ACO-UTR-340/2023

Processo - TC/006380/2016
Interessada - Secretaria Municipal da Saúde/Fundo Municipal de Saúde
Acompanhamento do edital de Chamamento Público 01/2016
Objeto - Verificar a regularidade do edital de chamamento público, cujo objeto é a contratação de organização social para o gerenciamento e a execução de atividades, ações e serviços de saúde, no Hospital Municipal de Parelheiros, quanto aos aspectos de legalidade, formalidade e mérito

45ª Sessão Ordinária Não Presencial

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CHAMAMENTO PÚBLICO. SMS. FMS. Gerenciamento e execução de atividades, ações e serviços de saúde. 1. A prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais foi considerada válida pelo STF. ADI 1.923-DF. 2. O objetivo dos contratos de gestão é a fixação de metas de desempenho para a apuração da qualidade dos serviços, por prazo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultado para verificação do cumprimento das metas prestadas. 3. As falhas assinaladas nos autos não apresentaram reflexos sobre a materialidade dos serviços. ACOLHIDO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o edital de Chamamento Público 01/2016.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e RICARDO TORRES.

São Paulo, 26 de julho de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator

/mfl

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO Data: 25/08/2023 12:06:46 -03:00 Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 25/08/2023 12:29:01 -03:00 Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

eTCM n. 6380/2016

Interessado: Secretaria Municipal de Saúde (SMS)

Objeto: Gerenciamento e execução de atividades, ações e serviços de saúde no Hospital Municipal de Parelheiros

EMENTA
ANÁLISE. EDITAL DE CHAMAMENTO. SMS. 1. A prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais foi considerada válida pelo STF. 2. As falhas assinaladas nos autos não apresentaram reflexos sobre a materialidade dos serviços. 3. O ajuste firmado contém os requisitos essenciais exigidos. 4. Os elementos constantes dos autos demonstraram o avanço em relação aos contratos anteriores. REGULAR. PRECEDENTES**.**

RELATÓRIO

Trata o presente do acompanhamento do Edital de Chamamento Público nº 001/2016-SMS.G/NTCSS promovido pela Secretaria Municipal da Saúde, objetivando a contratação de Organização Social para o gerenciamento e a execução de atividades, ações e serviços de saúde no Hospital Municipal Parelheiros.

A divulgação do Processo de Seleção foi publicada no Diário Oficial em 03/06/2016, com designação de abertura para o dia 05/10/2016, às 10 horas.

Em análise inicial, a Subsecretaria de Controle Externo, concluiu pela existência de impropriedades, nos seguintes termos:

4.1 - A justificativa apresentada para o presente chamamento não é suficiente para demonstrar a vantajosidade na adoção do contrato de gestão em termos comparativos com a gestão direta dos serviços de saúde (subitem 3.3.1).

4.2 - Não foram demonstrados nos autos os estudos e parâmetros técnicos utilizados para fixação do volume dos serviços descritos no Anexo II - Documento Descritivo do Edital e Anexo I - Descrição dos Serviços da Minuta do Contrato de Gestão (subitem 3.3.2).

4.3 - Fragilidade no Orçamento Estimativo, em razão das impropriedades constantes da memória de cálculo que embasou o valor estimado (subitem 3.3.3 letras "a", "b", "c", "d" e "e").

4.4 - Os índices adotados não comprovam a satisfatória situação financeira da Organização Social, desatendendo o § 1º do artigo 27 do DM nº 52.858/11(subitem 3.3.4).

4.5 - Exorbitância nas exigências de Qualificação Técnica, em relação à exigência do subitem 7.2.4."e" do Edital (relação dos instrumentos firmados vigentes durante o período do edital, acompanhados de atestado de regularidade) (subitem 3.3.5).

4.6 - Divergência na nomenclatura utilizada no item 7.3.1 do Edital, "Termo de Referência", em relação à constante no Anexo II "Documento Descritivo" (subitem 3.3.6).

4.7 - Os aspectos relacionados ao Plano de Trabalho estão atrelados, unicamente, ao critério de desclassificação e não ao critério de julgamento, o que contraria o artigo 30 do DM nº 52.858/2011 (subitem 3.3.6).

4.8 - O Plano de Trabalho não consta como anexo integrante da Minuta do Contrato (subitem 3.3.6).

4.9 - Inadequação do critério de julgamento adotado, eis que o menor valor não assegura a contratação com OS que tenha a proposta mais vantajosa para a Administração e infringe o artigo 30 do DM nº 52.858/11 por não atrelar o julgamento ao Programa de Trabalho apresentado (subitem 3.3.7).

4.10 - Ausência de justificativa técnica para a distribuição dos percentuais previstos para as atividades hospitalares no item 7.7 do Edital (subitem 3.3.7).

4.11 - A Cláusula 6.3.5 da Minuta do Contrato excepciona a regra de repasse mensal prevista na Cláusula 6.3.1 (subitem 3.3.8).

4.12 - O subitem 8.1.1.1 da Minuta do Contrato fl. 402v, estabelece desconto do valor de pessoal e reflexo unicamente para os serviços de urgência e emergência e não trata do desconto de equipe mínima para os profissionais das demais atividades: Internação, Ambulatório, SADT – Externo e Atenção Domiciliar (subitem 3.3.9.“a”).

4.13 - O Anexo II não apresenta definição de equipe mínima, como previsto no item 8.1.3 e demonstra apenas o número de profissionais da equipe médica (diurno e noturno), por especialidade (subitem 3.3.9.“a”).

4.14 - Ausência de justificativa para os percentuais de realização e desconto do quadro constante do subitem 8.2.1 da Minuta do Contrato (subitem 3.3.9.“b”).

4.15 - Ausência de justificativa para a quantidade de saída e TOH, além da divergência entre o quadro do Anexo II, Resultado 2 - Volume de Serviços Prestados, item A - Internação, e o quadro constante no Anexo II - Documento Descritivo do Edital, item 3 - Atividades Esperadas, 3.1 - Internação (subitem 3.3.9.“b”).

4.16 - Ausência de justificativa para a utilização dos indicadores qualitativos e respectivas metas (subitem 3.3.9.“c”).

4.17 - Não consta na Minuta do Contrato de Gestão que a execução será acompanhada e fiscalizada pela CAF que nos termos do artigo 37 do DM nº 52.858/11, deve ser especialmente designada para essa finalidade (subitem 3.3.10).

4.18 - O edital possibilita que a Organização Social a ser contratada figure como entidade interposta na contratação de profissionais da saúde que atuarão em atividade-fim do objeto da contratação, sem que esses integrem o quadro de pessoal da própria Organização Social, o que contraria a Súmula nº 331 do TST (subitem 3.3.11).

4.19 - Ausência de previsão para o reiterado descumprimento de equipe mínima e dos indicadores qualitativos (subitem 3.3.12).

Na sequência a Origem e os responsáveis[1] foram oficiados/intimados para apresentação de justificativas.

[1] Mariana Neubern de Souza Almeida e Francisco Ernane Ramalho Gomes

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, ao analisar as justificativas apresentadas, opinou pela superação dos aspectos assinalados nos itens 4.1, 4.5, 4.6 e 4.17, no entanto, diante das irregularidades apontadas, opinou pela irregularidade do Edital de Chamamento Público ora examinado.

No tocante ao item 4.1 (insuficiência da justificativa apresentada) assinalou que trata-se de decisão governamental, pois a opção por prestar os serviços de saúde de forma concentrada ou descentralizada, como no caso dos contratos de gestão, cabe exclusivametne à Admiistração, não se vislumbrando ilegalidade na escolha, propondo, no entanto, recomendação para que a Origem promova estudos para demonstra a vantajosidade desse modelo.

A Auditoria, por sua vez, ratificou os apontamentos feitos inicialmente.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, considerando o teor dos esclarecimentos e das defesas juntadas aos autos, e considerando a ausência de comportamento indevido, requereu o reconhecimento de regularidade do Edital em exame.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opinou pelo não acolhimento do Edital de Chamamento Público nº 01/2016-SMS.G/NTCSS. Porém, em relação ao item 4.18 destacou que a formalização de contrato de gestão não enseja a violação aos preceitos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e em relação à contratação, sem vínculo celetista, de profissionais da área da saúde, por serem estes responsáveis pela "atividade-fim", asseverou que há situações em que a contratação desses profissionais não ensejará, necessariamente, a existência de vínculo trabalhista até porque o objeto do Edital é a contratação de OS para o gerenciamento de Hospital Público, contemplando várias atividades, nem sempre exercidas por profissionais que devam constar do quadro de funcionários da entidade.

VOTO

Trata o presente da análise do Edital de Chamamento Público nº 001/2016-SMS.G/NTCSS promovido pela Secretaria Municipal da Saúde, objetivando a contratação de Organização Social para o gerenciamento e a execução de atividades, ações e serviços de saúde no Hospital Municipal Parelheiros.

De início, registro que este Órgão Pleno em julgamento realizado na 3273ª Sessão Ordinária, ocorrida no último dia 03 de maio, julgou regulares os processos envolvendo o 2º ciclo dos contratos de gestão[2], os quais possuíam apontamentos semelhantes aos tratados nestes autos.

Como se verifica da instrução processual, diante dos esclarecimentos prestados, alguns apontamentos feitos no processo em julgamento foram considerados sanados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, razão pela qual entendo, da mesma forma que estão superados. São eles: a) insuficiência da justificativa apresentada para o presente chamamento para demonstrar a vantajosidade na adoção do contrato de gestão em termos comparativos com a gestão direta dos serviços de saúde; b) exorbitância nas exigências de qualificação técnica, em relação à exigência do subitem 7.2.4.“e” do Edital (relação dos instrumentos firmados vigentes durante o período do edital, acompanhados de atestado de regularidade); c) divergência

[2] TCs 4812/2014, 211/2015, 1033/2018, 2926/2018, 9130/2017, 13202/2017, 9093/2017, 222/2015, 221/2015, 4819/2014, 4816/2014, 4691/2018, 5246/2018, 222/2014, 1055/2017 e 656/2017.

na nomenclatura utilizada no item 7.3.1 do Edital, "Termo de Referência", em relação à constante no Anexo II "Documento Descritivo"; d) ausência da informação, na minuta do Contrato de Gestão, de que a execução será acompanhada e fiscalizada pela Comissão de Acompanhamento e Fiscalização - CAF, a qual deve ser especialmente designada para essa finalidade; e) o edital possibilita que a Organização Social a ser contratada figure como entidade interposta na contratação de profissionais da saúde que atuarão em atividade-fim do objeto da contratação, sem que esses integrem o quadro de pessoal da própria Organização Social, o que contraria a Súmula nº 331 do TST.

Em relação à fragilidade na justificativa apresentada para a contratação, cumpre destacar que esse modelo de parceria entre o Município e o Terceiro Setor na área da saúde já está sendo adotado há bastante tempo pelo Município de São Paulo, e mesmo admitindo constantes aprimoramentos, tem se mostrado o modelo mais viável para assegurar a prestação dos serviços de saúde, até porque, diante dos esclarecimentos prestados nos autos, a opção pelo Contrato de Gestão considerou essencialmente a possibilidade prontamente viável e legal de cumprimento da função gestora do SUS no Município de São Paulo quanto aos serviços prestados à população da maior cidade brasileira, com mais de 12 milhões de habitantes. Aliás, os julgamentos realizados por esse Colegiado nessa matéria confirmam essa posição.

A respeito da matéria, oportuno salientar também que o Supremo Tribunal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-DF, decidiu pela constitucionalidade da lei federal de regência, com entendimento no sentido de que os contratos de gestão teriam a natureza de convênio, uma vez que, entre os interessados, não haveria interesses contrapostos, mas sim convergentes.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal a característica de cooperação inerente a esses instrumentos, e não a comutatividade presente aos contratos administrativos, decidindo que a terceirização de serviços eminentemente públicos, por intermédio de contrato de gestão, é constitucional.

Dessa forma, nos termos da mencionada Decisão, foi considerada válida a prestação de serviços públicos não exclusivos por Organizações Sociais em parceria com o Poder Público, determinado que a celebração de tais ajustes deve ser conduzida de forma pública e impessoal, com observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. Constata-se, assim, que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras estabelecidas no art. 37, especialmente à regra da licitação, mas tão somente ao cumprimento de seu núcleo essencial.

Ainda em relação aos contratos de gestão, oportuno registrar que nos autos do TC 5856/2022 (Balanço de 2021) restou demonstrado que o Município não incluiu no percentual das despesas de pessoal fixado na Lei Complementar nº 101/00, as despesas com pessoal das organizações da sociedade civil que atuam na atividade fim, e isso não só na área da saúde, mas também da Educação e da Assistência Social, fato que já foi objeto de destaque específico nas Contas dos Exercícios de 2017, 2018, 2019 e 2020, em razão do risco fiscal relacionado ao possível aumento sem o adequado controle dessas despesas.

As demais falhas apontadas nos autos, de um modo geral, estão voltadas aos aspectos de formalização do Edital de Chamamento, sem nenhuma abordagem sobre a materialidade da prestação dos serviços prestados, tendo a Auditoria, entre outros, apontado: a) ausência de demonstração dos estudos e parâmetros técnicos utilizados para a fixação do volume dos serviços descritos no Anexo II; b) fragilidade no orçamento estimativo, em razão da memória de cálculo que embasou o valor estimativo; c) os índices adotados não comprovam

a satisfatória situação financeira da Organização Social; d) ausência de justificativa técnica para a distribuição dos percentuais previstos para as atividades hospitalares no item 7.7 do Edital; e) ausência de justificativa para os percentuais de realização e desconto do quadro constante do subitem 8.2.1 da minuta de contrato; f) ausência de justificativa para a utilização dos indicadores qualitativos e respectivas metas.

Passo a tratar de tais aspectos.

A respeito da ausência de demonstração de estudos e parâmetros técnicos utilizados para a fixação do volume dos serviços descritos no Anexo II (item 4.2 do relatório de Auditoria), a Origem afirma que foram utilizados estudos e parâmetros técnicos para dimensionamento do volume dos serviços estimado para o HM de Parelheiros, asseverando, ainda, que a região atendida possui insuficiência assistencial e o plano assistencial do hospital foi dimensionado para atender integralmente as necessidades de saúde da região.

Nesse sentido, apresenta dados utilizados para a fixação dos volumes de serviços descritos no chamamento público, esclarecendo que optou por não utilizar metas quantitativas, uma vez que a demanda para este serviço não pode ser programada.

Quanto à fragilidade no orçamento estimativo (item 4.3), a Origem apresentou os elementos e os dados que fundamentaram o dimensionamento dos volumes de serviços descritos no Edital de Chamamento Público, encaminhando a memória de cálculo utilizada.

No que diz respeito à ausência de comprovação satisfatória dos índices adotados (item 4.4), as justificativas apresentadas pela Origem sintetizam o conceito de índices de liquidez e de solvência geral, afirmando que o adotado usualmente em editais corresponde a índices com valor maior ou igual a 1. Afirma que, de acordo com os cálculos elaborados pela equipe técnica de

SMS, no exercício de 2015 sequer existiam Organizações Sociais que detinham, no mínimo dois dos índices com valor maior ou igual a 1. Dessa forma, visando ampliar o universo da concorrência, foi adotado o menor índice apurado, entre as entidades atualmente contratadas na área hospitalar, evitando a eliminação sumária de entidades potencialmente aptas.

Para a Auditoria, o índice de 0,4 está bem abaixo inclusive da média das organizações sociais analisadas, entendendo que a demonstração de qualificação econômico-financeira exigida não comprova a satisfatória situação financeira da organização, mantendo, assim, o apontamento.

Considerando a ausência de dados disponíveis no mercado à época e que a Origem adota os índices usualmente aceitos por parte da Municipalidade, entendo que eventuais inconsistências poderiam apenas ser identificadas no curso da execução contratual, de modo que, na presente análise, a falha encontra-se superada.

Quanto à ausência de justificativa técnica para a distribuição dos percentuais previstos para as atividaes hospitales no item 7.7 do Edital (item 4.10), a Origem afirma que os percentuais são decorrentes de distribuição do orçamento por atividade. Os mesmos percentuais estão na proporcionalidade de cada setor no Orçamento para efeito de desconto por não atingimento de meta de produção, exemplificando a fala com a distribuição de atividades de outros dois hospitais.

Quanto à ausência de justificativa para os percentuais de desconto (item 4.14), em que pese comportar aperfeiçoamento por parte da Origem, a Origem afirma que os percentuais foram definidos de acordo com o critério de razoabilidade e que o Ministério da Saúde adota prática equivalente.

Em relação à ausência de justificativa para a utilização de indicadores qualitativos e respectivas metas (item 4.16), a Origem afirma que os indicadores

servem para avaliar a gestão hospitalar e melhoria contínua,bem como que foram selecionados indicadores amplamente utilizados na gestão Hospitalar e que indicam o cumprmento de importantes diretrizes do Sistema Único de Saúde. Por fim, aduz que o próprio Ministério da Saúde recomenda a utlização de indicadores.

Como se verifica dos esclarecimentos prestados, a Origem adotou os estudos e parâmetros técnicos para dimensionamento do volume de serviços estimado tendo como base as necessidades do Hospital Municipal Parelheiros, apresentando os dados utilizados para a fixação dos volumes de serviços descritos no chamamento público, esclarecendo que optou por não utilizar metas quantitativas, uma vez que a demanda para este serviço não pode ser programada. Além disso, afirmou que os percentuais previstos para as atividades hospitalares são decorrentes de distribuição do orçamento por atividade, sendo que os percentuais de desconto foram definidos de acordo com o critério de razoabilidade e tendo também como parâmetro o adotado pelo Ministério da Saúde, razão pela qual entendo razoável o acolhimento dos esclarecimentos prestados para considerar superados os apontamentos.

No mais, entendo que o tratamento da matéria, impõe, a meu ver, a necessária contextualização a respeito dos contratos de gestão, a saber:

Quanto ao regime jurídico desses contratos, já foi abordado neste voto que o STF, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.923-DF, firmou entendimento de que os contratos de gestão possuem natureza de convênio, uma vez que, entre os interessados, não há interesses contrapostos, mas sim convergentes.

Como é sabido, o objetivo dos contratos de gestão é a fixação de metas de desempenho para a apuração da qualidade dos serviços, por prazo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultado para verificação

do cumprimento das metas prestadas. O objetivo principal desses contratos é a eficiência.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[3]:

> O fim último dos contratos de gestão é a eficiência, como princípio constitucional previsto no artigo 37, caput, da Constituição (alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98).
> Basicamente, todos os contratos de gestão devem conter, no mínimo:
> a) forma como a autonomia será exercida;
> b) metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato;
> c) controle de resultado, para verificação do cumprimento ou não das metas estabelecidas.

Dessa forma, mesmo tendo presente as falhas apontadas, o ajuste ora em julgamento contém os requisitos essenciais exigidos aos contratos de gestão, pois asseguram a forma de execução e as metas a serem alcançadas, com a fixação de instrumentos para verificação do controle de resultado, esse último a ser acompanhado em sede de execução contratual.

Além disso, é importante considerar as justificativas trazidas aos autos, das quais, destaco: a) o dimensionamento do plano assistencial do HM Parelheiros deu-se segundo rigorosos parâmetros técnicos a fim de que o volume de serviços a ser oferecido atenda integralmente as necessidades de saúde da região; b) o orçamento estimativo foi elaborado em consonância com os parâmetros para Planejamento e Dimensionamento da Força de Trabalho em

[3] Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 378.

Hospitais Gerais da Secretaria de Estado da Saúde; c) os índices financeiros exigidos das organizações sociais interessadas em participar do Chamamento foram fixados segundo a realidade dos balanços do exercício de 2015 divulgados por diversas entidades, sempre visando à ampliação do universo de participantes.

Não se pode olvidar que as cláusulas estabelecidas no Edital de Chamamento Público, muito embora possam comportar aperfeiçoamentos em editais futuros, demonstram um avanço em relação aos contratos anteriores, especialmente no que toca à escolha da entidade parceira mediante a realização de processo seletivo, bem como ao estabelecimento das metas a serem cumpridas.

Tendo em vista a complexidade envolvida nessa modalidade contratual, há que se considerar também que determinados apontamentos possuem natureza formal, de pequena relevância para o cumprimento do objeto contratual, como por exemplo, a ausência no processo da análise da minuta do Termo Aditivo pela Comissão de Avaliação e pelo Conselho de Administração da Organização Social.

Ademais, cumpre observar que no TC 11088/2018 houve determinação para apresentação de um Plano de Ação para correção das irregularidades e aprimoramento de procedimentos pela SMS, com vistas a solucionar vários dos problemas constatados nos contratos de gestão, especialmente em relação à fiscalização, ao controle de gastos e às equipes mínimas.

Diante do exposto, considerando que os elementos constantes dos autos demonstraram o significativo avanço em relação aos contratos anteriores,

com a realização de processo seletivo conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, e considerando ainda que o Edital de Chamamento contém os elementos indispensáveis aos contratos de gestão, bem como os precedentes deste Tribunal, voto pelo acolhimento do Edital de Chamamento Público nº 001/2016-SMS.G/NTCSS.

João Antonio
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 03/08/2023 12:43:43 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo