



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da LC n. 451/2008, oferecer

REPRESENTAÇÃO com pedido de provimento liminar cautelar *inaudita altera parte*

Em face de **RICARDO DE OLIVEIRA**, Secretário de Estado da Saúde, **FÁBIO MARILY**, Subsecretário de Estado da Assistência em Saúde, **ENRIELTON CHAVES**, Diretor Geral do Hospital Antônio Bezerra de Farias, **REGINA AVELAR RUA**, Diretora Geral do Hospital Antônio Bezerra de Farias, **ELIZABETH COSTA MUNIZ**, Chefe do Núcleo de Trabalho de Recepção e Same, **NELCINEA DE FARIA GORONCI**, Profissional de Nível Superior I, **LUCAS RIBEIRO GALLOON**, Analista Executivo, **CLAUDIANO HERBST WALDER**, Analista Executivo, **FELIPE SAADE OLIVEIRA**, Gerente de Economia da Saúde e Inovação, **MAGDA CRISTINA LAMBORGHINI**, Gerente de Contratação das Organizações Sociais - GECOS, **SHEILA SPEROTO ALVES**, Enfermeira – GECOS – NECOS, e **JORDIANA ROSSI PEREIRA**, Chefe do Núcleo Especial de Contratos de Gestão – NECOS, em razão de **graves ilegalidades vislumbradas no procedimento administrativo n. 77682912, com eminente risco de dano ao erário estadual**, conduzido pelo Estado do Espírito Santo, referente ao Edital n. 003/2018, que objetiva selecionar a melhor proposta técnica e financeira para fins de assinatura de Contrato de Gestão, cujo objeto consistirá no gerenciamento do Hospital Antônio Bezerra de Farias - HABF, conforme adiante aduzido.

I – DOS FATOS

O Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde – SESA, deflagrou procedimento administrativo instrumentalizado no Edital n. 003/2018, publicado no Diário Oficial de 28/09/2018, com vistas a firmar parceria com Organização Social, mediante a celebração de Contrato de Gestão.

Assim, em uma análise perfunctória das documentações que compõem o procedimento administrativo n. 77682912, observa-se que o mesmo se encontra maculado de graves irregularidades, que conduzem a sua nulidade absoluta, consubstanciadas no



descumprimento de princípios básicos da administração pública, indicando a existência de cláusulas restritivas ao caráter competitivo, salientando-se, ainda, dentre outras anomalias, a existência de sério e iminente risco ao erário estadual, em razão da transferência de recursos públicos, cujos custos não estão devidamente comprovados e nem balizados pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência.

II – DO DIREITO

II.1 – Do posicionamento do Supremo Tribunal de Federal e do Tribunal de Contas da União acerca dos contratos de gestão

Em princípio necessário esclarecer que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF, é válida a prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público, cuja ementa transcreve-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, *CAPUT*), EDUCAÇÃO (ART. 209, *CAPUT*), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA



IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “*são deveres do Estado e da Sociedade*” e que são “*livres à iniciativa privada*”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de *controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.



7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “*organização social*”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de *credenciamento*, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da *impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei Nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a



ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

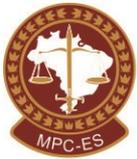
16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública,



objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Deste modo, dada a eficácia contra todos e o efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade, deve-se respeitar ao decidido na ADI 1923/DF.

Por sua vez, no que se refere especificamente às contratações de organizações sociais para prestação de serviços públicos de saúde sedimentou o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 2057/2016 – Plenário, as seguintes orientações:

A contratação de organizações sociais para prestação de serviços públicos de saúde, mediante contratos de gestão, deve observar as seguintes orientações:

- a) apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados;
- b) do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão;
- c) a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993;
- d) as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado;
- e) não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão, entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público



Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade;

f) os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990;

g) os contratos de gestão devem prever metas, com seus respectivos prazos de execução, bem assim indicadores de qualidade e produtividade, em consonância com o art. 7º, inciso I, da Lei 9.637/1998;

h) os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social;

i) a comissão a quem cabe avaliar os resultados atingidos no contrato de gestão, referida no art. 8º, §2º, da Lei 9.637/1998, deve ser formada por especialistas da área correspondente;

j) devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

k) os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

l) não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com organizações da sociedade civil de interesse público ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos;

m) deve ser promovido, no âmbito das unidades federativas, o fortalecimento dos órgãos de controle e de gestão de modo a se permitir o acompanhamento efetivo dos contratos de gestão.

Observa-se, assim, que a matéria se encontra devidamente delineada, o que deve ser observado pelos gestores públicos de todos os entes da Federação.

II.2 – Da aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 às normas do processo seletivo da organização social e do contrato de gestão

Preceitua o art. 5º da LC Estadual n. 489/2009 que “a escolha da Organização Social, para celebração do Contrato de Gestão, será realizada por meio de publicação de Edital de Convocação Pública, que detalhará os requisitos para participação e os critérios de seleção dos projetos”, o qual será dispensado apenas quando demonstrada a inviabilidade de competição, devendo-se, contudo, serem observados os princípios da legalidade, moralidade, igualdade, publicidade, motivação e eficiência (art. 6º).



Embora a menção a tais princípios encontre-se na norma que trata da contratação direta, é importante frisar que o processo seletivo inaugurado para a seleção de organizações sociais, quando houver multiplicidade de interessados, como no caso vertente, também deverá ser regido por eles.

É possível afirmar que, conquanto não se aplique o fluxo procedimental da Lei n. 8.666/93 ao processo seletivo em questão, são-lhes, porém, aplicáveis, subsidiariamente, todas as normas destinadas a garantir a observância dos princípios básicos da legalidade, da isonomia, da obtenção da proposta mais vantajosa pela administração, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, consoante art. 3º do indigitado estatuto legal.

A despeito de qualquer previsão legal ou editalícia, aplicam-se às contratações dessa natureza as normas de estatutos legais que tem por fundamento o resguardo dos princípios constitucionais que regem a administração pública, conforme leciona Marçal Justen Filho:

Suponha-se que a Administração resolva atribuir um hospital à gestão de organização social. Imagine-se que duas organizações sociais (cada qual integrada por um grupo de médicos distinto) pretendam assumir a gestão do nosocômio. A escolha da Administração é livre ou necessita promover licitação?

[..]

A questão tem de ser solucionada segundo os princípios gerais aplicáveis. Não é admissível afirmar que a Administração seria livre para realizar o contrato de gestão, sem maiores parâmetros jurídicos. O contrato de gestão não é uma porta aberta para escapar das limitações do direito público. Portanto e até em virtude da regra explícita do art. 37, inc. XXI, da CF/88, o Estado é obrigado a submeter seus contratos de gestão ao princípio da prévia licitação.

Ressalte-se que incidem, no caso, os dois princípios básicos fundamentais da licitação.

Em primeiro lugar, há o postulado da indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal. Como decorrência, a Administração não pode ceder bens, pessoal e recursos a terceiros por mera liberalidade. Nem se diga que o contrato de gestão não terá natureza sinalagmática, eis que não incumbirá ao particular realizar qualquer prestação em favor da Administração. **Isso não autoriza desperdícios. Terá de ser selecionada a melhor alternativa.** Quando o Estado escolhe uma certa organização social e com ela firma determinado contrato de gestão, está atuando no molde a promover o bem comum. Esse é o único fundamento que autoriza ceder bens, pessoal e recursos humanos para particulares. Seria um contrassenso afirmar, simultaneamente, que o Estado não necessitaria optar pela melhor escolha possível. **Nessa hipótese tanto quanto em qualquer outra, a atuação do Estado tem que ser norteada pelo ideal de selecionar a melhor alternativa possível. [...]**

Em segundo lugar, há o princípio da isonomia. Todas as organizações sociais têm o direito de ser tratadas igualmente. Não se admitem distinções fundadas em escolhas meramente subjetivas. Isso impede que algumas organizações sociais mereçam tratamento privilegiado, sem que tal seja resultado de diferenças efetivas e compatíveis com os valores constitucionais. Sequer se poderiam estabelecer distinções discricionárias relativamente ao montante de verbas 'distribuídas' entre as distintas organizações sociais. Seria incompatível com o princípio da isonomia escolher determinada organização social e excluir outra(s) pra realizar contrato de



gestão com objeto específico. **Se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de processo seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios constitucionais da objetividade, moralidade e economicidade. [...]**

Deve reconhecer, enfim, que a incidência dos princípios constitucionais apontados não desemboca na realização necessária de licitação idêntica à prevista para os casos comuns. **Os princípios continuam aplicáveis, mas podem produzir as consequências jurídicas diversas das verificadas nos casos usuais.**

Deve-se partir do ponto de que, havendo possibilidade de competição, será exigível a licitação. **A inexigibilidade poderá derivar da ausência de pluralidade de potenciais interessados em participar da contratação. Mas para tanto, será imperioso que o Estado divulgue sua intenção de promover contratos de gestão com determinado objeto. Não é possível que as contratações de gestão se façam às ocultas, sem o cumprimento do requisito da publicidade. [...]**

Não sendo hipótese de inexigibilidade, a licitação deverá obedecer ao modelo básico da Lei nº. 8.987. É que a apuração das vantagens auferíveis pelo contrato de gestão é extremamente similar ao que se passa no regime de concessões. [...] **Por isso, as peculiaridades do art. 15 da Lei nº. 8.987 (com a redação dada pela própria Lei nº. 9.648) retratam variações plenamente avaliáveis e relevante a propósito de contrato de gestão. [...]** (grifos acrescidos)¹

No caso, o item 2.8 do Edital 3/2018 traz previsão expressa quanto à aplicação subsidiária da lei de licitação ao processo de seleção de contratação, senão vejamos:

2.8 – O procedimento de seleção reger-se-á pela Lei Complementar n. 489, de 21 de julho de 2009, Decreto n. 2484-R, de 09 de março de 2010, Portaria n. 047-R, de 18 de agosto de 2011, Portaria n. 007-R, de 12 de fevereiro de 2014, Decreto n. 3863-R, de 25 de setembro de 2015, Portaria n. 11-R, de 05 de outubro de 2015, Portaria n. 040-R, de 09 de agosto de 2016, Lei Complementar n. 837, publicada em 02 de dezembro de 2016, Instrução Normativa TCEES n. 42, de 15 de agosto de 2017, Portaria n. 019-R, de 13 de março de 2018, bem como, pelas Leis Federais n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 e n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, e demais Normas do Sistema Único de Saúde (SUS) emanadas pelo Ministério da Saúde (MS), e por analogia, **no que couber, pela Lei Federal nº. 8.666/93 e suas alterações**, além das condições fixadas neste Edital e seus Anexos.

E, especificamente, no tocante às cláusulas contratuais, o art. 34 da LC Estadual n. 489/2009 é expresso, no sentido de que *“aplicam-se aos Contratos de Gestão os princípios estabelecidos na Lei Federal nº. 8.666, de 21.6.1993, no que couberem”*.

Por essa razão, os atos que tenham sido praticados em inobservância às normas da Lei n. 8.666/93 que se destinam a garantir a observância de princípios constitucionais da administração pública são ilegais e maculam de nulidade todo o procedimento administrativo.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 332-334.



II.3 – Das irregularidades perpetradas

II.3.1 – Da imprecisa demonstração dos motivos do repasse da gestão

O Subsecretário de Estado da Assistência em Saúde, Fabiano Marily, no despacho de fl. 754 do Processo Administrativo n. 77682912 ratificou a escolha do modelo de gestão do Hospital Antônio Bezerra de Farias por meio de Organização Social com suporte nos esclarecimentos realizados pela Gerência de Contratação das Organizações Sociais.

Em princípio, cabe destacar que consoante delineado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 15733-RJ, as organizações sociais, através de contratos de gestão, devem prestar assistência à saúde apenas de forma complementar e sem finalidade lucrativa. Vê-se:

1. A reclamação constitucional cabe quando há usurpação da competência originária desta Suprema Corte, assim como no caso de decisão judicial ou ato administrativo que contrarie julgado do Supremo Tribunal Federal proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em decorrência do efeito vinculante que ostenta (art. 102, § 2º, da CF), e, ainda, na hipótese de não aplicação de súmula vinculante (art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal).

2. Na espécie, o exame do cabimento da presente reclamação passa pela verificação da alegada ofensa à Súmula Vinculante 10, verbis:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

3. Na linha da argumentação construída pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente se a matéria objeto de análise na decisão reclamada comportar conteúdo constitucional - estatura normativa que exige submissão da controvérsia ao plenário ou órgão especial do tribunal competente para a decisão -, é que se poderá cogitar de ofensa à Súmula Vinculante 10.

4. Pois bem. Para uma adequada compreensão da controvérsia, transcrevo a ementa do acórdão reclamado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. DIREITO DE TODOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (LEI 8.080/90). ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (LEI 9.637/98). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF, AINDA EM JULGAMENTO, PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. TRANSFERÊNCIA DA GESTÃO DAS UNIDADES DE TRATAMENTO CRÍTICO (UTI e USI) DE HOSPITAIS ESTADUAIS PARA ENTIDADES PRIVADAS. PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA EM CARÁTER COMPLEMENTAR E SEM FINS LUCRATIVOS. MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR. EXIMIÇÃO DE DEVER CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. DEVER DE PRESTAR SERVIÇO PÚBLICO TÍPICO E ESSENCIAL DE QUALIDADE. OBRIGAÇÃO DE GESTÃO EFICIENTE. ÉTICA NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. A Constituição Federal estabelece como princípio fundamental da República, a Dignidade da Pessoa Humana, sendo a saúde, após a vida, direito fundamental a ser preservado em todas as suas manifestações (artigos 1º, III, 3º e 5º). A saúde é dever constitucionalmente imposto ao Estado pelo Constituinte Originário e direito de todos (art. 196), sendo atividade típica e essencial e razão de ser da entidade estatal, visando sua ‘promoção, proteção e recuperação’.



2. A relevância pública das ações e serviços de saúde (CF, 197) permite que apenas sua execução possa ser feita em caráter assistencial, complementar e sem fins lucrativos, pela iniciativa privada, conforme dispõe a Lei 8.080/90.

3. Os motivos que serviram à edição de ato administrativo vinculam a própria atuação da autoridade, devendo sua ação corresponder aos motivos, sob pena de nulidade.

4. As dificuldades ordinárias na administração de unidades de tratamento intensivo e semi-intensivo (UTI e USI), existentes em hospitais tradicionais e antigos do Estado, não podem servir como justificativa para a transferência da gestão administrativa e a execução de serviços típicos de saúde para a iniciativa privada, ainda que através de organizações sociais de saúde.

5. Elenco de dificuldades que apenas revelam deficiência crônica na própria gestão do serviço de saúde pública, deixando o Estado de cumprir com o seu dever constitucional de prestar serviço essencial de qualidade, incidindo, em tese, em conduta ímproba passível de responsabilização.

6. A transferência da gestão de atividade típica e essencial do Estado para a iniciativa privada, mediante contratos ou convênios vultosos, não garante, por si só, que o serviço público será prestado da melhor forma, servindo apenas para eximir o Estado de dever imposto constitucionalmente. Otimização da Boa Administração através de gestão eficiente dos recursos públicos. Princípio ético que deve reger sua melhor aplicação. Obrigação de manutenção dos serviços existentes em condições de prestar serviços de qualidade.

7. Inocorrência de fatos que autorizem a contratação de entidade privada, sob qualquer forma, por se encontrarem ausentes os pressupostos constitucionais e legais. Edital de Seleção nulo.

8. Concessão da segurança.”

5. De início, cumpre esclarecer que contra o acórdão ora questionado opostos embargos de declaração, desprovidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a desafiarem recurso especial e recurso extraordinário, ainda pendentes de julgamento, conforme informações disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal, no aguardo desfecho da presente reclamação. Não há, pois, no caso concreto perda superveniente de interesse de agir do reclamante, em decorrência de provimento jurisdicional posterior favorável.

6. Com relação à ADI 1923, cujo objeto é o controle de validade da Lei nº 9.637/98, apontada na inicial, assinalo que o julgamento final de mérito ocorreu em 16.4.2015, com a publicação do acórdão, cuja ementa transcrevo, em 17.12.2015:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO



ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTIÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.”

7. Esclarecidas as questões referentes ao desenvolvimento da relação jurídico-processual de origem, passo a analisar as razões que justificaram a decisão colegiada questionada. Nesse sentido, colaciono excertos da fundamentação, que explicitam melhor a construção argumentativa da decisão:

“Fixados tais parâmetros constitucionais e legais, sobressaindo a atuação privada na área de promoção da saúde apenas em caráter complementar ao dever de agir do Estado, é de se analisar a legalidade do Edital de Seleção 004/2012, objeto do mandado de segurança.

(...)

Colhem-se do edital, elementos fatos para se concluir que a proposta administrativa de delegar a gestão das unidades de tratamento intensivo e semi-intensivo de diversos hospitais estaduais, refogem dos limites constitucionais e legais estabelecidos na própria Lei Estadual 6.403/2011.

(...)

O arrazoado é uma admissão clara e insofismável de que o Estado não vem cumprindo com o seu dever de prestar saúde ‘a todos’, em atendimento ao mandamento constitucional, debitando à ‘dificuldades adversas’ a própria justificativa para a transferência da execução do serviço às entidades privadas.

(...)



Não são as dificuldades como a 'deficiência de pessoal' ou 'os elevados custos e prazos de aquisição de materiais e insumos' que podem justificar a contratação de entidades privadas para solver os problemas que são próprios da má gestão estatal do serviço que lhe é imposto como dever constitucional.

A atuação da iniciativa privada no setor de saúde junto ao Estado, somente poderá se dar de forma complementar e somente 'quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área', conforme dispõe a Lei 8.080/90. A menção a dificuldades diversas, que são ínsitas ao serviço público, não pode servir como justificativa suficientemente válida para eximir o Estado de seu dever constitucional de prestar o serviço que é essencial à Dignidade da Pessoa Humana.

As dificuldades adversas referidas pela Autoridade Coatora melhor se ajustam como admoestação à sua própria atuação enquanto agente público, deixando de prover, minimamente, serviço público de qualidade a 'todos' que dela necessitam.

(...)

A complementariedade que a Constituição e as Leis Federais 8.080/90 e 9.637/98 autorizam a assistência da iniciativa privada não pode ser tal que retire, de direito e de fato, a gerência do Estado no dever constitucional de prestar serviço de saúde de qualidade.

Além disso, de forma mais perigosa para a própria segurança do serviço médico que deve ser prestado, o Edital, em seu modelo de contrato (fl. 30), estabelece cláusula expressa de que 'Contratada será responsável pela imperícia, por falhas técnicas, pela falta de hígidez financeira e por prejuízos causados por terceiros por ela contratados para a execução de serviços do Contrato' (cláusula 7.1) e, mais importante ainda, embora em franco desfavor para o usuário do serviço de saúde, reza a cláusula 7.8: 'A contratada será responsável pela imperícia, imprudência, negligência e por prejuízos causados pelos seus diretores e empregados na execução do Contrato de Gestão

(...)

A solução aventada nas razões constantes no Edital 004/2012, ainda que se afigure como 'politicamente correta', ao realçar as maravilhas da administração privada, não atende aos princípios reitores constitucionais, que não permitem ao agente público, ao administrador, excusar-se de seus deveres constitucionais.

O que pode ser executado de forma 'complementar' e excepcional, não pode ser executado ordinariamente e de forma principal, como meio do Estado desincumbir-se de seu dever de prestar serviço de saúde de qualidade".

8. Do exame do acórdão, infere-se que a conclusão alcançada no juízo colegiado, no sentido da declaração de nulidade do referido Edital, decorre de duas premissas necessárias, as quais não se valeram de nenhuma deliberação de controle de validade constitucional.

9. A primeira premissa é no sentido de que a saúde, como dever constitucionalmente imposto ao Estado e direito de todos, tal como prescrito no art. 193 da Constituição Federal, traduz atividade típica e essencial do Estado, de modo a competir a este a prestação de forma eficiente e com qualidade. Nada obstante este dever, a Constituição e as Leis Federais 8.080/90 e 9.637/98 autorizam a assistência da iniciativa privada na prestação do serviço de saúde, desde que em caráter complementar e sem retirar, de direito e de fato, a gerência do Estado no dever constitucional de prestar serviço de saúde de qualidade.

Cabe assinalar que a constitucionalidade da Lei 9.637/98, que trata da instituição das Organizações Sociais e autoriza a assistência de iniciativa privada, é tomada



como premissa, conquanto em trâmite ADI questionando a sua validade, sabido que prevalente até o término do julgamento a presunção de constitucionalidade, e neste sentido foi o voto do relator.

10. A segunda premissa, consistente na análise específica das cláusulas do Edital de Seleção 004/2012, e mesmo da motivação deste ato administrativo, deixou claro que a ação da autoridade administrativa deve corresponder aos motivos alegados, sob pena de nulidade. Nesse contexto, entendeu a Corte Estadual que os motivos invocados para a edição do ato, como as dificuldades ordinárias na administração de unidades de tratamento intensivo e semi-intensivo, existentes em hospitais tradicionais e antigos do Estado, não podem servir como justificativa para a transferência da gestão administrativa e a execução de serviços típicos de saúde para a iniciativa privada, ainda que através de organizações sociais. Isso porque as dificuldades relatadas na motivação do ato apenas revelam a deficiência na gestão do serviço de saúde. O raciocínio jurídico adotado foi no sentido de que, não obstante a possibilidade de adoção do modelo de organizações sociais, na espécie, a motivação do Edital de Seleção não logrou demonstrar a existência de fatos que autorizem a contratação de entidade privada, sob qualquer forma, porque ausentes os pressupostos legais e constitucionais. Desse modo, a transferência da gestão de unidades de tratamento crítico, como a unidade intensiva e semi-intensiva, de hospitais estaduais para a iniciativa privada, deve ocorrer apenas de forma complementar e sem fins lucrativos, conforme dispõe a Lei 8.080/90, condições que não ficaram demonstradas na motivação do Edital questionado.

11. Com efeito, neste momento processual, marcado pela cognição exauriente dos elementos de prova e das argumentações defendidas no processo, verifico que a justificativa do ato judicial reclamado não tem fundamento na inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.043/2011. Ao contrário: parte do dever constitucional imposto ao Estado de prestar serviço público de saúde com eficiência e qualidade e do reconhecimento da participação das instituições privadas na execução deste serviço, como forma de integrar o sistema único de saúde, desde que sua atuação seja complementar e não uma autêntica substituição da atividade estatal garantidora do direito à saúde a todos. Fixada esta premissa dos limites constitucionais e legais estabelecidos para a prestação do serviço público de saúde pelo Estado e iniciativa privada, de forma complementar e sem fins lucrativos, é que passou o Tribunal de Justiça ao exame da validade do Edital de Seleção, a partir da verificação da motivação do ato.

12. Quer isto dizer que a nulidade do edital foi reconhecida em razão da desconformidade deste com os limites constitucionais e legais estabelecidos para a celebração de contratos de gestão com organizações sociais, que devem prestar a assistência à saúde apenas de forma complementar.

Não cabe cogitar, pois, na espécie, de contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 a autorizar o cabimento da reclamação, nos moldes do art. 103-A, § 3º, da Constituição da República.

13. Por seu turno, sabido que a via estreita da reclamação não pode ser utilizada para reexame do ato reclamado, uma vez que não se presta à substituição de espécie recursal. Não compete ao Supremo Tribunal Federal, nesta ação de finalidade estrita, aferir o acerto, ou não, da interpretação ofertada pelo órgão fracionário do Tribunal reclamado.

14. Ante o exposto, forte no art. 21, §1º, do RISTF, julgo improcedente a reclamação. Revogo a medida cautelar deferida para suspender a eficácia do acórdão proferido no bojo do processo 0050854- 76.2012.8.19.0000.



Comunique-se ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 14 de novembro de 2016.

Ministra Rosa Weber
Relatora

Nesta toada, esmiuçando a decisão acima transcrita, colhe-se do julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que *“não são as dificuldades como a ‘deficiência de pessoal’ ou ‘os elevados custos e prazos de aquisição de materiais e insumos’ que podem justificar a contratação de entidades privadas para solver os problemas que são próprios da má gestão estatal do serviço que lhe é imposto como dever constitucional. A atuação da iniciativa privada no setor de saúde junto ao Estado, somente poderá se dar de forma complementar e somente ‘quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área’, conforme dispõe a Lei 8.080/90. A menção a dificuldades diversas, que são ínsitas ao serviço público, não pode servir como justificativa suficientemente válida para eximir o Estado de seu dever constitucional de prestar”*.

No caso vertente, observa-se que a solicitação de Estudo de Viabilidade do Gerenciamento do Hospital Antônio Bezerra de Farias por meio de Organização Social², apresentada pelo Subsecretário de Estado de Assistência em Saúde, Fabiano Marily, se pautou especificamente na deficiência de pessoal e nos entraves na aquisição de bens e serviços, o que demonstra, por si só, problemas relacionados à própria gestão do serviço público de saúde que, inclusive, pode configurar conduta ímproba passível de responsabilização.

O Estudo de Viabilidade para Adoção do Modelo de Parceria de Organização Social para Gestão do Hospital Antônio Bezerra de Farias³, elaborado por Elizabeth Costa Muniz e Nelcinea de Faria Goronci, e ratificado por Enrielton Chaves e posteriormente por Regina Avelar Rua, encampando a fala do Subsecretário de Estado de Assistência em Saúde, continua por elencar dificuldades de aporte e gestão de recursos humanos e de aquisição de bens e serviços, não servindo, também, como justificativa para a transferência da gestão administrativa e a execução dos serviços típicos de saúde para a iniciativa privada, ainda que através de organizações sociais de saúde.

Ao que parece, o intento almejado pelo Estado, neste caso, seria apenas sua desobrigação ao dever constitucionalmente imposto de prestar serviço essencial de qualidade, faltando, pois, o preenchimento dos pressupostos constitucionais e legais que autorizam a contratação de entidade privada.

Nos termos da Lei n. 4.717/1965 são nulos os atos lesivos ao patrimônio público no caso de inexistência dos motivos, assim verificada quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido (art. 2º, “d”, e parágrafo único, “d”).

² Fls. 1/2 do Processo Administrativo n. 77682912.

³ Fls. 5/23 e 34/70 do Processo Administrativo n. 77682912.

Destarte, no presente caso, não há suporte jurídico válido para a decisão que ratificou a escolha do modelo de gestão por OSS do Hospital Antônio Bezerra de Farias, o que torna o ato inválido, bem assim todos os demais subsequentes.

II.3.2 – Da deficiência das estimativas de custos apresentadas pela SESA

A decisão pelo modelo de gestão do Hospital Antônio Bezerra de Farias por meio de organização social encontra-se lastreada na Nota Técnica – Estudo Estimativo de Custeio do HABF⁴, elaborada por Lucas Ribeiro Galloon, Claudiano Herbst Walder e Felipe Saade Oliveira.

Não obstante, **graves inconsistências podem ser observadas na referida Nota Técnica**, o que compromete significativamente o seu resultado, com diretas consequências sobre os valores adotados para fins de repasses de recursos à organização social contratada.

Destaca-se, neste ponto, importante informação constante na Nota Técnica de que *“para obter o custo mais preciso é necessário que o hospital tenha um sistema/método de apuração de custos implantado. A implantação desse sistema deverá estar prevista no Edital [...]. A partir do sistema implantado e alimentado, sugere-se que a SESA faça o acompanhamento e monitoramento dos custos hospitalares desempenhados pela nova OSS gerenciadora e compare com os custos estimados neste estudo, procedendo aos ajustes e encontro de contas que se fizerem necessários”*.

Nesta toada, insta frisar que a falta de confirmação dos valores e informações ali expostos expõe o erário a risco de dano, haja vista que é muito provável que os custos estejam superestimados, ocasionando maior dispêndio de recursos e abrindo portas para o desvio e apropriações indevidas.

Dessa assertiva se extrai a conclusão de que os elementos apresentados na respectiva nota técnica, caso estivessem devidamente calcados em suporte fático seguro, deveriam servir apenas para subsidiar a decisão pela adoção ou não do modelo de gestão por OSS, mas **NUNCA** para estabelecer o parâmetro do custo da contratação, como ocorrido neste caso.

A propósito, insta rememorar que, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União, *“do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão”* (Acórdão 2057/2016 – Plenário, Rel. Bruno Dantas).

No mesmo sentido é encontrado no Informativo Anual de Jurisprudência 2017 julgado do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo:

Ao optar pela transferência do gerenciamento de serviços de saúde a organização social por meio de contrato de gestão, a administração pública deve elaborar estudo técnico detalhado que fundamente a conclusão pelo modelo adotado, contemplando a avaliação dos custos do serviço e o ganho de eficiência esperado.

Trata-se, ainda, da representação, em face Contrato de Gestão 001/2012, celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde - SESA e a organização social

⁴ Fls. 90/104 do Processo Administrativo n. 77682912.



Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo - AEBES, que teve por objetivo a operacionalização da gestão e a execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Estadual Dr. Jayme Santos Neves - HEJSN. A área técnica relatou, a princípio, que a decisão que ratificou a escolha do modelo de gestão do HEJSN por OS - baseada, sobretudo, na alegação de êxito do modelo adotado em outros Estados federativos - não teve suporte em estudo técnico ou dados concretos, indicando inclusive incongruências pertinentes aos custos adotados. Após apresentação de justificativas dos responsáveis, a área técnica, em sede de análise conclusiva, reconheceu que “os agentes conseguiram demonstrar os estudos técnicos em que se basearam para afirmar que o modelo de gestão hospitalar por OS encontrava êxito em outros locais e as referências bibliográficas utilizadas, sanando a insuficiência de documentos verificada por ocasião da primeira instrução processual e indicando que houve subsídios técnicos a suportar a opção”, propondo a exclusão do indício de irregularidade e a expedição de recomendação. O relator, embora tenha concordado com a solução derradeira adotada pela área técnica, considerando a existência de dúvida plausível, ressaltou que “a questão não se resume à ausência de estudo técnico que corroborasse a alegação de sucesso utilizada para motivar a adoção do modelo de gestão hospitalar por OS”. Nesse sentido, asseverou que “faltaram elementos e dados concretos para subsidiar a escolha do gestor”, e discorreu sobre o tema no seguinte sentido: “Muito se fala sobre a gestão por organizações sociais como garantia de eficiência frente à administração pública. Ocorre que o mero reconhecimento da legalidade do modelo ou a alegação de ineficiência do Estado, assim como a remissão à doutrina e a estudos genéricos não autorizam, por si só, seu uso irrestrito, nem desoneram os agentes públicos de demonstrarem a dita eficiência diante do caso concreto específico”. Em consonância com o princípio da eficiência, o relator consignou: “É importante que sejam apurados e trazidos à tona fatores como produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilidade, a fim de que sejam sopesados e concretamente considerados na escolha do gestor”. Ao assim proceder, a administração pública conhecerá o custo-benefício social de cada modelo e aferirá a utilidade de cada qual, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos. Entretanto, no presente caso, sustentou estar inequivocamente demonstrado que o Estado do Espírito Santo sequer tinha conhecimento dos custos envolvidos no sistema de saúde estadual, razão pela qual a estimativa promovida pela consultoria contratada pautou-se na experiência paulista. Dessa forma, o relator valeu-se da Recomendação 30/2016, expedida pelo Ministério Público Estadual, para recomendar à Sesa que, “em futuras transferências do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais, elabore e faça constar dos respectivos processos administrativos: estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção e a avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, além de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução do contrato de gestão, demonstrando-se de maneira inequívoca, por meio de decisão solidamente fundamentada, a complementariedade, os motivos do repasse da gestão, as vantagens de economicidade ou produtividade na adoção do modelo de gestão por organização, em vez de fomentar a atividade pública por ação governamental, com apresentação de documentação que demonstre e comprove a opção realizada”. O Plenário deliberou, à unanimidade, nos termos do voto do relator, por acolher as justificativas prestadas e expedir recomendação à Secretaria de Estado da Saúde. Acórdão TC-1214/2017-Plenário, TC 2.299/2013, relator Conselheiro Rodrigo Flávio Farias Chamoun, publicado em 20/11/2017.



Tal fato não restou despercebido pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência, na Manifestação Técnica – USCI-SESA/SECONT N. 098/2018⁵, que assim concluiu quanto a Nota Técnica apresentada:

A seguir passamos a analisar a Nota Técnica da GESI de 24/05/2018 nos dois cenários comparativos: custo quando da gestão direta pelo estado e custo pela gestão por OSS.

1º Cenário – Gestão Direta

[...] O valor real do HEABF para efeito de custo é de R\$ 60.372.665,42 [...] com uma diferença a maior ao apontado pela GESI de R\$ 1.048.476,30 [...] entre as duas formas de apresentação da despesa pública. Apesar da pequena diferença, 1,24%, dependendo da política adotada pelo gestor, por exemplo, em uma grande aquisição de materiais de consumo e bens permanentes, e um consumo menor, estas formas vão diferir na informação para tomada de decisão.

[...] o total gasto de pessoal apresentado pelo FES/SESA está a maior em R\$ 303.995,47 [...] ou 1,02% maior que a despesa de pessoal apresentada na Nota Técnica da GESI.

2º Cenário – Gestão por OSS

O quadro 3 apresenta e compara os dados do HEUE.

[...] apurou-se uma nova diferença, entre os números apresentados pelo KPIH e o novo balancete de dezembro/2017 da ordem de R\$ 677.443,12 [...] representando um percentual de 0,57%. O valor lançado no KPIH está maior em relação à contabilidade. Outro comparativo lançado mão por essa USCI/SESA foi o Comparativo entre os valores lançados por linha de contratação no KPIH e o valor reconhecido como despesa total na Demonstração de Resultado do Período de 2017 (DRE) do HEUE apurando uma diferença de R\$ 758.126,73.

[...] Reforçamos aqui que o trabalho não é de validação de números das Demonstrações Financeiras, do KPIH e dos balancetes da Unidade, mas um valor lançado a maior no KPIH representa reconhecimento **de custos indevidos em sua base tornando assim indicadores inapropriados para uso nas análises para controle gerencial.**

Reafirmamos aqui a necessidade da SESA verificar junto aos setores envolvidos no processo de implantação da Ferramenta KPIH, a veracidade das informações e a procedência dessas distorções com justificativas da Unidade Hospitalar para essas diferenças.

[...] O quadro 4 apresenta e compara os dados do HEJSN.

[...] restou uma diferença [...] no KPIH de R\$ 1.843.986,04 [...] que deverá ser justificada pelo seu não reconhecimento como custo dos serviços ou lançado indevidamente na despesa.

[...] Assim como no HEUE, nosso exercício de comparabilidade dos grandes números continuou no HEJSN. Nessa unidade hospitalar duas grandes linhas nos chamou a atenção e a SESA deverá tratar desses assuntos com a OSS.

1) Reconhecimento de despesa de depreciação/amortização

⁵ Fls. 445/497 do Processo Administrativo n. 77682912.



[...] Esse procedimento ou valor apresentado na DRE se reconhecido no KPIH, aumentou o custo da unidade indevidamente.

2) Reconhecimento de despesa tributária intempestivamente

[...] vislumbramos aqui duas situações agravantes diante do procedimento adotado pela OSS: se o valor foi reconhecido como custo (fonte de nosso trabalho) e a imposição de uma despesa ao Estado causado por terceiros sem vínculo com o objetivo principal do negócio.

Reforçamos aqui que o trabalho não é de validação de números das Demonstrações Financeiras, do KPIH e dos balancetes da Unidade, mas um valor lançado a maior no KPIH representa reconhecimento **de custos indevidos em sua base tornando assim indicadores inapropriados para uso nas análises para controle gerencial.**

Reafirmamos aqui a necessidade da SESA verificar junto aos setores envolvidos no processo de implantação da Ferramenta KPIH, a veracidade das informações e a procedência dessas distorções com justificativas da Unidade Hospitalar para essas diferenças.

Para cálculo dos valores do estudo estimativo, a GESI utilizou as informações do estudo de Viabilidade, onde são demonstrados os serviços atualmente prestados pelo HEABF, base 2017, conforme segue:

a) INTERNAÇÃO LEITOS CENSÁVEIS

[...] AS VARIÁVEIS DO MODELO

[...] Modelo temático das Variáveis

A Variável Capacidade Instalada de Leitos Censáveis

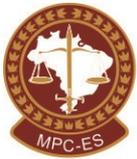
[...] Verificamos que os registros no CNEs quanto a CILC atual do HEABF diverge em alguns itens. A CILC atual para a Clínica Médica possui CNES 50 leitos e no Estudo de Viabilidade apenas 43 leitos. É proposta a criação de 10 leitos no estudo de viabilidade tendo em vista que não existe nenhum, mas no CNES existem 2 leitos.

A Variável Média de Permanência

[...] **Alertamos aqui a SESA que ao assumir um baixo indicador de permanência do leito e este não se concretizar, existe uma grande possibilidade desse processo se tornar inviável, pois existe relação forte entre esse indicador e o repasse de recursos. Além de que esta variável não é controlada pelo hospital. Essa variável vai depender diretamente da condição de saúde do paciente.**

No mesmo sentido, não identificamos a metodologia estabelecida no Estudo de Viabilidade como quais parâmetros foram utilizados para a previsão (aumento/diminuição) desses percentuais que pudessem ser avaliados. É necessário que seja informado nos autos “como” foram estabelecidos esses percentuais visando dar mais transparência ao processo.

[...] Observa-se uma divergência nos indicadores apresentados como da execução (fonte MV2000) e a informação no Estudo de Viabilidade. Apenas duas referências



foram conciliadas (Clínica Cirúrgica Geral e a Médica Geral) e mesmo assim os números não estão de acordo com os indicadores apresentados para a formação do custo dos serviços.

[...] Assim como não identificamos a metodologia para a formação desses indicadores, solicitamos que a SESA informe nos autos de “como” foi construída essa média de permanência “atual” visando dar mais transparência ao processo.

A Variável Taxa de Ocupação

[...] Como não identificamos a metodologia para a formação desses indicadores solicitamos que sejam informados nos autos “como” foi estabelecido esse percentual de ocupação, visando dar mais transparência ao processo.

O Cálculo

[...] Entendemos que a SESA deverá aprofundar-se nesta questão vista que esta variável “%Taxa de Ocupação” impacta diretamente o gasto/custo dos serviços e que “culturalmente” os hospitais públicos de portas abertas vivem a rotina de operar acima de sua capacidade. O hospital operando em níveis superiores a esse limitador pode o poder público estar impondo prejuízos a terceiros e a população geral.

PROGRAMA DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR – PID

[...] essa USCI/SECONT recomenda que seja avaliado pela SESA se o valor correspondente a uma equipe contendo – 01 médico, 01 enfermeiro, 01 técnico de enfermagem, 01 fisioterapeuta, 1 veículo locado, combustível, 1 motorista e medicamentos (apesar de sair do hospital vai ser direcionado como custo do projeto) e outras despesas não relacionadas serão suficientes cobertas como valor previsto mensal de R\$ 25.793,04 [...].

Outro ponto a ser observado é que comparativamente a(s) Equipe(s) do HEABF demonstra ser mais eficiente em termos de quantidade de consultas mensais que a(s) Equipe(s) do HRAS recentemente analisado nesta USCI/SESA. O HEABF com a(s) suas Equipes farão 209 visitas mensais e o HRAS apenas 171 visitas mensais, com a mesma quantidade de pacientes. Esta dúvida deixamos para os técnicos da área assistencial.

[...] PRONTO SOCORRO ADULTO

[...] Não identificamos no processo a motivação para adoção de diferentes critérios. Entendemos ser um processo técnico da área assistencial. Assim solicitamos a SESA que se certifique do procedimento adotada nas unidades da rede.

[...] É prudente que a GESI/SESA reveja os cálculos apontados na Nota Técnica de 24/05/2018 e no Estudo de Viabilidade junto ao HEABF. Adequando o número se for o caso.

AMBULATÓRIO

[...] Neste caso do CETO entendemos ser necessária uma avaliação da SESA quanto ao repasse do recurso. Deverá existir uma cláusula onde fica demonstrado que os recursos serão repassados na medida do percentual de atendimento aos pacientes.



[...] ADMINISTRAÇÃO DIRETA X ADMINISTRAÇÃO POR OSS

[...] Em nosso entendimento deverá a SESA se certificar dos serviços prestados no ano de 2017 e 2018 visando fortalecer e basear este trabalho. Um dos pontos que mencionamos no trabalho e que talvez faça a diferença aqui é o uso de alguns indicadores como o “% da taxa de ocupação hospitalar” sendo estipulada em 85%. O HEABF sempre operou acima do limite de sua taxa ocupacional e sem nenhuma justificativa, estipulou-se taxa em 85%, quando o custo era em torno de 133,29% conforme o Relatório MV [...].

Entretanto, durante a nossa análise constatamos que a despesa executada, base para a comparação na Nota Técnica da GESI, não corresponde à execução patrimonial, mas a execução orçamentária. Existem grandes diferenças entre as duas formas. Este fato gerou uma diferença onde ajustamos aqui e o valor da execução passou a ser de R\$ 60.372.665,42 uma despesa a maior em 1,74% do valor apresentado.

Salientamos também que os gastos com a unidade de saúde na gestão direta, por se tratar de contratos centralizados na SESA, não foram considerados na avaliação. [...] Estes gastos no caso de uma gestão por OSS deverão ser integralmente assumidos pela Organização hospitalar dentro de seus recursos recebidos.

Destarte, ainda que tenham sido prestados alguns esclarecimentos pela Direção Geral do HEABF⁶⁻⁷ e pela Gerência de Economia da Saúde e Inovação⁸⁻⁹, persiste duvidosa a precisão das estimativas de custo que se manteve inalterada.

Denota-se, assim, que a Secretaria Estadual de Saúde subsidiou sua decisão em cálculos que já tinham sido considerados incongruentes pelo SECONT e, não obstante sejam públicas e notórias as alegações daquele órgão de que não tem expertise para levantamentos de custos nesta espécie de contratação, não se diligenciou retornar os autos do procedimento administrativo ao órgão de controle interno central para a validação da informações prestadas em razão dos apontamentos lançados na Manifestação Técnica – USCI-SESA/SECONT N. 098/2018.

Dessa forma, especialmente por se tratar de contratação que alcança milhões de reais, **deveriam os autos ter retornado à SECONT para validação dos dados apresentados**, haja vista ser este o órgão do governo estadual incumbido de auxiliar e prevenir outros órgãos quando haja erro ou impropriedade na condução do procedimento de seleção, decisão que melhor salvaguardaria o erário.

II.3.3 – Da transferência de recursos para investimentos sem a devida motivação

Consoante o item 4.5 do Edital n. 3/2018, o limite máximo de orçamento previsto, para os primeiros 12 meses de operação da unidade hospitalar (referente ao período assistencial do Hospital) é de R\$ 44.289.460,46, sendo até R\$ 1.408.302,97 de investimento mediante a apresentação de projeto especial.

⁶ Fls. 500/504 do Processo Administrativo n. 77682912.

⁷ Os esclarecimentos prestados nas fls. 500/504 do Processo Administrativo n. 77682912 foram elaborados por Regina Avelar Rua (Diretora Geral/HABF), Elizabeth Costa Muniz (Grupo de Trabalho/HABF) e Nelcinea Goronci (Grupo de Trabalho/HABF).

⁸ Fls. 531/537 do Processo Administrativo n. 77682912.

⁹ Os esclarecimentos prestados nas fls. 531/537 do Processo Administrativo n. 77682912 foram elaborados por Claudiano Herbst Walder (Analista Executivo), Lucas Ribeiro Gallon (Analista Executivo) e Felipe Saade Oliveira (Gerente da Economia da Saúde e Inovação).



Tal previsão foi mencionada pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência, na Manifestação Técnica – USCI-SESA/SECONT N. 098/2018¹⁰, momento em que externou a ausência de especificação do investimento permitido, assim, a utilização do vultoso valor nas situações definidas pela contratada.

Na tentativa de justificar a sobredita cláusula editalícia, trouxe a Gerente de Contratação das Organizações Sociais, Magda Cristina Lamborghini, e a Enfermeira, Sheila Speroto Alves, os seguintes esclarecimentos¹¹:

Neste caso específico, optamos por não especificar o objeto cujo investimento foi programado, pois, por se tratar de uma previsão, o objeto poderá ser adquirido com um valor menor, quando da sua implementação. O valor restante, caso isso ocorra, poderá ser utilizado pela OS para outras aquisições, desde que obedeça ao fluxo descrito no parágrafo anterior.

Todavia, persiste a mácula, uma vez que não consta no procedimento administrativo quaisquer informações quanto ao valor estimado pela SESA para fins de investimento (R\$ 1.408.302,97) e nem os motivos pelos quais se fazem necessários.

II.3.4 – Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do processo de seleção

Verifica-se no Edital n. 3/2018 a existência de cláusulas extremamente nocivas ao interesse público, visto que permite se conhecer de antemão as entidades interessadas em participar do processo seletivo, possibilitando, dessa forma, a formação de conluio para prévia combinação dos preços, senão vejamos:

3.1 – As entidades que tiverem interesse em celebrar Contrato de Gestão com a Secretaria de Estado da Saúde para gestão do **Hospital Antônio Bezerra de Fatia – HABF**, nos termos deste Edital, devem manifestar, por escrito, seu intento, por meio de papel timbrado da instituição, assinada pelo representante legal (ou procurador, com procuração anexo, reconhecida em cartório), direcionada ao Secretário de Estado da Saúde, a qual deverá ser entregue na sede da Secretaria de Estado de Saúde do Estado do Espírito Santo – SESA – **SETOR DE PROTOCOLO**, no endereço a Rua Judith Maria Tovar Varejão, 225, Edifício Enseada Plaza, Enseada do Suá, CEP 29.050-360 – Vitória – ES, das 08h00min às 17h00min, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação deste Edital no Diário Oficial do Estado.

3.1.1 – Em se tratando de instrumento particular, este deverá ser apresentado com firma reconhecida.

3.1.2 – Não serão aceitas procurações que contenham poderes amplos, que não contemplem claramente a presente convocação pública ou que se refiram a outros procedimentos seletivos.

3.2 – Às instituições que manifestarem interesse, no prazo previsto no item anterior, será entregue, mediante recibo, CD contendo todos os dados estruturais e as necessidades de serviços referentes ao Hospital, que deverão ser utilizados pelas instituições para elaboração do Plano Operacional e Proposta Técnica.

¹⁰ Fls. 445/497 do Processo Administrativo n. 77682912.

¹¹ Fls. 610/616 do Processo Administrativo n. 77682912.



[...] 3.3 – As entidades interessadas deverão realizar vistoria na unidade de saúde estadual objeto do presente Edital, conforme agendamento realizado pela SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE e comunicado as entidades, tomando pleno conhecimento de todas as ações, condições locais e infraestrutura, imprescindíveis para a contratação do objeto desta CONVOCAÇÃO PÚBLICA.

[...] 3.4 – Os particulares interessados deverão fornecer o nome de um representante, com dados para contrato que, em todos os casos, ficará responsável pela veracidade das declarações que fizer.

Ora, as transcrições acima exigem a prévia identificação das entidades interessadas, sendo infringido o sigilo da seleção. Assim, o risco de fraude à licitação é elevado, visto que havendo identificação das entidades antes da fase de apresentação das propostas, os mesmos poderão se comunicar e “acertar” o preço, estabelecendo quem será o vencedor.

Tem-se que o sigilo das propostas é princípio fundamental da licitação e corolário dos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Sobre o princípio da impessoalidade já tratou a ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha¹²:

De um lado, o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador; de outro, significa a ausência de nome do administrado.

Nesse aspecto, registra-se que o Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1923/DF expôs de forma clara que é imposto ao Poder Público conduzir a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado de critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública.

Assim, as cláusulas aqui tratadas permitem o conhecimento antecipado dos interessados, com violação à impessoalidade do processo, o que torna nulo todo o procedimento, em virtude da existência de vício insanável. A igualdade, por sua vez, é rompida, quando um interessado obtém uma informação sobre os demais interessados que irão participar, ajustando entre eles o conteúdo das propostas.

Destarte, é evidente que a maior prejudicada pela conduta desleal e desonesta de conchavo entre os participantes é a própria Administração, que irá contratar a altos custos, havendo violação aos princípios da competitividade e moralidade, lesando o interesse público.

Outra prejudicial é a dificuldade de acesso às informações pelos pretensos interessados, que devem comparecer a setores da Secretaria de Estado da Saúde, no prazo estipulado no edital, para adquirir CD contendo todos os dados necessários à elaboração do plano operacional e proposta técnica. Além disso, ainda há necessidade de contato com a Secretaria de Estado da Saúde para agendamento e posteriormente para emissão do atestado de vistoria.

Há, portanto, regra que **viola o sigilo das propostas** (art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/93) e **aos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência** (arts. 5º, inciso I, e 37, “caput” da Constituição Federal), uma vez que as cláusulas que permitem o

¹² In O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 85, *apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 69.

conhecimento prematuro dos possíveis participantes do processo de seleção são ilegais e maculam de nulidade toda a contratação.

Ademais, oportuno mencionar que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Despacho PGE/PCA n. 01369/2018¹³, recomendou a supressão do prazo estabelecido no item 3.1 do Edital para manifestação de interesse, bem como do condicionamento da entrega dos documentos referidos no item 3.2 do Edital para, somente, as entidades que manifestarem o interesse em prestar os serviços, a bem do princípio da transparência, o que não foi acatado pela Secretaria de Estado da Saúde.

II.3.5 – Das cláusulas restritivas:

II.3.5.1 – Do prazo insuficiente para elaboração do Plano Operacional e da Proposta Técnica e Financeira

O Edital n. 3/2018 determinou nas cláusulas 4.1 e 4.6 o prazo máximo de 30 dias, contados da publicação do edital, para que as entidades interessadas apresentem o Plano Operacional e a Proposta Técnica e Financeira.

Trata-se de prazo exíguo não condizente com a complexidade e o vulto da contratação, a qual, se regida pela Lei n. 8.666/93, deveria estabelecer, no mínimo, o lapso de 45 dias, em se tratando de concurso ou concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço" (art. 21, § 2º, I, "a" e "b"). Prazo este também aplicável às licitações destinadas às concessões de serviços públicos nos termos do art. 18 da Lei n. 8.987/95.

O prazo de 45 dias em licitações de grande complexidade foi eleito pelo legislador como o mínimo razoável para que os licitantes pudessem elaborar, a contento, as respectivas propostas.

Logo, verifica-se que o prazo fixado no edital não é razoável, nem proporcional ao objetivo almejado, configurando indevida restrição à participação no certame, sobretudo aquelas situadas em outras unidades da federação, haja vista a necessidade de comparecimento "*in loco*" para o recebimento de unidade de mídia tipo "CD" contendo todos os dados necessários à elaboração do plano operacional e proposta técnica.

Observa-se que a mesma irregularidade foi constatada no Processo TC 2299/2013 que se referia ao Contrato de Gestão n. 1/2012 que objetivou a operacionalização da gestão e a execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Dr. Jayme Santos Neves, ocasionando a expedição da seguinte determinação à Secretaria de Estado da Saúde, através do Acórdão 01214/2017-5:

1.7. Com base no inciso IV do art. 207 do RITCEES, **DETERMINAR** à Secretaria de Estado da Saúde, dispensando-se o monitoramento pela Segex:

1.7.1. que, em futuros editais de seleção de organização social visando à gestão de suas unidades hospitalares, em que o procedimento adotado seja do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço", observe o prazo mínimo de quarenta e cinco dias para a elaboração e seleção das propostas, consoante o art. 21, § 2º, inciso I, alínea "b" da Lei 8.666/93; e

¹³ Fls. 607/608 do Processo Administrativo n. 77682912.



II.3.5.2 – Da vistoria obrigatória

O item 3.3 do Edital n. 3/2018 traz as seguintes previsões:

3.3 – As entidades interessadas deverão realizar vistoria na unidade de saúde estadual objeto do presente Edital, conforme agendamento realizado pela SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE e comunicado as entidades, tomando pleno conhecimento de todas as ações, condições locais e infraestrutura, imprescindíveis para a contratação do objeto desta CONVOCAÇÃO PÚBLICA.

3.3.1 – Na ocasião da vistoria, o interessado deverá estar munido de documentos de identificação pessoal.

3.3.2 – A comprovação da vistoria será feita através da emissão de “Atestado de Vistoria”, conforme modelo constante do Anexo V.

3.3.3 – O Atestado de Vistoria deverá fazer Parte Integrante do Envelope I – **“Edital 003/2018 – Comprovação de Boa Situação Financeira, Comprovação de Idoneidade Financeira e Regularidade Fiscal da Entidade”**, sob pena de inabilitação, não cabendo, posteriormente, qualquer alegação de desconhecimento por falta de informação.

As cláusulas editalícias supracitadas exorbitam os requisitos legais exigidos pelo art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, segundo o qual a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a “comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das **condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação**”.

Como se pode observar, a obrigatoriedade de visita técnica não encontra amparo na legislação vigente, devendo ser aplicada como facultativa, sendo um direito do licitante e não uma obrigação, conforme se depreende dos Acórdãos 170/2018 – Plenário e 1823/2017 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, a saber:

Acórdão 170/2018 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler

A vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando imprescindível para a perfeita compreensão do objeto e com a necessária justificativa da Administração nos autos do processo licitatório, podendo ser substituída pela apresentação de declaração de preposto da licitante de que possui pleno conhecimento do objeto. A visita deve ser compreendida como direito subjetivo da empresa licitante, não como obrigação imposta pela Administração.

Acórdão 1823/2017 – Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues

A exigência de atestado de visita técnica sem a devida motivação e sem franquear às licitantes a alternativa de apresentação de declaração de opção de não realizar a vistoria, sem prejuízo da consecução do objeto, está em desacordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e com o art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Não bastasse isso, diante da necessidade de agendamento para realização da vistoria, nota-se que não foi dada transparência quanto à amplitude das oportunidades, podendo a Administração optar por uma única data para realização da visita por todos os interessados, o que comprometeria a participação de um maior número de interessados e contrariaria os princípios da moralidade e da probidade administrativa, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União abaixo transcrito:



Acórdão 7982/2017 – Segunda Câmara, Rel. Ana Arraes

A visita técnica coletiva ao local de execução dos serviços contraria os princípios da moralidade e da probidade administrativa, pois permite ao gestor público ter prévio conhecimento das licitantes, bem como às próprias empresas terem ciência do universo de concorrentes, criando condições favoráveis à prática de conluio.

Nesse mesmo sentido, é a redação de súmula dessa Corte de Contas, de Relatoria do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun:

A visita técnica somente pode ser exigida, se devidamente justificada pela administração pública, quando as peculiaridades do objeto não possam ser expressas de modo detalhado e específico no instrumento convocatório, sendo vedada a obrigatoriedade de visita técnica conjunta.

(TC-5298/2016, Acórdão 743/2018)

Ademais, necessário ressaltar que no Parecer PGE/PCA n. 01022/2018¹⁴, utilizado para a análise do presente edital nos termos do Enunciado CPGE n. 18¹⁵, constou recomendação de alteração dessa cláusula editalícia de modo a tornar facultativa a vistoria, não sendo, entretanto, atendida pela Gerência de Contratação das Organizações Sociais¹⁶, consoante manifestação elaborada por Magda Cristina Lamborghini e Jordiana Rossi Pereira.

Observa-se, assim, que as exigências constantes nos itens 3.3, subitens 3.3.1, 3.3.2 e 3.3.3 do Edital restringem o caráter competitivo da licitação, nos termos dos arts. 3º, § 1º, inciso I, e art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

II.3.6 – Da ausência de fundamentação do critério fixado para caracterizar a inexecuibilidade da proposta

Dispõe o art. 48, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 que *“serão desclassificadas [...] as propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação”*.

Assim, em observância ao supracitado regramento, previu o item 5.3, subitem 5.3.3 (5.3.3.1) do Edital n. 3/2018 que serão desclassificadas as propostas técnicas que contiverem uma estimativa de despesas para custeio das atividades do Hospital Antônio Bezerra de Farias com valores manifestamente inexequíveis, sendo assim considerados aqueles cujos valores sejam inferiores a 10% do valor total de custeio orçado pela Secretaria de Estado da Saúde, conforme item 4.5 do Edital.

Quanto ao critério fixado para caracterizar a inexecuibilidade da proposta, recomendou a Procuradoria Geral do Estado, consoante manifestação de fls. 608/610, que fosse justificado

¹⁴ Fls. 588/606 do Processo Administrativo n. 77682912.

¹⁵ **Enunciado CPGE nº 18** - “Possibilidade de análise por amostragem de processos administrativos com idêntica consulta”. I) A Procuradoria Geral do Estado, por sua Subprocuradoria Geral para Assuntos Administrativos, poderá aprovar manifestação jurídica em processo versando sobre licitação, contratos e convênios administrativos, como paradigma para utilização em processos com idêntica consulta, dispensando-se nova manifestação pela PGE, desde que: a) seja atestada a identidade da matéria jurídica; b) seja comprovada a identidade das matérias mediante cópia da manifestação jurídica aprovada como paradigma; c) seja atestado o cumprimento das recomendações indicadas na manifestação jurídica aprovada como paradigma.

¹⁶ Fls. 630/633 do Processo Administrativo n. 77682912.



o percentual estipulado na cláusula editalícia, preferencialmente, à luz de argumentos econômicos-financeiros.

Não obstante, trouxe a Gerência de Gerência de Contratação das Organizações Sociais¹⁷⁻¹⁸ a simplória afirmativa de que “*é manifestamente inexecúvel um valor inferior a 10% pois um valor de proposta mais baixo pode inviabilizar a execução contratual*”.

Infere-se, assim, que persiste ausente a motivação que ensejou a adoção do percentual de 10% para caracterizar a inexecutabilidade da proposta.

II.3.7 – Do desatendimento à LRF

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de recita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar (art. 1º, § 1º, da LRF).

Neste viés, considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios (art. 17, *caput*, da LRF), o que é o caso do pretense Contrato de Gestão que estipula na Cláusula Sétima da Minuta o prazo de vigência de 5 anos, podendo ser renovado.

Assim, por se tratar de despesa continuada, consoante previsão dos arts. 16, incisos I e II, e 17, §§ 1º e 2º, da LRF, deve-se atentar para que:

(i) o ato seja instruído:

(i.i) com a estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; e

(i.ii) com a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

(ii) seja demonstrado a origem dos recursos para seu custeio; e

(iii) seja comprovado que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

Não obstante, colhe-se do Processo Administrativo n. 77682912 a presença somente de declaração do Subsecretário de Assistência em Saúde, Fabiano Marily, à fl. 315, de “*que os recursos para atender ao chamamento público que selecionará a melhor proposta técnica e*

¹⁷ Fls. 630/633 do Processo Administrativo n. 77682912.

¹⁸ Os esclarecimentos prestados nas fls. 630/633 do Processo Administrativo n. 77682912 foram elaborados por Magda Cristina Lamborghini (Gerente de Contratação das Organizações Sociais – GECOS) e Jordiana Rossi Pereira (Chefe de Núcleo Especial de Contratos de Gestão – NECOS).



financeira para fins de assinatura de contrato de gestão, cujo objeto consistirá a gestão do Hospital Antônio Bezerra de Farias, estão devidamente adequados com a Lei n. 10.614, de 29.12.2016 (Lei Orçamentária Anual) e compatíveis com a Plano Plurianual”, de modo a concluir que não foram observados os regramentos dispostos nos parágrafos do art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

II.3.8 – Da lacunosidade das cláusulas contratuais relativas à contratação de empregados e à contratação de obras e serviços e aquisição de bens

Extrai-se da Minuta Contratual, no item 4.1, que “a **CONTRATADA** utilizará os recursos humanos necessários e suficientes para a realização das ações previstas neste Contrato e seus Anexos, de acordo com um plano de gestão de recursos humanos, considerando um modelo misto de colaboradores, em que uma parcela será de servidores estaduais efetivos disponibilizados e mantidos pela **CONTRATANTE**, e outras de empregados da **CONTRATADA**, admitidos mediante processo seletivo”.

Além disso, prevê o item 4.14 que “a **CONTRATADA** deverá apresentar critérios objetivos de escolha, obedecendo aos princípios inscritos na Constituição Federal, tanto para a contratação de serviços e produtos, como para a seleção de pessoal”.

Assim, ainda que haja menção à utilização de critérios objetivos e processo seletivo, no caso de contratação de pessoal, os itens transcritos carecem de clareza quanto ao seu modo de aplicação, deixando ao alvedrio da contratada a forma de proceder, mesmo que com a utilização de recursos públicos.

Todavia, tratando-se de emprego de recursos públicos não se deve olvidar de que devem ser observados os princípios da Administração Pública, devendo, portanto, as cláusulas contratuais delinear de forma expressa o procedimento a ser adotado.

A propósito, cabe rememorar que na ADI 1923/DF restou assentado que os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, bem como a seleção de pessoal, devem ser conduzidos de forma pública, objetiva e pessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade. Vejamos:

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada



entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Já o Acórdão 2057/2016 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, de forma mais enfática, expressa a necessidade de haja, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado para compras e contratação de obras e serviços, com emprego de recursos provenientes do Poder Público, e processos seletivos com observância de aos princípios da impessoalidade, publicidade e moralidade.

Acórdão 2057/2016 – Plenário, Rel. Bruno Dantas

[...] d) as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado;

e) não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão, entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade;

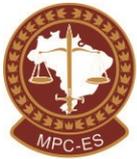
Ao mesmo tempo, o Acórdão 3373/2012 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, visando eliminar o caráter subjetivo do processo seletivo realizado pela Sociedade Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), organização social com contratos de gestão com diversos entes estaduais e municipais, expediu a seguinte determinação: *“Em todos os processos seletivos cujas contratações venham a ser pagas com recursos federais do SUS, especialmente de médicos, abstenha-se de realizar seleção apenas mediante análise curricular ou análise curricular e prova com questões subjetivas, aplicando aos candidatos provas com questões objetivas e que possibilitem aferir o conhecimento do profissional em sua área de atuação, bem como adote providências para assegurar o sigilo dessas provas e de seus gabaritos, em observância aos princípios da impessoalidade e da moralidade”.*

Assim, restam caracterizadas omissões nas disposições constantes nos itens 4.1 e 4.14 da Minuta Contratual, que deveriam prever, consoante Recomendação n. 30/2016 do MPES, que:

(i) para a contratação de obras e serviços, bem como para compras de quaisquer bens com emprego de recursos provenientes do Poder Público, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato; e

(ii) a Organização Social deverá adotar **critérios objetivos de seleção de pessoal**, de forma a assegurar a isonomia entre os interessados, a impessoalidade, a transparência e publicidade dos procedimentos utilizados para a admissão de pessoal, com a **realização de processo seletivo com aplicação de prova objetiva aos candidatos**, que possibilite aferir o conhecimento do profissional em sua área de atuação, pautada em critérios previamente definidos em seu próprio regulamento de seleção de pessoal.

II.3.9 – Da autorização para aplicação recursos públicos transferidos no mercado privado



O item 8.1.4 da Minuta Contratual dispõe que “os recursos repassados remanescentes a **CONTRATADA** deverão ser aplicados no mercado financeiro, desde que os resultados dessa aplicação revertam-se, exclusivamente, aos objetivos deste **CONTRATO DE GESTÃO**, ficando a **CONTRATADA** responsável por eventual perda financeira decorrente de aplicação no mercado financeiro, comunicando imediatamente a **CONTRATANTE** o valor perdido”.

Não há que se negar que os recursos repassados à contratada são públicos, os quais não perdem essa qualidade apenas em razão de sua transferência para a OSS, mormente porque vinculados à aplicação na execução do objeto contratual, é dizer, realização de serviços públicos de saúde.

Verifica-se, assim, que a cláusula em exame fere a norma do art. 164, § 3º, da Constituição Federal, segundo a qual **as disponibilidades de caixa dos Estados**, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, serão depositadas em instituições financeiras oficiais, **ressalvados os casos previstos em lei**.

É importante salientar que esse Tribunal de Contas tem interpretação bastante restrita quanto à interpretação daquele preceptivo constitucional, consoante orientação do Parecer/Consulta TC-002/2013, onde se assentou pela impossibilidade de os Institutos de Previdência efetuar aplicações financeiras em instituições privadas, contrariando norma do Conselho Monetário Nacional.

Não pode, portanto, cláusula contratual autorizar a aplicação de tais recursos públicos no mercado financeiro, salvo com autorização expressa em lei formal, editada pela União.

Ainda, oportuno ressaltar que tal apontamento foi também constatado no Processo TC 2299/2013 que se referia ao Contrato de Gestão n. 1/2012, que objetivou a operacionalização da gestão e a execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Dr. Jayme Santos Neves, ocasionando a expedição da seguinte determinação à Secretaria de Estado da Saúde, através do Acórdão 01214/2017-5:

1.7. Com base no inciso IV do art. 207 do RITCEES, **DETERMINAR** à Secretaria de Estado da Saúde, dispensando-se o monitoramento pela Segex:

[...] 1.7.2. que, nos contratos de gestão futuros e vigentes, especifique que os recursos repassados à organização social somente poderão ser aplicados em instituição financeira oficial, nos termos do art. 164, § 3º, da Constituição Federal;

II.3.10 – Da possibilidade de transmutação do objeto do contrato. Ofensa ao princípio da isonomia e da licitação.

A cláusula primeira da Minuta Contratual, no item 1.1, dispõe que “o presente **CONTRATO DE GESTÃO** tem por objeto a operacionalização da gestão e execução, pela **CONTRATADA**, das atividades e serviços de saúde no **Hospital Antônio Bezerra de Faria** em conformidade com os Anexos Técnicos que integram este instrumento”.

Os anexos referidos, nos termos do item 1.3, fazem parte integrante do contrato e estão assim compostos:

a) Anexo Técnico I – Descrição dos Serviços;

- b) Anexo Técnico II – Sistema de Pagamento;
- c) Anexo Técnico III – Indicadores de Qualidade;
- d) Anexo Técnico IV – Ensino Médico e Multiprofissional.

No Anexo I estão descritas todas as atividades e serviços de saúde transferidos à gestão da OSS, especialmente a estrutura e volume das atividades assistenciais contratadas, determinando as metas as serem alcançadas, cujo cumprimento determinará o montante a ser pago à contratada, conforme sistema descrito no Anexo II.

Denota-se, portanto, que o objeto do contrato é a operacionalização da gestão e execução dos serviços de saúde descritos no Anexo I, pelos quais são devidos os montantes estabelecidos no Anexo II.

Não se desconhece que as metas pactuadas podem ser alteradas sempre que for necessário ajustar a execução do contrato, visando garantir a eficácia e a qualidade do serviço, sempre no interesse público.

Ocorre, contudo, que o item 10.1 da Minuta Contratual veio a estabelecer que “*as metas pactuadas e os recursos financeiros poderão ser alterados, **parcial ou totalmente**, através de Termo Aditivo*”, permitindo, assim, não apenas ajustes das metas para a correção de rumos ou objetivos, mas **até mesmo a total de supressão de volumes e atividades contratadas**, o que implica em violação aos princípios da administração pública, em especial, à isonomia, à impessoalidade, à moralidade e à licitação.

Preceitua o art. 34 da LC n. 489/2009 que “*aplicam-se aos Contratos de Gestão os princípios estabelecidos na Lei Federal n. 8.666, de 21.6.1993, no que couberem*”.

De seu turno, a Lei de Licitações no art. 40, inciso I, preceitua que o objeto da licitação seja descrito de forma sucinta e clara, estabelecendo nos arts. 65 e seguintes os parâmetros para a alteração do contrato.

Embora as normas em questão não se apliquem integralmente à contratação ora objurgada, por expressa determinação da LC Estadual n. 489/2009 devem ser-lhes aplicadas aquelas regras destinadas a resguardar os princípios constitucionais da administração pública.

Assim, a única leitura possível que se pode fazer do item 10.1 é de que ele trata da denominada alteração qualitativa do contrato, prevista no art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 8.666/93, efetivada quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos.

Tal alteração, todavia, não se faz ao livre alvedrio da Administração devendo estar amparado em determinados requisitos, de forma a preservar os já mencionados princípios da administração pública.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União destaca os seguintes requisitos fundamentais para que seja possível a alteração qualitativa do contrato:

Nas hipóteses excepcionalíssimas de alterações consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites



preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: a) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; b) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; c) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; d) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; e) ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; f) demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência (Acórdão 1826/2016 – Plenário, Rel. Augusto Sherman).

Verifica-se, portanto, que à luz da colacionada jurisprudência do TCU a alteração qualitativa do contrato, ainda que permitida, deve ser moderada, de forma que tal modificação não transmude o objeto contratual, mantendo-se, assim, a correspondência entre o objeto da avença e o objeto do certame, em obediência aos princípios regentes da licitação públicas, insculpidos no art. 3º da Lei n. 8.666/1993.

Nessa esteira, mostra-se absolutamente ilegal a previsão contratual de **alteração total** das metas pactuadas, bem assim dos recursos financeiros, sob pena de transmutação do objeto contratual e ofensa aos princípios da isonomia e da licitação, expressamente resguardados na LC Estadual n. 489/2009 ao instituir um modelo de seleção de organização social regido por critérios de escolha isonômicos e objetivos.

Ao mesmo tempo, insta frisar que cláusula contratual similar foi apreciada no Processo TC 2299/2013 que se referia ao Contrato de Gestão n. 1/2012, que objetivou a operacionalização da gestão e a execução de atividades e serviços de saúde no Hospital Dr. Jayme Santos Neves, ocasionando a expedição de recomendação à Secretaria de Estado da Saúde, através do Acórdão 01214/2017-5:

1.8. Nos termos do inciso V do art. 207 do RITCEES, **RECOMENDAR** à Secretaria de Estado da Saúde:

[...] 1.8.3. que, em eventual alteração do objeto do contrato de gestão 1/2012, celebrado com a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santo, exponha as devidas justificativas que, comprovadamente, denotem o interesse público e observe os limites definidos no art. 65 da Lei 8.666/93, de modo a impedir a desfiguração completa do objeto pactuado;

II.3.11 – Do irregular sistema de pagamento

Consoante previsão do art. 23, inciso VII, da LC Estadual n. 489/2009, “o Contrato de Gestão será instrumentalizado sempre por escrito, com as atribuições, responsabilidades e obrigações a serem cumpridas pelo Estado, através do Secretário de Estado da área correspondente à atividade fomentada e pelo presidente da entidade qualificada como Organização Social, observando os princípios constitucionais de Direito Administrativo



inscritos no artigo 37 da Constituição Federal e deverá conter cláusulas que disponham sobre [...] vinculação dos repasses financeiros, que forem realizados pelo Estado, ao cumprimento das metas pactuadas no Contrato de Gestão”.

Nesta toada, cabe enfatizar que o controle da aplicação de recursos públicos por meio de contratos de gestão deve dar ênfase aos resultados. Porém, isso não exclui a análise dos procedimentos empregados para a execução contratual, que deve ser tão flexível quanto o permitido pelas circunstâncias, sem prejuízo de possibilitar a análise da observância dos princípios sob os quais foi firmado o contrato – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade (TCU, Acórdão 3129/2014 – Segunda Câmara, Rel. Raimundo Carreiro).

No caso vertente, observa-se que o item II.2.2 do Anexo Técnico II – Sistema de Pagamento dispõe que a avaliação e análise das atividades contratadas constantes do documento (parte fixa do contrato de gestão) serão efetuadas conforme explicitado na Tabela que segue:

ATIVIDADE REALIZADA		VALOR DEVIDO
INTERNAÇÃO	Acima do volume contratado	100% do valor semestral da atividade internação
	Entre 85% e 100% do volume contratado	100% do valor semestral da atividade internação
	Entre 70% a 84,99% do volume contratado	90% do valor semestral da atividade internação
	Menos que 70% do volume contratado	70% do valor semestral da atividade internação
HOSPITAL DIA CIRÚRGICO	Acima do volume contratado	100% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Entre 85% e 100% do volume contratado	100% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Entre 70% a 84,99% do volume contratado	90% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Menos que 70% do volume contratado	70% do valor semestral da atividade ambulatorial
AMBULATÓRIO	Acima do volume contratado	100% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Entre 85% e 100% do volume contratado	100% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Entre 70% a 84,99% do volume contratado	90% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Menos que 70% do volume contratado	70% do valor semestral da atividade ambulatorial
CETO	Acima do volume contratado	100% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Entre 85% e 100% do volume contratado	100% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Entre 70% a 84,99% do volume contratado	90% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Menos que 70% do volume contratado	70% do valor semestral da atividade ambulatorial
	Acima do volume contratado	100% do valor semestral da atividade do PID
	Entre 85% e 100% do volume contratado	100% do valor semestral da atividade do PID



PROGRAMA DE INTERAÇÃO DOMICILIAR – PID	Entre 70% a 84,99% do volume contratado	90% do valor semestral da atividade do PID
	Menos que 70% do volume contratado	70% do valor semestral da atividade do PID
URGÊNCIA/EMERGÊNCIA	Acima do volume contratado	100% do valor semestral da atividade URG./EMERG.
	Entre 85% e 100% do volume contratado	100% do valor semestral da atividade URG./EMERG.
	Entre 70% a 84,99% do volume contratado	90% do valor semestral da atividade URG./EMERG.
	Menos que 70% do volume contratado	70% do valor semestral da atividade URG./EMERG.

Denota-se, assim, que ainda que a realização do volume de atividade contratada seja irrisória ou mesmo inexistente, deve-se pagar à Organização Social o montante equivalente a 70% do valor semestral da atividade, o que se revela uma insensatez com o emprego dos recursos públicos em expressa inobservância aos princípios constitucionais da Administração Pública.

A propósito, vale destacar entendimento do Tribunal de Contas da União, de que *“todas as despesas suportadas pelos recursos [...] transferidos devem corresponder as metas estabelecidas no contrato de gestão, uma vez que tais recursos necessariamente destinam-se ao cumprimento do ajuste, de acordo com o caput do art. 12 da Lei 9.637/1998, e em respeito à necessária transparência no emprego dos recursos, diretriz estabelecida no art. 20, inciso III, da mesma lei”* (Acórdão 3129/2014 – Segunda Câmara, Rel. Raimundo Carreiro).

Assim, mostra-se colidente com os princípios constitucionais da Administração Pública a previsão que garante o pagamento à contratada em percentual superior ao serviço por ela prestado, dando margem à ocorrência de pagamentos sem a devida contraprestação.

II.3.12 – Da indefinição das metas a serem alcançadas

Dispõe o art. 23, inciso V, da LC Estadual n. 489/2009 que *“o Contrato de Gestão [...] deverá conter cláusulas que disponham sobre [...] obrigatoriedade de especificar o programa de trabalho proposto pela Organização Social, estipular metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, inclusive mediante indicadores de qualidade e produtividade”*.

Assim, *“os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social”* (TCU, Acórdão 3239/2013 – Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues).

Neste aspecto, vislumbra-se no item 9.1.3 da Minuta Contratual que *“as partes de valor variável serão pagas mensalmente, junto com a parte fixa do contrato, e os ajustes decorrentes da avaliação do alcance das metas da parte variável serão realizadas nos meses de XXX, XXX, XXX e XXX após análise dos indicadores estabelecidos no Anexo Técnico III – Indicadores de Qualidade”*.

Assim, verifica-se no Anexo Técnico III que foram estabelecidas metas para um conjunto de indicadores, de forma a garantir a qualidade dos serviços prestados.



No entanto, em leitura aos indicadores de qualidade e as respectivas metas, observa-se imprecisões que retratam o total descaso da Administração Pública em cumprir o que prega a legislação estadual, senão vejamos:

METAS E INDICADORES PARA 2018-2019

Para o ano de 2018/2019 estabelecem-se como indicadores determinantes da parte variável:

1. Apresentação de AIH (SUS).
2. Atenção ao Usuário e Pesquisa de Satisfação.
3. Acolhimento e Classificação de Risco, Tempo de Espera na Urgência e Emergência.
4. Infecção Relacionada à Assistência à Saúde – IRAS.
5. Taxa de Mortalidade Operatória.
6. Taxa de Suspensão de Cirurgia Eletiva.
7. Taxa de Mortalidade por Infarto Agudo do Miocárdio.

[...] 2. Acolhimento e Classificação de Risco e Tempo de Espera na Urgência e Emergência (Fonte: ANS/CQH)

[...] A meta é a entrega do relatório de acolhimento e classificação de risco com a estratificação dos volumes de risco de atendimento, horários, demonstrando as evasões e desistências, com gráfico comparativo dos meses anteriores e a entrega do relatório do tempo de espera especificando separadamente cada um dos níveis do modelo de classificação de risco adotado.

[...] 4. Infecção Relacionada à Assistência à Saúde – IRAS (Controle de Infecção Hospitalar)

[...] A meta a ser atingida é o envio do relatório da CCIH até o dia 10 (dez) do mês subsequente.

[...] 5. Taxa de Mortalidade Operatória

[...] A meta a ser atingida é o envio do relatório, nos quais constem a Taxa de Mortalidade Operatória com a análise deste índice elaborada pela Comissão de Óbitos e a Taxa de Cirurgias de Urgência até o dia 10 (dez) do mês subsequente.

[...] 6. Taxa de Suspensão de Cirurgia Eletiva

[...] A taxa de suspensão de cirurgia eletiva é um indicador selecionado que deverá refletir a ocorrência e principais causas para cancelamento de cirurgias agendadas, por motivos que não dependeram do paciente. Envio até o dia 10 (dez) do mês imediatamente subsequente.

[...] 7. Mortalidade por Infarto Agudo do Miocárdio

[...] A partir de 2018 será realizado o acompanhamento das taxas de mortalidade por infarto agudo do miocárdio.

[...] Estes dados devem ser enviados em relatórios mensais em meio eletrônico a GECOS até o dia 10 (dez) do mês subsequente.

No caso, inaceitável que a meta de indicadores de qualidade seja a simples entrega de relatório, sem definição do índice necessário para aferição da qualidade e adequação dos serviços prestados.

A definição de metas do que se pretende por um serviço adequado e de qualidade deve ser estabelecida sobre estudos técnicos prévios da administração, onde seja demonstrado o mínimo que se espera do prestador de serviços.

Omitir na definição de metas significa, em última instância, “nivelar por baixo”, se conformando com o que é praticado e não sobre o que se espera da contratada.

Tal opção da administração, certamente, não visa à eficiência do serviço, mas presta-se apenas aos interesses da contratada que contará com a benesse de definir, ele mesmo, o padrão de qualidade dos serviços prestados, já que a meta naqueles indicadores se resume na entrega de relatórios.

III - DA MEDIDA CAUTELAR

Restou cabalmente demonstrado nesta representação que o Edital n. 3/2018 está maculado de diversos vícios graves **decorrentes da adoção de atos e cláusulas absolutamente contrárias à Lei Federal n. 8.666/1993, à LC Federal n. 101/2000 e à LC Estadual n. 489/2009.**

As vicitudes do edital apontadas são facilmente aferíveis de plano, mediante mera análise do instrumento convocatório e dos demais documentos que compõem o Processo Administrativo n. 77682912, demonstrando, com robustez, a violação da Constituição Federal e aos regramentos acima citados, o que compromete a lisura do procedimento **(relevância do fundamento da demanda – “*fumens boni juris*”.**

Por outro lado, tais irregularidades frustram o caráter competitivo do certame, podendo ocasionar contratação prejudicial ao interesse público, notadamente por refletir na adequação e eficácia do serviço a ser prestado pela contratada, situação fática de difícil irreversibilidade, sendo de rigor, assim, que tal providência processual seja adotada imediatamente **(justificado receio de ineficácia do provimento final – “*periculum in mora*”.**

Destarte, considerando que previu o Edital, no item 8, que a abertura dos envelopes ocorrerá no 31º dia a contar da data da publicação do Edital no Diário Oficial (28/09/2018), faz-se necessária a expedição de **provimento liminar cautelar, inaudita altera parte**, para que seja susgado o prosseguimento do certame até decisão final de mérito por essa egrégia Corte de Contas.

IV - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do artigo 99, § 1º, VI, da LC n. 621/12 c/c artigos 181 e 182, inciso IV, e 264, inciso IV, do RITCEES;

2 – **LIMINARMENTE**, com espeque nos arts. 1º, incisos XV, 124 e 125, II da LC n. 621/2012, a concessão de **medida cautelar inaudita altera parte**, determinando-se à



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

Secretaria de Estado de Saúde a suspensão da Convocação Pública para Parceria com Organização Social de Saúde, instrumentalizado no Edital n. 3/2018, na fase que se encontrar;

3 – a oitiva das partes, para que se pronuncie no prazo a que se refere o § 4º do art. 125 da LC n. 621/12 e posterior remessa dos autos à Unidade Técnica para instrução do feito;

4 – **NO MÉRITO**, seja julgada procedente a presente representação para fins de expedição de determinação ao atual gestor para adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei, na forma do art. 71, inciso X, da Constituição Estadual, notadamente para anular o certame objurgado, sem prejuízo da cominação das penalidades previstas em lei, caso se mostrem cabíveis, nos exatos termos da LC n. 621/2012.

Vitória, 24 de outubro de 2018.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS