

Voto do Relator 01827/2018-7

Processo: 09957/2015-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: SESA - Secretaria de Estado da Saúde

Relator: João Luiz Cotta Lovatti

Partes: RICARDO DE OLIVEIRA, PRO SAUDE - ASSOCIACAO BENEFICENTE DE ASSISTENCIA SOCIAL E HOSPITALAR, JAQUELINE MOFFATI OZORIO DA SILVA, ASSOCIACAO EVANGELICA BENEFICENTE ESPIRITO-SANTENSE - AEBES, MINISTERIO PUBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO, ASSOCIACAO CONGREGACAO DESANTA CATARINA

Procuradores: ANA LUIZA DE CASTRO SEOLDO LIMA (OAB: 145541-RJ), RODRIGO KENNEDY GUIMARAES COSTA (OAB: 22815-ES), MARIANA TONIATO DE SOUZA SILVARES (OAB: 16300-ES), RODRIGO LISBOA CORREA (OAB: 14588-ES), FELIPE LOURENCO BOTURAO FERREIRA (OAB: 22077-ES), ANA CAROLINA DE PLA LOEFFLER (OAB: 18206-ES), PABLO BROCCO TAPIAS (OAB: 22402-ES), WANESSA PORTUGAL (OAB: 92822-MG, OAB: 279794-SP), RAFAEL FRANCISCO LORENSINI ADURENS DINIZ (OAB: 146964-SP), CHRISTOPHER PAUL DE MEDEIROS STEARS (OAB: 334795-SP), RUBENS FELIX (CPF: 002.609.768-06)

PROCESSO TC: 9957/2015

UNIDADE GESTORA: SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE

CLASSIFICAÇÃO: REPRESENTAÇÃO

REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS (MPC-ES)

EXERCÍCIO: 2015

RESPONSÁVEIS: ASSOCIAÇÃO CONGREGAÇÃO DE SANTA CATARINA (ACSC) - Gestora do Hospital Estadual Central (HEC)

ASSOCIAÇÃO EVANGÉLICA BENEFICENTE ESPÍRITO SANTENSE (AEBES) - Gestora Do Hospital Dr. Jayme Santos Neves (HJSN)

PRÓ-SAÚDE - ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA HOSPITALAR - Gestora Do Hospital Estadual de Urgência e Emergência (HEUE)

RICARDO DE OLIVEIRA - Secretário de Estado de Saúde
JAQUELINE MOFFATI OZÓRIO DE OLIVEIRA - Gerente De Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde

**REPRESENTAÇÃO – CONHECER –
REJEITAR JUSTIFICATIVAS – MULTA –
EXTINGUIR COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO –
DETERMINAÇÃO - ARQUIVAR**

O CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI:

Trata-se de Representação formulada pelo Ministério Público de Contas acerca da ausência de divulgação da aplicação e destinação dos recursos públicos transferidos pelo Estado do Espírito Santo para a execução dos contratos de gestão de hospitais públicos estaduais firmados com Organizações Sociais – OS's.

Tem-se na inicial que no período compreendido entre os anos de 2011 e 2015 foram firmados contratos de gestão com entidades qualificadas como organização social, com o objetivo de fomentar a execução de atividades e serviços atinentes à área de saúde, nos moldes preconizados nos arts. 1º, inciso IV, e 22 da Lei Complementar 489/2009, indicando-se especificamente os seguintes compromissos: Contrato de Gestão nº 331/2011, com a Associação Congregação de Santa Catarina (ACSC) para gestão do Hospital “Dr. Benício Tavares Pereira (Hospital Estadual Central); o Contrato de Gestão nº 001/2012, com a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense (AEBES) para gestão do Hospital Dr. Jayme Santos Neves (HJSN) e o Contrato de Gestão nº 001/2013, com o Instituto Americano de Pesquisa, Medicina e Saúde Pública (IAPEMESP), para gestão do Hospital São Lucas (HSL).

Aduz o Representante que as informações acerca dos contratos de gestão devem observar a publicidade inerente aos negócios da administração pública, pois custeados com recursos públicos, a teor dos princípios constitucionais e dos normativos insculpidos pela Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), pela Lei Estadual 9.871/2012 e pelo Decreto Estadual 3.152-R/2012, sustentado também em pilares jurisprudenciais, com menção a ADI 1.923/DF.

No intrincado iter processual com manifestações técnicas, notificações e diligências cristalizam-se a retirada do Instituto Americano de Pesquisa, Medicina e Saúde Pública (IAPEMESP) do pólo passivo, diante da intervenção estadual naquele hospital e a

inclusão de PRÓ-SAÚDE – Associação Beneficente de Assistência Hospitalar - Gestora do Hospital Estadual de Urgência e Emergência (HEUE) e da Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira.

Na Instrução Técnica Inicial 922/2016 sugere-se a citação dos responsáveis pela irregularidade.

Realizadas as comunicações processuais, apresentadas justificativas e efetuadas as análises, expediu-se a Instrução Técnica Conclusiva 1369/2017, cujos trechos são transcritos a seguir a guisa de relatório (formatação alterada e parte do texto suprimida):

1) DO INDÍCIO DE IRREGULARIDADE APONTADO NA ITI 922/2016 - AUSÊNCIA TOTAL, OU ATENDIMENTO PARCIAL, DOS REQUISITOS MÍNIMOS EXIGIDOS PELA LEI 12.527/2011, QUE DEVEM SER PUBLICADOS EM SITES NA INTERNET, IMPOSSIBILITANDO À SOCIEDADE E AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA. Critérios: Art. 2º e 8º da Lei 12.527/2011; Art. 8º da Lei Estadual 9.871/2012 e Art. 7º do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012 e Art. 4º do Decreto nº 2636-R, de 15 de dezembro de 2010.

Responsáveis: ACSC – Associação e Congregação de Santa Catarina (Contrato de Gestão nº 331/2011); – AEBES - Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense (Contrato de Gestão nº 001/2012); PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar (Contrato de Gestão 001/2015).

Condutas: Deixar de divulgar informações mínimas necessárias para garantir o acesso à informação de interesse coletivo, conforme exigido em lei. **Nexo de causalidade:** Com sua conduta deixaram de assegurar um direito fundamental individual e coletivo, não cumpriram a legislação e impossibilitou o acesso da sociedade e dos órgãos de controle ao acesso à informação pública, acesso este que visa a instrumentalizar o exercício da cidadania, pilar da democracia.

Justificativas da Associação e Congregação de Santa Catarina (ACSC): A Organização Social contratada aduziu as seguintes justificativas de defesa: **a)** reafirmou seu “entendimento de que não está obrigada a divulgar todos os dados descritos no Anexo I da Instrução Técnica Inicial, uma vez que já realiza a divulgação no Diário Oficial do Estado”; **b)** “a entidade criou uma página para a divulgação dos dados e documentos relacionados ao Contrato de Gestão, onde podem ser acessados através do link www.hec.org.br (aba denominada Portal da Transparência), no qual, como demonstram as cópias em anexo, são divulgados os seguintes documentos: 1) Manual de compras e posteriores alterações; 2) Balancetes mensais; 3) Balanços Patrimoniais anuais; 4) Contrato de Gestão e posteriores aditamentos; 5) CNPJ; 6)

Estatuto Social; 7) Relação dos prestadores de serviços médicos; 8) Relatório da Comissão de Acompanhamento da SES/ES em relação às certificações, prêmios, trabalhos científicos, projetos e ações desenvolvidas pelo HEC em 2015; 9) Edital do Processo de Seleção da Associação Congregação de Santa Catarina; 10) Edital de Convocação Pública para Parcerias com Organizações Sociais de Saúde para a gestão do Hospital Estadual Central; 11) Relatórios anuais do cumprimento das metas contratuais; 12) Relatórios mensais do cumprimento das metas contratuais; 13) Organograma Institucional da Associação Congregação de Santa Catarina; 14) Perguntas e Respostas Frequentes; 15) Projetos; 16) Regulamentos”; **c)** o Decreto Estadual nº 3152-R, ao regulamentar a Lei Estadual nº 9.871/12, quanto aos “requisitos” a serem atendidos pelos sítios eletrônicos, estabeleceu, em seu art. 62, que as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos para realização de ações de interesse público deverão dar publicidade apenas às seguintes informações: I - cópia do estatuto social atualizado da entidade; II - relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade; e III - cópia integral dos convênios, contratos, termos de parcerias, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres realizados com o Poder Executivo Estadual, respectivos aditivos, e relatórios finais de prestação de contas, na forma da legislação aplicável. Desse modo, a Organização Social estaria dispensada de divulgar em sítio eletrônico todas as outras informações exigidas pela legislação nacional e estadual. **Análise:** Não procedem os argumentos apresentados nas justificativas de defesa da Associação e Congregação de Santa Catarina (ACSC), Organização Social contratada, pelos seguintes motivos: **A)** A Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), conforme dispõe seu art. 1º, é uma lei de âmbito nacional, isto é, aplicável a todos os entes federativos (União, Estados, DF e Municípios). Por sua vez, seu art. 2º, caput prescreve expressamente que as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos mediante contrato de gestão, como é o caso da Associação e Congregação de Santa Catarina (ACSC), também devem observar, no que couber, os dispositivos a Lei 12.527/2011. No mesmo sentido encontra-se o art. 2º da Lei Estadual de Acesso à Informação (Lei 9871/2012 – ES), que determina a observância de suas disposições por tais instituições sem fins lucrativos. Nesse contexto, tanto a Lei Nacional 12.527/2011 (art. 8º, § 1º e § 2º) quanto a Lei Estadual 9871/2012 (art. 8º, § 1º e § 2º) estabelecem a obrigatoriedade de divulgar em sítio oficial na rede mundial de computadores (§ 2º do art. 8º) informações mínimas, enumeradas no § 1º do art. 8º, sem fazer qualquer ressalva quanto à dispensa desta obrigatoriedade em caso de divulgação de tais informações no Diário Oficial. Portanto, não procede o argumento da Associação e Congregação de Santa Catarina (ACSC) no sentido de que estaria dispensada da divulgação de tais informações na rede mundial de computadores em razão de tê-las divulgado no Diário Oficial. **B)** De fato, após receber a notificação, a Associação e

Congregação de Santa Catarina (ACSC) promoveu a disponibilização no sítio eletrônico do Hospital Estadual Central (HEC) de boa parte das informações exigidas pela Lei Nacional 12.527/2011 e pela Lei Estadual 9871/2012. No entanto, verifica-se ainda a ausência das informações relacionadas nos itens “1.f”, “1.g” e “1.h” do Anexo I desta ITC, quais sejam: 1.f) informações sobre fiscalizações, tomadas de contas e prestações de contas envolvendo o contrato de gestão, a cargo dos órgãos de controle interno e externo; 1.g) informações processos seletivos realizados para a contratação de pessoal, incluindo o edital de chamamento público, o nome completo do empregado, função, lotação, jornada de trabalho, remuneração e vantagens individualizadas etc; e 1.h) informações concernentes à procedimento de compras de bens e serviços e contratações celebradas (editais, anexo, resultados, contrato etc). Além disso, também é necessário melhorar a funcionalidade do sítio eletrônico para facilitar o acesso à informação com relação aos aspectos descritos nos itens “2.a”, “2.b”, “2.c”, “2.d”, “2.e” e “2.h” do Anexo I desta ITC. C) Tanto a Lei Nacional 12.527/2011 quanto a Lei Estadual 9871/2012 dispõem que as informações de divulgação obrigatória, enumeradas no § 1º do art. 8º de ambas as leis, são exigências mínimas. No entanto, o art. 62 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, a pretexto de regulamentar a Lei Estadual 9871/2012, indevidamente, restringiu o rol de informações mínimas de divulgação obrigatória, impostas pela legislação nacional e estadual, somente com relação às entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos. Acontece que, se nem mesmo a legislação local estadual poderia estabelecer restrição às informações mínimas exigidas pela legislação nacional, muito menos um decreto, que sequer tem o poder de inovar em direitos e obrigações, poderia fazê-lo, pois estariam atuando fora do âmbito de sua competência legislativa delimitada pela norma nacional. Com efeito, a Lei Nacional de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), com o objetivo de estabelecer um padrão mínimo de uniformidade entre os diversos Entes integrantes da Federação, estipulou as informações mínimas de divulgação obrigatória, cujo rol configura limitação à autonomia dos Entes Federativos no que tange à impossibilidade de sua redução por legislações locais (estaduais e municipais). Quando a Lei Nacional 12.527/2011 e a Lei Estadual 9871/2012 estipulam que suas disposições aplicam-se às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos mediante contrato de gestão, mas utilizam a expressão “no que couber”, isto significa que a incidência de cada um dos dispositivos legais deve ser aferida no caso concreto (e não em abstrato por um decreto) diante da possibilidade material de uma instituição sem fins lucrativos atender determinada medida, imposta pelas citadas leis, mediante um juízo de pertinência. Destaca-se que o Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, é ilegal não apenas por reduzir o rol de informações mínimas, a que as referidas instituições sem fins lucrativos estão obrigadas a divulgar, mas também por permitir, em seu art. 62, § 2º, que tais instituições sejam

dispensadas da obrigação de divulgar qualquer informação, constante do rol mínimo previsto em lei, mediante expressa justificação da entidade contratada e autorização do órgão público contratante. Não bastasse isso, o art. 63 do Decreto Estadual nº 3152-R desobriga ainda as referidas instituições sem fins lucrativos de atender a qualquer pedido de informação, dispondo que apenas os órgãos públicos responsáveis pelo repasse de recursos públicos estarão obrigados diretamente ao fornecimento de informações relativas ao contrato de gestão. Dessa forma, o art. 63 do Decreto Estadual nº 3152-R viola frontalmente o art. 33 da Lei Nacional 12.527/2011, que impõe aos particulares (pessoas físicas e entidades privadas) detentores de informação pública, em razão de vínculo com o Poder Público, o dever de observar o disposto na citada lei, o que engloba o atendimento a pedido de acesso à informação, sob pena de aplicação de sanções. Por sua vez, o § 3º do art. 8º da Lei Estadual 9871/2012, ao mencionar que os sítios eletrônicos na rede mundial de computadores (internet) deverão atender aos “requisitos” fixados em regulamento, é evidente que tais “requisitos” se referem a aspectos de funcionalidade do sítio, assim como aqueles descritos no § 3º do art. 8º da Lei Nacional 12.527/2011 (dispositivo legal equivalente ao § 3º do art. 8º da Lei Estadual 9871/2012), e não às informações mínimas de divulgação obrigatória, conforme pretende dar a entender o defendente. Nesse contexto, entendemos que a irregularidade deve ser mantida. No entanto, deve ser afastada a aplicação da sanção de multa ao jurisdicionado, tendo em vista a existência dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, que, embora ilegais, acabam por restringir a eficácia das leis, a pretexto de regulamentá-las, autorizando de forma indevida o comportamento omissivo do jurisdicionado, consistente na ausência de divulgação das informações mínimas exigidas nas leis. Entendemos que esta situação retira a reprovabilidade da conduta omissiva do jurisdicionado, que justificaria a aplicação de multa. Traçando um paralelo com o direito penal, a ausência de previsão na legislação (em sentido amplo) que obrigue o jurisdicionado a um determinado comportamento (no caso, divulgar as informações), a princípio, exclui a conduta omissiva desse jurisdicionado do âmbito de tipicidade material do ilícito administrativo, ressalvada a hipótese de haver determinação em contrário do Judiciário ou do Tribunal de Contas. Em outras palavras, uma conduta omissiva que a legislação administrativa (em sentido amplo) não considera ilícita, não pode simultaneamente ser sancionada pela legislação. Ante o exposto, sugere-se, como questão prejudicial, que seja declarada a ilegalidade dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, em face dos arts. 1º, 2º, 8º e 33 da Lei Nacional 12.527/2011 e dos arts. 1º, 2º, 8º e 24 da Lei Estadual 9871/2012, negando-lhes exequibilidade. Sugere-se ainda a manutenção da irregularidade, com a expedição de determinação para que a entidade Associação e Congregação de Santa Catarina (ACSC) promova a adequação de seu sítio eletrônico ao disposto no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional

12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES, no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012, bem como ao disposto no Anexo I desta ITC, mas que seja afastada a aplicação da sanção de multa à referida entidade.

Justificativas da Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES: A

Organização Social contratada, aduziu as seguintes justificativas de defesa: a) “as determinações constantes no ANEXO II, relativas aos itens 1.a; 1.c; 1.d; 1.e; encontram-se plenamente disponibilizadas e devidamente atualizadas, através de seu sítio eletrônico”; b) não está obrigada a cumprir a recomendação constante no item “1.g”, uma vez que: b.1) “possui regulamento próprio para contratações de pessoal, de modo a estabelecer regras objetivas e impessoais para suas contratações, respeitando o núcleo essencial dos princípios definidos pela Constituição Federal”; b.2) “a disposição genérica da Lei 12.527/2011 sobre transparência de dados não engloba a publicação de dados individualizados da remuneração dos funcionários, na medida em que se trata de dado afeto à intimidade e vida privada. Logo, impossível interpretação extensiva ou ampliativa da lei para restringir direito constitucional”; b.3) “para garantir o dever de publicidade, outros dados gerais referentes a despesa de pessoal (salários, horas extras, gratificações, vale transporte, FGTS, PIS, Provisões, Curso e Treinamento, etc.) estão publicados, garantindo integralmente a observância aos princípios do art. 37 da Constituição; c) não está obrigada a cumprir as recomendações constantes nos itens “1.h” e “1.i”, tendo em vista que: c.1) “as Organizações Sociais, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, gozam de autonomia administrativa, não se submetendo às regras licitatórias, bastando, a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressamente insculpidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal”, o que proporciona “um significativo ganho de agilidade e qualidade na prestação de serviço da Organização Social, sendo toda a atividade gerida por ferramentas com foco em resultado”; c.2) “está sujeita contratualmente a uma comissão de monitoramento indicada pelo Estado e que fiscaliza diuturnamente todos os editais, anexos, resultados, contratos e relação de terceirizados, motivo este, que evidencia a desnecessidade do atendimento à referida recomendação”; d) “a Lei Complementar no 489, que regula a matéria no âmbito do Estado do Espírito Santo, por sua vez, não prevê qualquer exigência de divulgação de edital de chamamento público para contratação de pessoal ou sequer, na aquisição de bens e serviços, motivo que, per si, evidencia a desnecessidade do atendimento à referida recomendação”; e) “com relação as determinações contidas no item 2: “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g” e “h” da Instrução Técnica Inicial, a Notificada informa que por se tratar de um item que gera impacto econômico financeiro para instituição, e ainda, o recurso para este fim não está contemplado em previsão orçamentária, necessitaremos buscar reajuste deste repasse a fim de garantir a sustentabilidade financeira bem como atendimento desta Instrução Técnica”. Nesse sentido, “a

AEBES encaminhou em 08 de março de 2016, ofício nº 13/2016 (Anexo I) a Comissão de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviço de Saúde da SESA, apresentando planilha de projeto especial para investimento e desenvolvimento de sítio específico para o Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves, contudo, não obteve resposta até a presente data”; f) o Contrato de Gestão 001/2012 “não prevê qualquer obrigação de disponibilizar informações previstas nesta Instrução Técnica, a não observância destas atividades não corresponde a uma conduta irregular por parte desta instituição”. **Análise:** Não procedem os argumentos apresentados nas justificativas de defesa da Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES, Organização Social contratada, pelos seguintes motivos: **A)** Entendemos que a determinação constante do item “1.a” do Anexo II foi, de fato, integralmente atendida pela organização social. Por outro lado, entendemos que, em relação às determinações constantes dos itens “1.c”, “1.d” e “1.e” do ANEXO II da ITI 922/2016, a organização social ainda precisa complementar as informações para atendê-las integralmente, de acordo com as orientações presentes nos itens “1.c”, “1.d” e “1.e” do ANEXO II desta ITC; **B)** O STF já sedimentou o entendimento, inclusive em sede de repercussão geral, de que é legítima a divulgação individualizada da remuneração de agentes públicos, (transcreve-se a ARE ARE 652777/SP – Repercussão Geral; SS 3902 AgR-segundo/SP)[...] as informações sobre a remuneração de agentes públicos configuram informações de interesse coletivo ou geral, nos termos da 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Segundo o STF, tal dispositivo constitucional não impõe qualquer limitação ao acesso a informações de interesse coletivo ou geral, de modo que prevalece o princípio da publicidade administrativa em detrimento ao princípio da proteção à intimidade e à vida privada. As Organizações Sociais e, em específico, seus trabalhadores enquadram-se na categoria de particulares em colaboração com a Administração Pública, a qual constitui uma das espécies de agentes públicos. Embora as decisões do STF, acima transcritas, digam respeito a servidores públicos, elas fazem referência à condição de agente público de tais servidores, a qual também engloba os agentes políticos e os particulares em colaboração (AEBES e seus trabalhadores), cujas informações individuais sobre remuneração também devem ser divulgadas. Cabe ressaltar que a necessidade de divulgar informações detalhadas sobre a remuneração individual dos trabalhadores das Organizações Sociais decorre não apenas da condição de agente público (particulares em colaboração) destes, mas, sobretudo, do fato de suas remunerações derivarem do repasse de recursos públicos, cuja destinação constitui informação de interesse coletivo ou geral, nos termos da 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, e atrai a aplicação do regime de direito público, com a incidência de seus consectários, incluindo os princípios da publicidade e da transparência. Nesse sentido, o art. 8º, caput e § 1º da Lei Nacional de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e da Lei Estadual de Acesso à Informação

(Lei 9871/2012 – ES), aplicáveis às organizações sociais por força do art. 2º de ambas as leis, estabelecem que as informações de interesse coletivo ou geral deverão ser divulgadas, independentemente de requerimentos, em sítio eletrônico na rede mundial de computadores (internet) e fixa um rol mínimo de tais informações. Por sua vez, o Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, ao regulamentar os citados dispositivos legais, em seu art. 7º, caput e § 2º, VI, estabeleceu que as remunerações de agentes públicos constituem informações de interesse coletivo ou geral que deverão ser divulgadas de forma individualizada em sítio eletrônico na rede mundial de computadores, [...] Pelos mesmos fundamentos, informações sobre procedimentos adotados para contratações de pessoal, que serão remunerados por repasses de recursos públicos, também constituem informações de interesse coletivo ou geral que deverão ser divulgadas em sítio eletrônico na rede mundial de computadores (internet), independentemente de requerimentos. O argumento apresentado pelo defendente de que “possui regulamento próprio para contratações de pessoal”, com “regras objetivas e impessoais”, não o exime do dever de divulgar tal regulamento, bem como os procedimentos específicos realizados para efetuar as contratações de pessoal, com todos os respectivos detalhes. C) O argumento apresentado pelo defendente de que não se submete às regras licitatórias, em função da autonomia administrativa que rege as organizações sociais, não guarda pertinência com a acusação imputada na ITI 922/2016. Em nenhum momento a peça inicial propugnou que as organizações sociais têm que seguir regras licitatórias emanadas do poder público, mas apenas que os procedimentos utilizados pela organização social para efetuar a aquisição de bens ou contratação de serviços devem ser divulgados com todos os seus detalhes (editais, anexo, resultados, contrato etc), tomando por base a Lei Nacional de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e a Lei Estadual de Acesso à Informação (Lei 9871/2012 – ES), em razão de constituírem informações de interesse coletivo ou geral. Ademais, a alegação apresentada pelo defendente de que “está sujeita contratualmente a uma comissão de monitoramento indicada pelo Estado”, que exerce a fiscalização da execução do contrato de gestão, não exime a organização social de divulgar as informações detalhadas acerca dos procedimentos realizados para aquisições de bens e contratações de serviços. Com efeito, a divulgação de informações em sítio eletrônico na internet constitui importante instrumento para viabilizar o exercício do Controle Popular, inaugurado pela CRFB/88 (art. 74, § 2º), como forma de possibilitar a participação ativa do cidadão no controle da gestão da coisa pública, além de facilitar o exercício do controle interno e externo. D) A Lei Complementar 489/2009 – ES não tem por objeto disciplinar o direito de acesso à informação, o qual é tratado pela Lei Nacional 12.527/2011 e pela Lei Estadual 9871/2012 – ES, inclusive com relação às organizações sociais. E) Como se observa, o defendente não se opõe ao cumprimento das determinações contidas nos itens 2: “a”, “b”, “c”,

"d", "e", "f", "g e "h" da ITI 922/2016, apenas alega que necessita de mais recursos públicos para viabilizá-lo. Logo, as determinações devem ser cumpridas, cabendo à organização social e ao poder público estabelecerem a forma como serão efetivados tais requisitos; **F)** Ao contrário do alegado pelo defendente, o fato de o Contrato de Gestão 001/2012 não prever obrigação de disponibilizar informações previstas na ITI 922/2016, por si só, não afasta o dever de divulgá-las, uma vez que tal dever decorre da legislação (em sentido amplo). Contudo, no presente caso concreto, deve ser afastada a aplicação de multa ao jurisdicionado, em razão da existência de incongruência na legislação estadual (em sentido amplo), descrita a seguir. Com efeito, tanto a Lei Nacional 12.527/2011 quanto a Lei Estadual 9871/2012 dispõem que as informações de divulgação obrigatória, enumeradas no § 1º do art. 8º de ambas as leis, são exigências mínimas. No entanto, o art. 62 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, a pretexto de regulamentar a Lei Estadual 9871/2012, indevidamente, restringiu o rol de informações mínimas de divulgação obrigatória, impostas pela legislação nacional e estadual, somente com relação às entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos. Acontece que, se nem mesmo a legislação local estadual poderia estabelecer restrição às informações mínimas exigidas pela legislação nacional, muito menos um decreto, que sequer tem o poder de inovar em direitos e obrigações, poderia fazê-lo, pois estariam atuando fora do âmbito de sua competência legislativa delimitada pela norma nacional. Traçando um paralelo com o direito penal, a ausência de previsão na legislação (em sentido amplo) que obrigue o jurisdicionado a um determinado comportamento (no caso, divulgar as informações), a princípio, exclui a conduta omissiva desse jurisdicionado do âmbito de tipicidade material do ilícito administrativo, ressalvada a hipótese de haver determinação em contrário do Judiciário ou do Tribunal de Contas. Em outras palavras, uma conduta omissiva que a legislação administrativa (em sentido amplo) não considera ilícita, não pode simultaneamente ser sancionada pela legislação. Nesse contexto, entendemos que a irregularidade deve ser mantida. No entanto, deve ser afastada a aplicação da sanção de multa ao jurisdicionado, tendo em vista a existência dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, que, embora ilegais, acabam por restringir a eficácia das leis, a pretexto de regulamentá-las, autorizando de forma indevida o comportamento omissivo do jurisdicionado, consistente na ausência de divulgação das informações mínimas exigidas nas leis. Entendemos que esta situação retira a reprovabilidade da conduta omissiva do jurisdicionado, que justificaria a aplicação de multa. Ante o exposto, sugere-se, como questão prejudicial, que seja declarada a ilegalidade dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, em face dos arts. 1º, 2º, 8º e 33 da Lei Nacional 12.527/2011 e dos arts. 1º, 2º, 8º e 24 da Lei Estadual 9871/2012, negando-lhes exequibilidade. Sugere-se ainda a manutenção da

irregularidade, com a expedição de determinação para que a entidade Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES promova a adequação de seu sítio eletrônico ao disposto no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional 12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES, no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012, bem como ao disposto no Anexo II desta ITC, mas que seja afastada a aplicação da sanção de multa à referida entidade.

Justificativas da PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e

Hospitalar: A Organização Social contratada, aduziu que: a) “a Pró-Saúde assumiu a gestão e operacionalização do Hospital Estadual de Urgência e Emergência (HEUE) em janeiro de 2016, de modo que foi necessário um período de transição e implantação das atividades do nosocômio, além da adequação às exigências legais incidentes”; b) o sítio eletrônico encontra-se atualizado, tendo sido atendidas as determinações constantes no Anexo III da ITI 922/2016, bem como na Lei Nacional 12.527/2011, na Lei Estadual 9.871/2012 – ES e no Decreto Estadual nº 3152-R – ES. **Análise:** De fato, a PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, Organização Social contratada, promoveu a criação da página “transparência” dentro do sítio eletrônico da entidade “<http://www.prosaude.org.br/heuevitoria/transparencia/>”, no qual constam o atendimento e a atualização de vários itens integrantes do Anexo III da ITI 922/2016. No entanto, para o aperfeiçoamento da página ainda se faz necessária sua adequação às determinações propostas no Anexo III desta ITC. Chamamos atenção com relação a dois itens específicos. Quanto à aquisição de bens ou contratação de serviços não há a divulgação de todos os seus detalhes (editais, anexo, resultados, contrato etc). De início, salienta-se que somente foram disponibilizadas informações sobre procedimentos encerrados, mas não sobre aqueles “em andamento” (primeira imagem abaixo). Além disso, quanto aos procedimentos encerrados, apenas algumas poucas contratações possuem link no item “edital” (segunda imagem abaixo) e, mesmo assim, quando acionado não aparece nenhum edital, (terceira imagem abaixo). Verifica-se ainda que não consta qualquer informação sobre “resultado” e “contrato” em relação a nenhum procedimento de aquisição de bens ou contratação de serviços (segunda imagem abaixo). [...] Por sua vez, quanto aos processos de seleção e contratação de pessoal, não constam informações detalhadas sobre o edital de chamamento público e o resultado dos processos seletivos realizados, com o nome completo do empregado e as pontuações alcançadas pelos candidatos. Também não constam informações sobre a remuneração e vantagens individualizadas auferidas por cada empregado. Apenas consta no link “programa e projetos” o regulamento de seleção e contratação de pessoal, ao passo que no link “vagas em aberto” constam apenas informações sobre a quantidade de vagas oferecidas, carga horária e data de admissão, [...] Por fim, entendemos que deve ser afastada a aplicação da sanção de multa a

este jurisdicionado, em razão dos mesmos fundamentos que sugerimos a não aplicação de multa às outras organizações sociais. Ante o exposto, sugere-se, como questão prejudicial, que seja declarada a ilegalidade dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, em face dos arts. 1º, 2º, 8º e 33 da Lei Nacional 12.527/2011 e dos arts. 1º, 2º, 8º e 24 da Lei Estadual 9871/2012, negando-lhes exequibilidade. Sugere-se ainda a manutenção da irregularidade, com a expedição de determinação para que a entidade PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar promova a adequação de seu sítio eletrônico ao disposto no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional 12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES, no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012, bem como ao disposto no Anexo III desta ITC, mas que seja afastada a aplicação da sanção de multa à referida entidade.

2) DO INDÍCIO DE IRREGULARIDADE APONTADO NA ITI 922/2016 - AUSÊNCIA TOTAL, OU ATENDIMENTO PARCIAL, DOS REQUISITOS MÍNIMOS EXIGIDOS PELA LEI 12.527/2011, QUE DEVEM SER PUBLICADOS EM SITES NA INTERNET, IMPOSSIBILITANDO À SOCIEDADE E AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA. Critérios: Art. 2º e 8º da Lei 12.527/2011; Art. 8º da Lei Estadual 9.871/2012 e Art. 7º do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012 e Art. 4º do Decreto nº 2636-R, de 15 de dezembro de 2010.

Responsável: Ricardo de Oliveira (Secretário de Saúde):

Conduta: Deixar de exigir das Organizações Sociais contratadas: Associação Congregação de Santa Catarina (Gestora do Hospital Estadual Central), Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense (Gestora do Hospital Dr. Jayme Santos Neves) e PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, (atual gestora do Hospital Estadual de Urgência e Emergência) o cumprimento da determinação legal, bem como, ter se omitido quanto à aplicação das penalidades previstas na Lei 12.527/2011. **Nexo de causalidade:** Com sua conduta omissiva, o Secretário de Saúde, deixa de assegurar um direito fundamental individual e coletivo, não cumpre a legislação e impossibilita o acesso da sociedade e dos órgãos de controle ao acesso à informação pública, acesso este, que visa a instrumentalizar o exercício da cidadania, pilar da democracia.

Justificativas do responsável: O Secretário de Estado da Saúde, Sr. Ricardo de Oliveira, aduziu as seguintes justificativas de defesa: a) as competências do Secretário de Estado da Saúde são estabelecidas no art. 15 da Lei Complementar 317/2005 – ES e no art. 46 da Lei 3043/75 – ES, sendo que o art. 28 da Lei Complementar 317/2005 – ES autoriza a delegação de competências pelo Secretário aos Subsecretários; b) “Com base na legislação citada, foi editada a Portaria 003-R, em que foram delegadas ao Subsecretário de Estado da Saúde Para Assuntos de Gestão Hospitalar, dentre outros, poderes para autorizar a instalação e

homologar os processos licitatórios, assim como decidir todas as questões suscitadas em procedimentos licitatórios, conforme se verifica do art. 3º do normativo em referência”; c) “A complexidade da Secretaria de Estado da Saúde pode ser medida pela representação gráfica de sua estrutura organizacional básica, constante do art. 36 e Anexo VI da Lei Complementar 407/2007, que por si só demonstra que se afigura desarrazoado pretender que o Secretário de Estado da Saúde possa conduzir, diretamente, todas estas atividades de forma tão pormenorizada, nos diversos setores que compõem a Secretaria, a ponto de conferir pessoalmente cada procedimento adotado pelas organizações sociais contratadas para aferir o cumprimento de determinação legal, ou mesmo de dar impulso a atos administrativos destinados à aplicação de penalidades”; d) “do ocupante do cargo de Secretário de Estado da Saúde, exigem-se as tarefas concernentes à gestão estratégica das Políticas Públicas de Saúde, formulando diretrizes, objetivos e prioridades, o que demanda interlocução permanente com os múltiplos atores que interferem na prestação dos serviços de saúde, tanto na esfera estadual, municipal e federal, no âmbito público, quanto no âmbito das instituições filantrópicas e privadas que atuam neste segmento, assim como com dezenas de organizações da sociedade civil que de uma ou outra forma participam da gestão dos serviços de saúde”;

Análise: Não procedem os argumentos apresentados nas justificativas de defesa pelo Secretário de Estado da Saúde, Sr. Ricardo de Oliveira. O art. 46, “a”, “f” e “m” da Lei Estadual 3043/75 – ES prescreve, dentre outras, as seguintes atribuições dos Secretários de Estado: Art. 46 - São atribuições de todos e de cada um dos Secretários de Estado as previstas na Constituição Estadual e as seguintes enumeradas: a) promover a administração geral da Secretaria em estreita observância das disposições legais e normativas da administração pública estadual e, quando aplicável, da federal; [...] f) fazer indicações ao Governador para o provimento de cargos em comissão; prover as funções gratificadas, dar posse a funcionários e exercer o processo disciplinar no âmbito da Secretaria; [...] m) autorizar a instalação e homologação de processos de licitação, ou a sua dispensa, nos termos da legislação aplicável à matéria; Por sua vez, o Secretário de Estado da Saúde, por meio do art. 3º da Portaria 003-R, de 12 de fevereiro de 2015, delegou ao Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Gestão Hospitalar, as seguintes atribuições: Art. 3º Delegar competência ao Subsecretário de Estado da Saúde Para Assuntos de Gestão Hospitalar, para desempenhar, as seguintes atribuições: \I - Autorizar empenho e pagamento de despesas vinculadas diretamente à Subsecretaria de Gestão Hospitalar, como dos Hospitais Públicos, Hemocentros, Núcleos de Especialidades Regionais e outras relacionadas à área hospitalar. II - Autorizar despesas relativas a suprimento de fundos, diárias, transportes e outras despesas com deslocamento, a serviço, dos servidores vinculados diretamente à Subsecretaria de Gestão Hospitalar; III - Aprovar prestações de contas, referentes a conventos, diárias, suprimento de fundos e instrumentos congêneres de atividades e servidores vinculados diretamente à Subsecretaria de Gestão Hospitalar; IV - Baixar ordens de serviço e aprovar normas, planos de ação,

instruções e outros atos a serem executados por unidades e setores relacionados à área hospitalar; V - Assinar contratos, convênios, acordos, ajustes, aditamentos e outros instrumentos congêneres de atividades vinculadas diretamente à Subsecretaria para Assuntos de Gestão Hospitalar; VI - Constituir e Designar comissões de atividades relacionadas à área hospitalar, exceto comissões de licitações; VII - Designar responsáveis para o acompanhamento de contratos, convênios e demais ajustes firmados com terceiros vinculados à área hospitalar; VIII - Receber citações, intimações e notificações nas ações judiciais propostas contra a Secretaria de Estado da Saúde; Como se pode observar da simples leitura do dispositivo, o art. 3º da Portaria 003-R, de 12 de fevereiro de 2015, ao contrário do alegado pelo defendente, não promoveu a delegação ao Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Gestão Hospitalar, da atribuição do Secretário de Estado da Saúde prevista no art. 46, “m” da Lei Estadual 3043/75 – ES, consistente em “autorizar a instalação e homologação de processos de licitação, ou a sua dispensa, nos termos da legislação aplicável à matéria” (fls. 284/286). A delegação desta atribuição apenas foi realizada especificamente em relação ao Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Administração e de Financiamento da Atenção Básica à Saúde, nos termos do art. 1º, III da Portaria 003-R, de 12 de fevereiro de 2015 (fls. 284/286). Logo, o procedimento de dispensa de licitação (art. 24, XXIV) para contratação de organizações sociais, por meio de chamamento público, consiste em atribuição que se manteve centralizada na pessoa do Secretário de Estado da Saúde, Sr. Ricardo de Oliveira, por força do art. 46, “m” da Lei Estadual 3043/75 – ES. Esta constatação, por si só, é suficiente para afastar todas as alegações do defendente e imputar-lhe responsabilidade. Contudo, no presente caso concreto, deve ser afastada a aplicação de multa ao Secretário de Estado da Saúde, Sr. Ricardo de Oliveira, em razão da existência de uma incongruência na legislação estadual (em sentido amplo), descrita a seguir. Com efeito, tanto a Lei Nacional 12.527/2011 quanto a Lei Estadual 9871/2012 dispõem que as informações de divulgação obrigatória, enumeradas no § 1º do art. 8º de ambas as leis, são exigências mínimas. No entanto, o art. 62 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, a pretexto de regulamentar a Lei Estadual 9871/2012, indevidamente, restringiu o rol de informações mínimas de divulgação obrigatória, impostas pela legislação nacional e estadual, somente com relação às entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos. Acontece que, se nem mesmo a legislação local estadual poderia estabelecer restrição às informações mínimas exigidas pela legislação nacional, muito menos um decreto, que sequer tem o poder de inovar em direitos e obrigações, poderia fazê-lo, pois estariam atuando fora do âmbito de sua competência legislativa delimitada pela norma nacional. Com efeito, a Lei Nacional de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), com o objetivo de estabelecer um padrão mínimo de uniformidade entre os diversos Entes integrantes da Federação, estipulou as informações mínimas de divulgação obrigatória, cujo rol configura limitação à autonomia dos Entes Federativos no que tange à impossibilidade de sua redução

por legislações locais (estaduais e municipais). Quando a Lei Nacional 12.527/2011 e a Lei Estadual 9871/2012 estipulam que suas disposições aplicam-se às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos mediante contrato de gestão, mas utilizam a expressão “no que couber”, isto significa que a incidência de cada um dos dispositivos legais deve ser afetada no caso concreto (e não em abstrato por um decreto) diante da possibilidade material de uma instituição sem fins lucrativos atender determinada medida, imposta pelas citadas leis, mediante um juízo de pertinência. Destaca-se que o Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, é ilegal não apenas por reduzir o rol de informações mínimas, a que as referidas instituições sem fins lucrativos estão obrigadas a divulgar, mas também por permitir, em seu art. 62, § 2º, que tais instituições sejam dispensadas da obrigação de divulgar qualquer informação, constante do rol mínimo previsto em lei, mediante expressa justificação da entidade contratada e autorização do órgão público contratante. Não bastasse isso, o art. 63 do Decreto Estadual nº 3152-R desobriga ainda as referidas instituições sem fins lucrativos de atender a qualquer pedido de informação, dispondo que apenas os órgãos públicos responsáveis pelo repasse de recursos públicos estarão obrigados diretamente ao fornecimento de informações relativas ao contrato de gestão. Dessa forma, o art. 63 do Decreto Estadual nº 3152-R viola frontalmente o art. 33 da Lei Nacional 12.527/2011, que impõe aos particulares (pessoas físicas e entidades privadas) detentores de informação pública, em razão de vínculo com o Poder Público, o dever de observar o disposto na citada lei, o que engloba o atendimento a pedido de acesso à informação, sob pena de aplicação de sanções. Nesse contexto, entendemos que a irregularidade deve ser mantida. No entanto, deve ser afastada a aplicação da sanção de multa ao jurisdicionado, tendo em vista a existência dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, que, embora ilegais, acabam por restringir a eficácia das leis, a pretexto de regulamentá-las, autorizando de forma indevida o comportamento omissivo do jurisdicionado, consistente na ausência de divulgação das informações mínimas exigidas nas leis. Entendemos que esta situação retira a reprovabilidade da conduta omissiva do jurisdicionado, que justificaria a aplicação de multa. Traçando um paralelo com o direito penal, a ausência de previsão na legislação (em sentido amplo) que obrigue o jurisdicionado a um determinado comportamento (no caso, divulgar as informações), a princípio, exclui a conduta omissiva desse jurisdicionado do âmbito de tipicidade material do ilícito administrativo, ressalvada a hipótese de haver determinação em contrário do Judiciário ou do Tribunal de Contas. Em outras palavras, uma conduta omissiva que a legislação administrativa (em sentido amplo) não considera ilícita, não pode simultaneamente ser sancionada pela legislação. Ante o exposto, sugere-se, como questão prejudicial, que seja declarada a ilegalidade dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, em face dos arts. 1º, 2º, 8º e 33 da Lei Nacional

12.527/2011 e dos arts. 1º, 2º, 8º e 24 da Lei Estadual 9871/2012, negando-lhes exequibilidade. Sugere-se ainda a manutenção da irregularidade, com a expedição de determinação para que o Secretário de Estado da Saúde, Sr. Ricardo de Oliveira, faça constar nos próximos Editais de Licitação ou Chamamento Público e nos Contratos de Gestão, a obrigação de as Organizações Sociais disponibilizarem em sítio eletrônico na rede mundial de computadores (internet) as informações previstas no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional 12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES e no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012, mas que seja afastada a aplicação da sanção de multa ao citado gestor.

3) DO INDÍCIO DE IRREGULARIDADE APONTADO NA ITI 922/2016 - AUSÊNCIA TOTAL, OU ATENDIMENTO PARCIAL, DOS REQUISITOS MÍNIMOS EXIGIDOS PELA LEI 12.527/2011, QUE DEVEM SER PUBLICADOS EM SITES NA INTERNET, IMPOSSIBILITANDO À SOCIEDADE E AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA. Critérios: Art. 2º e 8º da Lei 12.527/2011; Art. 8º da Lei Estadual 9.871/2012 e Art. 7º do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012 e Art. 4º do Decreto nº 2636-R, de 15 de dezembro de 2010.

Responsável: Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira (Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde)

Conduta: Deixar de exigir das Organizações Sociais contratadas: Associação Congregação de Santa Catarina (Gestora do Hospital Estadual Central), Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense (Gestora do Hospital Dr. Jayme Santos Neves) e PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, (atual gestora do Hospital Estadual de Urgência e Emergência) o cumprimento da determinação legal.

Nexo de causalidade: Com sua conduta omissiva, a Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, deixa de assegurar um direito fundamental individual e coletivo, não cumpre a legislação e impossibilita o acesso da sociedade e dos órgãos de controle ao acesso à informação pública, acesso este, que visa a instrumentalizar o exercício da cidadania, pilar da democracia.

Justificativas da responsável: A Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, Sr^a. Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira, aduziu as seguintes justificativas de defesa: a) “não responde mais como Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de serviços de Saúde desde 23/03/2016, conforme cópia do Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, do dia 28/03/16”; b) “Após receber cópia do Termo de Notificação N° 194/2016 [...], imediatamente tomou as seguintes providências: encaminhou através da CI/SESA/SSAS/GCMAS/No 052/2016 a Gerência de Contratualização de Serviços de Saúde, cujo Núcleo Especial de Contratualização com o Terceiro Setor é integrante, cópia do Termo

de Notificação nº 194/2016, alertando para que faça constar nos próximos editais e Contratos firmados com as organizações sociais a obrigatoriedade de aplicar os princípios da publicidade e transparência conforme previsto na Lei de Acesso à Informação, atentando para o Anexo II do referido Termo de Notificação; Comunicou a Pró-Saúde (que não havia sido notificada a época) atual gestora do Hospital Estadual de Urgência e Emergência – HEUE através do OF/SESA/GCMASS/No 013/2016 em 04/03/2016, a disponibilizar as informações conforme Lei 12.527, em decorrência do Estado ter rompido o contrato de forma unilateral com o IAPEMESP; Determinou aos membros do Grupo de Monitoramento e Avaliação da Execução do CG do HEJSN (Hospital Estadual Jayme Santos Neves), HEC (Hospital Estadual Central) e HEUE (Hospital Estadual de Urgência e Emergência) através da CI/SESA/SSAS/GCMASS/No. 062/2016, de 10 de março de 2016, o acompanhamento da referida determinação, conforme lei do acesso a informação 12.527, de 18 de novembro de 2011 verificando se os hospitais já estão implantando a deliberação, se existe veracidade das informações repassadas via web e a frequência na atualização dos dados”; c) sua “responsabilidade em relação ao assunto é inerente ao cargo, sendo que esta responsabilidade vai até o período de meu desligamento da GCMASS - 23/03/16”; d) “todas as medidas cabíveis à época foram tomadas pela Gerência a qual respondia, não havendo tempo hábil para punições e sim para orientações”. **Análise:** Não procedem os argumentos apresentados nas justificativas de defesa pela Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, Sr^a. Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira. Como se observa, a própria defendente reconhece que as medidas de monitoramento e aplicação de sanções, cuja ausência foi questionada na ITI 922/2016, eram também de atribuição do cargo de Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, que ocupava à época. A atuação da Sr^a. Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira, após o recebimento de notificação desta Corte de Contas, até poderia ser levada em consideração para efeito de quantificação de sanção, mas não para eximi-la de responsabilidade. Contudo, no presente caso concreto, deve ser afastada a aplicação de multa à Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, Sr^a. Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira, em razão da existência de uma incongruência na legislação estadual (em sentido amplo), conforme já descrito no tópico anterior com relação ao Secretário de Estado da Saúde. Ante o exposto, sugere-se, como questão prejudicial, que seja declarada a ilegalidade dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, em face dos arts. 1º, 2º, 8º e 33 da Lei Nacional 12.527/2011 e dos arts. 1º, 2º, 8º e 24 da Lei Estadual 9871/2012, negando-lhes executividade. Sugere-se ainda a manutenção da irregularidade, com a expedição de determinação para que o atual Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde faça constar nos próximos Editais de Licitação ou Chamamento Público e nos Contratos de Gestão, a obrigação de as Organizações Sociais disponibilizarem em sítio

eletrônico na rede mundial de computadores (internet) as informações previstas no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional 12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES e no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012, mas que seja afastada a aplicação da sanção de multa à Srª. Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira.

3 CONCLUSÃO/RESPONSABILIDADE. 3.1. Por todo o exposto e com base no inciso II, do artigo 95 c/c artigo 99, §2º, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, sugere-se que seja reconhecida a PROCEDÊNCIA da presente Representação, tendo em vista o reconhecimento da seguinte irregularidade: Ausência total, ou atendimento parcial, dos requisitos mínimos exigidos pela lei 12.527/2011, que devem ser publicados em sites na internet, impossibilitando à sociedade e aos órgãos de controle o acesso à informação pública. Base legal: Art. 2º e 8º da Lei 12.527/2011; Art. 8º da Lei Estadual 9.871/2012 e Art. 7º do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012 e Art. 4º do Decreto nº 2636-R, de 15 de dezembro de 2010. [...] 3.2.1 rejeitar as justificativas de defesa da Associação e Congregação de Santa Catarina – ACSC, Organização Social contratada, pela prática de atos ilegais descritos no item 2, tópico 1, desta Instrução Técnica Conclusiva, mantendo-se a irregularidade. No entanto, sugere-se que seja afastada a aplicação da sanção de multa à referida entidade pelos motivos já expostos na fundamentação; 3.2.2 rejeitar as justificativas de defesa da Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES, Organização Social contratada, pela prática de atos ilegais descritos no item 2, tópico 2, desta Instrução Técnica Conclusiva, mantendo-se a irregularidade. No entanto, sugere-se que seja afastada a aplicação da sanção de multa à referida entidade pelos motivos já expostos na fundamentação; 3.2.3 rejeitar as justificativas de defesa da PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, Organização Social contratada, pela prática de atos ilegais descritos no item 2, tópico 3, desta Instrução Técnica Conclusiva, mantendo-se a irregularidade. No entanto, sugere-se que seja afastada a aplicação da sanção de multa à referida entidade pelos motivos já expostos na fundamentação; 3.2.4 rejeitar as justificativas de defesa do Sr. Ricardo de Oliveira, Secretário de Estado da Saúde, pela prática de atos ilegais descritos no item 2, tópico 4, desta Instrução Técnica Conclusiva, mantendo-se a irregularidade. No entanto, sugere-se que seja afastada a aplicação da sanção de multa ao referido gestor pelos motivos já expostos na fundamentação; 3.2.5 rejeitar as justificativas de defesa da Srª. Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira, Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, pela prática de atos ilegais descritos no item 2, tópico 5, desta Instrução Técnica Conclusiva, mantendo-se a irregularidade. No entanto, sugere-se que seja afastada a aplicação da sanção de multa à referida gestora pelos motivos já expostos na fundamentação. 3.3 sugere-se, como questão prejudicial, que seja declarada a ilegalidade dos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, em face dos arts. 1º, 2º, 8º e 33 da Lei Nacional 12.527/2011 e

dos arts. 1º, 2º, 8º e 24 da Lei Estadual 9871/2012, negando-lhes exequibilidade; 3.4 sugere-se, em relação à irregularidade descrita no item 2 desta Instrução Técnica Conclusiva, a expedição das seguintes determinações: Que as Organizações Sociais Associação e Congregação de Santa Catarina – ACSC, Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES e PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar promovam a adequação de seus respectivos sítios eletrônicos na rede mundial de computadores (internet) ao disposto no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional 12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES, no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012, bem como ao disposto, respectivamente, nos Anexos I, II e III desta ITC; Que os atuais ocupantes dos cargos de Secretário de Estado da Saúde, de Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Gestão Hospitalar, de Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde e de Procurador-Geral do Estado façam constar, nos próximos Editais de Licitação ou Chamamento Público e nos respectivos Contratos de Gestão, a obrigação de as Organizações Sociais disponibilizarem em sítio eletrônico na rede mundial de computadores (internet) as informações exigidas no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional 12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES e no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012.

O Ministério Público de Contas manifesta-se através do Parecer 2384/2017 no sentido de, *verbis* (formatação alterada):

Quanto ao mérito, observa-se a completude da ITC 01369/2017-9 quanto à demonstração e ratificação do aponte de irregularidade capitulado na instrução técnica inicial como “ Ausência total, ou atendimento parcial, dos requisitos mínimos exigidos pela Lei 12.527/2011, que devem ser publicados em sites na internet, impossibilitando o acesso da sociedade e dos órgãos de controle ao acesso à informação pública. ” Logo, procede a representação em todos dos seus termos; contudo é possível verificar, no caso, causa eximente de responsabilidade, há vista a flagrante ilegalidade dos arts. 62 e 63 do Decreto n. 3.152-R, de 26 de novembro de 2012, não sendo, portanto, imputáveis aos responsáveis as iras do art. 135 da LC n. 621/2012. Alerta-se, nesta manifestação, quanto à necessidade de se manter a identidade do hospital gerenciado, o que facilita o controle social. Isto porque as organizações sociais administram equipamentos totalmente públicos. Logo, o fato de hospitais públicos estarem sendo gerenciados por organizações sociais não muda a sua natureza e nem a sua identidade perante a população. Tal como é mantida a identidade do hospital na sua instalação física,

*devem as organizações sociais efetuar registro na internet de domínio próprio que identifique a unidade hospitalar para a população. É dizer, o cidadão certamente ao efetuar busca de informação na rede mundial de computadores o fará em nome do hospital e não da organização que o gerencia, pois é aquele que se apresenta mais visivelmente a ele e não esta. Dessa forma procedeu a Associação e Congregação de Santa Catarina (ACSC) ao registrar o domínio www.hec.org.br, que ao ser acessado traz a identidade do hospital com a informação da organização que o gerencia, [...]. Este é o modelo que deve ser replicado, pois potencializa o controle social, objetivo maior da lei de acesso da informação. Posto isso, pugna o **Ministério Público de Contas: 1** – seja julgado **procedente** a representação, na forma dos arts. 94, 95, inciso II e 99, § 1º, inciso VI, e § 2º, da LC n. 621/2012; **2** – nos termos do art. 207, IV, do RITCESS sejam expedidas as seguintes determinações: **a)** aquelas propostas pela Secex Denúncias à fl. 437 (itens 3.4.a e 3.4.b), fixando-se prazo razoável para a adequação dos portais de transparência, conforme art. 208, *caput*, do RITCEEs; **b)** que as organizações sociais efetuem o registro de domínio na *internet* que identifique o hospital gerenciado para manutenção do portal de transparência deste, com informação da organização social que o administra; **c)** que os atuais ocupantes dos cargos de Secretário de Estado da Saúde, de Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Gestão Hospitalar, de Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde adotem as providências ora mencionadas também em relação aos contratos de gestão que tenham sido celebrados, ou que estejam em fase de celebração, após a instrução deste processo. **3** - com fulcro no art. 114, inciso III, da LC n. 621/2012 c/c art. 208, “*caput*” e § 1º do RITCEES, assinale prazo para o Poder Executivo Estadual adote as providências necessárias quanto aos arts. 62 e 63 do Decreto n. 3152-R, de 26 de novembro de 2012, para que se amoldem aos normativos constantes na Lei Federal n. 12.527/2011 e Lei Estadual n. 9.871/2012; **4** – sejam as determinações expedidas nestes autos objeto de monitoramento, na forma do art. 194 e segs, do RITCEES. **É O RELATÓRIO.***

Inicialmente verifica-se a legitimidade do representante por força do inscrito no inciso II do § 1º do art. 99 da Lei Complementar Estadual 62/2012. Além disso, a representação preenche os requisitos de admissibilidade presentes nos incisos I a IV do art. 94 da referida lei e é conhecida.

Administração Pública pode ser definida como uma estrutura hierarquizada, com relação de subordinação entre órgãos e agentes e destinada à satisfação das necessidades coletivas. O conceito extraído do Direito Administrativo ensina que as organizações públicas presentes naquela estrutura apresentam natureza diferente daquelas das organizações privadas porque são figuras jurídicas criadas pelo Estado e mantidas com recursos públicos, com poderes para regular ações da sociedade, e obrigação constitucional de satisfazer as necessidades básicas como: saúde, educação, segurança, dentre outras.

Em Direito Administrativo brasileiro, Hely Lopes Meirelles, 32ª ed. São Paulo, 2006, p. 64, tem-se uma síntese desse conceito:

Em sentido formal, a Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços do próprio Estado ou por ele assumido em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

No entanto, a despeito dessa estratificação típica e generalizante encontrada no Direito Administrativo, estão presentes na administração pública brasileira outros sistemas relacionais de parceira público/privada, com a transferência de determinados segmentos tradicionais da atuação estatal para o setor privado, alinhando-se a conceitos pautados pela lógica de mercado, na tentativa de se imprimir racionalidade, com a eficiência; autonomia, com a organização independente; mantendo-se, no entanto, o poder decisório de políticas públicas nas mãos do Estado, este definidor e planejador de políticas públicas, consentâneo com mecanismos da administração pública gerencial.

Especialmente no caso objeto do presente processo, a opção de gerar governança pública por meio de publicização, instrumentalizado por meio de organizações sociais cujas atividades são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme

previsto na Lei 9.637/1998, rompe essa linha rigorosa de separação entre as funções público-privadas e, via de consequência, afeta a percepção da natureza jurídica dos atos praticados.

A opção de executar esse modelo administrativo-gerencial, com a retirada da atuação direta do Estado de determinadas segmentos do serviço público, não corresponde necessariamente renúncia aos princípios modelares da administração pública fundados na ordem constitucional, especialmente os relacionados a: indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público sobre o privado, continuidade do serviço público, estrita legalidade e publicidade.

Disso cuidou o legislador estadual no art. 23 da Lei Complementar 489/2009, que ao dispor sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, destaca a necessária observância dos princípios constitucionais de Direito Administrativo inscritos no art. 37 da Constituição Federal como instrumento essencial nos contratos de gestão.

A formidável fonte de poder decorrente da apropriação, controle e transferência dos recursos públicos nesse tipo de operação evidencia a exigência de transparência na sua execução e a garantia do controle social como ferramenta simbiótica e essencial nessa parceria público-privada, necessária na sua gênese e operação.

Nesse ponto, a Lei 12.527/2011, marco regulatório do acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, prevê sua aplicação às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres, conforme se extrai no seu art. 2º, e na forma prevista em seu art. 8º.

Inobstante a existência do marco legal federal, a Lei Estadual 9.871/2012 replica aqueles normativos, confirmando-se sua aplicação às entidades privadas firmatárias de contratos de gestão e receptoras de recursos públicos do orçamento estadual.

Assim, inexecutável os arts. 62 e 63 do Decreto 3252-R/2012, que a pretexto de regulamentar a Lei 9.871/2012, impõe restrições incompatíveis com a letra e o espírito

extraído daquela lei, conforme destaque a seguir transcrito da Instrução Técnica Conclusiva 1369/2017 (formatação alterada):

Quando a Lei Nacional 12.527/2011 e a Lei Estadual 9871/2012 estipulam que suas disposições aplicam-se às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos mediante contrato de gestão, mas utilizam a expressão “no que couber”, isto significa que a incidência de cada um dos dispositivos legais deve ser aferida no caso concreto (e não em abstrato por um decreto) diante da possibilidade material de uma instituição sem fins lucrativos atender determinada medida, imposta pelas citadas leis, mediante um juízo de pertinência. Destaca-se que o Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, é ilegal não apenas por reduzir o rol de informações mínimas, a que as referidas instituições sem fins lucrativos estão obrigadas a divulgar, mas também por permitir, em seu art. 62, § 2º, que tais instituições sejam dispensadas da obrigação de divulgar qualquer informação, constante do rol mínimo previsto em lei, mediante expressa justificação da entidade contratada e autorização do órgão público contratante. Não bastasse isso, o art. 63 do Decreto Estadual nº 3152-R desobriga ainda as referidas instituições sem fins lucrativos de atender a qualquer pedido de informação, dispondo que apenas os órgãos públicos responsáveis pelo repasse de recursos públicos estarão obrigados diretamente ao fornecimento de informações relativas ao contrato de gestão. Dessa forma, o art. 63 do Decreto Estadual nº 3152-R viola frontalmente o art. 33 da Lei Nacional 12.527/2011, que impõe aos particulares (pessoas físicas e entidades privadas) detentores de informação pública, em razão de vínculo com o Poder Público, o dever de observar o disposto na citada lei, o que engloba o atendimento a pedido de acesso à informação, sob pena de aplicação de sanções.

Fixado esse conceito, resta confirmada a obrigatoriedade dos contratados de divulgar informações mínimas necessárias para garantir o acesso à informação de interesse coletivo, conforme exigido nos arts. 2 e 8º da Lei 12.527/2001, art. 8º da Lei Estadual 9.871/2012 e art. 7º do Decreto Estadual 3152-R/2012.

De igual modo e, e pelo mesmo motivo, resta confirmado que Ricardo de Oliveira – Secretário de Estado da Saúde e Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira – Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde, não adotaram as medidas corretivas necessárias à efetivação do mandamento legal.

Quanto a estes resta evidente a ausência na Secretaria de Saúde de instrumentos de *compliance* como mecanismo fundamental para a governança, especialmente quanto

aos princípios a serem observados pela Administração Pública, inscritos no art. 37 da Constituição Federal.

Aplicar o modelo de administração pública gerencial na governança pública envolve meios e processos diferenciados daqueles usuais no serviço público e exige transformação dos agentes públicos responsáveis pelos contratos de gestão. Suas atuações devem se materializar em atos que revelem a busca incessante da eficiência e efetividade das ações estatais publicizadas, numa visão afeita aos negócios privados, sem olvidar das diretrizes que envolvem a governança pautada na accountability e na transparência, atributo do administrador público.

Esse esforço mental não admite acomodação, seja de cunho ideológico, partindo do ideário de que a publicização per si é panaceia para resolver questões administrativas; seja da incapacidade administrativa de compreender os mecanismos de *compliance* que suportam esses modelos, ou, também pela visão panglossiana no encantamento pelos feitos de sua própria gestão.

Nesse contexto, a conduta dos gestores, chamados a responder na qualidade de responsáveis, se deve à omissão de praticar um ato quando havia um dever jurídico de fazê-lo, em flagrante violação de leis e regulamentos. Ao assim proceder, comprometeram a legitimidade do sistema de gestão das organizações sociais, impondo-lhes níveis de transparência aquém daqueles exigidos à Administração Pública.

Ao ocupar cargos de direção na administração pública, seja agente político ou estritamente administrativo, assumem-se atribuições inerentes àquela atividade, adequadamente estruturada numa cadeia de comando, com segregação de funções e hierarquizada, tal qual o modelo lógico-funcional de matriz weberiano, mas com responsabilidades compartilhadas quando delegadas.

Neste caso, observa-se a existência de exagero retórico nas justificativas apresentadas pelo Secretário Estadual da Saúde por este atribuir ao Subsecretário de Estado da Saúde para Assuntos de Gestão Hospitalar delegação para autorizar a instalação e homologação de processos de licitação, ou a sua dispensa quando

efetivamente esta atribuição não lhe foi conferida, conforme transcrição a seguir extraída da Instrução Técnica Conclusiva 1369/2017 (formatação alterada):

*O art. 46, “a”, “f” e “m” da Lei Estadual 3043/75 – ES prescreve, dentre outras, as seguintes atribuições dos Secretários de Estado: Art. 46 - São atribuições de todos e de cada um dos Secretários de Estado as previstas na Constituição Estadual e as seguintes enumeradas: a) promover a administração geral da Secretaria em estreita observância das disposições legais e normativas da administração pública estadual e, quando aplicável, da federal; [...] f) fazer indicações ao Governador para o provimento de cargos em comissão; prover as funções gratificadas, dar posse a funcionários e exercer o processo disciplinar no âmbito da Secretaria; [...] m) autorizar a instalação e homologação de processos de licitação, ou a sua dispensa, nos termos da legislação aplicável à matéria; *Por sua vez, o Secretário de Estado da Saúde, por meio do art. 3º da Portaria 003-R, de 12 de fevereiro de 2015, delegou ao Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Gestão Hospitalar, as seguintes atribuições: Art. 3º Delegar competência ao Subsecretário de Estado da Saúde Para Assuntos de Gestão Hospitalar, para desempenhar, as seguintes atribuições: I - Autorizar empenho e pagamento de despesas vinculadas diretamente à Subsecretaria de Gestão Hospitalar, como dos Hospitais Públicos, Hemocentros, Núcleos de Especialidades Regionais e outras relacionadas à área hospitalar. II - Autorizar despesas relativas a suprimento de fundos, diárias, transportes e outras despesas com deslocamento, a serviço, dos servidores vinculados diretamente à Subsecretaria de Gestão Hospitalar; III - Aprovar prestações de contas, referentes a conventos, diárias, suprimento de fundos e instrumentos congêneres de atividades e servidores vinculados diretamente à Subsecretaria de Gestão Hospitalar; IV - Baixar ordens de serviço e aprovar normas, planos de ação, instruções e outros atos a serem executados por unidades e setores relacionados à área hospitalar; V - Assinar contratos, convênios, acordos, ajustes, aditamentos e outros instrumentos congêneres de atividades vinculadas diretamente à Subsecretaria para Assuntos de Gestão Hospitalar; VI - Constituir e Designar comissões de atividades relacionadas à área hospitalar, exceto comissões de licitações; VII - Designar responsáveis para o acompanhamento de contratos, convênios e demais ajustes firmados com terceiros vinculados à área hospitalar; VIII - Receber citações, intimações e notificações nas ações judiciais propostas contra a Secretaria de Estado da Saúde; Como se pode observar da simples leitura do dispositivo, o art. 3º da Portaria 003-R, de 12 de fevereiro de 2015, ao contrário do alegado pelo defendente, não promoveu a delegação ao Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Gestão Hospitalar, da atribuição do Secretário de Estado da Saúde prevista no art. 46, “m” da Lei Estadual 3043/75 – ES, consistente em “autorizar a**

instalação e homologação de processos de licitação, ou a sua dispensa, nos termos da legislação aplicável à matéria” (fls. 284/286). A delegação desta atribuição apenas foi realizada especificamente em relação ao Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Administração e de Financiamento da Atenção Básica à Saúde, nos termos do art. 1º, III da Portaria 003-R, de 12 de fevereiro de 2015 (fls. 284/286). Logo, o procedimento de dispensa de licitação (art. 24, XXIV) para contratação de organizações sociais, por meio de chamamento público, consiste em atribuição que se manteve centralizada na pessoa do Secretário de Estado da Saúde, Sr. Ricardo de Oliveira, por força do art. 46, “m” da Lei Estadual 3043/75 – ES. Esta constatação, por si só, é suficiente para afastar todas as alegações do defendente e imputar-lhe responsabilidade.

Finalmente, conclui-se pela procedência da Representação sem que isso configure adoção de medidas sancionadoras, mitigadas diante da diretriz inscrita nos arts. 62 e 63 do Decreto 3252-R/2012. Reforça esse entendimento o fato deste Tribunal ter expedido instrumento normativo acerca da fiscalização da formalização e execução dos contratos de gestão e sequer mencionar os mecanismos de transparência presentes na Lei Federal 12.527/2001 e na Lei Estadual 9.871/2012, conforme se infere da leitura da Instrução Normativa TC nº 42/2017.

Diante do exposto, pelo permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria e tomados complementarmente os fundamentos fáticos e de direito apresentados na Instrução Técnica Conclusiva ITC 1369/2017 e Parecer Ministerial 2384/2017, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACORDÃO que submeto à sua consideração.

JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI
Conselheiro em Substituição

DECISÃO

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

- 1- CONHECER** da presente representação, vez que preenche os requisitos de admissibilidade, na forma dos arts. 94 c/c 99, § 2º, da Lei Complementar Estadual 621/2012.

2- NEGAR aplicação aos arts. 62 e 63 do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012, em face dos arts. 1º, 2º, 8º e 33 da Lei Nacional 12.527/2011 e dos arts. 1º, 2º, 8º e 24 da Lei Estadual 9871/2012, com fulcro no art. 1º, inciso XXXV da Lei Complementar 621/2012, negando-lhes exequibilidade;

3- Considerar PROCEDENTE a Representação com fulcro no art. 95, inciso II c/c art. 99, § 2º da referida Lei, em virtude da:

Ausência total, ou atendimento parcial, dos requisitos mínimos exigidos pela lei 12.527/2011, que devem ser publicados em sites na internet, impossibilitando à sociedade e aos órgãos de controle o acesso à informação pública.

Base legal: Art. 2º e 8º da Lei 12.527/2011; Art. 8º da Lei Estadual 9.871/2012 e Art. 7º do Decreto Estadual nº 3152-R, de 26 de novembro de 2012 e Art. 4º do Decreto nº 2636-R, de 15 de dezembro de 2010.

Agentes responsáveis: Associação e Congregação de Santa Catarina – ACSC (Organização Social), Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES (Organização Social), PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar (Organização Social), Sr. Ricardo de Oliveira, (Secretário de Estado da Saúde) e Srª. Jaqueline Moffati Ozório de Oliveira (Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde).

4- DEIXAR DE COMINAR multa aos responsáveis pelas razões expostas no voto.

5 - DETERMINAR:

A) Que as Organizações Sociais Associação e Congregação de Santa Catarina – ACSC, Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense – AEBES e PRÓ-SAÚDE Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar promovam a adequação de seus respectivos sítios eletrônicos na rede mundial de computadores (internet) ao disposto no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional 12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES, no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012, bem como ao disposto, respectivamente, nos Anexos I,

II e III da ITC1369/2017 e que efetuem o registro de domínio na *internet* com identificação do hospital gerenciado, com informação da organização social que o administra, conforme sugerido no Parecer Ministerial 2384/2017.

- B) Que os atuais ocupantes dos cargos de Secretário de Estado da Saúde, de Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Gestão Hospitalar, de Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde e de Procurador-Geral do Estado façam constar, nos próximos Editais de Licitação ou Chamamento Público e nos respectivos Contratos de Gestão, a obrigação de as Organizações Sociais disponibilizarem em sítio eletrônico na rede mundial de computadores (*internet*) as informações exigidas no art. 8º, § 1º a § 3º da Lei Nacional 12.527/2011, no art. 8º, § 1º da Lei Estadual 9.871/2012 – ES e no art. 7º, caput e § 2º do Decreto Estadual nº 3152-R – ES, de 26 de novembro de 2012.
- C) Que os atuais ocupantes dos cargos de Secretário de Estado da Saúde, de Subsecretário de Estado da Saúde para assuntos de Gestão Hospitalar, de Gerente de Controle, Monitoramento e Avaliação de Serviços de Saúde adotem as providências ora mencionadas também em relação aos contratos de gestão que tenham sido celebrados, ou que estejam em fase de celebração, após a instrução deste processo, conforme sugerido no Parecer Ministerial 2384/2017, fixando para tanto um prazo de 30 (trinta) dias.
- D) Que o Chefe do Executivo Estadual adote as providências necessárias quanto aos arts. 62 e 63 do Decreto n. 3152-R, de 26 de novembro de 2012, para que se amoldem aos normativos constantes na Lei Federal n. 12.527/2011 e Lei Estadual n. 9.871/2012, conforme sugerido no Parecer Ministerial 2384/2017, fixando para tanto o prazo de 30 (trinta) dias.
- E) Que as determinações expedidas nestes autos objeto de monitoramento, na forma do art. 194 e segs, do Regimento Interno.

6- CIENTIFICAR o Secretário Geral de Controle Externo – SEGEX dos termos da decisão proferida, especialmente quanto às referências a Instrução Normativa TC nº 42/2017.

7- CIENTIFICAR o representante dessa decisão, nos termos do art. 307, § 7º, do Regimento Interno.