



PARECER Nº: 328 /2016 – PRCON/PGDF
PROCESSO Nº: 060.002.634/2010
INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE
ASSUNTO: CONTRATO DE GESTÃO - ADITIVO.

Parecer APROVADO pelo Exmo. Sr.

Procurador-Geral do DF, em 06/06/2016 e
pelo Exmo. Sr. Governador do DF, em

/ /20

Ementa

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO FIRMADO ENTRE A SECRETARIA DE SAÚDE E A ORGANIZAÇÃO SOCIAL INSTITUTO DO CÂNCER INFANTIL E PEDIATRIA ESPECIALIZADA – ICIPE, QUE TEM POR OBJETO A ORGANIZAÇÃO, IMPLANTAÇÃO E GESTÃO DAS AÇÕES DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE NO HOSPITAL DA CRIANÇA DE BRASÍLIA – HCB. PRETENSÃO DE ADITIVO CONTRATUAL QUE PERMITA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PEDIÁTRICOS POR MÉDICOS CONTRATADOS PELO ICIPE, NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE DO DF, E A COMPENSAÇÃO DOS VALORES CORRESPONDENTES A ESSES SERVIÇOS COM A DOS CUSTOS RELATIVOS À CESSÃO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE DO DF PARA O HCB. LEI DISTRITAL N. 4.081/2008.

I - No contrato de gestão não está presente a contraposição de interesses, típica dos contratos em geral, mas sim os interesses recíprocos, que caracterizam os instrumentos de parceria, como os convênios ou termos colaboração. Lei n. 4.081/2008, Art.5º.

II - Não se mostra viável, sob o prisma jurídico, a alteração contratual pretendida, no sentido de permitir a lotação de forma continuada, nas unidades de saúde públicas, de médicos pediatras contratados pelo ICIPE, para prestarem serviços de assistência neonatal e pediátrica.

I. RELATÓRIO

A Secretaria de Saúde formula consulta relativa à viabilidade de formalização de termo aditivo ao Contrato de Gestão n. 01/2014-SES/DF, firmado entre aquela Secretaria e a Organização Social INSTITUTO DO CÂNCER INFANTIL E PEDIATRIA ESPECIALIZADA – ICIPE, que tem por objeto a organização, implantação e gestão das ações de assistência à Saúde no Hospital da Criança de Brasília – HCB.

Folha nº 3272 Mat. 39.754-7

Processo: 060002634/2010

Rubrica:



Segundo nos informa a Assessoria Jurídico-Legislativa daquela Pasta, o Contrato 01/2014-SES/DF prevê a possibilidade de cessão de profissionais de saúde da Secretaria de Saúde para o HCB e o correspondente abatimento, por meio de glosa, quando da transferência mensal de valores do Distrito Federal para a O.S.

Pretendem agora as partes que não mais seja feita a glosa mensal, mas sim a prestação de serviços pediátricos pelo ICIPE na rede pública de saúde do DF, procedendo-se a compensação dos valores correspondentes a esses serviços com a dos custos relativos à disponibilização (cessão) de profissionais de saúde do DF para o ICIPE.

Os autos vieram à PGDF com quatorze volumes.

É o breve relatório.

II. PRELIMINARMENTE

Preliminarmente faz-se necessário registrar que os autos não esclarecem de maneira suficientemente clara a pretensão veiculada pela SES/DF.

Veja-se que apenas a Nota Técnica da AJL/SES, de fls.3262/3269, trata da questão, não sendo possível saber como surgiu a demanda ou qual setor ou qual das partes contratantes apresentou a proposta.

Tampouco sabe-se quais os motivos fáticos ou jurídicos que originaram tal pretensão. Os autos não expõem os fundamentos da proposta ou as justificativas para a adoção dessa alternativa.

Não está demonstrado que esta é a melhor opção ou de que forma o interesse público restaria assim melhor atendido ou que a prestação de serviços por meio de profissionais contratados pelo ICIPE resultaria em melhor desempenho, eficiência e/ou menor custo na prestação de serviços à população na rede pública de saúde.

Ainda que se tratasse de ato discricionário, seria necessário que a Administração motivasse a proposta apresentada.

O administrador, no exercício do poder discricionário, está obrigado a consignar, de forma expressa e antecipada, a motivação do ato, inclusive os critérios utilizados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos (Lei 9.784/99, art.50), sob pena de nulidade.

Embora a lei enumere os casos em que deva haver motivação, a ideia de que todo o ato discricionário deve ser adequadamente motivado é regra que encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial.

Ademais, em situações como a presente seria mais do que recomendável um planejamento prévio, com a apresentação de um estudo específico sobre a questão, que abarcasse referenciais como custos e produtividade.

Folha n.º 3273 M.º 39.754-7

Processo: 060 002 634/2010

Rubrica: RZ



Veja-se que sequer os autos trazem informações sobre os valores envolvidos nas atuais glosas ou aqueles relacionados à eventuais compensações.

Tampouco há manifestação da instituição Contratada, ICIPE, sobre o pleito aqui examinado.

III. FUNDAMENTAÇÃO

III.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. DO CONTRATO DE GESTÃO.

A idéia de Reforma Administrativa e a reengenharia sofrida nos últimos anos pela Administração Pública levou a alterações no ordenamento jurídico brasileiro, muitas trazidas de outros países, que objetivaram a redução das burocracias governamentais, introduzindo a busca por uma administração contratual, por resultados, onde as metas e objetivos fossem objeto de pactuação entre entidades da própria Administração Pública, ou entre estas e instituições privadas.

Essas contratações, que passam necessariamente por uma maior autonomia na gestão dessas entidades e pela fixação de metas para seu desempenho, muitas vezes envolvem a execução de serviços públicos, inclusive os ditos serviços sociais, dentre os quais inclui-se os serviços de saúde pública¹.

Não pode o Poder Público deixar de prestar os serviços de saúde, porque obrigado por comando constitucional. Se essa prestação tem que ser direta, por meio de seus órgãos ou entidades da sua estrutura administrativa, ou se é possível a sua delegação, por contrato, para pessoas privadas, mediante remuneração, fiscalização e controle pela entidade delegante, controvertem os doutrinadores.

Nesse sentido, merecem especial atenção os contratos de gestão, os quais têm sido usados preponderantemente como forma de transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde. Trata-se de um claro exemplo das significativas mudanças

¹ A transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para entidades privadas qualificadas como OSs não é a única forma de o poder público adotar uma gestão voltada para resultados. A mesma lógica pode ser empregada dentro dos entes governamentais, como prevê a CF88 ao disciplinar a celebração de contrato de gestão, em seu art. 37, §8º.

Para fins didáticos, alguns autores diferenciam os contratos de gestão em a) contratos de gestão internos, referindo-se àqueles celebrados em decorrência do programa de gestão das empresas estatais; celebrados com as Agências Executivas, que são autarquias ou fundações públicas qualificadas como tais; celebrados entre a entidade federada e entidades de sua Administração indireta, na forma permitida no art. 37, § 8º e incisos, da Constituição Federal; e b) contratos de gestão externos, que seriam aqueles celebrados com entidades privadas que não integram a Administração indireta, reconhecidas como organizações sociais, tendo como objeto a execução de serviços públicos sociais. Nesse sentido: "SELEÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NAS ÁREAS DE SAÚDE, EDUCAÇÃO E CULTURA", Autor: Edite Hupsel, DOUTRINA ZENITE- 1207/178/DEZ/2008.

Folha n° 3279 Mat. 39.754-7

Processo: 060002639/2010

Rubrica: R





pelas quais tem passado a prestação de serviços de saúde no SUS, especialmente nos últimos quinze anos.

O que ocorre é que os governos estaduais e municipais vêm passando para as organizações sociais o gerenciamento de hospitais públicos, unidades básicas de saúde, centros de diagnósticos, entre outros serviços já existentes e que já prestam serviços públicos de saúde. Assim, além da transferência de recursos, ocorre a cessão de um bem público e de servidores públicos.

Ou seja, além da contratualização com hospitais filantrópicos e privados, utilizada há tempos no SUS, são estabelecidas parcerias com Organizações Sociais, Oscips e PPPs, de forma que a atuação do Poder Público tem se alterado, deixando de ser o principal executor dos serviços para concentrar-se na coordenação, fomento, fiscalização e controle. Em muitos entes da federação, as organizações sociais passaram a ser responsáveis por parcela significativa da prestação de serviços de saúde, deixando a iniciativa privada de atuar de forma complementar para ter um papel preponderante².

Não podemos deixar de registrar, no entanto, que essa é uma questão ainda controversa no modelo das organizações sociais.

Uma das maiores críticas ao modelo das organizações sociais é de que tais entidades teriam sido criadas com o objetivo de burlar o regime jurídico de direito público a que estão sujeitas as entidades governamentais, fugindo da necessidade de realização de processo licitatório e concurso público, por exemplo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca:

O conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão. Em primeiro lugar, porque fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público.

De outro lado, não se pode ignorar que o SUS enfrenta diversos obstáculos para contratar médicos e outros profissionais de saúde.

Além de muitos profissionais não desejarem se deslocar para localidades distantes dos grandes centros e com estrutura muitas vezes precária, os salários dos

² No Acórdão n. 1852/2015-p, o TCU deixou registrado: “Esta Corte de Contas já teve oportunidade de se pronunciar sobre a celebração de contrato de gestão, deixando assente no Acórdão 3.239/2013-Plenário, que: Do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão”.



servidores públicos estão limitados pelo teto constitucional, que não é atrativo para profissionais de nível superior, principalmente aqueles de maior especialização.

Muitos concursos públicos realizados terminam desertos ou há uma alta rotatividade porque os servidores selecionados em pouco tempo procuram outras oportunidades.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) também impõe limites para gastos com pessoal, o que dificulta a ampliação dos quadros das secretarias de saúde, sendo que as despesas com pessoal na área de saúde consomem uma parcela significativa do montante de seus recursos.

Diante desse quadro, os governantes têm adotado medidas alternativas para a contratação de profissionais de saúde, em muitos casos sem suporte legal que as autorizem.

Como já visto, são celebrados contratos de gestão com Organizações Sociais para a gestão de hospitais, termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) para contratação de médicos, contratos administrativos com empresas, clínicas e cooperativas médicas para realização de plantões e sobreavisos, credenciamento de pessoas físicas e jurídicas para realização de consultas em postos de saúde, entre outros. Outro exemplo é o programa “Mais Médicos” do Ministério da Saúde, instituído em 2013 a partir do diagnóstico de que algumas regiões do país não contam com médicos suficientes para garantir atendimento adequado à população. Além disso, haveria uma grave desigualdade na sua distribuição, tanto entre as unidades da federação quanto dentro delas.

Sabe-se inclusive que algumas unidades da federação, a exemplo da cidade do Rio de Janeiro, celebraram contratos de gestão com instituições privadas cujo cunho principal era a contratação de profissionais de saúde visando aumentar o quantitativo já existente nas unidades públicas de saúde³, em que pesem as dúvidas legais acerca deste tipo de objeto em um contrato de gestão celebrado entre uma Organização Social e a Administração Pública.

Sobre este ponto específico, vale conferir as ponderações e argumentos traçados no Acórdão TCU n. 1852/2015-p, exarado em processo de auditoria no estado e municípios da Bahia que tinha por objetivo avaliar a regularidade dos ajustes firmados com entidades privadas para a disponibilização de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde. Confira-se algumas das principais passagens da instrução apresentada pela Unidade Técnica do Tribunal, reproduzida no Relatório e endossada pelo Relator em suas conclusões:

“16. O objetivo da presente auditoria foi avaliar a regularidade dos ajustes firmados pelos governos municipais com entidades privadas para a disponibilização de profissionais de saúde para atuarem em unidades públicas de saúde.

(...)

³ Objetivando – naquele caso – dar suporte humano as Unidades de Pronto Atendimento, chamadas UPAS, bem como aos hospitais Estaduais e Municipais da região metropolitana



(...)em nenhum desses contratos, a celebração foi precedida de um estudo que demonstrasse quais as vantagens da terceirização e/ou publicização dos serviços de saúde em relação a uma contratação direta.

(...)

2.1.5 Causa

42. Provável: Limites da Lei de Responsabilidade Fiscal com gasto de pessoal e o limite do teto remuneratório como parâmetro para pagamento da remuneração do médico, que pode levar ao gestor a pensar que a única saída possível e a terceirização dos serviços, o que acobertaria a necessidade de maiores estudos.

2.1.6 Efeitos reais e potenciais

43. Potenciais: elevação dos custos da prestação de serviços em saúde, em virtude da ausência de um efetivo estudo que demonstre com memórias de cálculos consistentes sobre qual seria a melhor opção para o município.

2.1.7 Conclusão da equipe

44. As contratações analisadas não procuram demonstrar quais as vantagens se fazer uma terceirização / publicização dos serviços de saúde sobre uma contratação direta pelo próprio ente municipal. A fuga ao teto remuneratório, bem como aos limites da LRF parecem se os princípios motivos para a não se realizar concurso público e contratar profissionais médicos para os quadros efetivos do Município.

2.1.8 Proposta de encaminhamento

45. Com relação aos Municípios de Jeremoabo, Candeias, Ibirapitanga e Barra do Choça, dar ciência de que: nos processos de transferência do gerenciamento de serviços de saúde para organizações sociais ou a celebração de termos de parceria com Oscip deve ser antecedida de estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção [Acórdão 3.239/2013 – Plenário].

2.2 Ausência de consulta prévia ao Conselho Municipal de Saúde sobre o processo de terceirização / publicização dos serviços de saúde. (...)

50. Nos termos do art. 1º, §2º, da Lei nº 8.142/1990, os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização / publicização dos serviços de saúde.

(...)

163. Em recente decisão desta Corte de Contas no Acórdão 3239/2013 – Plenário, ficou esclarecido que:

A escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993.

(....)

Folha nº 3277 Mat. 39.754-7

Processo: 060 002 6341/2010

Rubrica: AR



182. *É importante salientar que o modelo das Oscips tem como natureza a realização de uma parceria entre o poder público e uma entidade sem fins lucrativos. Dentro de uma relação de parceria, não faz sentido que apenas um dos parceiros arque com todos os encargos do desenvolvimento do projeto, custeando inclusive despesas da própria entidade parceira. Isso pode ser observado na Lei 9.790/1999, quando esta fala em execução direta pela OSCIP das atividades de interesse público:*

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

183. *Assim, espera-se que a OSCIP também contribua para a parceria com recursos próprios e que tenha capacidade operacional para desenvolver os serviços.*

184. *Recentemente foi editada a Lei 13.019/2014 que estabelece o regime jurídico de parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferência de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, deixando claro em seu art. 45, I, a vedação de realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar, admitindo, em seu art. 47, também somente o pagamento de custos indiretos, em proporção não superior a 15% e desde que devidamente detalhados.*

(...)

243. *Conforme demonstram os contracheques presentes nas peças 85 a 88, a Coofsaúde efetuou pagamentos de diárias aos seus cooperados, sem que eles tenham se afastado do município para o exercício de suas atividades, em flagrante burla ao pagamento dos encargos trabalhistas e das contribuições sociais.*

(...)

251. *Em consequência, a referida Cooperativa deixou de recolher as contribuições previdenciárias e os encargos devidos sobre a folha de pagamento, causando prejuízo ao erário, tanto para o município, por se tratar o IRPF de receita própria, como para a União no caso a Previdência Social. Ademais, o próprio pagamento a título de diárias é indevido.*

(...)

259. *Acontece que o município não realizou um estudo prévio demonstrando os custos que seriam incorridos com a complementariedade, que na prática não existe, pois para que tal ocorresse, a Oscip deveria atuar na prestação de um serviço de interesse coletivo, com capacidade instalada própria, que o Estado resolvera apoiar. Porém, ela age como mera intermediária na contratação de mão de obra.*

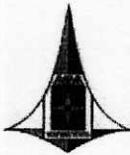
(...)

261. *O fornecimento de mão de obra terceirizada a órgãos públicos por uma Oscip não está previsto no art. 3º, caput, da lei 9.790/99 e deveria ser firmado através de contrato, pois não visa fomentar as finalidades de*

Folha nº 3278 Num. 30.754-7

Processo: 060 002 634/2010

Rubrica: [assinatura]



interesse público arroladas na Lei, mas simplesmente a capacitação de recursos para a sustentabilidade da própria entidade fornecedora e o interesse da Administração, livrando-a de contratos temporários e obrigações trabalhistas. Ou seja, inexistente um programa ou projeto maior no interesse da coletividade.

262. *Permitir que uma Oscip preste serviços de terceirização de mão de obra é, na realidade, contribuir para a burla ao inciso I do art. 2º da Lei das Oscip's, segundo o qual não são passíveis de qualificação como organização da sociedade civil de interesse público as sociedades comerciais.*

(...)

276. *Observa-se que não condiz com a natureza das Oscips atuar em relação comercial com o Estado, fornecendo bens ou prestando serviços, mas sim atuar em colaboração, por meio da execução de projetos sociais de interesse público. Isso significa que não é correto que Oscips atuem em terceirização de mão-de-obra, seja por meio da celebração de contrato administrativo ou de termo de parceria.*

(...)

310. *Conforme a sua lei de regência, as Oscips são canais naturalmente direcionados para a promoção do voluntariado, conforme art. 3º, inciso VII, da Lei 9.790/1999. Entretanto, podem, eventualmente, os profissionais estarem sendo atingidos nos seus direitos trabalhistas pela falta de estabilidade na relação, não pagamento de férias e décimo terceiro salários e benefícios como salário família entre outros, além da falta das contribuições sociais e contribuições para a Seguridade Social.*

311. *Segundo o Ex-Ministro do TCU, Guilherme Palmeira, compete à Justiça do Trabalho reconhecer, em cada caso concreto, a aplicabilidade das normas relativas ao trabalho voluntário ao relacionamento entre as Oscips a que se refere a Lei 9.790/1999, e respectivos prestadores de serviços (AC-1039-21/08-P, Sessão: 04/06/08). Assim, o acolhimento pela Justiça do Trabalho de pleitos dos voluntários e contratados por tempo determinado, garantindo-lhes o direito ao recebimento das mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, implicará em futuros prejuízos ao Município, que responderá subsidiariamente à Oscip.*

(...)314. *Observa-se que não há eventualidade na prestação e que, pelos valores médios percebidos, há remuneração pelo trabalho prestado de forma continuada.*

352. *O que se constatou é que os municípios visitados têm adotados práticas diversas para contratação de serviços médicos: são contratadas cooperativas, firmados contratos de gestão e termos de parcerias. Essas contratações não têm sido acompanhadas de um maior estudo sobre as vantagens da terceirização / publicização dos serviços de saúde. Esses instrumentos têm sido utilizados como forma de se fugir aos limites impostos pelo teto remuneratório, principalmente no que tange ao pagamento de médicos, aos limites com gasto de pessoal, impostos pela LRF (item 2.1).*

Folha nº 3-279 Mat. 39.754-7

Processo: 06002 6341/2010 8

Rubrica: [assinatura]

12



Importa trazer, ainda, as conclusões apresentadas no voto-condutor daquele Acórdão, as quais não endossam uma postura mais flexível nos Contratos de Gestão firmados com Organizações Sociais:

“O fornecimento de mão de obra terceirizada a órgãos públicos por uma Oscip não está previsto no art. 3º, caput, da lei 9.790/99 e essa é uma das questões de fundo, não só da presente auditoria, mas de todos os processos de fiscalização realizados no âmbito desta FOC, ou seja a contratação de pessoal da área de saúde sem a prévia realização de concurso público, infringindo o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

58. *Deixo para abordar com mais profundidade a questão tratada no achado 2.15 no processo de consolidação desta FOC, após realizar oitiva do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina, mas adianto que existem precedentes do Poder Judiciário decretado a nulidade de Termos de Parceria celebrados entre municípios e Oscips, por entender haver vedações constitucionais e legais para a transferência da responsabilidade pelo serviço municipal de saúde à entidade privada.*

59. *As atividades diretamente ligadas à prestação de serviços de saúde, no âmbito do SUS – como as executadas por médicos, dentistas, enfermeiros e auxiliares de enfermagem – têm caráter finalístico e permanente e são de responsabilidade do Poder Público.*

60. *Ainda conforme o art. 198, § 4º, da Carta Magna, os gestores locais do SUS só poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.”*

Feitos esses esclarecimentos iniciais, parte-se para o enfrentamento da questão posta pela Secretaria de Saúde.

III.II – DO PRETENDIDO ADITIVO CONTRATUAL.

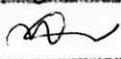
Os estados e municípios possuem leis próprias para a qualificação e contratação de organizações sociais. No caso do Distrito Federal, o diploma regente é a Lei n. 4.081/2008, inspirada no correspondente diploma federal (Lei n. 9.637/1998).

Em seu art.5º, aquela norma assim define “Contrato de Gestão”:

Art.5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como

Folha nº 3280 Mat. 39.754-7

Processo: 060 002 634/2010⁹

Rubrica: 



organização social, com vistas à formação de parceria para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art.1º.

Como bem se vê, não está presente no contrato de gestão a contraposição de interesses, típica dos contratos em geral, mas sim os interesses recíprocos, que caracterizam os instrumentos de parceria, como os convênios ou termos colaboração.

Entre as formas de fomento previstas na Lei estão: destinação de recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos, cessão de servidores com ônus para a origem, declaração como entidades de interesse social e utilidade pública.

Voltemos à situação presente.

O contrato de gestão n.01/2014-SES/DF, com prazo de vigência de 60 meses, dá sequência à parceria celebrada em 28 de junho de 2011, por meio do Contrato de Gestão n.01/2011.

Segundo informações presentes nos autos, o HCB é uma unidade de saúde construída com recursos da Comunidade, por intermédio da ABRACE, tendo sido doado ao GDF para integrar a rede pública de saúde do Distrito Federal.

Conforme previsto no Projeto Básico, a execução do HCB foi planejada em duas fases: a primeira ambulatorial, cuja gestão é regulada pelo CG 01/2011, e a segunda, de natureza hospitalar, que dependia da complementação da unidade.

Dentre as disposições contratuais, está a possibilidade de cessão de médicos da rede pública para o HCB. *Verbis:*

“Cláusula Oitava – Das obrigações e Responsabilidades da Contratante (...)

8.1.11. Disponibilizar, a título de cessão, profissionais de saúde com comprovada especialização na área objeto deste Contrato de Gestão, solicitados formalmente pelo Contratado.

8.1.11.1 A disponibilização é ato discricionário da Administração e condiciona-se à apresentação de justificativa pelo Contratado de impossibilidade de suprir a demanda através de contratação própria.”⁴

⁴ Cabe ainda, por pertinente, verificar o que dispõem as Cláusulas 6.1.12 a 6.1.15. do referido ajuste: *“Cláusula Sexta – Das obrigações do Contratado:*

(...)

6.1.12. Contratar e remunerar os funcionários para execução das atividades inerentes à execução do presente Contrato de Gestão, inclusive os encargos cabíveis e obrigações trabalhistas decorrentes, bem como as responsabilidades advindas do ajuizamento de eventuais demandas judiciais, além dos ônus tributários ou extraordinários que incidam sobre o presente instrumento;

6.1.13. Observar, na contratação e gestão de recursos humanos, os requisitos e parâmetros previstos na legislação pertinente, sendo permitido, dada a especificidade dos serviços realizados, o limite das despesas com salários e encargos de até 70% do valor de custeio anual estipulado na cláusula 9.2 do presente instrumento;

6.1.14. Gerenciar recursos humanos, cedidos ou contratados, com habilitação técnica e legal e com quantitativo compatível com o HCB e os serviços a serem prestados, obedecendo as normas ministeriais e as resoluções dos Conselhos Profissionais;

Folha nº 3281 Mat. 39.754-7

Processo: 060002634/2010

Rubrica: [assinatura]



Tratando-se de um hospital de referência em serviços médico-hospitalares de média e alta complexidade, compreende-se que profissionais da saúde - especialmente servidores distritais médicos pediatras especialistas - venham a exercer suas atividades no HCB.

Bem por aí, presume-se (embora os autos não esclareçam isto) que o eventual retorno desses médicos à rede pública - cujo número desconhecemos - poderia comprometer a regularidade dos trabalhos e dos atendimentos prestados pelo HCB.

De outro lado, as cláusulas 9.1.1. e 19.1.1.1.d. regulam a compensação/glosa dos valores relativos aos servidores cedidos ao HCB pelo GDF. Confira-se:

“Cláusula Nona – Do Valor

9.1.1. Os valores serão transferidos com regularidade e as alterações para maior ou menor na forma de acréscimos, descontos ou glosas serão feitas, quando cabíveis, após deliberação da CACG da SES/DF e informações das áreas competentes.

(...)

Cláusula Décima Nona – Da Prestação de Contas

(...)

19.1.1.1.d. – os dados relativos à cessão dos profissionais da SES/DF, para fins inclusive de dedução, na forma equivalente, do valor a ser transferido pela Contratante. A dedução realizada pela Contratante por profissional cedido corresponderá ao valor que o Contratado dispenderia (sic) para arcar com o salário e encargos do cargo ocupado pelo mesmo no HCB, em caso de uma contratação em regime celetista;”

Apoiada principalmente na Cláusula 5.2.2. do Contrato de Gestão, a Assessoria Jurídico-Legislativa da SES/DF defende a possibilidade de contratação de médicos pediatras pelo ICIPE, e a lotação deles na rede pública de saúde.

Ao concluir seu raciocínio, a AJL/SES-DF afirma que seria necessário um aditivo (Revisão de metas, com fulcro na Cláusula 14.1.), acrescentando-se ao final da Cláusula 5.2.2. a expressão “..e pediátrica”, bem como a respectiva alteração da Cláusula 19.1.1.1.d. (fl.3265).

Tenho, no entanto, que não se mostra viável, sob o prisma jurídico, a alteração pretendida.

Não se olvida da notória carência do número de profissionais necessários ao serviço pediátrico (há notícias de que atualmente seriam necessários mais de cem médicos), o que aproxima algumas unidades de um nível crítico, e também não se

6.1.15. Em virtude da inserção do HCB na rede assistencial do Distrito Federal, o Contratado poderá solicitar, formal e justificadamente à SES/DF, a cessão de profissionais de saúde especializados, de acordo com o disposto na 8.1.11;



ignora a boa-fé que move a pretensão apresentada pela SES/DF, na tentativa de suprir a deficiência da rede pediátrica.

Entretanto, o Contrato de Gestão firmado com o ICIPE não comporta tal desvirtuamento.

Do exame das disposições contratuais infere-se que o permissivo trazido pela Cláusula 5.2.2, que no entender da AJL autorizaria ao HCB dar suporte na assistência neonatal às demais unidades da rede, deve ser visto como algo excepcional e momentâneo.

Por necessário, confira-se o teor daquele dispositivo contratual:

“Cláusula Quinta – Das Condições Gerais

(...)

5.2.2. O HCB poderá, excepcionalmente, dar suporte técnico assistencial às demais unidades da rede, na assistência neonatal.”

Essa disposição está inserida na Cláusula relativa às “Condições Gerais”, é restrita apenas ao suporte técnico assistencial neonatal, e não deixa claro se esse suporte seria prestado no próprio HCB ou executado nas demais unidades médico-hospitalares da rede pública de saúde.

Lembre-se que o objeto desse Contrato de Gestão é a “organização, implantação e gestão de assistência à saúde no Hospital da Criança de Brasília”.

Os serviços a serem prestados pela Contratada encontram-se bem delimitados no Anexo I do Contrato (fls.3010 e segts.).

Diante desse quadro, não seria permitido empreender a lotação de forma continuada, nas unidades de saúde, de médicos pediatras contratados pelo ICIPE, para prestarem serviços de assistência neonatal e pediátrica.

Ademais disso, tal alteração implicaria em alteração significativa da equação econômico-financeira formatada quando da contratação, devendo-se observar que o contrato em tela movimenta quantias bastante vultosas.

De outro lado, a prudência recomenda que se leve em consideração a posição adotada pelas Cortes de Contas e pelos tribunais judiciais, que não vêem com bons olhos a contratação de profissionais por organizações sociais, ou por outras entidades sem finalidades lucrativas, para prestarem serviços diretamente nas unidades de saúde públicas.

Como exemplo, não podemos esquecer das condenações judiciais sofridas pelo Distrito Federal na Justiça Comum e na Justiça do Trabalho em relação às contratações de pessoal feitas pelo Instituto Candango de Solidariedade - ICS, por meio de Contrato de Gestão, para prestação de serviços na extinta Fundação Hospitalar, no Programa Saúde da Família e Programa de Agentes Comunitários de Saúde.

O Tribunal de Contas da União também manifestou-se sobre as contratações feitas pelo ICS. A título de exemplo, tome-se o Acórdão n. 3.239/2013-P. *Verbis*:

Folha nº 3283 Mat. 39754-7

Processo: 060 002 639/2010 12

Rubrica: W 39754-7



“3.3. *Terceirização de atividades finalísticas*

83. *O modelo de transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde para as organizações sociais também é contestado na Justiça do Trabalho, sendo considerado uma forma de terceirização de atividades finalísticas do Poder Público, o que seria ilegal. Ainda recentemente, em outubro de 2012, decisão judicial decretou a nulidade de todos os contratos de gestão celebrados pela Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo e determinou a troca dos funcionários terceirizados por servidores concursados nos 37 hospitais e outras 44 unidades de saúde. Decisões semelhantes já foram tomadas em outras unidades da federação.*

84. *O TCU já se pronunciou acerca da legalidade do modelo em mais de uma ocasião. O Acórdão 1.146/2003-TCU-Plenário julgou representação acerca de irregularidades na implementação do Programa Saúde da Família pelo Governo do Distrito Federal, que estaria contratando pessoal sem concurso público, valendo-se da simulação de contrato de gestão com o Instituto Candango de Solidariedade. Ficou demonstrado que o Instituto atuava apenas como mera pessoa interposta, para viabilizar a contratação de pessoal sem concurso público. (...)*”

É bem verdade que o quadro fático delineado nos presentes autos é bastante diferente daquele no qual se desenvolveram as contratações via ICS. Exemplo disso é o fato de o ICIPE, ao contrário do ICS, possuir capacitação e experiência na área de saúde.

No entanto permanecem válidos os outros argumentos expostos em desfavor da pretendida alteração contratual.

III.III. DA POSSIBILIDADE DE ASSINATURA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.

O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC - é previsto no §6º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública⁵ (Lei n. 7.347/85).

Por meio desse instrumento, o órgão público legitimado à ação civil pública toma do causador do dano – ainda quem em potencial - a interesses difusos, interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos, o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei, mediante cominações, que têm o caráter de título executivo extrajudicial.

O Termo de Ajuste de Conduta pode ser tomado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União ou Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, as autarquias e fundações públicas (Lei n. 7.347/85, art. 5º; CDC art. 82), não detendo o

⁵ § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.





Ministério Público a exclusividade de lançar mão desse valioso e moderno meio preventivo e em ambiente de mediação de futuros e potenciais conflitos com os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os TACs são verdadeiros contratos entre a parte legitimada no art. 5º da Lei 7.347/1985 e a parte ré, fora do processo, extrajudicialmente, dispensando homologação judicial para ter força executiva em caso de descumprimento.

É meio excepcional de transação, cabível nos casos expressamente autorizados pela lei, com o intuito de permitir ao potencial agressor de direitos difusos, coletivos ou transindividuais de atender e se adequar ao interesse tutelado, em situações de nebuloso desenho normativo ou que demande contornos a serem melhor definidos. Dentre as limitações legais, a Lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92, art. 17, § 1º) consagra a proibição expressa de acordo, transação ou conciliação em ações cautelares ou ordinárias, pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada, quando se trate de improbidade administrativa de agente público.

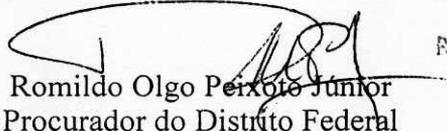
Trazendo tais considerações para o caso concreto, e considerando a notória carência de médicos pediatras e a necessidade de garantia do atendimento à população, tenho como recomendável a Secretaria de Saúde examine, junto ao Ministério Público do Distrito Federal/Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde e ao Ministério Público do Trabalho e também ao MPTCDF, a formalização de um Termo de Ajustamento de Conduta, por meio do qual seja viabilizada e disciplinada, em caráter excepcional e emergencial, a contratação de médicos pediatras pelo ICIPE, para a prestação de assistência pediátrica e neonatal na rede pública. Em contrapartida, poderia ser estabelecido o compromisso do DF de regularizar a situação em tempo razoável, seja por meio de chamamento público específico, concurso público, credenciamento de profissionais médicos ou clínicas especializadas, ou outros meios aptos.

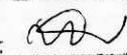
IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina-se pela impossibilidade de formalização de aditivo contratual que permita a prestação continuada de serviços pediátricos por médicos contratados pelo ICIPE, na rede pública de saúde do DF, e a compensação dos valores correspondentes a esses serviços com a dos custos relativos à cessão de profissionais de saúde do DF para o ICIPE.

De outro lado, recomenda-se à Consultante que verifique, junto ao Ministério Público, a viabilidade de formalização de Termo de Ajustamento de Conduta.

É o parecer, *sub censura*.
À elevada consideração superior.
Brasília-DF, 16 de maio de 2016.


Romildo Olgo Perotto Junior
Procurador do Distrito Federal
OAB/DF 28.361

Folha n° 3285 Mat. 39.754-7
Processo: 060002634/2016
Rubrica: 



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



PROCESSO Nº: 060.002.634/2010
INTERESSADO: GEDEPS/DIPPS/SUPRAC
ASSUNTO: Projeto Básico

MATÉRIA: Administrativa

Folha nº: 3286
Processo nº: 060002634/2010
Rubrica:  Matrícula: 39354-7

APROVO O PARECER Nº 0388/2016 – PRCON/PGDF, exarado pelo
ilustre Procurador do Distrito Federal Romildo Olgo Peixoto Júnior.

Em 30 / 05 / 2016.

JANAÍNA CARLA DOS SANTOS MENDONÇA
Procuradora-Chefe
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

De acordo. Encaminhe-se os autos à Secretaria de Estado de Saúde
do Distrito Federal para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 06 / 06 / 2016.

PAOLA AIRES CORRÊA LIMA
Procuradora-Geral do Distrito Federal