**TC 2.655/2008**

**2º Julgado – 3.054ª Sessão Ordinária**
**RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregular o contrato de gestão por fragilidade no plano, e inobservância da legislação. Operacionalização da Gestão. Atividades e serviços de saúde. SMS. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.**
**TC citado 1.254/2009.**

**1º Julgado - 2.762ª Sessão Ordinária**
**ANÁLISE. CONTRATO DE GESTÃO. SMS. Operacionalização da Gestão. Atividades e serviços de saúde. Fato sub judice. Fragilidade no plano. Inobservância da legislação. Precedentes. IRREGULAR. MULTA. Votação por maioria. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.**
**Legislação citada:** Dec. 1.923/11. Art. 52, II, Lei Mun. 9.167/80.

**2º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por tempestivo e por terem sido atendidos os demais requisitos regimentais.

**ACORDAM**, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, em negar-lhe provimento por não apresentar dados ou elementos novos que sejam capazes de se sobrepor às razões do Acórdão recorrido, o que inclui o não acolhimento do apelo referente à aceitação dos efeitos financeiros da contratação, uma vez que o acompanhamento do Contrato de Gestão 005/2008-NTCSS-SMS-G é objeto de análise do processo TC/001254/2009, ainda não concluído.

Vencido, no mérito, o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que deu provimento ao recurso interposto.

**ACORDAM**, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo e ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, para ciência.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de agosto de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

**RELATÓRIO**

Cuida o presente processo, nesta fase, da análise do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra o v. Acórdão de folhas 480/481 que, por maioria, julgou irregular, por inobservância da legislação aplicável, o Contrato de Gestão 05/2008-NTCSS-SMS-G, referente ao gerenciamento e à execução das atividades e dos serviços de saúde na microrregião Cidade Ademar, composta pelos distritos administrativos de Cidade Ademar, Pedreira e Campo Grande, firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a Associação Congregação de Santa Catarina, qualificada como Organização Social.

Ainda, por maioria, o referido Acórdão aplicou multa, no valor de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), ao Secretário Municipal da Saúde, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, considerando a gravidade das impropriedades constatadas e, por unanimidade, definiu determinações.

Inconformada, interpôs a Procuradoria da Fazenda Municipal recurso contra o referido v. Acórdão, no qual requer a reforma da respeitável decisão para considerar regular o Contrato de Gestão 05/2008-NTCSS-SMS-G, com o efeito de tornar insubsistente a multa cominada ao agente, por não constar dos autos registro de prejuízos ao erário, dolo ou má-fé.

Em essência, alega o órgão fazendário em suas razões que as falhas apontadas foram de índole formal, as quais não deram causa a prejuízos ao erário e que a execução do contrato de gestão não restou comprometida. (11.5.2015 – folhas 497/507)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo se manifestou como segue:

"*Preliminarmente, no que tange à admissibilidade do recurso da Procuradoria Municipal da Fazenda, verifica-se que foi interposto no prazo legal, sendo, portanto, tempestivo, constatando-se, ademais, o preenchimento dos demais requisitos de admissibilidade, não havendo, assim, obstáculo ao conhecimento do recurso ordinário interposto.*

*No que concerne ao mérito das razões trazidas pela recorrente, vislumbra-se que os argumentos lançados não trouxeram qualquer elemento apto a inovar a discussão já realizada na instrução processual e objeto do julgamento, não sendo, capazes de alterar a decisão pela irregularidade do Contrato de Gestão 05/2008-NTCSS-SMS-G.*

*Ante o exposto, posicionamo-nos pelo conhecimento do recurso apresentado pela PFM e, no que concerne ao mérito, pelo não provimento, com manutenção da decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos*." (02.8.2016 – folhas 528/529v)

E a Assessora Subchefe de Controle Externo fez anotar sua posição sobre o exame do reconhecimento dos efeitos financeiros:

"*Trata-se da <u>análise formal</u> do processo de contratação relativo ao Contrato de Gestão 05/08, assinado com a Associação Congregação de Santa Catarina, assim, em face do quanto consignado, entendo não ser possível examinar questão atinente ao reconhecimento de efeitos financeiros propriamente ditos, o que não impede a confirmação de outros efeitos jurídicos, resultantes na preservação da contratação em comento, inobstante seu processo de formação tenha apresentado vícios, os quais poderiam ser sanados ou até superados.*

*Destarte, considerando que a análise da aceitação dos efeitos financeiros extrapola o objeto da fiscalização de natureza formal, entendo que não merece provimento também o pedido subsidiário formulado pela PFM.*

*Diante do exposto, opino pela manutenção do V. Acórdão recorrido*." (20.9.2016 – folhas 530/531v)

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou ciência dos acrescidos nos autos nessa fase e reiterou os pedidos formulados em seu recurso, notadamente, o seu provimento com apreciação e aceitação dos efeitos econômicos da contratação. (28.9.2016 – folha 533)

A Secretaria Geral, inicialmente, opinou pelo conhecimento do recurso, uma vez atendidos os requisitos de sua admissibilidade, e, no que atine ao mérito, "(...) *não visualizo fatos ou elementos novos capazes de alterar o entendimento alcançado por esta Corte de Contas em seu Acórdão de fls. 480/481*."

E acrescentou:

*"A decisão ora recorrida fundamenta-se na inobservância da essência da legislação aplicável aos contratos de gestão, demonstrando a gravidade das falhas constadas e ultrapassando a noção de que ocorreram impropriedades meramente formais.*

*(...) não há no recurso interposto pela PFM elementos novos capazes de modificar o V. Acórdão, devendo o mesmo ser mantido na íntegra, por seus próprios fundamentos. (...)*

*Ante o exposto, o parecer é no sentido do conhecimento do recurso, visto que preenchidos os requisitos regimentais, e, no mérito, pelo não provimento do mesmo, com a manutenção do Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos." (06.12.2016 – folhas 535/537)*

É o Relatório.

**VOTO**

De início, cabe informar que consta do presente processo manifestação do Ministério Público do Estado de São Paulo requerendo informações sobre o seu andamento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs o presente recurso contra o v. Acórdão de folhas 480/481 que, a partir do voto condutor do Revisor Conselheiro Maurício Faria, julgou irregular o Contrato de Gestão 005/2008-NTCSS-SMS-G, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a Associação Congregação de Santa Catarina, pela inobservância da essência da legislação aplicável (Lei Federal 9.637/98 e Lei Municipal 14.132/06), uma vez que o Contrato de Gestão é uma parceria público-privada pela qual a Administração Pública incumbe o particular do gerenciamento apenas operacional de uma política pública por ela, Administração, anteriormente traçada, cabendo-lhe supervisionar, controlar e fiscalizar.

No presente Contrato de Gestão ficou transferida à Organização Social definir a situação da saúde a ser enfrentada, assim como o programa a ser adotado, segundo o voto do Conselheiro Revisor, Maurício Faria, cujos pontos centrais, com alusões às considerações da Assessoria Jurídica desta Corte de Contas, cabem ser destacados:

*"A análise do CONTRATO DE GESTÃO 005/08, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a Associação Congregação de Santa Catarina, evidenciou irregularidades semelhantes àquelas assinaladas na análise dos contratos de gestão já julgados por esta Corte, cujas decisões basearam-se em irregularidades cuja essência não se resumia a aspectos formais. (...)*

*'O contrato de gestão sub examine parece apresentar orientações genéricas, indicativos tímidos e superficiais, que fatalmente não permitirão o efetivo controle de resultado propalado na defesa do trespasse de serviços eminentemente estatais ao setor privado.'*

*De outra parte, a análise dos Anexos Técnicos demonstra que referido diagnóstico prévio, não foi realizado pela Secretaria Municipal da Saúde, uma vez que, paradoxalmente, a atribuição quanto aos diagnósticos de situação surge como tarefa da própria OS [Organização Social], o que me faz concluir que o presente contrato foi celebrado sem que a Secretaria traduzisse a realidade concreta e específica existente na microrregião para, a partir desta apreensão da realidade local, fixar ela própria, SMS [Secretaria Municipal da Saúde], as metas a serem alcançadas pela parceira, inclusive quanto aos meios adequados para tanto.*

*(...) Portanto, competia à Organização Social a elaboração da própria base da política pública de saúde para a Microrregião, o que configura uma abdicação, constitucionalmente inadmissível, de competência intransferível do Poder Público.*

*Em suma, por Lei:*

*1-) o contrato de gestão é uma parceria público-privada pela qual a Administração incumbe o particular do gerenciamento apenas operacional de uma política pública de saúde que aquela deve traçar, supervisionar, controlar e fiscalizar;*

*2-) o contrato de gestão visa o cumprimento de metas de política pública, mensuráveis e verificáveis segundo parâmetros próprios de produção de procedimentos de saúde;*

*3-) compete à Administração a verificação da correlação custos/produtos, com base em sistemática de prestação de contas devidamente instrumentalizada, cujos procedimentos os próprios termos do ajuste devem balizar;*

*Diante do exposto, e pela inobservância da essência da legislação aplicável, tal como nos julgados precedentes sobre matérias de idêntico teor, voto pela irregularidade do contrato de gestão, imputando-se ao Sr. Secretário Municipal de Saúde multa no valor de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), com fundamento no disposto no artigo 52, inciso II,*

*da Lei Municipal 9.167/80, considerando a gravidade das impropriedades apontadas."*

*O Acórdão assim decidiu:*

*"ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, com voto proferido em separado, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO, em julgar irregular o Contrato de Gestão 005/2008-NTCSS-SMS-G, pela inobservância da essência da legislação aplicável.*

*ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar ao Secretário Municipal da Saúde a multa no valor de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), com fundamento no disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, considerando a gravidade das impropriedades constatadas".*

O recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal requer a reforma dessa respeitável decisão para que seja considerado regular o Contrato de Gestão 05/2008-NTCSS-SMS-G, com o efeito de tornar insubsistente a multa cominada ao agente, por não constar dos autos registro de prejuízos ao erário, dolo ou má-fé. Alternativamente, requereu que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos atos examinandos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Em essência, alega o órgão fazendário em suas razões que as falhas apontadas foram de índole formal, as quais não deram causa a prejuízos ao erário e que a execução do contrato de gestão não restou comprometida.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, de início, manifestou-se pelo conhecimento do recurso por atendidos os requisitos de sua admissibilidade e concluiu:

*"No que concerne ao mérito das razões trazidas pela recorrente, vislumbra-se que os argumentos lançados não trouxeram qualquer elemento apto a inovar a discussão já realizada na instrução processual e objeto do julgamento, não sendo, capazes de alterar a decisão pela irregularidade do Contrato de Gestão 05/2008-NTCSS-SMS-G.*

*Ante o exposto, posicionamo-nos pelo conhecimento do recurso apresentado pela PFM e, no que concerne ao mérito, pelo não provimento, com manutenção da decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos*."

E a Assessora Subchefe de Controle Externo fez anotar sua posição sobre o exame do reconhecimento dos efeitos financeiros:

*"Trata-se da <u>análise formal</u> do processo de contratação relativo ao Contrato de Gestão 05/08, assinado com a Associação Congregação de Santa Catarina, assim, em face do quanto consignado, entendo não ser possível examinar questão atinente ao reconhecimento de efeitos financeiros propriamente ditos, o que não impede a confirmação de outros efeitos jurídicos, resultantes na preservação da contratação em comento, inobstante seu processo de formação tenha apresentado vícios, os quais poderiam ser sanados ou até superados.*

*Destarte, considerando que a análise da aceitação dos efeitos financeiros extrapola o objeto da fiscalização de natureza formal, entendo que não merece provimento também o pedido subsidiário formulado pela PFM.*

*Diante do exposto, opino pela manutenção do V. Acórdão recorrido."*

A Secretaria Geral, inicialmente, opinou pelo conhecimento do recurso, uma vez cumpridos os requisitos de sua admissibilidade, e, no que atine ao mérito, considerou que as razões do recurso não apresentaram elementos novos, capazes de alterar o entendimento e as conclusões do v. Acórdão atacado.

E acrescentou:

*"A decisão ora recorrida fundamenta-se na inobservância da essência da legislação aplicável aos contratos de gestão, demonstrando a gravidade das falhas constadas e ultrapassando a noção de que ocorreram impropriedades meramente formais.*

*(...) não há no recurso interposto pela PFM elementos novos capazes de modificar o V. Acórdão, devendo o mesmo ser mantido na íntegra, por seus próprios fundamentos. (...)*

*Ante o exposto, o parecer é no sentido do conhecimento do recurso, visto que preenchidos os requisitos regimentais, e, no mérito, pelo não provimento do mesmo, com a manutenção do Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos."*

Diante de todo o exposto, com base nas conclusões dos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, CONHEÇO do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal por tempestivo e atendido os demais requisitos regimentais.

No mérito, ainda com base nos pareceres dos referidos órgãos opinantes desta Corte de Contas, NEGO PROVIMENTO ao presente recurso por não apresentar dados ou elementos novos que sejam capazes de se sobrepor às razões do v. Acórdão recorrido, o que inclui o não acolhimento do apelo referente à aceitação dos efeitos financeiros da contratação uma vez que o acompanhamento

do Contrato de Gestão 005/2008-NTCSS-SMS-G é objeto de análise do TC 1254/2009, ainda não concluído.

Expeçam-se ofícios dirigidos ao Ministério Público do Estado de São Paulo, assim como ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, dando-lhes ciência da presente decisão.

Após, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

**1º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.742ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, com voto proferido em separado, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO, em julgar irregular o Contrato de Gestão 005/2008-NTCSS-SMS-G, pela inobservância da essência da legislação aplicável.

**ACORDAM**, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar ao Secretário Municipal da Saúde a multa no valor de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), com fundamento no disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, considerando a gravidade das impropriedades constatadas.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator, que, nos termos de seu relatório e voto, acolheu excepcionalmente o Contrato de Gestão 005/2008/NTCSS-SMS-G.

**ACORDAM**, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal da Saúde – SMS que, de futuro, atente fielmente para os aspectos formais no momento da assinatura de ajustes dessa natureza e que, especialmente, disponibilize no Portal da Prefeitura as metas e indicadores devidamente atualizados.

**ACORDAM**, também, à unanimidade, tendo em vista que o presente contrato de gestão continua em vigência, em determinar o retorno dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC desta Corte para análise dos aditivos subsequentes, e, ainda, para espancar qualquer dúvida, que investigue se os valores pagos a título de remuneração e vantagem aos dirigentes e

empregados da organização social são compatíveis com os valores de mercado, conforme estipulado na Cláusula Segunda do ajuste.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar a remessa de ofício aos Excelentíssimos Senhores Prefeito, Presidente da Câmara Municipal, ao Secretário Municipal da Saúde, ao digno representante do Ministério Público, assim como ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, dando-lhes ciência deste Acórdão.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de setembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do artigo 136, § 7º, do Regimento Interno desta Corte

**RELATÓRIO**

Em julgamento o CONTRATO DE GESTÃO 005/08, firmado por intermédio da Secretaria Municipal da Saúde e a Organização Social Associação Congregação de Santa Catarina, com vistas ao desenvolvimento das ações e serviços de saúde na microrregião Cidade Ademar.

A Coordenadoria IV, após minudente análise, concluiu pela irregularidade da contratação em razão:

1. Da inadequação do Estatuto Social da Associação Congregação de Santa Catarina, às disposições da Lei Municipal 14.132/06.

2. Do atraso na publicação do ajuste no DOC.

3. Da falta de aprovação e publicação na imprensa, do regulamento próprio contendo os procedimentos que a Organização Social adotaria para contratação de obras e serviços.

4. Não disponibilização no Portal da Prefeitura das metas e indicadores de desempenho pactuados.

5. A insuficiência das Notas de Empenho para cobrir a previsão de despesa do exercício financeiro.

6. Acompanhamento e avaliação do contrato feito pelo Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde (NTCSS), quando deveria ser realizado pela Comissão de Avaliação, nos termos do § 3º do art. 11 do Decreto Municipal 47.453/06.

7. Ausência da estipulação clara dos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da Organização Social.

8. Irregularidade relativa ao inventário prévio dos bens objeto da permissão de uso, que só foi juntado ao Processo Administrativo em 30/07/2008.

9. Não apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS válido à época da lavratura do ajuste. A área técnica, inicialmente, ressalvou a não indicação no Comunicado de Interesse Público 05/07 da data-limite para as interessadas manifestarem seu interesse em firmar o contrato de gestão, mas que, no decorrer da instrução processual, entendeu superada tal questão, no que foi acompanhada pela Assessoria Jurídica deste Tribunal.

A Coordenadoria IV concluiu que a Origem deveria corrigir o número do Contrato no Despacho de Autorização e a redação do item 7 da Cláusula Segunda do ajuste, que menciona a figura da "Associada", por falta de previsão da possibilidade de associação da OS com outra instituição.

Neste aspecto particular, a Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se pela relevação, por se tratar de mero equívoco sem maiores consequências.

Em seu parecer inicial, a Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela inconstitucionalidade da Lei Municipal 14.132/06 e sem prejuízo dos apontamentos feitos pela área técnica, destacou alguns aspectos que, no seu entendimento, reforçam as conclusões pela rejeição do ajuste.

A Assessora Subchefe de Controle recomendou a abertura de expediente próprio para o exame da constitucionalidade da lei supracitada, sugestão rechaçada pelo Relator, por considerar que, se acolhida, implicaria prejulgamento da matéria, hipótese inaplicável ao caso dos autos.

Diante disso, a Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou sua manifestação pela irregularidade do ajuste em apreço. Intimados, os envolvidos apresentaram defesa, à exceção do Secretário Municipal da Saúde, Sr.

Januário Montone, que, analisadas, permitiram à Coordenadoria IV retificar suas conclusões relativas ao Comunicado de Interesse Público e à falta de publicação do Regulamento de Compras e Contratações da Organização Social, no que foi acompanhada da Assessoria Jurídica de Controle Externo. Apesar da Assessora preopinante sustentar a irregularidade do ajuste, a Assessora Subchefe de Controle Externo entendeu passíveis de relevação a publicação extemporânea do ajuste no Diário oficial e o apontamento relativo ao inventário dos bens objeto da permissão de uso, atendido extemporaneamente.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento e, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros do ajuste em julgamento.

A Secretaria Geral opinou pela rejeição do Contrato de Gestão.

É o relatório.

**VOTO**

PRELIMINARMENTE, se faz necessário esclarecer que os Contratos de Gestão julgados anteriormente por este Tribunal de Contas foram rejeitados, tendo em vista as falhas formais e de execução levantadas e combatidas pelos órgãos técnicos e endossadas pelas áreas jurídicas. Apesar de, no venerando Acórdão proferido no TC 1.870.09-80, que, à unanimidade, rejeitou o Contrato de Gestão 009/08-NTCSS-SMS-G e os Termos Aditivos 01, 02 e 03/2008, constar proposta de se criar, por intermédio daquele julgado, jurisprudência para servir de referência à apreciação dos demais contratos da espécie, o caso em tela, merece julgamento diferenciado.

Vejamos. Neste momento processual julga-se, exclusivamente, os aspectos formais do Contrato de Gestão 005/2008 e, como só poderia ser, a área auditora, em minucioso relatório, não chegou a conclusões muito diferentes daquelas alcançadas nos ajustes já julgados. Assim, estudando melhor o tema, passei a entender que, a análise de um ajuste dessa espécie exige um trabalho de interpretação diferenciada das normas que lhe são aplicáveis e, ainda mais, de acomodação desse instituto inovador no ordenamento jurídico pátrio, a ser utilizado na busca da melhoria na gestão dos interesses públicos.

As dificuldades, que não são pequenas, se revelam diante de um regime jurídico-administrativo rígido, de restrições e controles, que, praticamente, dificulta ou impede as possibilidades de quaisquer flexibilizações nas formas de atuação da Administração Pública quando o objetivo é firmar parcerias com entidades do setor privado, sem fins lucrativos, voltadas, estatutariamente, para o desempenho de atividades de interesses sociais relevantes.

Buscando maneiras de harmonizar o trabalho do Poder Público em conjunto com essas entidades, por intermédio desse modelo de contratação, como pressuposto, foram criadas, por força de lei, exigências que, uma vez preenchidas pelas interessadas, permite ao órgão competente qualificá-las como Organizações Sociais e, entre tais exigências, encontra-se a necessidade de adaptação de seus estatutos sociais aos desideratos legais, sob pena de não serem devidamente qualificadas. Quando aludidas entidades pleiteiam a mencionada qualificação, objetivam, exclusivamente, firmar relações com a Administração para desenvolverem atividades públicas, ou de interesse público, mais especificamente, nas áreas sociais, de saúde, educação, cultura etc., posto que tais serviços não se qualificam como exclusivos do Estado.

É perceptível que a relação estabelecida entre a Administração Pública e as Organizações Sociais não é puramente contratual; é mais uma relação de parceria, de colaboração, mediante a qual, a entidade privada executa a atividade de seu escopo institucional, recebendo fomento do Poder Público para tanto, na busca da melhor satisfação dos interesses da coletividade. Diante deste contexto, quer me parecer, que a apreciação da matéria em tela, em consonância com os apontamentos feitos pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, divide-se em 2 (duas) partes distintas e inconfundíveis e que, acabaram fundindo-se em uma só conclusão, apesar de se reportarem a fases distintas de elaboração e assinatura do contrato de gestão.

A primeira volta-se à apreciação da adequação ou não do Estatuto Social apresentado pela Associação Congregação Santa Catarina às exigências legais como condição para sua qualificação como Organização Social. "Data maxima venia", entendo descabida a reapreciação do Estatuto Social da entidade contratada no contexto de julgamento do Contrato de Gestão, por considerar matéria afeta a momento distinto do que por ora se analisa, voltado à sua qualificação perante o órgão municipal competente e que não está, ao menos por enquanto, em julgamento.

É válido mencionar que o legislador entendeu por bem estabelecer uma fase preparatória, qualificadora da entidade civil sem fins lucrativos para habilitá-las a prestação de serviços próprios da Administração Pública, por intermédio do instituto Contrato de Gestão. Neste momento, sim, é que se deve apreciar o devido enquadramento do Estatuto Social da entidade às exigências legais. Entendo, nesta seara que, se o órgão competente qualificou a Associação Congregação Santa Catarina como Organização Social foi porque considerou que o seu Estatuto se encaixava na moldura legal, não competindo mais ao agente público responsável pela celebração do contrato, fase posterior, portanto, reapreciar se a instituição preenchia ou não os requisitos para receber mencionada qualificação, pois, uma vez qualificada, apta estaria a firmar ajuste dessa natureza com o Poder Público. Frise-se, a contratada continua sendo uma instituição qualificada como OS, tanto no Estado como no Município de São Paulo e, com tais entes federativos continua desenvolvendo atividades de saúde por meio desse modelo contratual.

Aliás, no Município de São Paulo faz não só a gestão das unidades de saúde integrantes da Microrregião Cidade Ademar, composta por 30 unidades entre UBS, AMAs, CEO e CAPS e (compreendidos no contrato em julgamento), como também da Micorregião Socorro Parelheiros, composta por 12 unidades, entre UBS/PSF, CEOs, AMAs, Ambulatórios de Especialidades e Prontos-Socorros, pertencentes a Zona Sul da Cidade.

Todas essas razões me levam a considerar os apontamentos relativos ao Estatuto Social da entidade como insuficientes para conduzirem ao julgamento pela irregularidade do presente contrato de gestão, mesmo porque, essa temática só teria relevância se estivessem em julgamento os procedimentos adotados pela autoridade competente no momento de qualificação da entidade no Município de São Paulo.

A segunda parte da análise tem foco nos aspectos formais da celebração do ajuste em si mesmo e que, segundo a área auditora, foram inobservados, ou, extemporaneamente atendidos, quando de sua elaboração e que, por vezes, atingem condições de validade, e outras, às condições de eficácia do instrumento.

Em relação às condições de eficácia, destacou-se a publicação extemporânea do ajuste no Diário Oficial da Cidade e, na imprensa, do regulamento próprio contendo os procedimentos a serem adotados pela Organização Social para contratação de obras e serviços.

Tais apontamentos, no entanto, restaram superados nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos argumentos adoto para relevar tais falhas, alinhando-me à jurisprudência desta Corte.

Quanto a não disponibilização no Portal da Prefeitura das metas e indicadores atualizados, destaca-se que tal exigência restou cumprida, ainda que de maneira transversa, quando da publicação no site da Secretaria Municipal da Saúde, atendendo, assim, ao desiderato legal.

No que tange aos requisitos de validade apontados inicialmente como inobservados, após a análise das defesas, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, endossada por sua Subchefia, entendeu superados aqueles relativos ao Comunicado de Interesse Público, a correção do número do contrato no Despacho de Autorização e a ausência de inventário prévio dos bens objeto da permissão de uso, razão pela qual as relevo, pois não passam de falhas meramente formais que pouco ou nenhum impacto causam no ato examinado. Entendo, ainda, que as demais falhas, merecem os devidos temperamentos a serem realizados com fulcro nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Vejamos:

**1. Os Certificados de Regularidade Fiscal do FGTS anexados aos autos, um tem validade até 29/01/08 e outro a partir de 07/02/08, demonstrando um período de apenas 09 (nove) dias sem cobertura por atestados, não implicando, necessariamente, que nesse período a contratada estivesse inadimplente.** Aliás, este órgão plenário, julgando casos similares, houve por bem atenuar esta falha, por entender que o Certificado atesta no presente uma situação do passado para produzir efeitos para o futuro. Ora, se a entidade fosse devedora do FGTS no lapso temporal entre os dois atestados colacionados aos autos, não obteria êxito na emissão do documento emitido a partir de 07/02/08.

**2. A insuficiência das Notas de Empenho para cobrir a previsão de despesa do exercício financeiro.** Apesar não ter havido emissão de Notas de Emprenho para o montante global referente ao exercício financeiro de 2008 até a data de formalização do ajuste, que se deu em 01/02/2008, todas as despesas foram previamente empenhadas, ainda que as notas tenham sido emitidas mensalmente, como demonstrou em sua defesa a unidade auditada. Sendo, assim, não houve realização de despesa sem prévio empenho.

**3. Acompanhamento e avaliação do ajuste realizados pelo Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde (NTCSS), quando deveriam ser feitos pela Comissão de Avaliação.** É imperioso reconhecer que a execução e fiscalização do contrato de gestão, à luz da Lei 14.132/06 e Decreto 47.453/06, seriam atribuições da Comissão de Avaliação. No entanto, após a assinatura do presente ajuste, mais precisamente em 28/05/2008, o mencionado Decreto que regulamentava tal Comissão foi revogado pelo Decreto 49.523/08, que trouxe nova estrutura nesta área. Com fulcro na nova regulamentação, a Comissão de Avaliação ficou com a atribuição específica de analisar os termos da minuta do ajuste previamente à sua assinatura (artigo 17), sendo que a execução e fiscalização passaram a ser encargo da Comissão de Acompanhamento e Fiscalização. Por se tratar de norma procedimental, o novo Decreto passou a incidir imediatamente e, no caso dos autos, foi a Comissão Técnica de Acompanhamento do Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde que realizou tal tarefa. Sendo assim, entendo superada a falha formal apontada. E, mesmo se outro fosse o entendimento, seria insuficiente para inquinar de irregularidade todo o ajuste em julgamento, pelo simples fato de ter sido acompanhado e avaliado por órgão diferente da Comissão de Avaliação, sendo que o mais importante é ter havido o acompanhamento e avaliação dos resultados alcançados com sua execução.

**4. Ausência de estipulação clara dos critérios para a despesa com a remuneração e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da Organização Social, no exercício de suas funções.** Observa-se que o item 8 da Cláusula Segunda do Contrato de Gestão 005/2008 ao estabelecer as obrigações e responsabilidades da contratada, assim prevê: "Adotar valores compatíveis com os níveis médios de remuneração, praticados na rede privada de saúde, no pagamento de salários e de vantagens de qualquer natureza de dirigentes e empregados da ORGANIZAÇÃO SOCIAL". Quanto a esse aspecto, a equipe técnica, sem muito esclarecer, entendeu que o presente ajuste não estabelece com clareza, os limites de remuneração equivalentes aos valores

mínimos e máximos, conforme exige a legislação regente da matéria. Sobre esta questão, entendo que mencionada Cláusula atende aos fins colimados no artigo 7º, inciso II, da Lei Municipal 14.132/06, pois deixa claro que, para fins de pagamento de salários e de vantagens de qualquer natureza de dirigentes e empregados da OS, serão adotados "valores compatíveis com os níveis médios de remuneração, praticados na rede privada de saúde". Tem-se, portanto, referência para os pagamentos dos dirigentes da entidade.

Destaco, finalmente, que por intermédio do Termo Aditivo 024/2014, o Contrato de Gestão em julgamento teve seu prazo de vigência prorrogado para até 01 de agosto de 2014, conforme publicação do DOC de 14/03/2014, de onde se percebe que a atual gestão já fez uma escolha, logo, deve ser aplicada a máxima jurídica de que não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso que haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade.

De tudo quanto exposto, constata-se que os apontamentos feitos nos autos têm aspectos meramente formais, por isso, coerente com a tendência de mitigação do princípio da nulidade dos atos administrativos, à luz dos princípios da segurança jurídica, confiança, ética jurídica e boa fé objetiva, somadas a razoabilidade e proporcionalidade, todos, explicita ou implicitamente, constitucionalizados, em verdadeira ponderação de valores ACOLHO EXCEPCIONALMENTE o Contrato de Gestão 005/2008/NTCSS-SMS-G.

No entanto, determino à Origem que, de futuro, atente fielmente para os aspectos formais no momento da assinatura de ajustes dessa natureza e que, especialmente, disponibilize no Portal da Prefeitura as metas e indicadores devidamente atualizados. Tendo em vista que o presente contrato de gestão continua em vigência, determino o retorno dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle para análise dos Aditivos subsequentes.

E mais. Para espancar qualquer dúvida, determino, ainda, à SFC que investigue se os valores pagos a título de remuneração e vantagem aos dirigentes e empregados da Organização Social são compatíveis com os valores de mercado, conforme estipulado na Cláusula Segunda do ajuste. Determino a remessa de ofício ao Excelentíssimo Sr. Prefeito, ao Excelentíssimo Sr. Presidente da Câmara Municipal, Excelentíssimo Sr. Secretário de Saúde, ao mui digno representante do Ministério Público, dando-lhes ciência deste julgado.

É o voto. (2.742ª S.O.)

**VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria**:

A análise do CONTRATO DE GESTÃO 005/08, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a Associação Congregação de Santa

Catarina, evidenciou irregularidades semelhantes àquelas assinaladas na análise dos contratos de gestão já julgados por esta Corte, cujas decisões basearam-se em irregularidades cuja essência não se resumia a aspectos formais.

Em todos esses julgados anteriores, que concluíram pela irregularidade de todos os contratos de gestão até então apreciados, ficou claro que os aspectos formais, embora também tenham sido objeto de apontamentos, não foram os principais pontos que determinaram a conclusão pela inadequação dos instrumentos de operacionalização e apoio à gestão de serviços de saúde firmados com as Organizações Sociais, nas diversas Microrregiões abrangidas. Isso ocorreu justamente quando, de forma ampla, o controle externo ingressou em aspectos operacionais para analisar o conjunto das ações que compreendem as questões do planejamento, das medidas de gerenciamento e, como decorrência, da efetividade das ações realizadas.

Com isso, as impropriedades formais se tornaram somente parte de um todo, e isso representou um sentido de globalidade na apreciação da ação administrativa. É nesse contexto dos diversos julgados que surge o presente feito, apresentando semelhanças que mostram, de maneira idêntica, as fragilidades nas diretrizes precárias definidas para o plano de metas previsto, e, também, nos instrumentos de gestão necessários para a assunção pela OS das unidades de saúde assumidas.

Desta feita, nem mesmo a opção constante do voto do I. Relator, no sentido de adotar uma análise estritamente formal do contrato, nos afastaria do compromisso de buscar a higidez na implantação desse regime especial de parceria público-privada. Independente dos rumos da instrução processual, o que cabe questionar em primeiro lugar é a conformidade da contratação em relação à disciplina em vigor que rege a matéria, sobretudo do ponto de vista legal acerca das finalidades para as quais foi concebido o Contrato de Gestão. O fato é que legalmente o Contrato de Gestão foi concebido como um instrumento de fixação e execução de metas, com uma correlação custo/produtos que apresente vantajosidade.

Partindo dessa premissa, o caso em tela envolve determinadas indagações: Houve planejamento de política pública de saúde para a ação administrativa, a partir de um diagnóstico da situação preexistente, de forma a estruturar o estabelecimento das metas almejadas? Considerando que nesse modelo prioriza-se a noção de administrar por resultados, flexibilizando determinados procedimentos para compra de bens e contratação de serviços, é possível identificar no contrato em julgamento as medidas necessárias para uma fiscalização efetiva e eficaz quanto a esses resultados? Se, ao fim e ao cabo, o que se pretende é assegurar a qualidade e efetividade dos serviços, a capacidade operacional da OS não precisa ser concretamente dimensionada a partir do específico objeto, evitando que a qualificação prévia da Organização Social represente uma mera formalidade desprendida do dimensionamento dos serviços e do alcance dos resultados pretendidos? As respostas a essas indagações revelam a realidade que surge dos presentes autos.

A partir daí, cumpre tecer considerações conceituais em torno das mesmas, avaliando a conformidade técnica consoante a ordem jurídica. Pelos pressupostos e fundamentos da legislação regente, os Contratos de Gestão, enquanto forma da parceria público-privada, produziriam mais e melhores serviços com um custo melhor.

Esse ponto de partida – mais e melhores serviços com custo vantajoso – é algo que deve estar em permanente demonstração no andamento do Contrato de Gestão, porque é isso que fundamenta a substituição da prestação direta pelo poder público e a escolha, então, pela parceria público-privada. Esses aspectos se apresentam já no momento de qualificação, e o significado que esta deve produzir, ou seja, não somente uma compreensão simples de adequação estatutária com a lei, mas, também, um parâmetro de verificação da capacidade operacional específica da Organização Social, para aquele específico objeto. Melhor exemplificando, por hipótese, poderíamos mencionar o caso de determinada OS que cumpre com todos os elementos que concorrem para a qualificação formal, sendo que traz em seu histórico uma situação de mais de 20 anos realizando o impecável atendimento de 500 pacientes/mês.

No entanto, a pergunta que surge é a seguinte: Essa qualificação formal, básica e genérica, deve ser entendida como válida e suficiente se os quantitativos do Contrato de Gestão anunciado definirem um atendimento de uma microrregião com 5.000 atendimentos/mês? Desta feita, a questão que permanece no caso "sub judice" aponta para o fato de que essa correlação entre capacidade operacional e objeto jamais existiu, expondo a Administração à incerteza. Oportuno trazer à colação nesse aspecto os argumentos lançados pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto em seu voto proferido no julgamento, inconcluso, da ADI 1923/DF em 31/03/2011:

"É preciso, porém, fazer a seguinte ressalva: a desnecessidade do procedimento licitatório:

a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão;

b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua **específica habilitação para determinado 'contrato de gestão';**

c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público;

d) **não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.** (...) A opção por se adotar o regime jurídico-privado para prestar o serviço, ao se classificar uma entidade como 'organização social', não indica que o momento lógico anterior a essa prestação deve também representar a expressão de um lado autônomo do Poder Público.

A Administração não passa, a partir da edição da Lei 9.637/98, a deter autonomia – na melhor acepção de direito privado – para escolher a condução de suas ações. **Caberá ao gestor percorrer todo o caminho jurídico e administrativo para que, ao fim, obtenha decisão construída num ambiente propício ao controle de suas razões.**" **(Grifos nossos)**. Outra questão fundamental refere-se à conclusão de inconsistência do planejamento prévio do Contrato de Gestão em julgamento. Para este registro, opto pela reprodução "in verbis" das manifestações das áreas técnicas: AJCE fl. 267: "No mais, oportuna breve menção à fragilidade dos instrumentos de controle fixados no contrato em apreço.

Na medida em que a fiscalização e o controle de resultados consubstanciam o grande diferencial e o maior atrativo dessa novel fórmula de atuação do Estado, não há como prescindir do estabelecimento de critérios objetivos, fundados e bem delimitados para aferição dos serviços executados pela Organização Social.

O contrato de gestão sub examine parece apresentar orientações genéricas, indicativos tímidos e superficiais, que fatalmente não permitirão o efetivo controle de resultado propalado na defesa do trespasse de serviços eminentemente estatais ao setor privado." De outra parte, a análise dos Anexos Técnicos demonstra que referido diagnóstico prévio, não foi realizado pela Secretaria Municipal da Saúde, uma vez que, paradoxalmente, a atribuição quanto aos diagnósticos de situação surge como tarefa da própria OS, o que me faz concluir que o presente contrato foi celebrado sem que a Secretaria traduzisse a realidade concreta e específica existente na microrregião para, a partir desta apreensão da realidade local, fixar ela própria, SMS, as metas a serem alcançadas pela parceira, inclusive quanto aos meios adequados para tanto.

Assim, do teor das atividades a serem desenvolvidas pela OS no início da execução contratual, pode-se concluir que cabia à contratada identificar: a) os problemas de saúde que devem ser priorizados nas intervenções a serem realizadas nas diferentes unidades de saúde; b) a origem e os fluxos de pacientes entre as diferentes unidades de saúde que compõem a Microrregião; c) as diferentes especialidades e tipologia de serviços ofertados; d) a produção potencial das diferentes unidades da Microrregião. Portanto, competia à Organização Social a elaboração da própria base da política pública de saúde para a Microrregião, o que configura uma abdicação, constitucionalmente inadmissível, de competência intransferível do Poder Público.

Em suma, por Lei: 1-) o contrato de gestão é uma parceria público-privada pela qual a Administração incumbe o particular do gerenciamento apenas operacional de uma política pública de saúde que aquela deve traçar, supervisionar, controlar e fiscalizar ; 2-) o contrato de gestão visa o cumprimento de metas de política pública, mensuráveis e verificáveis segundo parâmetros próprios de produção de procedimentos de saúde; 3-) compete à Administração a verificação da correlação custos/ produtos, com base em sistemática de prestação de contas devidamente instrumentalizada, cujos procedimentos os próprios termos do ajuste devem balizar; Diante do exposto, e pela inobservância da essência da legislação aplicável, tal como nos julgados precedentes sobre matérias de idêntico teor, voto pela irregularidade do contrato de gestão, imputando-se ao Sr. Secretário Municipal de Saúde multa no valor de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), com fundamento no disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, considerando a gravidade das impropriedades apontadas.