



## Acórdão 00469/2022-6 - Plenário

**Processos:** 04612/2020-8, 01884/2021-1, 04613/2020-2, 01076/2017-6

**Classificação:** Pedido de Reexame

**UG:** FES - Fundo Estadual de Saúde

**Relator:** Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

**Interessado:** FABRICIA FORZA PEREIRA LIMA DE OLIVEIRA, SHEILA DA SILVA AGUIAR TAQUETE, EDUARDO LUIZ SANTOS LEHUBACH, MAGALY GUIMARAES LUCAS, JAQUELINE MOFFATI OZORIO DE OLIVEIRA, JOANNA D ARC VICTORIA BARROS DE JAEGHER, CARLOS LUIZ TESCH XAVIER

**Recorrente:** FABIANO MARILY

**Procuradores:** ADILSON JOSE CRUZEIRO (OAB: 12149-ES), DOS ANJOS E CRUZEIRO ADVOGADOS (CNPJ: 22.021.112/0001-61), EDMAR LORENCINI DOS ANJOS (OAB: 12122-ES), LUÍZA OZÓRIO DE OLIVEIRA, FERNANDA DALCOMO COURA MACEDO, IGOR VIEIRA MACEDO

### **PEDIDO DE REEXAME EM FACE DO ACÓRDÃO TC 780/2020-4 – FUNDO ESTADUAL DE SAÚDE – NEGATIVA DE PROVIMENTO – CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

1. Inexistindo novos argumentos capazes de afastar a decisão deste Tribunal, que manteve as irregularidades constatadas nas contratações realizadas pelo Fundo Estadual de Saúde, em especial quanto ao preço de referência adotado e a falta de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores fixados nos convênios e termos de fomento celebrados com entidades filantrópicas, impõe-se o não provimento do pedido de reexame e manutenção da decisão atacada.

## O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

### 1. RELATÓRIO

Trata-se de **Pedido de Reexame** interposto pelo sr. **Fabiano Marily**, em face do **Acórdão TC 780/2020-4 - Plenário**, proferido no bojo do processo TC 1076/2017-6, *litteris*:

#### ACÓRDÃO TC-780/2020-4

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas, em:

1.1. Manter as seguintes irregularidades:

**- Preços máximos de referências superiores aos preços médios de mercado nas licitações para a contratação de serviços médicos especializados.**

**Base legal:** inobservância ao art. 15, V, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993; art. 43, IV, da Lei 8.666/1993; art. 70, caput, da Constituição Federal (princípio constitucional da economicidade); art. 70, caput, da Constituição do Estado do Espírito Santo (princípio constitucional da economicidade).

**Responsáveis:** Fabrícia Forza Pereira Lima de Oliveira - Gerente de Gestão Hospitalar e Fabiano Marily - Subsecretário de Estado de Assistência em Saúde.

**- Ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do Incentivo de Urgência e Emergência, constantes dos convênios e termos de fomento celebrados com entidades filantrópicas.**

**Base legal:** inobservância ao art. 1º c/c art. 126, I, ambos do Regulamento do Sistema Único de Saúde (Anexo da Portaria MS/GM 2.048, de 3/9/2009); art. 8º c/c Anexo II, ambos da Portaria MS/GM 2.395, de 11/10/2011; art. 37, caput (princípio constitucional da legalidade), e art. 70, caput (princípio constitucional da legalidade), ambos da Constituição Federal; art. 32, caput (princípio constitucional da legalidade), e art. 70, caput (princípio constitucional da legalidade), ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo (princípio constitucional da legalidade).

**Responsável:** Fabiano Marily - Subsecretário de Estado da Assistência em Saúde .

**- Ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do Incentivo Estadual da Melhoria da Qualidade dos serviços de saúde, constantes dos convênios celebrados com entidades filantrópicas.**

**Base legal:** inobservância ao art. 37, caput (princípio constitucional da legalidade), e art. 70, caput (princípio constitucional da legalidade), ambos da Constituição Federal; art. 32, caput (princípio constitucional da legalidade), e art. 70, caput (princípio

constitucional da legalidade), ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo (princípio constitucional da legalidade) e art. 15, inciso I, da Portaria MS/GM 3.410/2013.

**Responsável:** Fabiano Marily - Subsecretário de Estado da Assistência em Saúde.

1.2. Afastar a irregularidade “valores contratados pela Associação Congregação de Santa Catarina, por ocasião da gestão do Hospital Estadual Central, e pela Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense, por ocasião da gestão do Hospital Estadual Dr. Jayme dos Santos Neves, para prestação de serviços médicos especializados são superiores aos preços médios de mercado”, conforme item 2.1 do presente voto.

1.3. Rejeitar as preliminares de ilegitimidade passiva ad causam arguidas pela Sr.<sup>a</sup> Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira e pela Sr.<sup>a</sup> Fabrícia Forza Pereira Lima de Oliveira, pelos fundamentos apresentados, respectivamente, nos itens 2.1.1 e 2.1.2 desta decisão.

1.4. Acolher as razões de justificativa apresentadas pela Sr.<sup>a</sup> Sheila da Silva Aguiar Taquete, pela Sr.<sup>a</sup> Magaly Guimarães Lucas, pelo Sr. Eduardo Luiz Santos Lehubach e pelo Sr. Artur Antônio Moraes Marques, afastando suas responsabilidades, conforme análise precedida no item 2.2.1 desta decisão.

1.5. Acolher as razões de justificativa apresentadas pela Sr.<sup>a</sup> Joanna Darc Victoria Barros de Jaegher, afastando sua responsabilidade, conforme análise precedida no item 2.2.3 desta decisão.

1.6. Acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Carlos Luiz Tesch Xavier, afastando sua responsabilidade, conforme análise precedida no item 2.2.4 desta decisão.

1.7. Acolher as razões de justificativa apresentadas pela Sr.<sup>a</sup> Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira, afastando sua responsabilidade, conforme análise precedida no item 2.2.2 desta decisão.

1.8. Rejeitar as razões de justificativa do Sr. Fabiano Marily, em razão da manutenção das irregularidades tratadas nos itens 2.2.1, 2.2.3 e 2.2.4 desta decisão.

1.9. Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pela Sr.<sup>a</sup> Fabrícia Forza Pereira Lima de Oliveira, em razão da manutenção da irregularidade tratada no item 2.2.1 desta decisão.

1.10. Aplicar multa pecuniária individual, no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) ao Sr. Fabiano Marily, ante a infringência dos dispositivos legais atinentes às irregularidades mantidas nos itens 2.2.1, 2.2.3 e 2.2.4 desta decisão, bem como pela constatação de prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, prevista no artigo 135, II c/c art. 389, II, da Resolução TC 261/2013.

1.11. Aplicar multa pecuniária individual, no valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) à Sr.<sup>a</sup> Fabrícia Forza Pereira, ante a infringência dos dispositivos legais atinentes à irregularidade mantida no item 2.2.1 desta decisão, bem como pela constatação de prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira,

orçamentária, operacional e patrimonial, prevista no artigo 135, II c/c art. 389, II, da Resolução TC 261/2013.

[...]

1.15. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Por unanimidade, nos termos do voto vista do conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, encampado pelo relator.

3. Data da Sessão: 18/08/2020 –18ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

Ato contínuo, proferi a **Decisão Monocrática 00750/2020-3** (peça 05) pelo conhecimento do recurso e envio dos autos à Secretaria Geral de Controle Externo – SEGEX.

Por conseguinte, o feito foi encaminhado para análise do **Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC**, que se manifestou por meio da **Instrução Técnica de Recurso - ITR 00049/2021-1** (peça 09), concluindo nos seguintes termos:

#### 4. CONCLUSÃO:

Pelo exposto, considerando a decisão pelo conhecimento do presente pedido de reexame, no mérito, opinamos por **negar-lhe provimento**.

O **Ministério Público de Contas**, através de **Parecer 00677/2021-8** (peça 12), da 1ª Procuradoria de Contas, da lavra do douto procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu à proposição contida na ITR supramencionada.

Nos termos da **Petição Intercorrente 00007/2022-3** (peça 25), o requerente apresenta o **memorial de defesa oral e peças complementares** (peças 26 a 27), gerando as **Notas Taquigráficas 00011/2022-1** (peça 31).

Instado a se manifestar, o **NRC** elaborou a **Manifestação Técnica de Defesa Oral 00010/2022-6** (peça 34) e concluiu *verbis*:

## **5 - CONCLUSÃO**

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica, opina-se pelo **CONHECIMENTO** do presente **PEDIDO DE REEXAME** e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se incólume o Acórdão 780/2020.

Destarte, o **Ministério Público de Contas**, através de **Parecer 00948/2022-8** (peça 38), da 1ª Procuradoria de Contas, da lavra do douto procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu à proposição contida na Manifestação Técnica supramencionada.

## **2. FUNDAMENTOS**

### **2.1 ADMISSIBILIDADE**

Considerando que se encontram presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, ratifico os termos da Decisão Monocrática 00750/2020-3 (peça 05).

### **2.2 MÉRITO**

**2.2.1. Preços máximos de referências superiores aos preços médios de mercado nas licitações para a contratação de serviços médicos especializados.**

O Acórdão ora atacado imputou responsabilização ao recorrente por aprovar o Termo de Referência para contratação de serviços médicos especializados, adotando preços máximos de referências superiores aos preços médios de mercado, *in verbis*:

**- Preços máximos de referências superiores aos preços médios de mercado nas licitações para a contratação de serviços médicos especializados.**

**Base legal:** inobservância ao art. 15, V, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993; art. 43, IV, da Lei 8.666/1993; art. 70, caput, da Constituição Federal (princípio constitucional da economicidade); art.70, caput, da Constituição do Estado do Espírito Santo (princípio constitucional da economicidade).

A área técnica certificou que as estimativas de preços no Termo de Referência, para as contratações de serviços médicos especializados, estavam maiores do que a média de mercado, considerando os valores médios pagos pelas Organizações Sociais que contratam o mesmo tipo de serviço. Certificou ainda, que, a recorrente não fizera uma pesquisa consistente de mercado, mas apenas atualizou os valores pela inflação.

**Em sede de recurso**, alega o recorrente que é uma impropriedade comparar preços de valores contratuais praticados pelo Estado com aqueles praticados pelas Organizações Sociais.

Aduz, ainda, que o Estado possui dificuldades de contratar médicos, sobretudo em virtude da atuação das cooperativas médicas.

Argumenta que, em decorrência de decisão judicial, o Estado foi obrigado a pagar o piso fixado pela Federação Nacional dos Médicos (FENAM), conforme consta da decisão prolatada nos autos do processo 002390-46.2016.8.08.0024.

Alega, outrossim, que existem dificuldades intransponíveis para obter a cotação de preços em um mercado restritíssimo, dada a excepcionalidade do serviço licitado e o risco iminente de paralisação.

Sustenta, por fim, que, a propósito do critério de reajuste, a utilização do índice pelo INPC é objetiva, imparcial e idônea para a fixação do preço máximo, ainda que possa não ser o melhor critério.

**Pois bem.**

No tocante à impossibilidade de comparar os preços contratuais praticados pelo Estado e pelas Organizações Sociais, os argumentos trazidos pela recorrente são desprovidos de qualquer fundamento.

Como bem pontuou a área técnica, não há qualquer justificativa plausível para tal distinção, na medida em que as cooperativas médicas atuam perante todos os contratantes. De fato, dada sua atuação em concorrência monopsônia, as cooperativas sempre tentarão o mais alto preço possível, pois possuem imenso poder de mercado, mas não há razão que justifique o motivo para que exijam preços maiores do Estado do que das Organizações Sociais.

No tocante à alegada determinação judicial no processo 002390-46.2016.8.08.0024, a equipe técnica desta Corte apontou, inicialmente, que não havia localizado o referido processo no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, pois não constava o registro dessa numeração processual naquele Tribunal, asseverando, ao final, que o excerto transcrito no recurso não diz taxativamente que o Estado está obrigado a pagar o piso da FENAM a todos os médicos, mas apenas que o Magistrado entende que deve ser pago certo valor.

Contudo, nos termos da Petição Intercorrente 00007/2022-3 (peça 25), o requerente apresentou o memorial de defesa oral e peças complementares (peças 26 a 27), gerando as Notas Taquigráficas 00011/2022-1 (peça 31), que, dentre outros, apresentou os argumentos a seguir.

Em resumo, o recorrente argumenta, novamente, que o Estado possui dificuldades notórias de contratar médicos, por força da atuação abusiva das cooperativas médicas. Aduz que, de todos os fundamentos de defesa apresentados, o mais relevante foi desprezado pela equipe técnica: por força de decisão judicial o Estado foi obrigado a pagar o piso fixado pela Federação Nacional dos Médicos (FEFENAM) a algumas cooperativas, conforme consta da decisão prolatada nos autos do processo 0023980-46.2016.8.08.0024.

Argumenta que, a par das dificuldades intransponíveis para obter cotação de preços em um mercado restritíssimo, com poucos *players*, a excepcionalidade do serviço licitado e o risco iminente de paralisação, o que, por si só, já autorizariam a decisão adotada pelo Fundo Estadual de Saúde – FES, o fato é que o Estado foi compelido a

pagar, no mínimo, o piso fixado pela FENAM às cooperativas médicas naquele caso em questão, quando a situação exigiu a formalização de contratos em situação de emergência.

Alega, outrossim, que a atualização pelo INPC de contrato licitado anos antes, como critério de aceitabilidade máximo de preços, ainda que possa não ser o melhor critério, foi o mecanismo objetivo, imparcial e idôneo para fixar o preço máximo sobre o qual o Estado pagaria pelo serviço. Esse critério não constituiu uma irregularidade “fixação de preços referenciais superiores aos praticados no mercado.

Por fim, sustenta que, a conduta do agente, indicada como irregular (elaborar termo de referência com sobrepreço, irregularidade “2.1- da ITC 899/2018), não possui nexo de causalidade com a conclusão de que teria havido potencial dano na contratação, tendo em vista que não é de responsabilidade do servidor que subscreve o termo de referência, apresentar cotação de preços para a demanda.

E, nesse aspecto, considerando que o corpo técnico deste Tribunal, através da Manifestação Técnica de Defesa Oral 00010/2022-6 (peça 34) analisou detidamente todas as questões apontadas pelo recorrente, transcrevo excertos da referida Manifestação, para tomar como razão de decidir, face seus jurídicos fundamentos:

“(…)

Quanto ao Processo 0023980-46.2016.8.08.0024, que tramita na 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, conforme afirma o Recorrente, foi deferida, em janeiro de 2016, a “antecipação de tutela obrigando que diversas cooperativas, as rés deste processo inclusive, prorrogassem por mais seis meses os vínculos contratuais que possuíam com o Estado”, com os valores originalmente contratados.

Tal fato demonstra a dificuldade enfrentada pelo estado na contratação de profissionais médicos, que se organizam na forma de cooperativa. Conforme narra a ITC 899/2018:

É notória a situação que vivenciou o Estado capixaba, em que diversas defesas trouxeram para contextualizar as ações perpetuadas pelos agentes responsabilizados. De fato, o Estado tem grande dificuldade na contratação de profissionais ante a atuação das cooperativas de médicos, que buscam concentrar os serviços médicos especializados em seu seio, diminuindo a oferta e a margem de negociação e as contratações. Isto resta evidente com as ações judiciais impetradas pelo Estado do Espírito Santo, bem como pela



atuação do MPES e MPF, em órgãos administrativos (CADE) e judiciais, tão bem explanados pela defesa.

Desta forma, acolhe-se a dificuldade na contratação, mesmo junto às cooperativas, que tendem a adotar práticas que prejudicam a obtenção da proposta mais vantajosa, demonstrando o cenário adverso que passa o Estado do Espírito Santo para atender as necessidades de profissionais médicos na rede pública de saúde.

Tais circunstâncias, entretanto, não afastam a presente irregularidade, na qual foi considerada concretamente a conduta do Recorrente que, na fase interna da licitação, que aprovou os Termos de Referência os quais, segundo a equipe técnica, resultou em sobrepreço em três especialidades contratadas, neurocirurgia, ortopedia e cirurgia vascular, matéria já enfrentada pela ITC 899/2018:

Porém, trata-se de questão acessória, que não contempla o cerne da presente irregularidade, ainda que a influencie tangencialmente. Segundo a equipe de auditoria, a Sesa adotou preços mais elevados do que os de mercado, tomando como parâmetro os obtidos pelas organizações sociais de saúde que cuidam de hospitais terceirizados pelo Estado. A auditoria apontou que, em muitas das situações, os preços eram diferentes, ainda que o prestador de serviço fosse o mesmo, não restando demonstrado a razão dessa diferenciação.

A despeito do alegado pela Sra. Fabrícia Torza e Fabiano Marily, a apuração de valores médios de referência, tal como realizado pela equipe de auditoria por meio de média aritmética do valor/hora por especialidade médica, é um parâmetro válido, sendo adequado para fins e apuração de possível sobrepreço ou superfaturamento.

De fato, o Processo nº 08012.003706/200-98 (do Ministério Público Federal enviado ao Conselho de Defesa Econômica), o estudo da FGV Projetos, sobre o modelo de contratação e gestão dos serviços médicos especializados, e a decisão judicial emanada nos autos do Processo 0023980-46.2016.8.08.0024 demonstram a real dificuldade na contratação de profissionais médicos e a verdadeira batalha jurídica e administrativa empregada pelo Estado capixaba visando a continuidade dos serviços médicos de urgência e emergência. Porém, ainda que se entenda o contexto fático, ao realizar a licitação, deve-se utilizar os valores de mercado corretos, em cumprimento à legislação, ainda que a mesma tenha potencial de se mostrar deserta ou fracassada.

Ai sim, embasada pela falta de interesse e o insucesso da licitação, a Administração Pública estaria munida dos meios legais necessários, e devidamente fundamentada processualmente, para adotar as medidas visando à continuidade dos serviços. Porém, já colocar um preço acima do valor de mercado, de imediato, baseado numa possível não aceitação ou interesse das cooperativas médicas, não se justifica.

Até porque a licitação é aberta não somente a cooperativas médicas, mas a demais empresas, que inclusive chegaram a participar da licitação e executam serviços para organizações sociais que gerenciam os hospitais públicos.

Ademais, na Decisão prolatada no Processo TJES 0023980-46-2016-8-08-0024, resta evidente que o objeto aí analisado não tem pertinência com os preços definidos nos Termos de Referência dos certames ora em comento:

(...)

Pretende o EES, neste momento, antecipação dos efeitos da tutela para “Determinar às rés que assinem a contratação emergencial consubstanciada nos Contratos nº 0208/2016 e 0209/2016, pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias) a partir de 29/07/2016, de forma a possibilitar a continuidade na prestação dos serviços médicos contratados, sob pena de imposição de multa diária”.

Subsidiariamente, pede que “as rés mantenham a prestação dos serviços, os quais será devidamente pagos em caráter indenizatório”.

Para tanto, alega em breve resumo que:

- 1) as rés celebraram contratos de prestação de serviços médicos especializados, que tiveram suas vigências prorrogadas por iguais e sucessivos períodos, já totalizando, com a vigência inicial, 60 (sessenta) meses, além do período de prorrogação extraordinário previsto na Lei nº 8.666/93;
- 2) as cooperativas rés prestam serviços em diversas unidades hospitalares da rede pública estadual, especialmente na área de urgência e emergência;
- 3) com a proximidade do fim do contrato e da impossibilidade legal de novas prorrogações, pretendeu a contratação emergencial das rés para evitar a descontinuidade dos serviços;
- 4) as rés não aceitaram a contratação emergencial, não firmando o pacto por motivos meramente particulares;
- 5) as rés adotam conduta contraditória, eis que firmaram contratos com o EES durante vários anos e agora adotam esta postura inesperada de não firmar nova contratação emergencial;
- 6) as rés, ao reunirem os profissionais médicos das respectivas áreas, acabam por dominar o mercado e tentam impor os termos das contratações;
- 7) o EES não possui, neste momento, pessoal próprio para suprir os serviços médicos prestados pelas rés;
- 8) se as rés não forem obrigadas a Assinar os contratos, milhares de pessoas ficarão sem atendimento pelo SUS, especialmente em áreas sensíveis como a urgência e emergência.

Deste modo, alegando a essencialidade do serviço prestado e o risco a toda a sociedade capixaba com a paralisação dos serviços, requer, em sede de **antecipação dos efeitos da tutela, a determinação para que assinem os contratos apresentados ou, subsidiariamente, que mantenham a prestação do contrato sendo devidamente indenizadas.**

Como se vê, a decisão judicial foi no sentido de obrigar às cooperativas a assinarem o contrato emergencial, tendo em vista o final da vigência dos contratos anteriores sem que outra solução tenha sido adotada naquele momento:

À luz do exposto, defiro em parte o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que as rés assinem a contratação emergencial consubstanciada nos contratos nº 0208/2016 e 0209/2016, pelo prazo de 30 (trinta) dias a partir de 29/07/2016, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, a critério deste Juízo, de forma a possibilitar a continuidade na prestação dos serviços médicos contratados, sob pena de multa diária que arbitro no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para cada uma das rés, sem prejuízo de posterior elevação do valor da multa ou outras sanções.

Por outro lado, determino que as rés, querendo, no prazo de 120 (cento e vinte) horas contadas do recebimento do mandado de intimação, manifestem-se nos autos e esclareçam quais são as questões de ordem técnica e financeira que necessitam de ajuste.

Quer dizer, a decisão judicial trazida pela defesa não tem qualquer relação com os fatos apontados como irregulares, motivo pelo qual **não** se acolhe tais alegações com o fito de afastar a responsabilidade do Recorrente.

Quanto à **segunda alegação na forma de preliminar**, da ausência de nexo de causalidade da conduta do Recorrente, assinar termo de referência com “preços máximos de referência superiores aos preços médios de mercado”, entendemos não caber razão ao Recorrente.

A equipe técnica relatou que os preços definidos nos Termos de Referência (TRs) dos pregões analisados (98/2016 e 104/2016) foram resultado da correção dos valores contratados em 2010, com a aplicação do índice nacional dos preços ao consumidor (INPC), sendo que tais valores foram definidos como preços médios ou valor de referência, sem que se tenha elaborado a competente pesquisa de preços, conforme RAO 27/2017:

(...)

No Anexo 11 deste documento, foi apresentado um quadro comparativo entre o custo/hora do valor dos vínculos de cada especialidade estimados para o HDS e os valores praticados nos hospitais gerenciados por Organizações Sociais, "com o objetivo de subsidiar a Secont de informações acerca do mercado de saúde do Estado do Espírito Santo". Considerando os valores apresentados, seria possível identificar os preços médios vigentes no mercado para as diversas especialidades médicas, objeto da licitação, conforme tabela 10<sup>1</sup>.

Tabela 10 – Valor da especialidade médica por hora e valor médio

Especialidade Médica	Valor Hora HEC	Valor Hora HEJSN	Valor Hora Heue	Valor Hora Sesa	Valor Hora Média
Anestesiologia	136,50	153,10	112,00	130,59	133,05
Cirurgia Geral	145,84	133,86	112,00	131,14	130,71
Neurocirurgia	136,50	153,20	132,00	180,72	150,61
Ortopedia	129,68	114,28	112,00	131,14	121,78
Terapia Intensiva	126,00	101,97	112,00	131,39	117,84

Fonte: Processo administrativo 73564443 (Anexo 2).

Por ocasião da apresentação das propostas e durante a etapa de lances da sessão pública, foi fracassada a licitação na especialidade médica de cirurgia geral e foi contratada por um preço inferior ao preço médio na especialidade médica de terapia intensiva. Porém, nas especialidades médicas de neurocirurgia e de ortopedia (Anexo 3), os preços contratados foram superiores aos preços médios apurados com base no Anexo 11, conforme demonstrado na tabela 11.

<sup>1</sup> Heue: hospital estadual de urgência e emergência; HEC: hospital estadual central; HEJSN: hospital estadual Jayme dos Santos Neves; HDS, hospital Dório Silva; HSL, hospital São Lucas.

Tabela 11 – Comparação entre valor da hora contratada e o valor da hora média, por especialidade médica

Especialidade Médica Nº Contrato	Valor Hora Contratada (A)	Valor Hora Média (B)	Diferença (C=A-B)	Quantidade Horas Mensais Previstas (D)	Valor Mensal Excedente (E=CxD)	Valor Anual Excedente (F=Ex12)
Neurocirurgia Contrato 174/2016	161,35	150,61	10,74	1.771,92	19.030,42	228.365,04
Ortopedia Contrato 177/2016	122,56	121,78	0,78	2.362,56	1.842,79	22.113,48
Total						250.478,52

Fonte: Processo administrativo 73564443 (Anexo 2) e contratos de prestação de serviços médicos (Anexo 3).

(...)

Tabela 12 - Valor da especialidade médica por hora e valor médio

Especialidade Médica	Valor Hora HEC	Valor Hora HEJSN	Valor Hora Heue	Valor Hora SESA	Valor Hora Média
Anestesiologia	136,50	153,10	112,00	130,59	133,05
Cirurgia Vascular	115,50	111,31	112,00	131,26	117,52
Cirurgia Geral	145,84	133,86	112,00	131,14	130,71
Neurocirurgia	136,50	153,20	132,00	180,72	150,61
Ortopedia	129,68	114,28	112,00	131,14	121,78
Terapia Intensiva	126,00	101,97	112,00	131,39	117,84

Fonte: Processo administrativo 73569712 (Anexo 4).

Todavia, a Sesa optou por considerar como valor de referência os valores executados nos contratos de prestação de serviços médicos então vigentes, que estavam superiores aos preços médios nas especialidades de cirurgia geral, de cirurgia vascular, de neurocirurgia, de ortopedia e de terapia intensiva. Por ocasião da apresentação das propostas e durante a etapa de lances da sessão pública, foi fracassada a licitação na especialidade médica de cirurgia geral e foi contratada por um preço inferior ao preço médio na especialidade médica de terapia intensiva.

Porém, nas especialidades médicas de cirurgia vascular, de neurocirurgia e de ortopedia, os preços contratados foram superiores aos preços médios apurados com base no Anexo 11, conforme demonstrado na tabela 13.

Tabela 13 - Comparação entre valor da hora contratada e o valor da hora média, por especialidade médica

Especialidade Médica Nº Contrato	Valor Hora Contratada (A)	Valor Hora Média (B)	Diferença (C=A-B)	Quantidade Horas Mensais Previstas (D)	Valor Mensal Excedente (E=CxD)	Valor Anual Excedente (F=Ex12)
Cirurgia Vascular Contrato 215/2016	122,68	117,52	5,16	1.669,20	8.613,07	103.356,84
Neurocirurgia Contrato 214/2016	168,90	150,61	18,29	2.568,00	46.968,72	563.624,64
Ortopedia Contrato 213/2016	122,56	121,78	0,78	2.824,80	2.203,34	26.440,08
Total						693.421,56

Fonte: Processo administrativo 73569712 (Anexo 4) e contratos de prestação de serviços médicos (Anexo 3).

(...)

- Quanto aos valores executados nos contratos então vigentes, licitados no exercício de 2010, com as correções previstas contratualmente pelo INPC, é importante registrar que, apesar do HDS e do HSL serem localizados na região metropolitana, os preços de referência utilizados pela Sesa contemplaram um incentivo à interiorização para todas as especialidades;

- Além disso, após análise dos contratos vigentes em Fevereiro/2016 (Anexo 6), constatamos que os valores então praticados eram inferiores aos preços de referência utilizados pela Sesa, conforme demonstrado nas tabelas 14 e 15.

**Tabela 14 – Valor Hora Fevereiro/2016 x Valor Hora Referencial Sesa (HDS)**

Especialidade Médica/ Nº Contrato	Valor da Hora Vigente Mês: Fevereiro/2016	Valor da Hora Referencial Sesa Pregão 098/2016
Cirurgia Geral 207/2010	R\$ 122,56	131,14
Neurocirurgia 209/2010	R\$ 168,90	180,72
Ortopedia 210/2010	R\$ 127,47	131,14
Terapia Intensiva 245/2010	R\$ 122,80	131,39

Fonte: Contratos de prestação de serviços médicos e seus aditivos e apostilamentos (Anexo 6).  
Nota: Conforme Contrato 211/2010, a especialidade de anestesiologia era remunerada pela quantidade de procedimentos médicos realizados.

**Tabela 15 - Valor Hora Fevereiro/2016 x Valor Hora Referencial Sesa (HSL)**

Especialidade Médica/ Nº Contrato	Valor da Hora Vigente Mês: Fevereiro/2016	Valor da Hora Referencial Sesa Pregão 104/2016
Cirurgia Vascolar 246/2010	R\$ 122,90	131,26
Cirurgia Geral 207/2010	R\$ 122,56	131,14
Neurocirurgia 209/2010	R\$ 168,90	180,72
Ortopedia 210/2010	R\$ 127,47	131,14
Terapia Intensiva 245/2010	R\$ 122,80	131,39

Fonte: Contratos de prestação de serviços médicos e seus aditivos e apostilamentos (Anexo 6).  
Nota: Conforme Contrato 211/2010, a especialidade de anestesiologia era remunerada pela quantidade de procedimentos médicos realizados.

(...)

- Quanto à juntada dos preços praticados nos hospitais geridos por OSS apenas com objetivo de demonstrar que os valores não estavam discrepantes daqueles praticados no mercado e não para formar preço médio, é imperioso ressaltar que todos os hospitais geridos por OSS são hospitais públicos, razão pela qual entendemos cabível balizar as contratações da Sesa pelos preços praticados nesses hospitais;

(...)

- Por fim, acerca da alcançada vantagem econômica, já que os novos preços obtidos foram menores que os preços praticados nos contratos então vigentes, cumpre registrar que os novos preços obtidos ainda são superiores aos praticados no Heue, conforme demonstrado nas tabelas 17 e 18.

**Tabela 17 – Valor Contrato HDS x Valor Contrato Heue**

Especialidade Médica/ Nº Contrato	Valor Vigente Contrato Atual	Valor Vigente Heue
Anestesiologia 175/2016	122,05	111,76
Neurocirurgia 174/2016	161,35	136,85
Ortopedia 177/2016	122,56	112,00
Terapia Intensiva 176/2016	98,90	94,31

Fonte: Contratos de prestação de serviços médicos, celebrados pela Sesa (Anexo 3) e pela Pró-Saúde (Anexo 7).

**Tabela 18 - Valor Contrato HSL x Valor Contrato Heue**

Especialidade Médica/Nº Contrato	Valor Vigente Contrato Atual	Valor Vigente Heue
Anestesiologia 212/2016	122,05	111,76
Cirurgia Vasculuar 215/2016	122,68	112,00
Neurocirurgia 214/2016	168,90	136,85
Ortopedia 213/2016	122,56	112,00
Terapia Intensiva 298/2016	96,89	94,31

Fonte: Contratos de prestação de serviços médicos, celebrados pela Sesa (Anexo 3) e pela Pró-Saúde (Anexo 7).

(...)

Considerando que os preços de referência, utilizados pela Sesa nos pregões eletrônicos, eram superiores aos valores praticados nos contratos vigentes, apuramos os reais preços médios de mercado das especialidades médicas analisadas, conforme tabela 19.

**Tabela 19 – Apuração do Preço Médio de Mercado em Fevereiro/2016**

Especialidade Médica	Valor Hora HEC	Valor Hora HEJSN	Valor Hora Heue	Valor Hora Contratos Vigentes	Preço Médio de Mercado
Anestesiologia	136,50	153,10	112,00	130,59	133,05
Cirurgia Geral	145,84	133,86	112,00	122,56	128,57
Cirurgia Vasculuar	115,50	111,31	112,00	122,90	115,43
Neurocirurgia	136,50	153,20	132,00	168,90	147,65
Ortopedia	129,68	114,28	112,00	127,47	120,86
Terapia Intensiva	126,00	101,97	112,00	122,80	115,69

Fonte: Processo administrativo 73569712 (Anexo 4) e contratos de prestação de serviços médicos, celebrados pela Sesa (Anexo 6).

Nota: Conforme Contrato 211/2010, a especialidade de anestesiologia era remunerada pela quantidade de procedimentos médicos realizados, razão pela qual adotamos o valor de referência da Sesa.

Nessa linha, considerando o quantitativo de horas médicas contratadas, apresentamos novo demonstrativo do prejuízo potencial anual na execução dos Contratos 174 e 177/2016 (Anexo 3 – HDS), decorrentes da contratação por preço superior ao preço médio de mercado, demonstrado na tabela 20.

**Tabela 20 – Comparação entre valor da hora contratada e o preço médio de mercado, por especialidade médica, no HDS**

Especialidade Médica Nº Contrato	Valor Hora Contratada (A)	Valor Hora Preço Médio de Mercado (B)	Diferença (C=A-B)	Quantidade Horas Mensais Previstas (D)	Valor Mensal Excedente (E=CxD)	Valor Anual Excedente (F=E x 12)
Neurocirurgia Contrato 174/2016	161,35	147,65	13,70	1.771,92	24.275,30	291.303,60
Ortopedia Contrato 177/2016	122,56	120,86	1,70	2.362,56	4.016,35	48.196,20
<b>Total</b>						<b>339.499,80</b>

Fonte: Processo administrativo 73564443 (Anexo 2) e contratos de prestação de serviços médicos, celebrados pela Sesa (Anexo 3).

Nota: O prejuízo potencial apontado inicialmente era de R\$ 250.478,52.

Considerando também o quantitativo de horas médicas contratadas, apresentamos novo demonstrativo do prejuízo potencial anual na execução dos Contratos 213, 214 e 215/2016 (Anexo 3 – HSL), decorrentes da contratação por preço superior ao preço médio de mercado, conforme tabela 21.

Tabela 21 – Comparação entre valor da hora contratada e o preço médio de mercado, por especialidade médica, no HSL

Especialidade Médica Nº Contrato	Valor Hora Contratada (A)	Valor Hora Preço Médio de Mercado (B)	Diferença (C=A-B)	Quantidade Horas Mensais Previstas (D)	Valor Mensal Excedente (E=CxD)	Valor Anual Excedente (F=Ex12)
Cirurgia Vascular Contrato 215/2016	122,68	115,43	7,25	1.669,20	12.101,70	145.220,40
Neurocirurgia Contrato 214/2016	168,90	147,65	21,25	2.568,00	54.570,00	654.840,00
Ortopedia Contrato 213/2016	122,56	120,86	1,70	2.824,80	4.802,16	57.625,92
Total						857.686,32

Fonte: Processo administrativo 73569712 (Anexo 4) e contratos de prestação de serviços médicos, celebrados pela Sesa (Anexo 3).

Nota: O prejuízo potencial apontado inicialmente era de R\$ 693.421,56.

Em resumo, para melhor entendimento da narrativa, temos os seguintes fatos:

- 1- A SESA elaborou Termos de Referências, nos pregões 98/2016 (Hospital Dório Silva, HDS) e 104/2016 (Hospital São Lucas, HSL) para a contratação de especialidades médicas, com a indicação dos preços referenciais calculados utilizando os preços contratados em 2010 corrigidos pelo INPC;
- 2- A própria SESA, nos Termos de Referência dos pregões, informa que os contratos das OSs que geriam outros hospitais (HEUE, HEJSN e HEC), para os mesmos serviços, foram firmados com preços inferiores àqueles calculados com base no INPC, sem, entretanto, considerar tais valores para o cálculo do valor de referência ou preço médio, e sem justificar tal decisão, adotando apenas aqueles corrigidos pelo índice;
- 3- A equipe de auditoria inicialmente calculou o que denominou de “preço de mercado” ou preços referenciais, agregando os preços contratados pelas OSs (hospitais HEUE, HEJSN e HEC), mais o preço definido pela SESA (contratos de 2010 corrigidos pelo INPC) – Tabelas 10, 11 e 12 – projetando um “prejuízo potencial anual de R\$ 693.421,56 na execução dos Contratos 213, 214 e 215/2016 (HSL)”, conforme Tabela 13;
- 4- Na sequência, comparou os “valores vigentes em fevereiro de 2016” – contratados a partir dos pregões em análise – com aqueles definidos nos Termos de Referência (Tabelas 14 e 15) e estes “valores vigentes em fevereiro de 2016” com o valor vigente dos contratos do HEUE (gerido por OS, Tabelas 17 e 18), demonstrando que, em todos os casos, os valores contratados em 2016 (HDS e HSL) foram superiores ao contrato com o HEUE (Hospital Estadual de Urgência e Emergência);
- 5- Por fim, refez as Tabelas 10, 11, 12 e 13, trocando a coluna “valor hora SESA” (calculado pelo INPC) por “valor hora contratos vigentes” (Tabelas 19),

recalculando o “prejuízo potencial”, em relação ao HDS (Tabela 20) para R\$339.499,80 (na Tabela 11, o dano calculado foi de R\$250.478,52) e, na Tabela 21, em relação ao HSL recalculou o “prejuízo potencial” para R\$857.686,32 (na Tabela 13, o dano calculado foi de R\$ 693.421,56);

- 6- Tais “contratos vigentes” considerados no lugar de “valor hora SESA” foram os seguintes, todos eles firmados pela SESA e considerando os valores atualizados para 2016 pelos aditivos contratuais:

		TC 1076/2017	
	Contrato	Doc.	Anexo
Cooperciges	207/2010	46	2841/2017
Coopneuro	209/2010	47	2842/2017
Cootes	210/2010	48	2843/2017
Cooperati	245/2010	49	2844/2017
Coopangio	246/2010	50	2845/2017

Condensamos os cálculos principais da equipe técnica na seguinte tabela:

Especialidade Médica	Preço de referência adotado pela SESA (TRs) (a)	Valor contratado pelas OS			RAO 27/2017		Valor contratado (R\$)		Valores em R\$.	
		HEC	HEJSN	HEUE	Valor hora Contratos vigentes* (docs. 46-50) (e)	Média (b+c+d+e) (f)			Diferença preço médio x contratado (g-f) (h)	Diferença preço médio x referencial TRs (g-a) (i)
		(b)	(c)	(d)	(g)	(g)	(h)	(i)		
Neurocirurgia	180,72	136,50	153,20	132,00	168,90	147,65	Contrato 174/2016 161,35	13,70	-19,37	
Ortopedia	131,14	129,68	114,28	112,00	127,47	120,86	Contrato 214/2016 168,90	21,25	-11,82	
							Contrato 177/2016 Contrato 214/2016 122,56	1,70	-8,58	
Cirurgia Vascular	131,26	115,50	111,31	112,00	122,90	115,43	Contrato 215/2016 122,68	7,25	-8,58	
Anestesiologia	130,59	136,50	153,10	112,00	130,59	133,05	n/c	n/c		
Cirurgia Geral	131,14	145,84	133,86	112,00	122,56	128,57	fracassada	-	n/c	
Terapia Intensiva	131,39	126,00	101,97	112,00	122,80	115,69	n/c	preço inferior	n/c	

\* Contrato 207/2010, Cooperciges, Contrato 209/2010, Coopneuro, Contrato 210/2010, Cootes, Contrato 245/2010, Cooperati, e Contrato 246/2010, Coopangio

Assim, como se observa, a equipe de auditoria demonstrou que os Termos de Referência dos Pregões SESA 98/2016 e 104/2016, para a contratação de serviços médicos especializados, foram elaborados de forma inadequada, com simples correção pelo INPC dos valores contratados em 2010, descartando a pesquisa de preços, conforme exigência legal.

Não houve, por parte da defesa do Recorrente – antes ou agora – a contestação dos fatos narrados, ao contrário, alegou que a forma utilizada era a melhor opção no momento, em razão da situação adversa por conta do conflito havido com as cooperativas, e “ainda que possa não ser o melhor critério, foi o mecanismo objetivo, imparcial e idôneo para fixar o preço máximo sobre o qual o Estado pagaria pelo serviço”.



Entretanto, o Recorrente não justifica a decisão de descartar a exigência legal da pesquisa de preços de mercado, que foi elaborada pela equipe técnica com os dados obtidos dos próprios contratos vigentes (Cooperciges, Coopneuro, Cootes, Cooperati e Coopangio), em 2016, na SESA.

Mais ainda, quando optou por simples cálculo com base no INPC para corrigir o valor contratado em 2010 e definir o preço médio nos Termos de Referência, os técnicos da SESA juntaram “quadro comparativo entre o custo/hora do valor dos vínculos de cada especialidade estimados para o HSL e os valores praticados nos hospitais gerenciados por Organizações Sociais” que geriam os hospitais HEUE, HJSN e HEC.

Ou seja, a Gerência de Gestão Hospitalar da SESA, responsável por elaborar os Termos de Referência, se utilizou de três preços em contratos vigentes (tais preços seriam “apenas para demonstrar que os valores não estavam discrepantes daqueles praticados no mercado e não para formar preço médio”, conforme justificou, à época, para a equipe técnica, vide ITC 899/2018), fez o cálculo pelo INPC, e tinha a possibilidade de se utilizar de outros cinco preços (como fez a equipe técnica: Contrato 207/2010, Cooperciges, Contrato 209/2010, Coopneuro, Contrato 210/2010, Cootes, Contrato 245/2010, Cooperati, e Contrato 246/2010, Coopangio).

As justificativas apresentadas pelo Recorrente, na forma de preliminares, não são suficientes, portanto, para afastar a irregularidade 2.1 do RAO 27/2017 (admitir “preços máximos de referência superiores aos preços médios de mercado nas licitações para contratação de serviços médicos especializados”).

Ainda quanto a esta irregularidade, o Recorrente apresentou justificativas - Petição Intercorrente 1065/2021 (doc. 18, “Memorial de defesa oral”) – nas quais alega:

(...) que a atualização pelo INPC de contrato licitado anos antes, como critério de aceitabilidade máximo de preços, ainda que possa não ser o melhor critério, foi o mecanismo objetivo, imparcial e idôneo para fixar o preço máximo sobre o qual o Estado pagaria pelo serviço. Esse critério não constituiu uma irregularidade “fixação de preços referenciais superiores aos praticados no mercado”.

Como já argumentamos, não há justificativas para que a SESA tenha desprezado a elaboração de pesquisa de preços de mercado, ainda que com fundamento apenas nos seus contratos então vigentes.

Ressalte-se que a própria Gerência de Gestão Hospitalar da SESA havia elaborado tabela que inseriu nos Termos de Referência, com os preços praticados, à época, nos hospitais HEUE, HJSN e HEC, mas, de forma incomum, o objetivo era “apenas para demonstrar que os valores não estavam discrepantes daqueles praticados no mercado e não para formar preço médio”.

Além destes três preços, a equipe de auditoria agregou outros cinco, vigentes em contratos da própria SESA, definindo um preço médio de mercado que, caso a SESA tivesse adotado postura semelhante, impediria o sobrepreço observado, uma vez que tal preço médio de mercado funcionaria como preço máximo a ser contratado.

Como já havia observado a ITC 899/2018:

(...)

De fato, o Processo nº 08012.003706/200-98 (do Ministério Público Federal enviado ao Conselho de Defesa Econômica), o estudo da FGV Projetos, sobre o modelo de contratação e gestão dos serviços médicos especializados, e a decisão judicial emanada nos autos do Processo 0023980-46.2016.8.08.0024 demonstram a real dificuldade na contratação de profissionais médicos e a verdadeira batalha jurídica e administrativa empregada pelo Estado capixaba visando a continuidade dos serviços médicos de urgência e emergência. Porém, ainda que se entenda o contexto fático, ao realizar a licitação, deve-se utilizar os valores de mercado corretos, em cumprimento à legislação, ainda que a mesma tenha potencial de se mostrar deserta ou fracassada.

Ai sim, embasada pela falta de interesse e o insucesso da licitação, a Administração Pública estaria munida dos meios legais necessários, e devidamente fundamentada processualmente, para adotar as medidas visando à continuidade dos serviços. Porém, já colocar um preço acima do valor de mercado, de imediato, baseado numa possível não aceitação ou interesse das cooperativas médicas, não se justifica.

(...)

A Sesa optou pela utilização dos valores das contratações anteriores para o balizamento das licitações instauradas, atualizadas pelo INPC. Acertadamente, o relatório de auditoria trouxe o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União, através do Acórdão 2.361/2009 – Plenário, no qual “a estimativa de custos para fins de licitação deve ser feita com base em efetiva pesquisa de preços no mercado e não a partir da aplicação de índices inflacionários sobre os valores referentes a licitações similares anteriores”. Desta forma, os preços devem basear-se por pesquisa de mercado a ser realizada e não pela atualização de índices inflacionários de contratos anteriores.

Assim, observa-se que o Recorrente não traz fundamentação – jurídica, doutrinária ou jurisprudencial – em sua alegação de que o simples cálculo utilizando o INPC, é critério que “não constituiu uma irregularidade”, especialmente porque o art. 43, IV, da Lei 8.666/1993 estabelece a exigência de pesquisa de mercado.

A equipe técnica agrega outros critérios normativos que exigem a ampla pesquisa de preços: Portaria Secont nº 009-R/2015, a IN 5/2014 do Ministério do Planejamento e Gestão (SLTI/MPOG), além de jurisprudência (Acórdão TCU 3068/2010 – Plenário)

Logo, pelo exposto, concluímos por manter a irregularidade “preços máximos de referências superiores aos preços médios de mercado nas licitações para a contratação de serviços médicos especializados” (item 1.1 do Acórdão 780/2020 e 2.1 da ITC 899/2018) e a responsabilidade do Recorrente.

Ante o exposto, acompanho o entendimento da área técnica pela negativa de provimento a este item.

### **2.2.2. Ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do Incentivo de Urgência e Emergência, constantes dos convênios e termos de fomento celebrados com entidades filantrópicas.**

O Acórdão ora atacado imputou responsabilização ao recorrente por adotar critérios subjetivos para definição dos valores do Incentivo de Urgência e Emergência, constantes dos convênios e termos de fomento celebrados com entidades filantrópicas, *in verbis*:

**- Ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do Incentivo de Urgência e Emergência, constantes dos convênios e termos de fomento celebrados com entidades filantrópicas.**

**Base legal:** inobservância ao art. 1º c/c art. 126, I, ambos do Regulamento do Sistema Único de Saúde (Anexo da Portaria MS/GM 2.048, de 3/9/2009); art. 8º c/c Anexo II, ambos da Portaria MS/GM 2.395, de 11/10/2011; art. 37, caput (princípio constitucional da legalidade), e art. 70, caput (princípio constitucional da legalidade), ambos da Constituição Federal; art. 32, caput (princípio constitucional da legalidade), e art. 70, caput (princípio constitucional da legalidade), ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo (princípio constitucional da legalidade).

A equipe de auditoria verificou que o recorrente repassou valores de incentivo sem critérios objetivos para determinar o valor adequado para os repasses e a quem poderiam ser feitos, pois dos 14 hospitais contemplados, apenas 03 atendiam aos requisitos de habilitação do governo federal, enquanto o governo estadual não tinha critério algum, simplesmente fazia repasses a título de urgência e emergência fundamentando-os na importância social e na urgência.

**Em sede de recurso**, alega o recorrente, em síntese, que foram adotados os critérios utilizados pelo Ministério da Saúde, enquanto o Estado ainda não tinha feito sua própria regulamentação.

Entretanto, como bem pontuou o corpo técnico deste Tribunal, foi constatado que, apenas, 3 dos 14 hospitais cumpriram os requisitos do governo federal, o que cai por terra a alegação de utilização dos mesmos critérios utilizados pelo Ministério da Saúde, alegação esta, inclusive, que sequer restou comprovada pelo recorrente.

Transcrevo, ainda, excertos da Manifestação Técnica de Defesa Oral 00010/2022-6 (peça 34), que, também, apreciou tal questão, para tomar como razão de decidir, face seus jurídicos fundamentos:

“(…)

No **primeiro caso** (incentivo de urgência e emergência), entendemos que a matéria já foi enfrentada pela ITC 899/2018, que assim se manifestou:

(…)

**Justificativas do Sr. Fabiano Marily**

Transcrevo parte da defesa na qual são sintetizadas os seus argumentos:

“Quanto ao aporte financeiro destinado às portas de entrada para os hospitais que não haviam sido contemplados na RUE de 2011, ocorreram utilizando o critério importante das necessidades de saúde e necessidades sociais sentidas e expressas da nossa população, dos determinantes sociais e se destinam a salvar vidas. Esclarecemos ainda que o desenho da Rede Assistencial de Urgência e Emergência já está sendo revisada pela equipe técnica da SESA, para posterior encaminhamento à CIR e CIB para análise e deliberação e, posterior encaminhamento ao Ministério da Saúde.

Quanto ao valor do Incentivo de Urgência e Emergência, reafirmamos que foi utilizado como parâmetro o valor da Portaria Ministerial nº 2395/2011, definido no Anexo II a Proposta de Incentivo Financeiro, de acordo com a Tipologia dos Hospitais da Rede de Atenção à Urgência e Emergência (Hospital Geral -R\$ 100.000,00; Hospital Especializado Tipo I-R\$ 200.000,00, Hospital Especializado Tipo II-R\$ 300.000,00).”

Após, traz considerações sobre os repasses efetuados a 14 hospitais da rede estadual de saúde, referentes ao incentivo de urgência e emergência.

(...)

### **Análise**

Os incentivos financeiros, tal como o de urgência e emergência, têm por objetivo minimizar o desequilíbrio financeiro dos prestadores e incentivar a habilitação de serviços junto ao SUS, já que se trata de uma decisão exclusiva da instituição privada. Com isso, visa-se prestar o atendimento de urgência e emergência à população capixaba.

A Subsecretaria de Assistência a Saúde - SAS informou ter utilizado o Anexo II da Portaria MS/GM 2.395, de 11 de outubro de 2011, como critério e parâmetro para definição do valor do repasse do recurso estadual. Esta também foi a afirmação dos agentes responsabilizados.

Porém, conforme a equipe de auditoria, dentre os quatorze hospitais que recebem Incentivo de Urgência e Emergência, oriundo de recursos estaduais, para custeio de despesas com Pronto Socorro, apenas três encontram-se habilitados (Hospital Evangélico de Vila Velha, Hospital da Santa Casa de Misericórdia de Vitória e Hospital da Santa Casa de Misericórdia de Cachoeiro de Itapemirim) e um está em processo de habilitação no Ministério da Saúde (Hospital Evangélico de Cachoeiro de Itapemirim – Filial Itapemirim) para recebimento de incentivo de custeio mensal de urgência e emergência, oriundo de recursos federais.

Quando da realização da auditoria, solicitou-se, através do Ofício de requisição TCEES 204/2017-1, a apresentação dos critérios e parâmetros do Incentivo de Urgência e Emergência. Porém, o documento de resposta, consubstanciado no Ofício SESA/GS/Nº 196/2017, apenas contextualizou os incentivos fiscais, sem trazer especificamente quais parâmetros e critérios utilizados e o enquadramento dos referidos hospitais nesses requisitos.

Apesar de ter conhecimento que dos 14 hospitais, 3 já recebem recursos federais com base no cumprimento dos requisitos da Portaria MS/GM 2.395, e outro está em processo de habilitação, somente nesses é possível vislumbrar o atendimento de tais requisitos. Em momento algum é comprovado, no que pertine aos demais hospitais, que o Incentivo de Urgência e Emergência foi conferido após a análise dos requisitos esculpados nos arts. 6º e 8º da referida norma, tal como alegado pelos defendentes.

Assim, não se verifica o cumprimento, nem é colacionado processo administrativo ou documentos que comprovem o enquadramento dos hospitais nos seguintes requisitos:

(...)

Tampouco há quaisquer documentos que comprovem enquadramento dos hospitais na tipologia estabelecida pelo Anexo II da referida Portaria:

Desta forma, ainda que se alegue o cumprimento de tais critérios/parâmetros, não há documentos que comprovem que o incentivo foi conferido após a verificação do atendimento de tais requisitos. Não há prova documental nesse sentido, de modo que pode-se afirmar que foi conferido sem o atendimento dos requisitos da portaria em questão.

Ressalta-se que o Incentivo de Urgência e Emergência pode ser conferido por critérios estabelecidos pelo próprio Estado, não necessitando aderir às normas do governo federal. O que não pode é não ter critérios ou usar de subjetividade, sem motivação suficiente para o repasse de recursos públicos a entidades privadas.

Como ventilado pela equipe de auditoria, ante a falta de documentação comprobatória:

“na medida em que alguns hospitais não cumprem os requisitos estabelecidos pelo MS e também não houve pactuação na CIR e na CIB para enquadramento excepcional como unidades hospitalares estratégicas para a Rede de Atenção às Urgências, devidamente avaliada pelo Ministério da Saúde, não vislumbramos respaldo legal para contratualização de repasse do Incentivo de Urgência e Emergência com

recursos estaduais com base no Anexo II da Portaria MS/GM Nº 2.395/2011.

Conforme extensamente explanado pelos hospitais notificados, bem como pelos defendentes e pela equipe de auditoria, os recursos a título de incentivo de urgência e emergência são fundamentais para a continuidade da prestação dos serviços de saúde naquelas unidades. Tal ponto é incontroverso.

Porém, o incentivo deve ser conferido seguindo critérios objetivos, sob pena de se ferir princípios caros da Administração Pública, como moralidade, impessoalidade e transparência. As afirmações a seguir da Sra. Joanna Darc e do Sr. Fabiano apenas corroboram o grau de subjetividade atual ao escolher as instituições que receberam o incentivo:

“aporte financeiro destinado às portas de entrada para os hospitais que não haviam sido contemplados na RUE de 2011, ocorreram utilizando o critério importante das necessidades de saúde e necessidades sociais sentidas e expressas da nossa população, dos determinantes sociais e se destinam a salvar vidas, visto ser para a rede de urgência e esta ser altamente tempo-dependente”.

Pode-se e deve-se questionar: que necessidade de saúde? Que necessidade social? Em ambos os casos são expressões extremamente abertas, vagas, cujo conteúdo pode ser preenchido ao bom alvitre do gestor. Entende-se que é essencial a habilitação das entidades para recebimento do recurso federal, caso se enquadrem nos requisitos necessários, e a adoção de critérios e parâmetros objetivos para o incentivo estadual e seu efetivo cumprimento.

Passa-se à análise da responsabilização dos defendentes. O Sr. Fabiano Marily exerceu o cargo de Subsecretário de Estado da Assistência em Saúde, sendo responsável por assinar os convênios e termos de convênio. Caber-lhe-ia requerer, no bojo de tais processos administrativos, o cumprimento pleno dos critérios e parâmetros objetivos para a definição do valor de Incentivo de Urgência e Emergência. Deveria, como gestor, incluir na rotina do setor que gerenciava a verificação de tais requisitos. Porém, assim não o fez, de modo que deve ser mantida sua responsabilidade.

Não havendo reparos a fazer, corroboramos com a conclusão da ITC 899/2018 e concluímos por manter a irregularidade “ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do incentivo de urgência e emergência, constantes dos convênios e termos de fomento celebrados com entidades” e a responsabilidade do Recorrente.”

Assim, acompanho o entendimento da área técnica pela negativa de provimento no tocante a este item.

### **2.2.3. Ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do Incentivo Estadual da Melhoria da Qualidade dos serviços de saúde, constantes dos convênios celebrados com entidades filantrópicas.**

O Acórdão ora atacado imputou responsabilização ao recorrente por adotar critérios subjetivos para definição dos valores do Incentivo Estadual da Melhoria da Qualidade dos serviços de saúde, constantes dos convênios celebrados com entidades filantrópicas, *in verbis*:

**- Ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do Incentivo Estadual da Melhoria da Qualidade dos serviços de saúde, constantes dos convênios celebrados com entidades filantrópicas.**

**Base legal:** inobservância ao art. 37, caput (princípio constitucional da legalidade), e art. 70, caput (princípio constitucional da legalidade), ambos da Constituição Federal; art. 32, caput (princípio constitucional da legalidade), e art. 70, caput (princípio constitucional da legalidade), ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo (princípio constitucional da legalidade) e art. 15, inciso I, da Portaria MS/GM 3.410/2013.

A equipe de auditoria verificou que 12 entidades filantrópicas recebiam o incentivo e o Estado não possuía qualquer normatização a respeito, o que foi confirmado pelo ente auditado, por meio do Ofício SESA/GS nº 342/2017.

**Em sede de recurso**, alega o recorrente, em síntese, ser irrelevante se a unidade hospitalar presta serviços ao SUS, a particulares ou a planos de saúde, bastando, apenas, que tenha natureza jurídica de direito privado sem fins lucrativos.

Argumenta, outrossim, que a ausência de regulamentação no âmbito estadual não desnatura ou invalida a regularidade do pagamento do incentivo, que em muito contribui para a sustentabilidade do sistema de proteção social de saúde.

Pois bem.

Com efeito, no âmbito federal, o tema é regulado pela Portaria MS/GM 142, inexistindo a nível estadual qualquer critério e/ou parâmetro regulamentando a questão.

Assim, independentemente do público a que se destina, a ausência de regulamentação não invalida a regularidade do incentivo, mas impossibilita a fiscalização da correta destinação do incentivo, por ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores repassados.

Como bem pontuou o corpo técnico, *“sem base jurídica legal ou regulamentar, simplesmente não é possível fixar a despesa pública. A regulamentação assegura a credibilidade, transparência e accountability. Sem ela, tem-se o arbítrio, qualquer um pode ser contemplado para fazer o que quiser com os recursos.”*

Transcrevo, ainda, excertos da Manifestação Técnica de Defesa Oral 00010/2022-6 (peça 34), que, também, apreciou tal questão, para tomar como razão de decidir, face seus jurídicos fundamentos:

“(…)

No **segundo caso** (incentivo estadual da melhoria da qualidade dos serviços de saúde), a equipe técnica já havia circularizado o achado para a SESA, que respondeu “concordamos com o Achado de Auditoria nº9 quanto a ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do Incentivo Estadual para Melhoria da Qualidade”.

A defesa do Recorrente, no presente Pedido de Reexame, entendeu que “é absolutamente irrelevante, para fins de percepção do Incentivo de Qualificação da Gestão Hospitalar, se a unidade hospitalar presta serviços ao SUS e também a pacientes particulares ou de planos de saúde”.

No caso, bastaria “apenas, a sua natureza jurídica de direito privado sem fins lucrativos, observados outros critérios de elegibilidade, mas que não se referem ao público-alvo da unidade”.

A ITC 899/2018 que já tratou da matéria e concluiu:

(…)

**Justificativas do Sr. Fabiano Marily**

Inicia sua manifestação trazendo um esboço histórico da contratualização com a rede hospitalar filantrópica.

Após, traz considerações sobre os repasses efetuados aos doze hospitais filantrópicos, no que pertine ao Incentivo de Melhoria da Qualidade, ressaltando sua finalidade em cada unidade. Complementa que está determinando a implantação de sistema de custos nos hospitais, o que trará maior transparência na aplicação dos recursos do SUS.

**Análise**

A presente irregularidade se atém à falta de critérios e parâmetros para concessão e definição de valores a título de incentivo da melhoria da qualidade conferidos pela Sesa. Desta forma, não há um critério claro de concessão do benefício, de quais instituições estariam aptas a receber para, após, celebrar os respectivos convênios de cooperação. Tampouco há parâmetros ou critérios para definição dos valores que cada hospital receberá.

No presente momento, tais definições são subjetivas, conforme entendimento da Sesa, sem requisitos objetivos, o que prejudica a transparência nas razões pela diferença de valores no repasse a título de incentivo ou na escolha das instituições que recebem esse benefício.

Não se questiona, conforme extensamente explanado pelos hospitais e pela equipe de auditoria, quanto à importância de tal incentivo para a manutenção dos serviços de saúde prestados por estas instituições. Assume maior relevo quando se percebe a grande defasagem na tabela de serviços do SUS, cujos reajustes não são eficazes. Porém, tais recursos não podem ser conferidos ao bem alvitre, sem regras claras de concessão prévia e dos valores a serem pagos.



Conforme mencionado por parte das manifestações das instituições de saúde, quando são celebrados os convênios de cooperação ou termos de fomento, são estabelecidas metas qualitativas e quantitativas, anteriormente constante no Plano Operativo Anual (POA), agora substituído pelo Documento Descritivo (DODE). Porém, a despeito do alegado, tais metas não suprem o estabelecimento de critérios e parâmetros para a concessão inicial do incentivo, tampouco da definição dos valores a serem repassados, como ocorre em normas federais que regulam incentivos similares.

Cada hospital tem sua situação financeira distinta, bem como clientes diversos, já que, como mencionado pela equipe de auditoria, três prestam atendimento apenas a pacientes SUS (100% SUS); um presta atendimento a pacientes do SUS e a pacientes de planos privados e/ou públicos de saúde<sup>18</sup>; dois prestam atendimento a pacientes do SUS e a pacientes particulares; seis prestam atendimento a pacientes do SUS, a pacientes de planos privados e/ou públicos de saúde e a pacientes particulares. Desta forma, deve haver critérios de concessão de tais benefícios e definição dos valores, com o máximo de transparência e objetividade possível.

Ressalta-se que algumas das instituições que receberam tais incentivos e se manifestaram, concordaram com o achado de auditoria, afirmando a falta de critérios, cuja competência para seu estabelecimento é da Sesa.

A própria Sesa, através do Ofício SESA/GS 342/2017 que encaminhou as considerações constantes da CI/SESA/SSAS nº 162/2017 (Anexo 5 do Relatório de Auditoria), concorda com o achado de auditoria:

“Informamos ainda que este incentivo faz parte dos convênios de contratualização desde 2009 e que concordamos com o Achado de Auditoria nº9 quanto à ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do Incentivo Estadual para Melhoria da Qualidade. Por isso mesmo, a SESA vem estudando a implantação de normativa com critérios objetivos e parâmetros definidos para regulamentação desse incentivo.

Paralelamente a isso, a Gerência de Economia da Saúde está elaborando uma tabela SESA/ES para complementação do custeio de alguns procedimentos em que a tabela SUS não cobre seus custos.”. (grifo nosso) Desta forma, sugere-se a manutenção da irregularidade.

Passa-se à análise da responsabilização dos defendentes. O Sr. Fabiano Marily exerceu o cargo de Subsecretário de Estado da Assistência em Saúde, sendo responsável por assinar os convênios e respectivos termos. Cabia a ele requerer, no bojo de tais processos administrativos, critérios e parâmetros objetivos para a definição do valor do Incentivo de Melhoria da Qualidade. Porém, assim não o fez, de modo que deve ser mantida sua responsabilidade.

(...)

Sugere-se a **expedição de determinação ao FES** para que se abstenha de incluir nos próximos convênios a previsão de repasse de Incentivo de Melhoria da Qualidade, com recursos estaduais, para cobertura de desequilíbrio financeiro das entidades, enquanto este incentivo não for devidamente regulamentado e não forem estabelecidos critérios e parâmetros objetivos, tanto em relação ao cumprimento de requisitos mínimos para o recebimento, quanto ao valor a ser repassado.

**Sugere-se, ainda,** a expedição de recomendação a Sesa **para que:**

- Quando da elaboração dos critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores pagos com recursos estaduais, adote, dentre os critérios de obtenção do Incentivo de Melhoria da Qualidade, o percentual de pacientes do SUS atendidos.

Não havendo reparos a fazer, corroboramos com a conclusão da ITC 899/2018 e concluímos por manter a irregularidade “ausência de critérios e parâmetros objetivos para definição dos valores do incentivo estadual da

melhoria da qualidade dos serviços de saúde, constantes dos convênios celebrados com entidades filantrópicas” e a responsabilidade do Recorrente.”

Assim, acompanho o entendimento da área técnica pela negativa de provimento a este item.

### **3. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO**

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), acompanhando o entendimento técnico e ministerial, **VOTO** no sentido de que este Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação.

#### **SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO**

Conselheiro relator

#### **1. ACORDÃO TC-469/2022:**

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas, em:

**1.1. CONHECER** o presente Pedido de Reexame apresentado pelo sr. **Fabiano Marily**, para, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo-se incólume o Acórdão TC 00780/2020, proferido nos autos do Processo TC 01076/2017;

**1.2. DAR CIÊNCIA** aos interessados;

**1.3. ARQUIVAR** os presentes autos, após o trânsito em julgado.

**2.** Unânime.

**3.** Data da Sessão: 28/04/2022 – 18ª Sessão Ordinária do Plenário.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**