimentais já esclarecidos por parte da Secretaria Municipal de Saúde.

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 [...]

Sendo assim, ainda que não sejam acolhidas as justificativas apresentadas pela SMS, considerando que os vícios procedimentais apontados não geram qualquer prejuízo ao interesse público ou a terceiros, devem ser prontamente convalidados pela Administração.

Desta forma, seja pelo pronto esclarecimento dos fatos, seja pela convalidação do ato, devem ser superados os apontamentos 2.18 até 2.23 (peça 161, fls. 25/26)

Análise da Coordenadoria

À peça 146 consta o Ofício nº 226/2024/SMS contendo a resposta apresentada pela SMS.

Acerca do acrescido pela SMS a Auditoria se manifestou (peça 150) no sentido de que as informações acrescentadas “não justificam e sim corroboram a falha indicada pela Auditoria”. Observa-se que a SMS informou que os planos de trabalho relacionados aos aditivos foram entregues posteriormente à data de vigência.

Situação inalterada.

Ratificamos o apontamento.

2.21. O despacho de autorização para a formalização do TA 07/22 foi lavrado posteriormente à assinatura do termo (subitem 6.21)

Esse apontamento foi superado na manifestação da auditoria de peça 150.

2.22. Ausência de discriminação dos bens públicos cujo uso será permitido com a implantação de inclusão de nova unidade de saúde e inventário prévio dos bens objeto da permissão, estando os mesmos relacionados em anexo integrante do aditamento (TAs 01/21, 06/22, 07/22, 16/22) (subitem 6.22)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Os apontamentos referentes aos itens 2.18 até 2.23 se referem a questionamentos meramente procedimentais já esclarecidos por parte da Secretaria Municipal de Saúde.

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 [...]

Sendo assim, ainda que não sejam acolhidas as justificativas apresentadas pela SMS, considerando que os vícios procedimentais apontados não geram qualquer prejuízo ao interesse público ou a terceiros, devem ser prontamente convalidados pela Administração.

Desta forma, seja pelo pronto esclarecimento dos fatos, seja pela convalidação do ato, devem ser superados os apontamentos 2.18 até 2.23 (peça 161, fls. 25/26)

Análise da Coordenadoria

À peça 146 consta o Ofício nº 226/2024/SMS contendo a resposta apresentada pela SMS.

Acerca do acrescido pela SMS a Auditoria se manifestou (peça 150) no sentido de que as informações acrescentadas corroboram o apontamento.

Situação inalterada.

Ratificamos o apontamento.

2.23. Ausência de divulgação do inteiro teor do aditamento no CENTIS, em desacordo com o art. 16, inciso II, letra “a” do DM 52.858/11 (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 6.23)

Manifestação da AFNE (peça 161)

Os apontamentos referentes aos itens 2.18 até 2.23 se referem a questionamentos meramente procedimentais já esclarecidos por parte da Secretaria Municipal de Saúde.

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 [...]

Sendo assim, ainda que não sejam acolhidas as justificativas apresentadas pela SMS, considerando que os vícios procedimentais apontados não geram qualquer prejuízo ao interesse público ou a terceiros, devem ser prontamente convalidados pela Administração.

Desta forma, seja pelo pronto esclarecimento dos fatos, seja pela convalidação do ato, devem ser superados os apontamentos 2.18 até 2.23. (peça 161, fls. 25/26)

Análise da Coordenadoria

À peça 146 consta o Ofício nº 226/2024/SMS contendo a resposta apresentada pela SMS.

Acerca do acrescido pela SMS, a Auditoria assim se manifestou (peça 150):

Não é possível afirmar a data em que os dados sobre os TAs em questão foram inseridos no CENTS. No entanto, é certo que, quando da realização da fiscalização consubstanciada no relatório de Peça 89, referidas informações ainda não constavam naquele sistema.

Considerando a exigência prevista na letra “a” do inciso II do art. 16 do Decreto Municipal nº 52.858/11, a inserção das informações devia ter sido feita no CENTS desde a assinatura de cada um dos termos aditivos, de forma a atingir a almejada transparência, viabilizadora do controle social e do controle externo.

Ratificamos o apontamento.

3. CONCLUSÃO

Da análise da documentação acrescida à peça 161, concluímos **ratificados** os subitens **6.1, 6.2, 6.4, 6.5, 6.6, 6.8, 6.9, 6.10, 6.11, 6.12, 6.13, 6.14, 6.15, 6.16, 6.17, 6.18, 6.19, 6.20, 6.22 e 6.23**, descritos no relatório inicial (peça 89, subitem 6) e **superados** os subitens **6.3, 6.7 e 6.21**.

À consideração e deliberação de Vossa Excelência.

Em 24.07.24

LUCY APARECIDA DANTAS MINEIRO
Auditora de Controle Externo

MAGALLY DATO RODRIGUES
Supervisora de Controle Externo 8 - Substituta

De acordo, em

LUIZ GUSTAVO DE OLIVEIRA VIEIRA
Coordenador de Controle Externo IV