



PROCESSO Nº: 0616/2012/TCERO
1572/2012/TCERO

UNIDADE: Secretaria de Estado da Saúde

ASSUNTO: Auditoria - Organizações Sociais da Saúde

RESPONSÁVEIS: Confúcio Aires Moura
Gilvan Ramos de Almeida

RELATOR: Conselheiro **PAULO CURI NETO**

7ª Sessão Ordinária do Pleno, de 19 de abril de 2012

EMENTA: AUDITORIA. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. IMPLANTAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DA SAÚDE. LEI ESTADUAL Nº 2.675/2011. DECRETO Nº 16.545/2012. REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INIBITÓRIA PARA SUSPENSÃO DO CERTAME. DEMONSTRAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PROCESSUAIS. *PERICULLUM IN MORA. FUMUS BONI IURIS*. DEFERIMENTO.

- A demonstração da verossimilhança de violação ao princípio da publicidade e da isonomia no certame enseja a suspensão do processo seletivo de proposta de trabalho para celebração do contrato de gestão com entidades do Terceiro Setor, ainda mais quando demonstrado prejuízo concreto à participação de possíveis organizações sociais da saúde interessadas. Conjunto de vícios no processo de seleção pública das propostas que acarreta restrição à competitividade e suscita, em tese, razoável suspeita de possível direcionamento da seleção pública.

- A deflagração prematura de Comunicado de Interesse Público, sem conferir previamente efetiva e ampla divulgação ao Terceiro Setor acerca da possibilidade de outorga do título jurídico de organização social da saúde, revela, pelo menos *a priori*, procedimento indiretamente lesivo à competitividade do certame, por ferir a igualdade de oportunidades de participação no fomento estatal.

- A negativa aparentemente sumária e imotivada da concessão do título de organização social da saúde, em violação ao contraditório, configura vício do processo de qualificação que, diante da proximidade temporal com a seleção pública das propostas, repercute na restrição indireta da competitividade do certame.

- A demonstração da verossimilhança da concessão indiscriminada do título jurídico de organização social da saúde, sem prévia motivação e à revelia dos pressupostos legais mínimos (regularidade jurídico-estatutária e atuação pregressa na assistência à saúde pelo período mínimo de 1 ano), caracteriza o real perigo de adjudicação ilícita do objeto de seleção a entidade indevidamente qualificada, justificando também a emissão de ordem inibitória do certame.

- A lei estadual reguladora das Organizações Sociais da Saúde é conjunto minimalista de normas e estabeleceu principalmente princípios, diretrizes e programas que devem ser obrigatoriamente complementados por preceitos secundários. Caracterizada a omissão inconstitucional parcial do administrador no tocante à competência regulamentar a ele deferida, explícita e implicitamente, pela lei para definir critérios objetivos, impessoais e isonômicos de capacidade técnica genérica, capacidade econômica genérica, regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista, e regularidade perante os órgãos de controle interno e externo, deve ser cientificado o Poder Executivo para sanar a lacuna normativa, como uma das condições para a deflagração de novos processos seletivos, sob pena de resultar em eventual negativa arbitrária ou concessão indiscriminada do título jurídico de organização social, como ocorreu no caso, caracterizando um intolerável risco à proteção dos interesses da sociedade.

Cuidam os autos de Auditoria deflagrada com o escopo de "fiscalizar todas as etapas de implantação das organizações sociais de saúde (OSS)" no âmbito da Administração estadual, na forma da Lei estadual nº 2.675, de 21/12/2011. Para esse fim, foi constituída uma Comissão Multidisciplinar de Auditoria - composta por servidores do Tribunal de Contas, do Ministério Público do Estado e representante do Conselho Regional de Farmácia.

2. O Processo nº 616/2012 trata do exame do processo de qualificação das entidades. Depois de analisar a documentação correspondente e de proceder às investigações preliminares, a Comissão de Auditoria apontou os seguintes achados de irregularidades aptos a inquinar, no seu entender, os atos de qualificação:

- a) Falta de regulamentação da Lei 2.675/11, impossibilitando a exigência de requisitos essenciais à qualificação das entidades, em descumprimento aos artigos 47 e 53 da referida lei;
- b) Ausência de comprovação da publicidade do procedimento, pois, muito embora conste do cronograma de implantação das OSS's a previsão de publicidade em jornais de São Paulo, Brasília e Rondônia, assim como no sítio oficial, inexistem documentos nos autos a atestar que tal orientação tenha sido seguida, o que suscita a inobservância do art. 37, caput, da Constituição Federal;
- c) Falta de motivação do ato de qualificação, porquanto não há indicação dos motivos de conveniência e oportunidade da decisão, em afronta ao art. 4º, caput, da Lei nº. 2.675/11;
- d) Motivação dos atos de qualificação e de certificação com motivos inexistentes, já que, ao revés do consignado, as entidades não cumpriram integralmente os requisitos estabelecidos em lei, em descumprimento do artigo 4º e 6º da Lei nº. 2.675/11;
- e) Ausência de comprovação de desenvolvimento de atividades na área da saúde, pois nenhuma entidade acostou documentos demonstrando atuação pretérita na área de saúde, em afronta ao artigo 6º, parágrafo único, da Lei Estadual nº. 2.675/11;
- f) Descumprimento das formalidades legais quando da realização do procedimento de qualificação, em afronta ao artigo 10 da Lei nº 2.675/2011 e artigo 14 do Decreto nº 16.483/2012; e



TCE-RO

- g) Não atendimento integral dos requisitos estabelecidos nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º da Lei Estadual 2.675/11.

3. Em face da gravidade dos achados de irregularidades, a Comissão sugeriu a emissão em caráter de urgência de tutela antecipatória, a fim de que, dentre outras providências, fosse determinado à Administração que *"se abstenha de passar para fase seguinte, até que esta Corte manifeste-se de forma conclusiva em relação à fase de qualificação"*.

4. Todavia, *"antes mesmo que essa Corte pudesse manifestar-se quanto à fase de qualificação [Processo nº 616/2012], a Administração deflagrou, com a publicação do Comunicado de Interesse Público, o processo de seleção das propostas"*. A Comissão procedeu incontinentemente ao exame preliminar do processo administrativo *"de seleção de propostas para o gerenciamento das Unidades de Pronto Atendimento (UPA's) - Porte III, situadas nos bairros Mariana e Cidade Nova"*, resultando na instauração do Processo nº 1.572/2012. Nessa ocasião, em diligências realizadas junto às entidades qualificadas, constatou que muitas, *"por embaraços criados pela própria Administração, deixaram de manifestar interesse em participar do procedimento seletivo"*.

5. Mesmo sem realizar um exame minudente e exaustivo do Edital, da minuta do contrato de gestão e dos anexos técnicos, verificou que as várias *"restrições impostas à ampla publicidade e à competitividade do processo seletivo constituem, por si só, ilegalidades suficientes"*



para viciar in totum o procedimento em exame". As ocorrências foram descritas da seguinte maneira:

- a) o prazo legal de 20 (vinte) dias para manifestação de interesse em participar do processo de seleção não teria sido observado, em contrariedade ao disposto no artigo 12, I, da Lei nº 2.675/2011;
- b) o prazo fixado para apresentação de propostas seria por demais exíguo, considerando que não seria "possível, em 20 (vinte) dias, uma entidade, sediada em outro Estado, realizar uma proposta factível para um conglomerado de serviços";
- c) a consulta *in loco* da "documentação com informações complementares sobre as referidas unidades de saúde, além da Minuta do Contrato de Gestão e seus respectivos Anexos Técnicos, que poderão ser consultadas, *in loco*" seria "condição restritiva injustificada à participação das entidades, mormente por se tratar de instituições sediadas em outros entes da Federação";
- d) a impossibilidade da apresentação de proposta por "entidade que não manifestou interesse dentro do prazo estabelecido" é descabida, já que "a apresentação da proposta é elemento bastante a demonstrar o interesse da entidade em participar da seleção";
- e) "a ampla publicidade prevista na lei restou frustrada", visto que "não foi constatada nenhuma divulgação em jornal de circulação estadual e nacional" do Comunicado de Interesse Público, da mesma forma que não houve a comprovação da publicação 3 vezes consecutivas no diário oficial do estado, em contrariedade ao disposto no §4º do artigo 12 da lei estadual mencionada;
- f) não seria admissível a análise dos elementos da Proposta de Trabalho pela Comissão de Seleção "em reunião reservada", visto que "a doutrina é pacífica que somente é admitida a restrição à publicidade quando outros interesses públicos



TCE-RO

ESTADO DE RONDÔNIA
TRIBUNAL DE CONTAS
Gabinete do Conselheiro PAULO CURI NETO

Fl. nº

Proc. nº 616/12

Proc. nº 1.572/12

possam ser efetivamente ofendidos, o que não é aplicável ao caso";

6. Por fim, reiterou o pedido de "suspensão desse procedimento seletivo, até ulterior deliberação da Corte", por estarem presentes os requisitos necessários para antecipação de tutela inibitória, pois "os elementos apontados nos autos... são reveladores da presença do fumus boni iuris" e a "proximidade da data de apresentação das propostas" (8/5/2012) concorre para o aperfeiçoamento do *pericullum in mora*.

É o breve relatório.

7. O presente voto tem como objeto, exclusivamente, a análise da procedência da tutela antecipada de caráter inibitório, requerida pela Comissão da Auditoria nos Processos nº 616/2012 e nº 1.572/2012. Os feitos foram reunidos para apreciação conjunta da tutela de urgência.

8. A competência inibitória (ou preventiva) dos Tribunais de Contas possui sede na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a existência de poderes ditos "cautelares", e está ínsita no inciso IX do artigo 71 da Constituição Federal. De acordo com a literatura e a jurisprudência desta Corte, a tutela de caráter inibitório depende, basicamente, da demonstração da **ilicitude** de ato e do **perigo de sua consumação, reiteração ou continuação**. Ela possui natureza cognitiva (processo de conhecimento), pois a prevenção do ilícito torna-se o próprio fim do processo. Por



sua vez, a antecipação de tutela encontra-se atualmente disciplinada no artigo 108-A do Regimento Interno, cujo teor segue abaixo transcrito:

Art. 108-A - A Tutela Antecipatória é a decisão proferida de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público de Contas, da Unidade Técnica, de qualquer cidadão, pessoa jurídica interessada, partido político, associação ou sindicato, por juízo singular ou colegiado, com ou sem a prévia oitiva do requerido, normalmente de caráter inibitório, que antecipa, total ou parcialmente, os efeitos do provável provimento final, nos casos de fundado receio de consumação, reiteração ou de continuação de lesão ao erário ou de grave irregularidade, desde que presente justificado receio de ineficácia da decisão final.

9. Nessa toada, devem estar demonstrados: (a) o **risco de ineficácia** do provimento final (*periculum in mora*); (b) a **verossimilhança** das alegações (*fumus boni iuris*); e (c) a **relevância** do fundamento da controvérsia. Por se tratar de decisão interlocutória, a antecipação de tutela é sempre provisória e modificável. Os fatos e fundamentos jurídicos devem ser analisados à luz da **cognição sumária** (isto é, baseado não em um juízo de certeza, mas de verossimilhança razoável). Portanto, a deliberação **não representa, ao menos ainda, um juízo definitivo** sobre a controvérsia processual.

10. Estabelecidas essas premissas básicas, cumpre assinalar, desde já, que a excelente narrativa técnica, juntamente com a análise sumária do substrato probatório acostado aos autos, demonstra sobejamente a presença dos

pressupostos necessários para a concessão da tutela de urgência pleiteada. É que se passará a fundamentar a seguir.

I. **Do Risco de Ineficácia do Provável Provimento Final e da Relevância do Fundamento da Controvérsia**

11. Encontra-se claramente presente o perigo da demora. Assevera a Comissão de Auditoria que, diante dos ilícitos noticiados, a "*proximidade da data de apresentação das propostas*" (8/5/2012) concorre para o aperfeiçoamento do *pericullum in mora*. Indubitavelmente, acaso venha esta Corte a decidir, depois de concluída a fase contenciosa do processo de fiscalização, se procedentes as alegações, forçoso inferir que o provável provimento final seguramente tornar-se-á ineficaz.

12. Desse modo, revela-se, em tese, justificada a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de evitar o perigo de consumação de eventual adjudicação ilícita do objeto da seleção. Deve-se mencionar que os ilícitos noticiados são de gravidade inquestionável e tornam relevantes os fundamentos da controvérsia. Trata-se de processo seletivo que implicará no repasse de vultosas quantias a entidades do Terceiro Setor (R\$ 32.182.529,76). Portanto, é absolutamente conveniente que os órgãos de controle atuem de maneira expedita, diante dos achados de ilícitos que possivelmente venham a conspurcar a lisura do procedimento. Dito isso,



avança-se ao exame da verossimilhança do perigo de consumação, reiteração ou continuação de atos ilícitos.

II. **Da Verossimilhança do Risco de Consumação de Atos Ilícitos**

13. Em linhas gerais, ao examinar preliminarmente o Comunicado de Interesse Público, noticiou a Comissão a existência de ilegalidades no processo de qualificação das organizações sociais (Processo nº 616/2012), bem como que *"restrições impostas à ampla publicidade e à competitividade do processo seletivo constituem, por si só, ilegalidades suficientes para viciar in totum o procedimento em exame"* (Processo nº 1.572/2012). Antes de analisar a verossimilhança dos fatos, estabeleço as premissas básicas do meu raciocínio, por se tratar de matéria não antes analisada por esta Corte de Contas.

a) **Considerações Gerais sobre a Reforma da Administração Pública e o Fomento ao Terceiro Setor**

14. A Reforma do Estado e da Administração, iniciada em meados da década de 90, fortemente influenciada pelos pressupostos neoliberais, objetivava implementar os paradigmas da chamada administração pública gerencial. Os



propósitos econômicos, sociais e políticos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE eram, em linha gerais: (a) debelar a crise fiscal e aumentar a capacidade de investimento do Estado; (b) incrementar a eficácia e eficiência dos serviços públicos, com a ênfase no controle de resultados em prol dos usuários; (c) e ampliar a participação da sociedade civil.

15. Para reduzir ou evitar a expansão da paquidérmica máquina pública no atendimento das necessidades materiais da população, deveria o Poder Público atuar em caráter subsidiário, retirando ou reduzindo a sua interferência direta em setores que poderiam ser desempenhados satisfatoriamente pelo mercado ou por entidades da sociedade civil sem fins lucrativos ("entidades públicas não-estatais"). Daí falar-se, hoje, ao menos em teoria, em Estado subsidiário e cooperativo¹.

¹ "No cumprimento da função administrativa, o Estado deve, em primeiro lugar, identificar os segmentos ou campos de atuação em que os setores privados não são capazes de satisfazer as necessidades materiais dos particulares. Identificados esses setores, devem ser desenvolvidos mecanismos de cooperação com os particulares - e aqui desempenham papel fundamental as entidades do terceiro setor. Desenvolve-se, assim, a ideia de Estado definida pela Constituição, que deve pautar-se pela cooperação e pela subsidiariedade. (...) A atuação do Estado deve voltar-se, portanto, em primeiro lugar, para a identificação das demandas sociais. Em segundo lugar, para a avaliação da capacidade da própria sociedade de satisfazer suas carências. Caso seja demonstrada a incapacidade da sociedade de, por seus próprios meios, promover o atendimento de suas necessidades, deve o Estado procurar cooperar, incentivar ou mediar com os agentes privados interessados na satisfação das necessidades da população. Somente quando não houver interesse por parte dos agentes privados (mercado e terceiro setor) de atuar em



16. O Estado passou a desempenhar, prioritariamente, o papel de regulação do mercado de bens e serviços ("Segundo Setor"), por meio de autarquias especiais, e criou novos mecanismos legais para o fomento de entidades altruísticas da sociedade civil ("Terceiro Setor") que contribuem para a realização de atividades socialmente relevantes (saúde, educação, meio ambiente, ciência e tecnologia etc.). Dentre os mecanismos de fomento ao Terceiro Setor, surgiu, no plano infraconstitucional, a figura das Organizações Sociais, por meio da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998.

17. De acordo com o modelo federal, que serviu de referência aos demais entes da Federação, "organização social" consiste em título jurídico especial atribuído a entidades privadas sem fins lucrativos para que possam exercer serviços públicos não exclusivos do Estado (atividades socialmente relevantes), em parceria com o Poder Público.

18. O efeito mediato dessa titulação consiste na habilitação jurídica para a celebração de contratos de gestão, vínculo contratual em que a entidade fica obrigada a atingir metas e, em contrapartida, a elas é conferido o gerenciamento de recursos financeiros, recursos humanos e de outras condições materiais destinadas à prestação do serviço público.

determinado segmento social, deve o Estado ser chamado a agir e, nesta hipótese, ele estará obrigado a agir" (FURTADO, Luca Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: 2007, pp. 37-38).



TCE-RO

19. Diante dos marcos regulatórios existentes, a parceria com o Terceiro Setor é uma realidade que não pode mais ser ignorada como uma alternativa gerencial, para o desafio de concretizar direitos sociais consagrados na nossa Constituição dirigente.

20. Todavia, é preciso a consciência de que se trata de uma tarefa desafiadora, que não pode ser conduzida irresponsavelmente, porque, no passado, houve a concessão indiscriminada de **subvenções sociais** a instituições beneficentes apresentando resultados desastrosos, devido à **falta de mecanismos adequados de controle** que resultaram em **corrupção e ineficiência**. O fomento estatal do terceiro setor não é recente no histórico brasileiro - ele apenas mudou de nome.

21. De acordo com um dos "arquitetos" da Reforma Administrativa, o jurista Paulo Modesto, as organizações sociais foram criadas como modelo substituto de fomento às entidades filantrópicas devido à "*crise do título de utilidade pública*", causada pela "*proliferação de entidades inautênticas*" e o "*estímulo a processos de corrupção*", derivado da **ausência de mecanismos de controle**². Basta lembrar o lamentável episódio dos "*anões do orçamento*" (entidades "fantasmas", que recebiam subvenções do orçamento federal).

² MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 5, março/ abril/maio, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acessado em 13 abr. 2012, p. 6.



22. Entretanto, os marcos regulatórios da gestão compartilhada com o Terceiro Setor ainda não se têm mostrado satisfatórios na prevenção da má utilização do dinheiro público. Cito, apenas para ilustrar, a seguinte recente notícia:

(...) Quanto mais se explora o lamaçal da saúde pública no Brasil, mais podridão vem à tona. No Rio de Janeiro, o mau cheiro envolve agora o Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde (Iabas), uma das entidades teoricamente sem fins lucrativos que a prefeitura contratou para gerenciar o principal programa de saúde do município, as Unidades de Pronto Atendimento (UPAs). Chamadas de Organizações Sociais (OS) e regulamentadas por uma lei de maio de 2009, as treze gestoras contratadas sem licitação controlam um orçamento que, até o fim deste ano, vai ultrapassar 2,7 bilhões de reais. Desse total, uma fatia de 600 milhões de reais foi parar nas mãos do Iabas, que administra cinco UPAs nas zonas Norte e Oeste da cidade. Um recém-concluído relatório do Tribunal de Contas do Município (TCM) mostra que a bolada, destinada a ajudar pessoas doentes e sem recursos, tem sido usada para engrossar uma vasta rede de irregularidades. (...)

O dossiê do TCM dissecou a roubalheira no Rio. Ele trata de contratos firmados entre fevereiro de 2010 e junho de 2011. **Só em duas UPAs, a investigação aponta mais de 1,2 milhão de reais em notas fiscais duplicadas.** Ou triplicadas: a mesma nota de número 144, no valor de 58 233 reais, aparece na prestação de contas do Iabas em 4 de outubro e 6 de dezembro de 2010 e ainda em 23 de março de 2011. É relativa a exames de raios X. **No relatório de 67 páginas, os técnicos afirmam haver "sobrepços excessivos em todos os contratos analisados".** Uma das beneficiadas é a Rufolo Serviços Técnicos – uma das quatro empresas recém-flagradas pelo Fantástico, da Rede Globo, oferecendo propinas para vencer licitações em hospitais federais. (...) O TCM ainda mostra que o Iabas ganhou o direito de administrar a saúde dos

cariocas sem nem mesmo ter um departamento montado para tal. Para sanar a deficiência, contratou a Anstafi Serviços Econômicos e Financeiros Ltda. por 853 000 reais – “terceirização” não prevista em contrato. Detalhe: a Anstafi tem como sócio André Staffa Filho, um dos diretores do Iabas na época³.

23. Causa forte apreensão que as investigações realizadas pela Comissão de Auditoria mostrem que, em muitos Estados, organizações sociais (inclusive, algumas qualificadas pelo Estado de Rondônia) estão sendo investigadas por práticas pouco republicanas, como desvio de verbas públicas, pagamento de remunerações exorbitantes, favorecimento de agentes da Administração Direta etc.

24. Portanto, é preciso proceder com certa cautela, pois o fomento ao Terceiro Setor é uma experiência que precisa ser gradativamente amadurecida. O mesmo consultor jurídico e depois assessor especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Dr. Paulo Modesto, com notável espírito crítico, reconhece a necessidade de “*amadurecer a experiência do modelo legal*” das organizações sociais, tendo em vista “*a existência de lacunas e inconsistências da lei [federal], que merecem a meu sentir correção, para o próprio desenvolvimento adequado do modelo*”, mediante a criação de um “*sistema de confiança recíproca entre as entidades do terceiro setor e o Estado ainda... em fase de construção*”⁴.

³ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/rio-roubalheira-na-saude-cruzou-fronteiras-do-estado>.

⁴ MODESTO, *op. cit.*, pp. 10-11.



25. O pleno sucesso do compartilhamento de responsabilidades gerenciais com o Terceiro Setor depende também de fatores sociais ainda não completamente aperfeiçoados na sociedade brasileira, como o engajamento político da sociedade civil, o fortalecimento de uma cultura comunitária e associativa, maior adesão ao voluntariado e a inculcação de uma forte ética pública, que suplante as velhas e resistentes práticas patrimonialistas⁵. A gestão privada de recursos, bens e atividades públicas, associada a frouxos mecanismos de controle e uma resistente cultura patrimonialista, pode tornar-se uma fórmula perigosa, tendente a estimular novos focos de corrupção e ineficiência.

De fato, **estamos a nos deparar com um desafio, permeado por incertezas.** Sem dúvidas, não há quase nada posto em prática, e a sociedade brasileira parece não estar familiarizada ao elevado grau de transformação proposto pelo plano diretor. Portanto, a implantação, ainda por vir, das OS, representa uma provocação tanto ao Estado quanto à sociedade, que conduzirão juntos, em ampla interação, essa nova realidade sócio-política.

Ao Estado cabe, principalmente, eliminar a desconfiança da sociedade em relação ao novo

⁵ "Em pesquisa divulgada pela Universidade de Brasília no ano de 2008, feita a pedido da comissão de Ética Pública (órgão vinculado à Presidência da República), constatou-se que a maioria dos cidadãos pesquisados tolera a prática do nepotismo. Mais especificamente, 50,3% dos pesquisados admitiram que, se pudessem, contratariam parentes. Dentre os servidores públicos entrevistados, 32,1% fizeram mesma afirmação". Cf. LOPES, Herton Castiglioni. **O Nepotismo no Brasil em Contexto Histórico:** uma explicação para persistência do problema a partir das interpretações de Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda em um enfoque institucionalista. Disponível em: <http://www.mphp.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=21&Itemid=10022>. Acessado em 13 abr. 2012.

instrumento e extirpar o risco de patrimonialismo, de privatização, e de feudalização das OS⁶.

26. Por outro lado, não é momento para paranoia generalizada; afinal, no Terceiro Setor, há entidades verdadeiramente filantrópicas, sérias e competentes, que muito podem contribuir para o interesse público. É preciso, portanto, assegurar que a implantação das organizações sociais não seja realizada a toque de caixa, sem a observância de mecanismos de controle que possibilitem salvaguardar a isonomia entre as entidades do Terceiro Setor e o interesse público. Afinal, o título jurídico especial conferido às organizações sociais não tem o condão de afastar, quase que magicamente, os princípios fundamentais do direito público, que identificam o nosso regime ético-republicano.

27. A Comissão de Auditoria bem salientou que a fiscalização do Tribunal de Contas *"não tem o propósito de criar óbices à implantação da gestão compartilhada no Estado. Objetiva, ao revés disso, garantir que a parceria do Estado com o terceiro setor ocorra da forma mais efetiva possível, em conformidade com os princípios da eficiência, legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade"*.

28. Compete a esta Corte de Contas, juntamente com os demais órgãos de controle, fiscalizar a lisura e

⁶ BARBADO, Michelle Tonon. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e as Organizações Sociais: críticas ao modelo de reforma do Estado brasileiro. Im: **O Novo Direito Administrativo: O estado, as Agências e o Terceiro Setor**, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 306.



seriedade do processo de "publicização" da saúde no Estado. O planejamento estatal é uma exigência do **direito fundamental ao adequado funcionamento do Poder Público**, que possui uma dimensão negativa de combate à corrupção, e uma dimensão positiva "*objetiva, a reclamar a instituição de uma estrutura funcional (organização e procedimentos, meios e modos) que viabilize a realização dos direitos fundamentais em geral, inclusive do próprio direito ao melhor governo possível*"⁷.

29. Diante do exposto, deve ser exigida do Estado, em primeiro lugar, a criação de marcos regulatórios (legislativos e administrativos) de fomento ao terceiro setor que viabilizem efetivamente o atendimento das demandas sociais - e que, portanto, deem ênfase à capacidade técnica e ao controle de resultados -, mas em contrapartida, instituem regras e instrumentos de controle social e institucional da probidade, da impessoalidade e da indisponibilidade do interesse público, seja na escolha da entidade, seja na celebração da parceria, seja na gestão dos recursos.

30. Em segundo lugar, espera-se da Administração que todo o processo administrativo de implantação das organizações sociais (desde a qualificação, a seleção da proposta, até a fiscalização da execução do contrato de gestão), seja pautado por um criterioso e transparente

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Algumas Considerações sobre a Incidência de Direitos Fundamentais nas Relações do Estado com empresas e Organizações Sociais**. OLIVEIRA, Gustavo Justino (org.). Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 98-101.



TCE-RO

planejamento estatal e pela firme obediência aos critérios técnicos, aos marcos regulatórios e aos princípios constitucionais.

31. O cumprimento de tais expectativas é fundamental para construir um sistema de confiança recíproca entre o Estado, a sociedade e as entidades sociais, o que é pressuposto fático para garantir o interesse de entidades sérias e mais competentes.

32. Assentadas essas premissas, prossigo na análise da verossimilhança dos ilícitos noticiados pela Comissão de Auditoria.

b) Dos Vícios do Processo de Seleção das Propostas de Trabalho (Processo nº 1.572/2012)

33. Conforme relatou a Comissão de Auditoria, o Comunicado de Interesse Público condicionou a participação da entidade no processo de seleção à formalização de prévio interesse, o que constituiria uma restrição à competitividade. Realmente, assiste-lhe razão. Da leitura do texto da lei estadual, não se infere que a prévia manifestação de interesse seja uma condição essencial de



participação no certame (artigo 13, III e IV, da Lei nº 2.675/2011⁸)⁹.

34. Tal circunstância torna-se ainda mais grave na medida em que: (a) o prazo mínimo legal para manifestação de interesse foi encurtado; e (b) não foram obedecidas as exigências legais de publicidade do Comunicado de Interesse Público; (c) a exigência de consulta *in loco*, junto ao Núcleo Técnico de Gestão da SESAU, dos documentos necessários para elaboração da proposta não se afigura compreensível. Senão, vejamos.

35. Em primeiro lugar, não há qualquer indicativo de que, na publicação do CIP original e da retificação, as regras de publicação tenham sido observadas. *A priori*, não há indicativos da publicação 3 (três) vezes consecutivas na imprensa oficial estadual e duas vezes consecutivas, pelo menos, em jornal de circulação estadual e nacional (artigo 12, §4º, da Lei 2.675/2011), razão pela qual não poderia sequer ocorrer a regular fluência do prazo para manifestação prévia de interesse, o que, por si só, obstaculiza a inauguração da fase de recebimento das propostas.

⁸ "Art. 13. O Comunicado de Interesse Público, a que se refere o artigo anterior, dentre outros requisitos, deverá conter:

"III - **prazo para** que as Organizações Sociais se manifestem quanto ao **interesse em participar do processo de seleção**; e

"IV - **prazo para apresentação da proposta de trabalho**, cujo termo de início dar-se-á no primeiro dia útil, imediatamente, posterior ao termo final do prazo estabelecido no inciso anterior".

⁹ Afinal, a outorga do título de "organizações sociais de saúde" destina-se unicamente a habilitar a entidade a celebrar contratos de gestão. Além disso, a ausência de prévia manifestação de interesse em participar do certame não acarretaria prejuízo à lisura, segurança e finalidade do certame. Portanto, *a priori*, não há justificativa razoável para impedir a participação de organizações sociais que não manifestarem prévio interesse.



TCE-RO

36. A Comissão de Auditoria reuniu elementos de informação que indicam que a falta de publicidade também implicou no desinteresse *"de algumas entidades em apresentar propostas"*. Por exemplo, de acordo com o relatado, o Instituto Fibra somente tomou conhecimento de abertura da seleção, pela própria Comissão de Auditoria, no último dia do prazo original de manifestação formal de interesse na participação. Portanto, a falta de devida publicidade do CIP e da documentação necessária resultou, ao que tudo indica, em ofensa real à competitividade do certame.

37. Além disso, o Comunicado de Interesse Público obriga a **consulta in loco**, junto ao Núcleo Técnico de Gestão da SESAU, **de documentos necessários para elaboração da proposta** (inclusive, a minuta do contrato e os respectivos anexos técnicos), o que constitui evidente cláusula restritiva da competitividade. Os "documentos e informações complementares" e minuta do contrato, se eram essenciais para elaborar a proposta, obviamente também o eram para que as entidades avaliassem a prévia manifestação de interesse em participar do certame.

38. A Comissão relata que *"as entidades foram unânimes em declarar que solicitaram, também por e-mail, que o NUTEGE/SESAU enviasse cópia da minuta do contrato de gestão, dos anexos técnicos, assim como das demais informações necessárias à elaboração das propostas. No entanto, como não foram atendidas, ainda não tinham manifestado interesse em participar do processo seletivo"* (até o dia 10 de abril) (fl. 121). Há prova indiciária desse fato (fl. 114).



39. Registre-se que, quando do término do prazo originário de 8 (oito) dias para manifestação de interesse (10 de abril), de acordo com o relato da Comissão de Auditoria, *"no dia 10.4.2012... não foi franqueado nessa oportunidade o link para download dos documentos que - nos termos do CIP - subsidiarão a confecção das propostas"* (fl. 120). Portanto, está razoavelmente demonstrado que a ausência de publicidade dos documentos e informações necessários à proposta acarretou à competitividade do certame prejuízo concreto, e não meramente hipotético.

40. Quanto ao prazo mínimo para manifestação de interesse, a lei é taxativa: entre a publicação do Comunicado de Interesse Público (ato normativo do certame) e o termo final da manifestação de interesse deve haver um interregno mínimo de 20 (vinte) dias (artigo 12, I, da Lei 2.675/2011). Mas, no caso em análise, houve apenas originalmente 8 (oito) dias (3 a 10 de abril), sendo posteriormente reaberto o prazo por mais 5 dias. Mesmo somados os prazos, não seria atingido o mínimo legal de 20 (vinte) dias.

41. Ademais, o prazo não poderia sequer correr regularmente antes de disponibilizada efetivamente toda a documentação necessária à elaboração da proposta (no mesmo sentido, por analogia, o §3º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93). Sem embargo, a publicação do edital "retificado" deveria ensejar, por regra, a reabertura de todo o prazo para a manifestação formal de interesse, pois os interessados não podem ser surpreendidos com a mudança inopinada das exigências e regras do procedimento, o que



TCE-RO

pode prejudicar, em tese, a apresentação das propostas (idêntica regra consta do §4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93).

42. A exigência de consulta *in loco*, somada às demais circunstâncias restritivas da participação, se mostra criticamente problemática na medida em que, de acordo com as investigações da Comissão de Auditoria, há no Estado apenas representantes de 2 (duas) entidades qualificadas (fls. 121), o que poderia ser, até mesmo, indicativo de direcionamento¹⁰. Não é despiciendo recordar que, conforme noticiado nacionalmente no programa jornalístico *Fantástico*, a manobra de exigir a retirada de documento na sede do órgão era utilizada com o propósito de fraudar o certame.

43. A Comissão de Auditoria aduziu que o prazo de 20 (vinte) dias para apresentação das propostas de trabalho, contado do término do prazo para manifestação formal de interesse em participar da seleção, é por demais exíguo, no que possui inteira razão. O diploma legal não fixa o prazo para elaboração da proposta, remetendo ao administrador fazê-lo. É certo que a discricionariedade a ele conferida tem o propósito de possibilitar, caso a caso, que a Administração possa adequar o prazo de elaboração da proposta à complexidade dessa tarefa de curial importância para o processo de seleção.

¹⁰ Cabe registrar que não há, nos autos, a informação de que as organizações sociais com representantes no Estado demonstraram interesse em participar da seleção.



44. No caso examinado, há fortes indicativos de que o prazo fixado é manifestamente insuficiente para a elaboração de uma proposta, a considerar, como bem notou a Comissão de Auditoria, por exemplo, a necessidade de cada OSS, ao elaborar a proposta de trabalho, realizar uma *"descrição e análise das principais características de demanda por serviços públicos de saúde na Região de abrangência"* (fl. 64-v). A falta de tempo suficiente para preparação das propostas pode ser prejudicial não só às entidades, mas ao próprio interesse público. Ora, se o objetivo da celebração de contratos de gestão com entidades do Terceiro Setor é assegurar a eficiência da prestação de serviços públicos, mediante ênfase no controle de resultado, nada mais lógico que se garanta às organizações sociais tempo suficiente para perfectibilizar uma proposta de trabalho.

45. Embora não se possa afirmar conclusivamente, ao menos neste momento, a exiguidade do prazo de apresentação da proposta é fortemente indicativa de direcionamento da seleção, pois é de se cogitar que somente uma entidade com informações privilegiadas poderia preparar uma proposta adequada em tão curto prazo.

46. Por todo o exposto, a profícua análise realizada pela Comissão de Auditoria facilmente demonstrou a verossimilhança dos fatos narrados, pois, na maioria dos casos, basta verificação superficial do teor do Comunicado de Interesse Público (fl. 37). À luz da cognição sumária, todas as circunstâncias acima relatadas individualmente consideradas são motivos bastantes para suspensão do



processo seletivo, por ensejarem diretamente intolerável restrição à competitividade da seleção pública.

c) Dos Vícios do Processo de Qualificação das Entidades (Processo nº 616/2012)

i. Da Falta de Publicidade do Processo de Qualificação e da Violação ao Devido Processo Administrativo

47. No processo de qualificação, também, foi demonstrada a verossimilhança de diversas ilegalidades. Há, pelo menos, 2 (duas) delas que acarretariam indiretamente restrição à competitividade da seleção das propostas, são elas: (a) a negativa sumária de credenciamento a uma entidade; e (b) a falta de publicidade da abertura dos processos de qualificação.

48. Ao que tudo indica, houve a negativa sumária e não motivada de certificação a uma entidade pretendente do título de organização social da saúde (AESP). Tal como registrou a Comissão, não há registros de que tenham sido observados o contraditório e a ampla defesa, previstos no artigo 10, §4º do Decreto nº. 16.483/2012.

49. Muito embora o processo de qualificação seja relativamente independente dos processos seletivos, visto que aquele cuida de uma habilitação genérica, a proximidade



temporal entre a negativa de credenciamento e a deflagração do processo seletivo autoriza concluir pela verossimilhança de uma relação de causalidade entre os fatos, capaz de caracterizar uma restrição à competitividade, em razão da negativa de concessão de qualificação, sem a observância do devido processo administrativo.

50. Além disso, não houve comprovação de ampla e efetiva publicidade da possibilidade de outorga do título jurídico de organização social às entidades do Terceiro Setor, o que suscitaria a inobservância do art. 37, caput, da Constituição Federal. Apesar dos esforços da Comissão de Auditoria, não foram localizados meios de divulgação *ampla e efetiva* da intenção de implantar as organizações sociais da saúde no Estado, mediante divulgação em veículos de comunicação de grande circulação, dentre outros expedientes¹¹.

51. Propôs a Comissão de Auditoria que, pela falta de disciplina legal específica, deveriam ser aplicadas à qualificação, por analogia, as mesmas regras da publicidade do processo de seleção das propostas - isto é, publicação *por três vezes consecutivas no Diário Oficial do Estado de Rondônia e, por duas vezes consecutivas, em jornais de circulação estadual e nacional, além da disponibilização em sítio eletrônico oficial* (art. 12, §4º, da Lei 2.675/2011, combinado com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código

¹¹ Consta do relatório técnico que: "A Equipe de Auditoria, pressupondo ter havido apenas lapso na comprovação da publicidade, empreendeu busca no Diário Oficial do Estado e na rede mundial de computadores para constatar a divulgação prevista. Todavia, tal pesquisa não logrou êxito".



TCE-RO

ESTADO DE RONDÔNIA
TRIBUNAL DE CONTAS
Gabinete do Conselheiro PAULO CURI NETO

Fl. nº

Proc. nº 616/12

Proc. nº 1.572/12

Civil). O raciocínio, ao menos neste momento, é suficientemente convincente. Transcrevo abaixo os seus fundamentos:

Muito embora a lei estabeleça, no parágrafo único do art. 3º, que a qualificação poderá ocorrer a qualquer tempo, como a ausência de credenciamento em tempo oportuno tem o condão de obstar a apresentação de propostas, impositiva a ampla publicidade do procedimento de qualificação, para que nenhum participante seja barrado de ofertar proposta em razão de não figurar do rol de entidades qualificadas. (...)

Como se depreende, a lei exige ampla e prévia publicidade para fase de apresentação das propostas. **Ora, se a lei requer ampla publicidade para essa fase, ela deverá ser ainda maior para etapa de qualificação, uma vez que só as entidades previamente qualificadas poderão ofertar propostas. De nada adianta a ampla divulgação do edital (Comunicado de Interesse Público) para apresentação de propostas, se as entidades interessadas não tiverem oportunidade de qualificarem-se antecipadamente.**

Frise-se que a busca da concretização do princípio da eficiência, por intermédio da gestão compartilhada, não afasta, em absoluto, a incidência do princípio da publicidade, cuja inobservância torna o ato administrativo nulo.

52. É assaz razoável que seja dada ampla divulgação, por um prazo razoável, à possibilidade de outorga do título jurídico de organização social, possibilitando a qualificação do maior número possível de entidades que tenham preenchido os requisitos pertinentes. Tal medida **maximizaria a competição** nos processos seletivos e **asseguraria iguais oportunidades** de participação no fomento estatal às demais entidades que, por algum motivo,



não foram convidadas ou de outro modo científicadas sobre a implantação das OSS's no Estado¹².

53. Demais, preocupa-me não só a falta de maior publicidade, mas também a ausência de *período adequado* de transição, longo o necessário para assegurar um interesse generalizado à formação de parcerias com o Estado de Rondônia. O êxito dos contratos de gestão eventualmente celebrados depende, em grande proporção, da qualidade das entidades qualificadas¹³. Todavia, entre a criação do marco legal das organizações sociais da saúde no âmbito do Estado (Lei nº 2.675, de 21/12/2011) e a deflagração do processo seletivo ora analisado (2/4/2012) houve um curto lapso.

54. Portanto, é de se reconhecer que as circunstâncias indicam, até o momento, que o Poder Público procedeu *prematuramente* à deflagração de um Comunicado de Interesse Público, sem conferir previamente ampla divulgação ao Terceiro Setor acerca da possibilidade de outorga do título jurídico de organização social, o que se revela, pelo menos *a priori*, indiretamente lesivo à competitividade do certame.

¹² De acordo com a Comissão de Auditoria, "existem no Brasil mais de 340 mil entidades sem fins lucrativos, muitas delas atuando na área da saúde".

¹³ Não é por outro motivo que, nas disposições finais da Lei nº 2.675/2011, consta que "A critério da administração e do interesse público, o Chefe do Poder Executivo poderá fixar prazo para que as instituições ajustem os respectivos estatutos para atender ao disposto nos artigos 7º e 8º desta Lei" (artigo 47). É evidente que seria necessário assegurar um período de acomodação, para que as entidades possam ajustar-se às exigências legais.



55. Mesmo com relação às entidades às quais foi outorgado o título de organização social da saúde, houve verdadeiro atropelo das exigências legais do processo de qualificação. É o que se passará a discorrer.

ii. Da não Comprovação da Regularidade Jurídico-estatutária e da Atuação Pregressa na Assistência à Saúde e da Falta de Motivação

56. De acordo com a Comissão, *"São dois os atos administrativos que ultimam a fase de qualificação. O primeiro, a ser emitido pelo Secretário de Estado da Saúde, denominado pela lei de certificação, atesta o cumprimento dos requisitos legais. O segundo, a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, designado pela lei ora de ato de qualificação ora de ato do Governador, tem, conforme a lei, a finalidade de justificar a conveniência e a oportunidade da qualificação"*.

57. Mesmo que a Administração tenha supostamente realizado uma *"análise criteriosa dos documentos enviados pelas Entidades"* (fl.3), espantosamente, a Comissão de Auditoria constatou que todas as entidades qualificadas não atenderam, por completo, os requisitos formais da **regularidade estatutária** estabelecidos pela lei estadual; situação que foi cuidadosamente detalhada nos quadros analíticos às fls. 421-450 do Processo nº 616/2012. Segundo o relato da Comissão:



12 - DO NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS

O Secretário Adjunto de Estado da Saúde, o Sr. Orlando José de Souza Ramires, ao subscrever o ato de certificação (fl. 177), consignou que as entidades *"atenderam os dispositivos exigidos e estão aptas para apresentarem propostas quanto ao gerenciamento das Unidades de Saúde do Estado de Rondônia"*.

Verificou-se, no entanto, na análise realizada nos autos (fls. 420/450), que essa manifestação não merece credibilidade, haja vista que todas as entidades incidiram em omissões, tais como: (i) ausência de comprovação de atividade na área de saúde; (ii) não comprovação da capacidade profissional e da idoneidade moral dos membros do conselho de administração, (iii) não previsão no estatuto de proibição de vínculos consanguíneos ou afins até o 3º grau ou afins com membros dos Poderes; (iv) não fixação dos casos de renúncia de membros do conselho; (v) não previsão de publicação dos demonstrativos contábeis e financeiros e relatórios etc.

58. Não há de se reputar de somenos importância a regularidade estatutária. Diante da responsabilidade assumida pela organização social parceira no gerenciamento de recursos, bens e atividades públicas em nome do Estado, é imprescindível que a entidade obedeça a um *modelo estatutário especial*. As exigências estatutárias contidas nos marcos regulatórios do Terceiro Setor estão destinadas a assegurar uma perfeita integração entre a entidade e a Administração Pública. De acordo com Paulo Modesto,

Esses requisitos são de **adesão voluntária** por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva dos fins de interesse público e fixar as garantias necessárias a uma



TCE-RO

relação de confiança e parceria entre a entidade privada e o Poder Público¹⁴.

59. Portanto, são regras de cautela, de adesão voluntária, que objetivam salvaguardar na parceria com o Terceiro Setor importantes valores do regime jurídico-administrativo: (a) a **probidade** e a **impressoalidade** na administração de recursos públicos (v.g., proibição de vínculos consanguíneos ou afins até o 3º grau dos membros dos referidos conselhos com membros de Poder); (b) o **caráter estritamente altruístico** de suas atividades (v.g., previsão de que conselheiros não receberão remuneração pelos serviços que prestarem à organização social); (c) a **eficácia e eficiência** na prestação dos serviços (v.g., previsão estatutária sobre a participação de membros de notória capacidade profissional e idoneidade moral no conselho de administração); (d) o **controle interno, social e institucional** do programa de trabalho e da gestão dos recursos e bens públicos (v.g., obrigatoriedade de publicação anual no diário oficial dos demonstrativos contábeis e financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão) etc.

60. Além da não comprovação da regularidade estatutária, não foi exigida a comprovação do *"desenvolvimento de atividades na área de saúde há mais de 1 (um) ano"*, condição *sine qua non* para a qualificação, a teor do parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 2.675/2011¹⁵.

¹⁴ MODESTO, op. cit., p. 7.

¹⁵ "Parágrafo único. Somente serão qualificadas como organização social as entidades que efetivamente comprovarem, no ato da



Evidentemente, não se cuida aqui tão somente de mera previsão estatutária relativa ao objeto social da entidade; trata-se, isto sim, da efetiva demonstração de atuação atual e pregressa na prestação de serviços de saúde, por um determinado período mínimo, o que possibilita evitar "*com prudente cautela, a existência de entidades ad hoc, sem maior consistência, como beneficiárias do título. Protege-se também o novo título, com essa simples medida, contra ensaios de erosão de sua credibilidade*"¹⁶. Essa preocupação, todavia, aparentemente não foi compartilhada pela Administração estadual.

61. A despeito de, no *check list* realizado pelo Núcleo Técnico de Gestão, constar a declaração de que todas as entidades comprovaram "*tempo de atuação na área da saúde igual ou superior a 01 (um) ano*", constatou a Comissão de Auditoria que nenhuma das entidades comprovou efetivamente atuação pregressa e efetiva na prestação de serviço na área de saúde, pelo período mínimo anual, tal como exige a lei local. Não se está a afirmar taxativamente que as entidades qualificadas pelo Estado não possuam um histórico de prestação de serviços de assistência à saúde, mas o fato é que, como bem ressaltou a Comissão de Auditoria, não há, a princípio, prova do cumprimento dessa exigência legal.

62. Além desses aspectos substanciais, o processo de qualificação das entidades padece ainda de um grave vício formal: a falta de motivação obrigatoriamente exigida pela

apresentação do requerimento de qualificação, o desenvolvimento de atividades na área de saúde há mais de 1 (um) ano".

¹⁶ Cf. MODESTO, op. cit., p. 10.

lei. Nesse caso, a motivação possui a dupla função de impedir a negativa arbitrária de qualificação e de possibilitar o controle da adequação dos motivos que determinaram a qualificação das entidades ao interesse público e aos princípios constitucionais. Quando a lei obriga à motivação formal, esta passa a ser requisito de validade do ato administrativo e a sua ausência enseja nulidade.

63. A conjugação das circunstâncias acima alinhavadas, cuja verossimilhança foi razoavelmente demonstrada nesta oportunidade, leva a concluir que o título jurídico foi concedido indiscriminadamente, sem atenção aos pressupostos legais. Se a qualificação da entidade não é hígida, não pode produzir seus efeitos regulares, como a habilitação prévia para a participação da seleção das propostas e eventual celebração de contrato de gestão.

64. Portanto, se nenhuma das entidades qualificadas demonstrou o cumprimento da regularidade estatutária e a atuação prévia na assistência à saúde pelo período mínimo de 1 (um) ano, não se vislumbra, nem em tese, a possibilidade de celebração de contrato de gestão válido ao término da seleção das propostas, razão pela qual se encontra caracterizado o real perigo de adjudicação ilícita do objeto de seleção a entidade indevidamente qualificada.

65. Conquanto obviamente não possua o Tribunal de Contas competência para desqualificar as entidades, o que deve ser realizado mediante processo administrativo contraditório instaurado perante a própria Administração



(artigo 10 da Lei nº 2.675/2011), a mera participação de entidades que evidentemente não preenchem os requisitos legais, autoriza a emissão de ordem inibitória do certame enquanto não escoimados os vícios, a fim de evitar o perigo de celebração de contrato de gestão ilegal.

- iii. Da Omissão Regulamentar quanto à Comprovação da Capacidade Técnica Genérica, da Qualificação Financeira Genérica, da Regularidade Fiscal, Previdenciária e Trabalhista e Perante os Órgãos de Controle

66. O último aspecto que convém a esta Corte analisar, em sede de antecipação de tutela, diz respeito à omissão/deficiência da regulamentação da Lei nº 2.675/2011, especialmente no que tange à demonstração da capacidade técnica genérica, da qualificação financeira genérica, da regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista e perante os órgãos de controle. Transcrevo, a esse propósito, a excelente análise da Comissão de Auditoria:

5 - DOS ATOS DE CERTIFICAÇÃO E DE QUALIFICAÇÃO

(...)

Em julgamento ainda inconcluso no STF, na ADIN 1.923/DF, os ministros do STF Carlos Ayres Britto e Luiz Fux¹⁷, conferindo interpretação conforme à

¹⁷ Em que pese o julgamento da ADIN 1.923/DF ainda esteja pendente, pode se inferir, a partir da negativa da medida cautelar e dos dois votos apresentados, que o STF tende a assegurar a constitucionalidade da norma, dando-lhe interpretação conforme à Constituição.

Constituição à norma federal - em especial à parte que exige a justificativa da conveniência e oportunidade da qualificação -, fixaram que o procedimento de qualificação deverá observar critérios objetivos e impessoais a serem previstos *in abstracto*¹⁸.

Em seu voto, aduziu o ministro Luiz Fux que, por ato regulamentar, o gestor deverá fixar os critérios que balizarão a sua atuação quando da expedição do ato de qualificação, *in verbis*:

"Ou seja, é a própria Lei que compele o administrador a fixar, em abstracto, critérios objetivos em ato regulamentar para que exerça, em cada caso concreto, a competência que lhe foi deferida, com isso instituindo uma auto-limitação da Administração Pública: ao densificar em um ato regulamentar abstractos critérios, concretizando o que previsto na Lei, as futuras decisões da Administração deverão se reconduzir, fundamentadamente, às diretrizes fixadas."

Igual entendimento foi consignado pelo Ministro Ayres Britto em seu voto, cujo excerto transcreve-se a seguir:

"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 aos 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

¹⁸ "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 abstracto segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; "

*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**".*

Importa perceber que, segundo a interpretação conforme dada pelo STF, a discricionariedade não reside na qualificação da entidade em si, mas na seleção dos critérios que vão balizar a escolha das entidades que receberão a qualificação como organização social. Noutros termos, a liberdade (a conveniência e oportunidade) concedida ao gestor está adstrita à fixação, em ato normativo, dos critérios norteadores da expedição do ato de qualificação.

Assim, não pode o administrador, por conta de critérios não previstos previamente em ato normativo, denegar a qualificação de determinada entidade, pois uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos em lei e em decreto surge para a entidade requerente o direito subjetivo à qualificação como OS.

Isso não significa que o gestor possua ampla e irrestrita liberdade para prever quaisquer critérios. Discricionariedade não se confunde, em hipótese alguma, com arbitrariedade, pois, segundo a doutrina, a liberdade de escolha do gestor estará sempre adstrita aos princípios constitucionais e aos limites da lei.

Por isso, a competência discricionária, prevista no art. 4º da Lei Estadual nº. 2.675/11, deve ser interpretada à luz dos princípios que balizam a atuação da Administração, jamais de costas para tais parâmetros.

O legislador estadual, ao reforçar a necessidade de regulamentação, estabeleceu no art. 53 a previsão de edição de ato normativo para dar "fiel execução" à lei.

Assentaram ainda os ministros que os critérios para a concessão da qualificação, além de estarem pautados nos princípios constitucionais, deverão observar as diretrizes básicas da gestão

compartilhada, que, *in casu*, são: (i) adoção de balizas que assegurem o padrão de qualidade na execução dos serviços; (ii) redução de formalidades burocráticas; (iii) integração entre o setor público, a sociedade e o setor privado; e (iv) avaliação da eficácia quanto aos resultados e ao cumprimento das metas estabelecidas (art. 2º da Lei Estadual 2.675/11).

Importa perceber que a discricionariedade nesse caso vai ao encontro do propósito da lei, qual seja, a concessão de autonomia para que o gestor possa atingir com eficiência o interesse público. Em suma, para que escolha a entidade mais apta técnica e juridicamente a atuar em colaboração com o Poder Público.

Assim, impõe-se ao gestor que, além dos requisitos estatutários previstos em lei, estabeleça em ato normativo critérios objetivos e impessoais para serem observados quando da qualificação da entidade como organização social.

A cautela do legislador em não se substituir ao administrador, prevendo todos os requisitos possíveis e imaginários ao caso, advém da grande responsabilidade a ser assumida pela entidade selecionada, qual seja, gerir recursos públicos sem as peias do direito público e administrar um conglomerado de serviços de saúde (uma unidade de saúde). Eis a razão pela qual o legislador divide com o administrador o encargo pela qualificação.

Noutros termos, o legislador, com o propósito de proteger a Administração contra eventuais entidades de origem e funcionamento duvidosos, transferiu, em parte, tal incumbência ao gestor, autorizando-o a agir, não arbitrariamente, como suscitam alguns desavisados, mas de forma discricionária, por intermédio da previsão de critérios impessoais e objetivos a serem empregados na qualificação.

A discricionariedade conferida vai ao encontro da nova moldura administrativa apregoada pelo legislador, que, ao invés do controle de meios, centra-se na fiscalização de resultados. Assim,

sinaliza apenas com o mínimo a ser exigido, deixando ao administrador público, conhecedor das necessidades circunstanciais, a fixação de requisitos outros. É o legislador burocrata cedendo espaço para o legislador gerencial.

Ao revés de alguns que veem na discricionariedade a possibilidade da Administração obstar, por razões não republicanas, a qualificação de entidades aptas a contratualizar com o Poder Público, queremos conceber que sua previsão tem propósito outro, qual seja, permitir que o gestor atinja com proficiência a finalidade pública, ou seja, selecione a entidade mais apta à celebração do contrato de gestão.

Realce-se que, segundo a melhor doutrina, a discricionariedade concretiza a independência e a harmonia entre os Poderes, vale dizer, dois dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 2º da Constituição Federal.

Basta ver que, caso o ato administrativo fosse sempre vinculado, o poder decisório estaria sempre sob o domínio do Legislativo, transformando os demais Poderes em autômatos, o que, por certo, frustraria a independência entre eles.

A discricionariedade, ao facultar uma margem de liberdade ao Administrador, permite o exercício da independência e, ao admitir a integração da norma pelo gestor, dá, por seu turno, de forma incontroversa, concretude a harmonia.

Por isso, a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro fala da impossibilidade jurídica de banir do ordenamento jurídico os atos discricionários, os quais, em tempo de administração gerencial, ganham ainda mais relevo.

A partir desse prisma, o legislador, consciente da necessidade de integração da Lei Estadual nº. 2.675/11, insta, em dois momentos distintos, ao Poder Executivo que a regule.

No art. 53, a convocação é genérica: "*O Poder Executivo regulamentará esta Lei, no prazo de até 30 (trinta) dias, após sua publicação*".



TCE-RO

ESTADO DE RONDÔNIA
TRIBUNAL DE CONTAS
Gabinete do Conselheiro PAULO CURI NETO

Fl. nº

Proc. nº 616/12

Proc. nº 1.572/12

No art. 47, o comando é específico: "*Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o Chefe do Poder Executivo poderá estabelecer outros requisitos para qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como organizações sociais da saúde*".

Não obstante esses comandos legislativos, o Decreto nº. 16.483/12 limitou-se a reproduzir o texto da lei, não estabelecendo as balizas mínimas para o procedimento de qualificação, sejam genéricas ou específicas.

Não obstante o legislador tenha utilizado no art. 47 a expressão "poderá", como a falta de regulamentação nesse caso atenta contra a finalidade do procedimento de qualificação, a faculdade *in abstracto*, por força das circunstâncias, transmuda-se em determinação.

Não é incomum o legislador utilizar-se, inadvertidamente, de expressões facultativas quando o contexto está a exigir norma cogente.

Ilustrativamente, convém citar o §1º do art. 54 da Lei 8.884/94¹⁹, em que o legislador, ao tratar das possibilidades de admissão da concentração de mercado, utilizou o vocábulo "poderá", muito embora a doutrina majoritária assegure que, diante da

¹⁹ "Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados."

existência de vantagens para a sociedade, tal faculdade *in abstracto* inexistente, sendo impositiva a aceitação da limitação de mercado.

Nesse caso, segundo a melhor doutrina, a Administração encontra-se diante de uma "norma de eficácia limitada de regulamentação obrigatória", o que afasta qualquer liberdade integrativa por parte da Administração.

Importa notar, por fim, que a Lei Federal nº. 9.790/99, ao estabelecer a titulação de organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP²⁰, previu, de forma expressa, que a outorga da qualificação configura ato vinculado.

Dispõe o art. 1º dessa norma legal:

"§ 2º A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei."

Qual a razão que levou o legislador a dar regramento diverso aos atos de qualificação? Por que para a titulação de organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP) previu ato vinculado e para a qualificação como organização social (OS), ato discricionário?

A resposta, em nosso entender, perpassa pela análise da amplitude das funções a serem assumidas em cada caso.

No que tange à organização social (OS), o setor privado é chamado para gerenciar um plexo de serviços de uma unidade de saúde. No que se refere à organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), o terceiro setor é chamado para atuar de forma específica e pontual, vale dizer, em projetos, programas e planos de ações.

A dimensão da atuação das OSCIP's pode ser constatada no parágrafo único do art. 3º da Lei 9.790/99, a seguir transcrito:

²⁰ Realce-se que a lei das OSCIP's é prima-irmã da lei das OS's. Surgem no mesmo momento político-social, em que se apregoa o estado mínimo, em que se busca incentivar a atuação de entidades públicas não estatais.

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

O doutrinador Fernando Borges Mânica, na obra "Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde", confirma tal assertiva, ao consignar que "as ações de saúde de natureza prestacional trazem a conotação de atividades desenvolvidas pontualmente, como, por exemplo, campanhas de vacinação, enquanto os serviços públicos são prestados de maneira contínua."

Não é por outro motivo que o legislador repartiu com o gestor a responsabilidade pela qualificação de entidades como organização social, já que tais entidades, diferentemente das OSCIP's que atuam de forma pontual, terão que gerir um conjunto de serviços de uma unidade de saúde.

A partir do entendimento da necessidade de fixação, pelo Poder Executivo Estadual, de critérios objetivos e impessoais, resta demonstrado que a qualificação não pode consistir, como ocorreu no presente caso, em um ato automático, num mero "checklists" de previsões estatutárias.

Imperativo, pois, que sejam estabelecidas pelo Poder Executivo critérios que busquem identificar quais são as entidades que efetivamente colaboram com o Estado na efetivação dos direitos fundamentais.

A qualificação deverá levar em conta, além das previsões estatutárias, o desempenho das entidades em atividades que estejam voltadas para a defesa, promoção e proteção dos direitos fundamentais - no caso, o direito à saúde.

A União, para a certificação de uma entidade como beneficente, requer, no caso de entidades que atuam na área de saúde, a comprovação do cumprimento de metas estabelecidas em convênio ou instrumento

congênere, assim como a demonstração de que "60% (sessenta por cento) dos serviços da entidade foram destinados ao SUS"²¹.

Se assim é no âmbito da União, porque na esfera do Estado de Rondônia seria diferente? Realce-se que a qualificação outorgada pelo Estado é tão importante quanto à certificação concedida pela União. No caso da União, a entidade ficará imune à contribuição para a seguridade social. No caso do Estado, a entidade estará apta a firmar parceria com a Administração e a receber recursos públicos para serem geridos sob o regime de direito privado.

Por que não exigir que as entidades demonstrem que, quando da gestão de recursos públicos, tiveram suas contas aprovadas pelo Tribunal de Contas? Ou que conseguiram cumprir com as metas estabelecidas e imprimiram mais eficácia, eficiência, economicidade e efetividade²² aos serviços de saúde que gerenciaram?

²¹ Art. 3º, I e II, da Lei 12.101/2009.

²² Como as organizações sociais de saúde serão submetidas à avaliação de resultado, importante definir, de forma breve, cada um desses indicadores. O indicador de eficácia tem como objetivo revelar o grau de atingimento dos resultados esperados, ou seja, de uma meta. Tem como escopo indicar o quanto, em relação ao estimado, foi alcançado. Ele é apurado a partir de uma relação entre os resultados obtidos e os resultados esperados. Por exemplo: A eficácia de uma campanha de vacinação pode ser mensurada a partir da divisão da quantidade de idosos vacinados pela quantidade de idosos que residem na comunidade. O indicador de eficiência está relacionado à produtividade dos recursos materiais e humanos que a Administração utiliza para a obtenção de um determinado resultado, ou seja, quanto a organização utiliza dos seus recursos para atingir uma certa meta. É a relação entre os recursos consumidos divididos pelos resultados obtidos. Exemplo: Resulta da divisão da quantidade de idosos vacinados por postos de vacinação ou por agentes. Esse indicador demonstra o quanto a Administração precisou utilizar de seus recursos para atingir um determinado objetivo. A utilização de muitos ou poucos recursos vai indicar o grau de eficiência da organização. Assim, numa prestação de serviço, a Administração pode ser eficaz por ter atingido os seus objetivos, mas ser ineficiente por ter gasto recursos em demasia. Ao revés, pode também ser eficiente porque utilizou poucos recursos, mas ineficaz porque não atingiu a meta. O indicador de economicidade, por seu turno, relaciona-se com o custo econômico dos resultados obtidos. Pode ser obtido a partir da divisão dos gastos totais de vacinação pelo número de idosos vacinados. Diversamente da eficiência que leva em conta todo e qualquer recurso, quer material, humano ou pecuniário, a economicidade considera apenas aspectos monetários. O

Por que também não prever no edital que as entidades comprovem que não há nada que desautorize sua qualificação?

Dessa forma, diante de apontamentos de ilegalidades eventualmente cometidas pela entidade interessada, caber-lhe-ia, em face da inversão do ônus da prova, infirmar a informação veiculada.

A aplicação desse instituto impõe-se, pois, ao requerer a qualificação como OSS, a entidade chama para si o ônus de provar que não possui nada que obsta o seu credenciamento.

Em resumo, ao definir os critérios objetivos e impessoais, a Administração deve ter em mente os atributos necessários para que uma entidade atue de forma altruísta e desinteressada - ou seja, sem fins lucrativos -, além, é claro, de comprovada aptidão na área da saúde.

Não impede a Constituição Federal a obtenção de lucro com a prestação de serviço de saúde, tanto que assenta que "A assistência a saúde é livre a iniciativa privada" (art. 199, CF). No entanto, veda a destinação de recursos públicos às instituições privadas com fins lucrativos (art. 199, § 2º, CF). Por isso, há que se perquirir se as entidades ditas sem fins lucrativos não distribuem, por meios transversos, dividendos, ou seja, se realizam pagamento de altos salários aos seus dirigentes, se concedem adiantamentos sem a contraprestação de serviço, diárias e viagens injustificadas, se executam contratações superfaturadas etc.

Não obstante, segundo Paulo Modesto, exista a presunção de que as entidades do terceiro setor são instituições "sem dono", criadas com a finalidade de promover e defender direitos fundamentais, não se pode, porém, ser ingênuo a ponto de acreditar que todas as entidades desse setor atuam com tal propósito. Metaforicamente falando, há nesse meio, e

indicador de efetividade, por fim, refere-se ao impacto que uma determinada política exerce para melhorar a qualidade de vida do cidadão.

a mídia está a comprovar, muitos lobos travestidos de cordeiros.

Acrescente-se que a gestão compartilhada, além do pressuposto básico de que a entidade atue de forma altruísta e desinteressada, ou seja, sem objetivar lucro, parte da premissa de que com a parceria do terceiro setor o Estado obterá mais eficiência na prestação dos serviços. Assim sendo, a expertise da entidade interessada não poderá deixar de ser comprovada ainda na fase de qualificação.

Vê-se, dessa feita, que é imperioso que se fixe critérios objetivos e impessoais para a outorga da qualificação, sob pena do credenciamento não atingir o seu desiderato.

Em face do aludido, há se concluir que o art. 4º da Lei Estadual nº. 2.675/11, que trata da expedição do ato de qualificação, constitui-se, segundo o entendimento do STF, norma de eficácia limitada, que somente irradiará seus efeitos caso seja devidamente regulamentada.

Diante do aludido, por força do art. 53 da Lei Estadual nº. 2.675/11, deverá o Chefe do Poder Executivo, para dar eficácia plena ao art. 4º dessa lei, estabelecer, por meio de ato regulamentar, os critérios objetivos e impessoais a serem utilizados quando da expedição do ato de qualificação.

Necessário dizer, por fim, que caso venha se entender que o art. 4º da Lei Estadual nº. 2.675/11 não se constitui norma de eficácia limitada, hipótese que só se admite por apego ao debate, assim mesmo o ato do Governador restaria viciado, pois, como será adiante demonstrado, nenhuma das entidades interessadas preencheu todos os requisitos previstos em lei, exigência *sine qua non* para a outorga da qualificação.

Superado o exame da parte final do art. 4º da Lei Estadual nº. 2.675/11, que trata da conveniência e oportunidade da qualificação, convém analisar os demais dispositivos que tratam do procedimento de qualificação, ou seja, os artigos 5º, 6º, 7º e 8º da referida norma.

6 - DOS REQUISITOS DA (PRÉ)QUALIFICAÇÃO

De início, impende assentar que a fase de qualificação seria mais bem denominada de pré-qualificação, já que na fase seguinte, quando da habilitação das entidades (art. 15 III e VII, da Lei nº. 2.675/11), a interessada deverá comprovar que ainda mantém as qualidades (condições) jurídicas e técnicas anteriormente demonstradas.

Frise-se que a exigência de pré-qualificação só enfatiza o zelo do legislador em resguardar o Poder Público da ação de entidades inidôneas. Tal exigência não é, em absoluto, excessiva, tendo em vista a grande responsabilidade a ser atribuída às organizações sociais de saúde.

Segundo a doutrina, o uso da pré-qualificação justifica-se nos casos em que a Administração necessite de instituição com atribuições especiais, o que é o caso, uma vez que a entidade deverá comprovar que atua de forma altruísta e desinteressada e possui grande aptidão técnica.

A gestão de recursos públicos orientada pelo regime de direito privado e a gerência de um conjunto de serviços de saúde requerem, decerto, a seleção de entidades dotadas de atributos singulares, tanto para evitar a dilapidação do patrimônio público, como para a superação de problemas crônicos que afetam o setor da saúde.

Nesse sentido são os ensinamentos do jurista Marçal Justen Filho, que, muito embora destinados ao procedimento licitatório, são, em razão da afinidade de objetivos, aplicáveis ao presente caso.

"(...) não é admissível o sistema de pré-qualificação quando a licitação não versar sobre objeto que apresente peculiaridades. Essas peculiaridades fazem presumir que apenas particulares dotados de certos requisitos não ordinários poderiam executar satisfatoriamente o objeto". (grifei)

Não é excessivo asseverar que a entidade para participar da gestão compartilhada tem que apresentar

características *sui generis*. Deve ter como finalidade a promoção dos direitos fundamentais e como lema a fraternidade e a solidariedade, já que precisa estar vocacionada à produção não lucrativa de bens e serviços públicos para sociedade. Em suma, devem ter finalidades afins com as do Estado.

Dito isso, cumpre anotar que os requisitos para a (pré) qualificação estão relacionados nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº. 2.675/11.

Numa interpretação açodada e insular, poder-se-ia entender que bastaria o preenchimento desses requisitos para a concessão da qualificação. Isso, porém, não condiz com o desiderato do legislador, pois, como se verá, esses dispositivos não trazem um rol de requisitos *numerus clausus*, mas *apertus*, vale dizer, exigências outras devem ser observadas para que a qualificação se concretize.

Intelecção diversa colide com o teor dos artigos 47 e 53 da lei, em especial do primeiro que prevê, de forma expressa, a possibilidade de fixação pelo Chefe do Poder Executivo de requisitos outros além dos já previstos em lei.

Com efeito, com base em tais dispositivos, deveria o Poder Executivo, por meio de ato regulamentar, ter exigido na fase de qualificação os requisitos relativos à regularidade jurídica, fiscal, trabalhista e previdenciária e à aptidão técnica e econômica.

É fato que as exigências de capacidade técnica e econômica, em função do objeto do contrato de gestão só restar devidamente delimitado quando da fase de seleção das propostas, podem ser menos rigorosas, o que não se pode é afastá-las por completo, sob pena da qualificação não atingir sua finalidade.

O Decreto nº. 16.483/12, que teve como propósito regulamentar a Lei nº. 2.675/11, além de não estabelecer, como já dito, os critérios objetivos e impessoais para orientar a qualificação, também deixou de prever os requisitos necessários à comprovação da idoneidade jurídica e da aptidão técnica dos interessados.

É bem verdade que esses requisitos serão, nos termos dos incisos III e VII, do art. 15 da Lei 2.675/11, também examinados quando da habilitação das entidades²³. Tal previsão, no entanto, não afasta a exigibilidade deles na fase de (pré) qualificação, tendo em vista que na habilitação será verificado apenas se os proponentes mantêm as qualidades (condições) demonstradas anteriormente.

Dessa forma, se tais condições não forem exigidas antes - na qualificação - não poderão ser exigidas depois - na habilitação -, pois esta fase só se prestar a ratificar o verificado na etapa imediatamente anterior.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação a decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, citada pelo Cons. Antônio Roque Citadini do TCE de São Paulo.

"A pré-qualificação de licitantes não dispensa a habilitação preliminar do procedimento licitatório, embora realizada só para confirmar se os concorrentes permanecem com as condições já comprovadas. (Concorrência Pública n. 04/93/SERLA, RTCE/RJ) (grifei)

Tal qual a citação anterior, essa decisão foi proferida num certame de concorrência pública, fato que não obsta, todavia, sua aplicação ao presente caso, uma vez que as fases de pré-qualificação, quer em certame ou em qualificação de OS, terão igual finalidade: selecionar previamente, após detido exame da competência jurídica e técnica, os participantes que apresentarão propostas.

²³ "Registre-se que a fase da habilitação, prevista nos incisos III e VII do art. 15, encontra-se inserida no capítulo que trata da fase de julgamento das propostas, o que não a descaracteriza como tal, uma vez que a habilitação possui finalidades próprias. A habilitação tem como escopo analisar a idoneidade e a aptidão do sujeito que oferece a proposta. O julgamento, ao contrário, tem como finalidade avaliar as propostas ofertadas. Por isso, a sua previsão topográfica no texto legal é de pouca relevância. Por outro lado, é de bom alvitre que a Administração antes do julgamento das propostas realize a fase de habilitação, para que não se dispense tempo com a análise de propostas cujos proponentes não possuem as condições de habilitação".

Ademais, se na concorrência pública, cujo objeto é específico e pontual, antecipa-se, por meio da pré-qualificação, a verificação da idoneidade e da aptidão dos interessados, com mais razão tal sistemática deverá ser adotada na qualificação das organizações sociais de saúde, haja vista a complexidade do objeto do contrato de gestão: um conglomerado de serviços de saúde.

Destaque-se, ainda, que as etapas de (pré)qualificação e de habilitação, embora tenham iguais exigências, não se confundem. A habilitação é realizada a cada novo julgamento de propostas, com um rol de participantes previamente definidos. A (pré)qualificação, ao revés, é executada objetivando todos e eventuais julgamentos de propostas, com um número indefinido de participantes. Em síntese, diferenciam-se pelo rol de participantes (determinado e indeterminado) e por suas finalidades (específica e genérica).

Dada a lucidez, convém trazer a lume o que assevera o jurista Marçal Justen Filho, ao tratar da pré-qualificação:

"A vantagem da pré-qualificação reside em eliminar do curso da concorrência qualquer discussão acerca da idoneidade dos licitantes, eis que esse dado foi exaustivamente investigado no procedimento prévio.

Evitam-se conflitos que poderiam prejudicar o curso da licitação e elimina-se o risco de contratação de empresas inidôneas."

Mesmo correndo o risco de ser tautológico, oportuno pontuar, consoante a doutrina abalizada referida acima, as vantagens da pré-qualificação da OSS's, quais sejam: (i) antecipar o debate a respeito da idoneidade das entidades; (ii) perscrutar de forma rigorosa a probidade das requerentes; (iii) minimizar a possibilidade de firmar-se contrato de gestão com entidades não idôneas; e (iv) possibilitar a seleção de entidades que tenham finalidades condizentes com as do Estado (promoção do bem comum).

Intelecção diversa estaria a asserir, por via oblíqua, que o legislador agiu em detrimento dos

princípios da economicidade e racionalidade administrativa, ao estabelecer uma fase para a simples verificação das previsões estatutárias, quando tal exame poderia ser feito, sem prejuízo algum, na fase de habilitação. Além disso, estaria a menosprezar o teor dos artigos 47 e 53 que instam o gestor a integrar a norma.

Em razão do exposto, impositivo concluir que o Decreto nº. 16.483/12, que teve como escopo regulamentar a Lei nº. 2.675/11, padece de incontornável omissão, em afronta aos artigos 47 e 53 da citada lei, uma vez que:

i) Deixou de fixar critérios objetivos e impessoais mínimos que serviriam de balizas para a concessão da qualificação como organização social de saúde, conferindo, assim, ao artigo 4º da lei eficácia plena;

ii) Limitou-se a repetir os requisitos da lei relativos às previsões estatutárias, não antecipando o exame das exigências da fase de habilitação, quais sejam, regularidade jurídica, fiscal, trabalhista e previdenciária e aptidão técnica e econômica; e

iii) A ausência de "critérios objetivos e impessoais" e o "não exame prévio dos requisitos constantes da habilitação" possibilitaram, como será visto, a qualificação de entidades cuja idoneidade e capacidade técnica não restaram comprovadas dos autos. Ao revés disso, em relação a algumas são muitas as notícias desabonadoras, cuja veracidade não foi, sequer, questionada pela Administração.

Fácil ver que a "*fiel execução da lei*", nos termos do art. 84, IV, CF, restou prejudicada em razão da omissão do ato regulamentador. Tal inação, no entanto, não pode penalizar a coletividade com um arremedo de (pré) qualificação, já que as cautelas mínimas para assegurar a efetividade da gestão compartilhada não foram estabelecidas.

Com efeito, impositivo que esta Corte determine ao Chefe do Poder Executivo Estadual que,

em prazo razoável, ordene a realização de estudos técnicos, com o intuito de regulamentar os artigos 4º e 47 da Lei Estadual 2.675/11, observando os parâmetros interpretativos aludidos acima, bem como as diretrizes assinaladas pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 1.923/DF, sob pena de ilegalidade do procedimento de qualificação.

A abordagem teórica e jurisprudencial realizada não é academicismo estéril. É por demais relevante, uma vez que a omissão regulamentar nesse caso tem um alto potencial lesivo, já que pode permitir que recursos e bens públicos sejam repassados a entidades de origem e funcionamento duvidosos, cuja idoneidade e aptidão não restaram comprovadas.

Ressalte-se que somente para a gestão do hospital de Base - uma das seis unidades a serem geridas por organização social - está previsto um repasse ano da ordem de 180 milhões. Por se tratar de saúde e por estarem envolvidas somas vultosas, a gestão compartilhada deve estar cercada de cautelas mínimas, o que não ocorreu no caso em apreço.

Consoante Miguel Reale, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ato regulamentar tem por finalidade a "*explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistentes, visando à sua execução no plano da praxis*". Diante do aludido, forçoso reconhecer que o Decreto nº. 16.483/12 não atingiu tal propósito, já que se limitou a reproduzir os requisitos previstos pela lei.

Por fim, importa dizer que há precedente desta Corte recomendando ao Poder competente que supra a omissão normativa que possibilita a prática de ato administrativo inválido.

Na Decisão nº. 578/2009-1º CÂMARA (proc. 1481/09), ante a existência de omissão de ato normativo, recomendou esta Corte aos órgãos competentes a adoção de providências para suprir a inação, sob pena de ilegalidade dos atos administrativos futuros.



67. A literatura jurídica moderna diferencia a função legislativa (critério formal) da função normativa (critério material), ao reconhecer a importância que vem assumindo a instituição de normas por órgãos não legislativos. O sistema legislativo tradicional não tem conseguido, por impossibilidade técnica, acompanhar a complexidade e mutabilidade que pautam as relações sociais na sociedade moderna, o que tem resultado no fenômeno que a doutrina alcunhou de "*crise do princípio da legalidade*".

68. Vide, a esse propósito, as lições de Fabrício Motta:

2.8 A "crise da lei" e as mutações na sujeição da Administração Pública ao seu império.

(...) A cada dia, aumenta o número de leis que tratam da resolução de casos concretos ou que se limitam a autorizar a ação do Executivo em determinadas áreas, deixando-lhe ampla margem de liberdade. Ao mesmo tempo, a abstração e a generalidade das leis, atributos clássicos ligados à função garantística, hoje são tidas como insuficientes para a viabilização da intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou da realização dos valores exigidos pela sociedade, sendo preciso normas mais diretas. Enfim, as complexas mudanças experimentadas pelo mundo contemporâneo refletem-se no papel desempenhado pelo Estado Constitucional e, com isso, transformam as funções tradicionalmente atribuídas à lei, enquanto produto formalmente oriundo do Poder Legislativo²⁴.

²⁴ Cf. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 86.



69. Nalguns setores do ordenamento jurídico, particularmente no Direito Administrativo, os diplomas legais não se limitam mais a regular a realidade social de forma cartesiana, segundo uma lógica disjuntiva, fechada e taxativa. Os sistemas legislativos modernos caracterizam-se por serem integrados por disposições claramente definidoras de direitos, que coexistem com dispositivos instituidores de **programas, diretrizes e balizas**, deferindo ao administrador competências normativas explícitas e implícitas para a elaboração de preceitos jurídicos secundários.

70. Dessa forma, a *"fragmentação do princípio da legalidade"* deu ensejo a uma maior *"diversificação no processo de criação do direito"* e *"manifestações de poder normativo da Administração, abrangendo a produção de regulamentos e outras disposições"*. Daí porque falar-se hoje, ao revés de princípio da legalidade em princípio da juridicidade. No paradigma pós-positivista, os atos do Poder Público estão subordinados não somente à própria lei, mas à totalidade do ordenamento jurídico, respeitada a hierarquia de suas normas.²⁵

71. Portanto, o exercício do poder regulamentar, em várias províncias do ordenamento jurídico, transfigurou-se num verdadeiro dever-poder, na medida em que a regulamentação administrativa, diante da fluidez dos marcos regulatórios legislativos, tornou-se absolutamente imprescindível para evitar a atuação casuística e arbitrária

²⁵ Cf. MOTTA, *op. cit.*, p. 90.



TCE-RO

da Administração. O poder regulamentar da Administração Pública passa a exercer encargo de restabelecer a isonomia na aplicação das normas legais.

72. Por outro lado, o exercício da função normativa pela Administração Pública poderá ser uma exigência lógica da eficácia de dispositivos legais que reclamam preceitos secundários para a sua execução e cumprimento da finalidade legal. Nesse caso, o deferimento de uma competência normativa explícita ou implícita ao administrador traduz-se também em dever-poder, sob pena de violar a indisponibilidade do interesse público pressuposto em qualquer norma legal.

73. Está claro que o modelo legal das organizações sociais de saúde no âmbito do Estado é um **conjunto minimalista de normas** que estabeleceu principalmente princípios, diretrizes e programas a serem aplicados aos procedimentos administrativos na implementação do fomento ao Terceiro Setor e, por esse motivo, reclama inevitavelmente preceitos secundários para garantir a realização de suas finalidades específicas, sempre referíveis ao interesse público.

74. É evidente que boa parte das disposições da Lei estadual nº 2.675/2011 está permeada de conceitos jurídicos indeterminados ou de caráter finalístico, cuja imprecisão inicial implica, logicamente, no *prévio* exercício da competência regulamentar. Não é por outro motivo que o legislador remete expressamente ao administrador a disciplina pormenorizada de procedimentos e de critérios



para qualificação das entidades, para seleção das propostas e para celebração e fiscalização do contrato de gestão, mediante regulamentação por meio de decreto e de outros atos administrativos normativos.

75. Vide, a propósito, os seguintes dispositivos:

Art. 53. O Poder Executivo **regulamentará** esta Lei, no prazo de até 30 (trinta) dias, após sua publicação.

Art. 47. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o Chefe do Poder Executivo poderá estabelecer **outros requisitos para qualificação** de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como organizações sociais de saúde.

Art. 14. A **proposta de trabalho** a ser apresentada pela entidade, na forma de plano operacional, deverá conter os **requisitos a serem estabelecidos por ato do Secretário de Estado de Saúde**.

Art. 15. (...)

Parágrafo único. As **propostas** serão avaliadas e classificadas **nos termos definidos em ato do Secretário de Estado da Saúde**.

Art. 22. O **Secretário de Estado da Saúde** deverá **definir as demais cláusulas necessárias dos Contratos de Gestão** de que for signatário o Estado de Rondônia.

76. Conforme salientou a Comissão de Auditoria, mesmo que o Supremo Tribunal Federal não tenha se manifestado definitivamente, os excelentes votos já exarados - cuja tendência é que sejam acompanhados - sinalizam que, para salvaguardar a constitucionalidade da lei, é absolutamente imprescindível uma regulamentação administrativa, que defina critérios objetivos, impessoais e



TCE-RO

ESTADO DE RONDÔNIA
TRIBUNAL DE CONTAS
Gabinete do Conselheiro PAULO CURI NETO

Fl. nº

Proc. nº 616/12

Proc. nº 1.572/12

isonômicos tanto para a qualificação da entidade como organização social, como para a seleção da proposta.

77. Certamente, a referida regulamentação possui duplo objetivo: (a) além de salvaguardar o republicano valor da isonomia entre as entidades, deve adotar regras de cautela que permitam objetivamente a salvaguarda do interesse público, mediante a qualificação de entidades idôneas e minimamente competentes, (b) bem como mediante a seleção de propostas que se mostram efetivamente mais vantajosas para o usuário, em termos de eficácia, eficiência e efetividade.

78. Entretanto, há limites e diretrizes, como acertadamente aduziu a Comissão de Auditoria. A discricionariedade que a lei outorgou ao Poder Executivo diz respeito à instituição de critérios impessoais, objetivos e isonômicos a que se sujeitarão as entidades. Diante da "crise da lei", os princípios fundamentais do Direito Público (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade), norteiam todos os setores de atuação do Estado, inclusive a função regulamentar e a atividade de fomento.

79. Todavia, a Administração, ao editar o Decreto nº 16.483/2012, pecou pela deficiência, pois procedeu a um arremedo de regulamento que, em essência, veiculou normas de mera repetição do texto legal. Não foi acrescentado nenhum requisito de qualificação das entidades, o que, configura uma censurável lacuna normativa, pois deixa a descoberto exigências mínimas hauridas dos princípios da Administração



Pública. E tal postura do Poder Público resultou em graves consequências.

80. Verificou a Comissão de Auditoria que "a maioria das entidades qualificadas pelo Estado já possuem contrato de gestão em outros entes da federação e que, em alguns Estados, há severas críticas à prestação de serviço ofertada e, até mesmo, ilegalidades que estão sendo objeto de apuração em processos administrativos e judiciais cabíveis".

81. Leia-se, aliás, o relatório da Comissão de Auditoria a esse respeito:

7 - DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DAS ENTIDADES QUALIFICADAS

Foram qualificadas como organização social as seguintes entidades: (i) Associação Lar São Francisco de Assis na Providência de Deus; (ii) Centro de Apoio ao Desenvolvimento da Saúde Pública - CADESP; (iii) Cruz Vermelha Brasileira - Filial do Estado do Rio Grande do Sul; (iv) Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde - IPAS; (v) Instituto Brasileiro de Políticas Públicas - IBRAPP; (vi) Sociedade Beneficente São Camilo; (vii) Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar Pró-saúde; (viii) - Instituto Social Fibra; e (ix) Instituto Casa Brasil - ICB.

Como já dito, cuidados mínimos deixaram de ser tomados quando da qualificação dessas entidades. Foram ignoradas informações que, até prova em contrário, desautorizam a titulação.

Não significa que tais apontamentos sejam verossímeis e que se deva, sem assegurar a ampla defesa e o contraditório, denegar a qualificação requerida. O que não se pode é decidir pela concessão sem oportunizar às entidades interessadas

que os infirme, pois, ao requerer a qualificação como OSS, as entidades chamam para si o ônus de provar que não possuem nada que obste a qualificação.

Por oportuno, registre-se que as informações a seguir relacionadas podem e devem ser objeto de contestação pelas entidades. Todavia, a sede própria para o exercício desse direito não é o Tribunal de Contas, mas o Poder Executivo Estadual, a quem compete decidir pela concessão ou não da qualificação. A esta Corte de Contas caberá sindicat a juridicidade do procedimento em curso no Poder Executivo.

Em razão disso, os apontamentos não serão objeto de registro ao final do relatório, porquanto objetivam, tão somente, demonstrar a falta de cautela do Poder Executivo ao proceder à qualificação.

Anote-se, por fim, que, mesmo diante da ausência de norma expressa vedando a qualificação de entidades inidôneas e cuja capacidade técnica não tenha sido devidamente comprovada, poder-se-ia, com base nos princípios da eficiência, da economicidade e da moralidade administrativa - pilares da gestão compartilhada, propugnar pela nulidade do credenciamento. Ressalve-se, porém, que, no presente caso, as inobservâncias dos comandos legais expressos já são bastante para viciar o procedimento em apreço.

Feitas as ponderações, passa-se ao relato.

Em contato com o Ministério Público do Estado do Pará, por intermédio da Promotora Dully Sanae Araujo Otakara, em consulta à rede mundial de computadores e em diligência ao Ministério da Saúde, obteve-se um leque enorme de informações a respeito da atuação das entidades qualificadas pelo Estado como organização social de saúde.

Verificou-se que a maioria das entidades qualificadas pelo Estado já possuem contrato de gestão em outros entes da federação e que, em alguns Estados, há severas críticas à prestação de serviço ofertada e, até mesmo, ilegalidades que estão sendo objeto de apuração em processos administrativos e judiciais cabíveis.



As irregularidades são as mais diversas, vão desde o descumprimento de metas estabelecidas em contrato de gestão até a prática de ato lesivo ao erário, sendo que algumas já estão sendo objeto de apuração pelos Tribunais de Contas e pelos Ministérios Públicos dos Estados respectivos.

Relacionam-se, a seguir, algumas medidas administrativas e judiciais que aludem a ilegalidades graves na atuação de algumas entidades qualificadas como OSS pelo Estado.

O Tribunal de Contas do Estado de Goiás determinou em maio de 2011 a suspensão cautelar de qualquer pagamento à entidade Pró-Saúde, gestora do hospital de urgências da cidade de Santa Helena de Goiás²⁶ (fls. 215/216).

Mesmo não tendo sido feito qualquer atendimento na unidade hospitalar, a Pró-Saúde, em virtude das disposições contratuais, pretendia receber relativamente aos meses de dezembro/2010 a março/2011 o valor de 11 (onze) milhões de reais.

A medida baseou-se na representação formulada pelo Ministério Público de Contas/TCE/GO, que aponta irregularidades como (i) a inauguração do complexo sem condições de funcionamento, (ii) inexecução do contrato diante do não funcionamento da unidade hospitalar, (iii) subutilização de servidores públicos, (iv) obscuridade quanto à lisura do processo de seleção da entidade administradora e (vi) falta de planejamento no contrato de gestão (fls. 217/231).

Os Ministérios Públicos Federal e Estadual do Estado do Pará impetraram ação civil pública questionando (i) o pagamento de salários de até 55 mil reais pela Pró-Saúde; (ii) o acúmulo de várias funções por um único médico, nas especialidades de cirurgia geral e urologia em 5 (cinco) hospitais do Estado; (iii) a celebração de contrato de prestação de serviço com médicos que fazem parte do quadro de pessoal da unidade de saúde, no valor de R\$

²⁶ Processo nº. 201100047001134/TCE/GO. Relator Cons. Sebastião Tejada.



112.000,00; (iv) a acumulação do cargo de secretário municipal de saúde com as funções-médicas em duas unidades de saúde gerenciadas por OSS (hospital do Baixo Amazonas e Maternidade Sagrada Família); e (v) a celebração de contrato no valor de 57.000,00 por mês, entre a Pró-Saúde e a Cooperativa de Médicos da qual o Secretário Municipal de Saúde faz parte²⁷ (fls. 232/246).

Registre-se que, no dia 6.3.2012, em razão de decisão judicial liminar (fls. 247/253), lavrada pela juíza da 8ª Vara Cível/PA, o Secretário Municipal de Saúde de Santarém, o Sr. Emmanuel Silva, e o Diretor do Hospital Municipal de Santarém, o Sr. Fábio Tozzi, foram exonerados por conta das ações civis públicas movidas pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual (fls. 254/296).

O Ministério Público de Contas/TCE-AL constatou indícios de pagamento superfaturado de hora-aula à Pró-Saúde, no valor de R\$ 1.688,00, opinou, então, pela anulação do contrato e a devolução do valor pago a maior²⁸ (fls. 299/307).

O Ministério da Saúde, atendendo a requerimento do Ministério Público Federal, realizou, em dezembro de 2003, auditoria no Hospital Dona Francisca Mendes de Manaus/AM, unidade administrada pela Pró-Saúde, no período de 1999 a 2003.

Consignaram os técnicos do MS, à época, as seguintes ilegalidades: (i) repasse para a matriz da Pró-Saúde, a título de taxa de administração sem previsão contratual, no valor de 7,9 (sete vírgula nove) milhões²⁹; (ii) aquisição de material cujo quantitativo nunca deu entrada no almoxarifado do

²⁷ Reportagem rede record/Belém/PA:
<http://www.youtube.com/watch?v=sRs97aEQkPc>

²⁸ Ministério Público de Contas. Processo nº. 2581/2010, Parecer 678/2011/1ªPC/PB

²⁹ Excerto do relatório: "Observa-se que **os valores repassados à matriz não possuem cobertura contratual**, vez que em nenhuma das Cláusulas do contrato, nem tampouco dos Termos Aditivos **estão previstas tais transferências, ou qualquer tipo de taxa administrativa a ser paga.**"

hospital; (iii) aquisição com notas fiscais falsas³⁰; (iv) adiantamentos a fornecedores cujos serviços não foram prestados e/ou a comprovação deu-se com notas fiscais falsificadas; (V) inexistência de controle de entrada e saída de bens no período de 1999 a 2003; e (vi) não repasse ao Estado, ao termo do contrato, dos bens adquiridos ao longo da gestão³¹ (fls. 308/324).

Em virtude dessas ilegalidades e de outras mais, foram ajuizadas contra Pró-Saúde diversas ações na Justiça Estadual do Amazonas, a seguir relacionadas.

Item	Ano	Ação	Assunto	Juízo
1	17/12/1999	0018497- 92.2010.8.04.0012 (012.10.018497-1)	Ação Civil Pública	2ª Vara da Fazenda Pública Estadual
2	21/08/2002	0037748- 13.2002.8.04.0001 (001.02.037748-8)	Protesto / Títulos de Crédito	5ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho
3	25/09/2002	0043774- 27.2002.8.04.0001 (001.02.043774-0)	Procedimento Ordinário	5ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho
4	27/04/2005	0011375- 37.2005.8.04.0001 (001.05.011375-6)	Arresto / Coisas	9ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho
5	21/11/2006	0309836- 26.2006.8.04.0001 (001.06.309836-0)	Inquérito Policial / Crimes Praticados por Funcionários Públicos	10ª Vara Criminal
6	10/06/2002	0029789- 88.2002.8.04.0001 (001.02.029789-1)	Procedimento Ordinário	1ª Vara Especializada da Dívida Ativa Municipal
7	27/10/2007	0359633- 34.2007.8.04.0001 (001.07.359633-8)	Procedimento Ordinário / Obrigações	4ª Vara da Fazenda Pública Estadual
8	16/02/2009	0864271- 82.2009.8.04.0001 (001.09.864271-6)	Execução Fiscal / Liquidação / Cumprimento / Execução	Vara Especializada da Dívida Ativa Municipal

³⁰ Consta do relatório "em contato com o dono de uma das supostas empresas, apresentou bloco de Notas Fiscais, onde a numeração não coincide com a nota emitida, com a numeração de autorização para emissão de nota não coincidente com a estampada na respectiva nota e demonstração clara de sua "falsificação";

³¹ Consignam os técnicos do MS: "Verificamos que os materiais adquiridos pelo Hospital, no período de 1999 a abril de 2003, não constam nos controles do Patrimônio/Almoxarifado, inexistindo a entrada e saída desses bens. Com a saída da Pró-Saúde, não houve entrega do inventário anual e nem o repasse dos bens adquiridos pela empresa ao Estado, o que é uma obrigação contratual."



TCE-RO

9	08/01/2010	0802178- 49.2010.8.04.0001 (001.10.802178-6)	Execução Fiscal / Liquidação / Cumprimento / Execução	Especializada da Dívida Ativa Municipal
10	14/01/2010	0805364- 80.2010.8.04.0001 (001.10.805364-5)	Execução Fiscal / Liquidação / Cumprimento / Execução	1ª Vara Especializada da Dívida Ativa Municipal

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, em 2010, impetrou ação civil pública, subscrita por 4 (quatro) promotores, pedindo imediata desqualificação judicial do IPAS (Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde), em razão de ilegalidades no processo de qualificação e falta de publicidade³² (fls. 325/328).

Em contato com o servidor Edicarlos Lima Silva, do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso/TCE/MT, obtivemos a informação de que o Hospital Metropolitano de Várzea Grande/MT, unidade administrada pelo IPAS, não tem cumprido as metas estabelecidas no contrato de gestão.

A auditoria do Ministério da Saúde (fls. 330/386), realizada no Município de Santana do Ipanema/AL, constatou o pagamento de 3,7 (três vírgula sete) milhões ao IPAS sem a devida contraprestação de serviço, já que o hospital Dr. Clodolfo Rodrigues de Mello, a ser gerenciado por essa organização, encontrava-se fechado.

A Secretária Municipal de Saúde do Município de Arujá/SP, a Sra. Dagma Barbosa Corato, no Ofício nº. 364/2011 (fl. 387), informa ao Diretor Administrativo do Instituto Social Fibra que os serviços prestados estavam em desacordo com o previsto no contrato de gestão.

Aduz, em síntese, que o serviço médico estava sendo ofertado por apenas 03 (três) médicos, e não por 05 (cinco) como disposto no contrato. Outra questão refere-se ao atendimento ortopédico, que deveria ser prestado nos 7 (sete) dias da semana em turno de 12 (doze) horas, mas estava ocorrendo apenas nas terças e quartas-feiras.

³² Processo: 0023766-4.2010.8.20001. 5ª Vara da Fazenda Pública - Natal.

Acrescente-se que em consulta ao sítio da Receita Federal, DATAPREV e TST, constatou-se que do total de 9 (nove) entidades qualificadas, apenas 2 (duas) - a Cruz Vermelha e a Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde - não apresentam restrição fiscal, previdenciária e trabalhista (fls. 388/417).

Verificou-se, ainda, que a Sociedade Beneficente São Camilo responde a 14 (catorze) ações trabalhistas e a Pró-Saúde, a 8 (oito).

Levantamento da Situação Fiscal, Previdenciária e Trabalhista das Entidades							
Nº	Entidade	Tributário/Fiscal		Previdenciário		Trabalhista	
1	ASSOCIAÇÃO LAR SÃO FRANCISCO	-	Positiva	Negativa	-	Nada Consta	-
2	CADESP	Negativa	-	-	Positiva	Nada Consta	-
3	CRUZ VERMELHA Filial do RS	Negativa	-	Negativa	-	Nada Consta	-
4	IPAS	Negativa	-	Negativa	-	Nada Consta	-
5	IBRAPP	Negativa	-	-	Positiva	Nada Consta	-
6	SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO	-	Positiva	Negativa	-	-	Consta (14 Ações Ajuizadas)
7	PRÓ SAÚDE	-	Positiva	Negativa	-	-	Consta (8 Ações Ajuizadas)
8	INSTITUTO SOCIAL FIBRA	Negativa	-	-	Positiva	Nada Consta	-
9	INSTITUTO CASA BRASIL	Negativa	-	Negativa	-	Nada Consta	-

Muito embora também não exista nenhuma restrição em relação ao Instituto Casa Brasil, tal constatação não pode ser levada em conta, já que não há notícia de que tenha atuado efetivamente na área da saúde, como será adiante devidamente demonstrado.

82. Não é o objetivo desta análise pré-julgar fatos que devem ser decididos pelos órgãos competentes para tal. Os fatos acima descritos, diligentemente colacionados pela Comissão de Auditoria, servem para mostrar as **falhas** e os **riscos** do processo de qualificação adotado no Estado. É preciso, portanto, ir além, pois está evidenciada, a **falta**



TCE-RO

de mecanismos adequados de controle que possibilitem salvaguardar o interesse público e os valores fundamentais do regime jurídico-administrativo, inclusive, no próprio processo de qualificação. Conforme salienta Paulo Modesto, tratando sobre as vantagens e desvantagens da concessão de títulos jurídicos especiais a entidades do terceiro setor, a *"concessão graciosa e indevida do título pode revelar tanto a frouxidão dos critérios utilizados para reconhecimento do título pela autoridade competente quanto hipótese de clara fraude, violação intencional do modelo legal geral na matéria"*.

83. E continua o mencionado jurista:

A reiteração de certificações indevidas produz com o tempo uma erosão da credibilidade do título, pois este deixa de servir efetivamente como instrumento de identificação de um certo tipo de entidade, para ser confundido com uma simples exigência legal. As entidades são divididas em "autênticas" e "inautênticas", independentemente de possuírem ou não o título, perdendo este em parte a sua função de certificação, ao menos para fins simbólicos.

A segunda desvantagem da técnica, ou perversão possível do modelo, é o risco da padronização excessiva de vantagens e obrigações legais para entidades distintas. Isso ocorre quase inevitavelmente quando as exigências para concessão do título são muito genéricas, isto é, quando a lei não cuida de realizar distinções importantes e adota uma formulação excessivamente abrangente. Neste caso, o título deixa de ser visto como útil ou adequado por segmentos do terceiro setor, perdendo atratividade e estimulando a criação de novos títulos.

A terceira desvantagem da técnica de concessão de títulos é a margem de insegurança jurídica que

essa técnica embute. Na medida em que a manutenção do título está condicionada geralmente ao cumprimento continuado de certas exigências, que são periodicamente aferidas pela autoridade competente, a entidade qualificada encontra-se periodicamente sujeita a eventual ocorrência de desvios no sistema de controle, com graves repercussões na sua condição jurídica enquanto sujeito de direitos e obrigações. **Esse problema ou risco é maior na ausência de uma previsão normativa clara sobre o modo de processamento do controle administrativo exigido para a continuidade do título, máxime quando faltam normas que assegurem às entidades garantias contra o exercício abusivo ou persecutório da prerrogativa de controle pela autoridade.** Algumas dessas desvantagens e perversões encontramos exemplarmente realizadas pelo título de utilidade pública³³.

84. Portanto, a lacuna normativa e a generalidade dos critérios de qualificação possuem efeitos bastante deletérios, já experimentados no passado: (a) perversão e deterioração da credibilidade do título jurídico de organização social, com a conseqüente **perda da atratividade por parte das melhores entidades do Terceiro Setor** (tal qual já ocorreu com o vetusto título de "utilidade pública"); (b) estímulo a **processos de corrupção** e o surgimento de entidades do Terceiro Setor não autênticas ou vinculadas "a interesses políticos menores, econômicos ou de grupos restritos"; (c) **dificuldades no controle social e institucional** da idoneidade das entidades qualificadas, diante da carência de referências normativas claras.

85. De acordo com a própria Lei nº 2.675/2011, é diretriz básica da implantação das OSS's que sejam adotados

³³ MODESTO, op. cit., pp. 4-5.



TCE-RO

"mecanismos que possibilitam a integração entre o setor público, a sociedade e o setor privado" (artigo 2º, III). Não só cuida apenas de viabilização de meios para as entidades do Terceiro Setor, mas da imposição de obrigações recíprocas e a instituição de mecanismos adequados de controle, que possibilitem construir um sistema de confiança entre o Estado, a sociedade civil e o Terceiro Setor.

86. É fundamental que a outorga do título jurídico de organizações sociais da saúde seja realmente um distintivo de entidades sérias e competentes da sociedade civil que, voluntariamente, aderem às exigências e regras específicas de qualificação, a fim de colaborar com o Estado na realização de atividades socialmente relevantes.

87. É perspicaz a observação da Comissão de Auditoria no sentido de que a discricionariedade administrativa no processo de qualificação das entidades diz respeito apenas à definição dos critérios necessários à salvaguarda do interesse público; o ato em si, é vinculado aos critérios estabelecidos previamente pelos marcos regulatórios legais e administrativos. A discricionariedade da administração está estritamente contida sob o jugo do postulado da proporcionalidade e da isonomia.

88. De um lado, as exigências de qualificação devem ser adequadas para salvaguardar o fim último da qualificação, qual seja, a proteção da sociedade e dos valores fundamentais do regime de direito público. Aqui se assegura uma espécie de justiça comutativa material: o título jurídico somente deve ser outorgado às entidades que,



preenchendo os requisitos previamente definidos, possuem genericamente capacidade técnica e idoneidade suficiente para contribuir para o interesse público e gerir recursos da sociedade.

89. Por outro lado, os critérios devem ser objetivos, impessoais e isonômicos, significando que deve haver razoabilidade no discrímen realizado e uniformidade na sua aplicação. Dessa forma, assegura-se às entidades do Terceiro Setor uma adequada justiça distributiva formal, possibilitando a igualdade de oportunidades no acesso ao fomento estatal.

90. Em relação ao modelo federal do processo de qualificação, a lei estadual somente inovou no que tange à exigência de comprovação de atuação pregressa na assistência à saúde, tal como fizeram outros entes da Federação. Foi demonstrado, à luz de elementos concretos, que **as meras exigências de regularidade estatutária e de prévia atuação na assistência à saúde não são, por si sós, suficientes para filtrar a capacidade técnica e a idoneidade das entidades candidatas ao título jurídico de organizações sociais da saúde**, pois o Estado, pelas informações reunidas, qualificou entidades sobre as quais pesam graves fatos, circunstâncias objetivamente desabonadoras de sua conduta, como as suspeitas de má gestão de recursos públicos decorrentes de contratos de gestão firmados com outros Entes da Federação. Portanto, está caracterizada a **omissão inconstitucional parcial do administrador no exercício do poder regulamentar**.

91. Diante da **propositada** falta de especificidade da Lei nº 2.675/2011, que se preocupou em instituir procedimentos, programas e diretrizes dirigidos ao administrador, deveria o Poder Executivo exercer o poder normativo a fim de criar mecanismos de salvaguarda do interesse público. Portanto, é forçoso concluir que o ordenamento jurídico estadual padece de uma grave lacuna, pois a omissão na instituição de exigências adequadas para a qualificação das entidades, resultando na concessão indiscriminada do título jurídico, caracteriza um intolerável risco à proteção dos interesses da sociedade. Por consequência, todo o processo de qualificação encontra-se viciado pela violação à vedação da proteção deficiente, faceta positiva do postulado da proporcionalidade.

92. A esfera de escolha discricionária do administrador na definição do conteúdo dos critérios comporta-se sempre dentro da "zona de penumbra", na qual existem soluções igualmente válidas diante do ordenamento jurídico. Portanto, não cabe ao administrador escolher se exigirá ou não a demonstração de capacidade técnica genérica, capacidade econômica genérica, regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista, e regularidade perante os órgãos de controle. Essas exigências encontram-se inequivocamente na "zona de certeza", pois são requisitos passíveis de serem satisfeitos por qualquer entidade medianamente séria e competente.

93. Nesse sentido, corretamente, concluiu a Comissão de Auditoria a respeito da qualificação técnica:



as exigências de capacidade técnica e econômica, em função do objeto do contrato de gestão só restar devidamente delimitado quando da fase de seleção das propostas, podem ser menos rigorosas, [mas] **o que não se pode é afastá-las por completo, sob pena da qualificação não atingir sua finalidade.**
(...)

A qualificação de uma entidade como organização social de saúde (OSS) só se justifica em função de seu desempenho, ou seja, em razão de deter mais, ou igual, expertise a do Estado na área de saúde, podendo, portanto, imprimir maior eficiência na prestação de serviço do Estado.

Fácil ver que a qualificação empreendida pela Administração colide com o propósito da gestão compartilhada, que é selecionar um rol de entidades especializadas (princípio da especialização) para melhorar a qualidade da prestação do serviço de saúde do Estado.

94. Afinal, o grande mote do programa nacional e estadual de "publicização" é assegurar a eficácia, eficiência e efetividade da prestação dos serviços públicos, mediante a criação de mecanismos de fomento de entidades altruísticas **com expertise em atividades sociais não exclusivas do Estado.** Que sentido faria repassar a gestão dos serviços a entidades neófitas na assistência à saúde ou que não possuem capacidade técnica superior ao da Administração Direta? Seria ilógico.

95. Na mesma senda, vide a opinião de Paulo Modesto:

Outra questão é exigir a existência de patrimônio ou qualificação técnica especial para a própria candidatura de uma entidade privada ao título de organização social. Se se trata de colocar em prática uma parceria, é preciso estimular o



TCE-RO

oferecimento de **contrapartidas** ao apoio do Estado, não parecendo suficiente considerar como contrapartida o simples desempenho de atividade de relevância pública³⁴.

96. A experiência de outros entes da Federação corrobora esse raciocínio. No Estado do Espírito Santo, a qualificação das entidades é precedida da avaliação "*da experiência técnica da entidade interessada ou de seu corpo funcional, conforme a natureza de suas atividades desenvolvidas*" (artigo 3º, §3º, V, do Decreto nº 2.484-R, de 9 de março de 2010).

97. Ademais, é impensável que o Estado não tenha tido a preocupação de assegurar que a delegação da gestão de unidades de saúde seja firmada com entidades que possuem comprovadamente capacidade técnica genérica. Estamos a falar da assistência à saúde do cidadão, precioso direito do cidadão por razões mais do que óbvias. Não é admissível que o Poder Público crie riscos à saúde selecionando deficientemente aquele que atuará em seu nome.

98. A qualificação deve ser deferida às entidades privadas que ostentem condições mínimas que possam indicar objetivamente uma **capacidade técnica genérica** na assistência à saúde. Essa exigência deflui da própria lei. Que outro motivo haveria para que fosse exigida a obrigatoriedade estatutária de que o Conselho de Administração seja composto "por membros de notória capacidade profissional"? Evidentemente, trata-se de apenas uma das condições

³⁴ Cf. MODESTO, op. cit., p. 10.



objetivas que são indiciárias de uma capacidade técnica genérica.

99. Caberia ao decreto indicar critérios objetivos que configurem parâmetros mínimos para atestar, até mesmo hierarquizar, a capacidade técnica da entidade e/ou do corpo funcional. Podem ser citados exemplificativamente os seguintes parâmetros mínimos: (a) tempo mínimo de experiência profissional do corpo funcional; (b) qualificação do corpo funcional (titulação acadêmica, publicações científicas em revistas); (c) demonstração da observância das normas de contabilidade; (d) demonstração genérica da aferição de desempenho e controle de indicadores de qualidade, de acordo com a natureza das atividades desempenhadas; (e) existência de comissão de ética; (f) existência de manual de procedimentos, rotinas sanitárias e tratamento dos resíduos hospitalares; (g) experiência prévia no gerenciamento de determinados tipos de unidades de saúde, etc. De posse dessas informações, seria possível e desejável, até mesmo, exigir da entidade que eventualmente venha celebrar um contrato de gestão a adoção, no mínimo, dos mesmos padrões de desempenho que já possui.

100. A avaliação do cumprimento de critérios de capacidade técnica permitiria até mesmo a **classificação** das organizações sociais de acordo com o grau de satisfação de condições (sempre objetivas), o que evitaria o que Paulo Modesto identificou como o risco de *"padronização excessiva de vantagens e obrigações legais para entidades distintas"*, o que ocorre *"inevitavelmente quando as exigências para concessão do título são muito genéricas, isto é, quando a*



TCE-RO

*lei não cuida de realizar distinções importantes e adota uma formulação excessivamente abrangente"*³⁵.

101. A concessão de títulos jurídicos de acordo com **classificações**, fundadas em critérios claros e objetivos, constitui ademais um **estímulo de melhoria** às entidades do Terceiro Setor. Ao buscarem a elevação da sua classificação, poderão habilitar-se a concorrerem a contratos de gestão de objetos mais complexos e com maior volume financeiro. Certamente, esse seria o intento das entidades mais sérias e comprometidas com a sua missão social.

102. O mesmo raciocínio aplica-se à **qualificação econômica genérica**. Faz sentido qualificar uma entidade que tenha reiteradamente resultados econômicos negativos? Resultados econômicos desfavoráveis são indicativos objetivos de má administração, o que desaconselha a delegação do gerenciamento de recursos e bens públicos³⁶. A própria Lei nº 4.320/1964 já dispunha que *"a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica"*. Com efeito, não

³⁵ Por exemplo, seria razoável que uma entidade que possua experiência prévia apenas no atendimento ambulatorial básico esteja qualificada para participar de uma seleção pública para a celebração de contrato de gestão para gerenciamento de um hospital destinado ao atendimento de alta complexidade? Considerando que a *"experiência anterior em gerenciamento de serviços públicos de saúde"*, é apenas um dos vários critérios de pontuação da proposta, o risco da entidade mencionada vencer a disputa não deve ser desprezado.

³⁶ Seria o mesmo que uma pessoa privada entregar a administração de parte do seu patrimônio a indivíduo que possui diversas restrições junto aos órgãos de proteção ao crédito.



é prudente delegar a gestão de recursos públicos a entidades que não demonstram condições objetivas de boa administração de recursos próprios.

103. A não lucratividade significa apenas a proibição de distribuição de dividendos aos seus membros e a obrigatoriedade de reinvestir as sobras no objeto social. Portanto, mesmo que a entidade não possua fins lucrativos, é esperável de qualquer corporação privada que administre as suas receitas e seu patrimônio de maneira eficiente, de modo a prolongar a sua existência e satisfazer da melhor maneira possível o máximo de pessoas.

104. Dessa forma, é imprescindível que a Administração exija, para efeito de qualificação, critérios gerais e objetivos e procedimentos para avaliar a inviabilidade econômica ou má administração do patrimônio das entidades pretendentes ao título jurídico (como a apresentação dos balanços contábeis etc.).

105. Ademais, devem ser consideradas outras circunstâncias objetivas capazes de indicar a idoneidade da entidade, tal como a própria regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista, as quais são facilmente suscetíveis de avaliação objetiva, bastando que se exija a apresentação das respectivas certidões negativas. Tal circunstância se revela importantíssima, no caso concreto, pois a Comissão de Auditoria constatou que poucas entidades qualificadas atenderiam essas exigências.



TCE-RO

106. Afinal, há interesse público em qualificar como organização social uma entidade que é contumaz devedora do fisco e de seus créditos trabalhistas, considerando que irá gerir recursos e bens públicos? Ora, o objetivo da qualificação é justamente filtrar, antes da própria abertura da seleção de propostas, as entidades que possuam, genericamente, idoneidade para celebrar um eventual contrato de gestão.

107. Poder-se-ia argumentar que a regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista poderia ser examinada, depois da apresentação das propostas. Essa tese, contudo, não se mostra razoável. A antecipação da análise dessas exigências, na própria qualificação, permite que seja dada a oportunidade de a entidade sanear as irregularidades, pois pode tratar-se de falha meramente circunstancial, o que possibilitará o fomento à competitividade dos processos seletivos. Por outro lado, se avaliada a regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista juntamente com a análise das propostas, pode ocorrer de a Administração vir-se obrigada a descartar melhores propostas, devido à inabilitação da entidade proponente. Além disso, sem essas cautelas, qual seria a utilidade de se realizar a pré-qualificação?

108. A melhor interpretação parece ser aquela proposta pela Comissão de Auditoria, no sentido de que no processo de seleção das propostas seja verificada a permanência da regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista, pré-avaliadas na qualificação.



109. Por fim, andou bem a Comissão de Auditoria ao sugerir que a qualificação das entidades deveria estar condicionada à sua situação perante os órgãos de fiscalização (controle interno e externo). A ideia, aliás, está explicitamente consagrada, desde há muito, em norma geral do direito financeiro que dispõe o seguinte: "*Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções*" (Art. 17 da Lei nº 4.320/1964).

110. É claramente razoável e imprescindível exigir que a entidade pretendente ao título de organização social demonstre a sua idoneidade para gerir recursos públicos. Trata-se de consequência direta do princípio da moralidade administrativa, pois não é lícito conceder um título jurídico a entidades do Terceiros Setor envolvidas em graves irregularidades na gestão de recursos públicos. A finalidade dessa exigência é evidente: está relacionada à necessidade de se assegurar a probidade na administração de bens públicos.

111. Por que não exigir que seja apresentada certidão negativa dos órgãos de controle interno e externo dos entes da Federação com quem celebrou convênios ou contratos de gestão nos últimos 5 (cinco) anos³⁷? Ou, ainda,

³⁷ A revogada lei disciplinadora das Organizações Sociais no Distrito Federal previu, genericamente, como requisito da qualificação "*a verificação...*, quanto à candidata à qualificação, nos últimos cinco anos, de: a) **regularidade** fiscal junto às Fazendas Públicas e **órgãos de controle interno e externo**; b) **regularidade da aplicação de recursos públicos repassados sob qualquer título**; c) *regularidade da situação econômico-financeira de seus dirigentes*; d) *observância incondicional das cláusulas estatutárias, inclusive no*



TCE-RO

ESTADO DE RONDÔNIA
TRIBUNAL DE CONTAS
Gabinete do Conselheiro PAULO CURI NETO

Fl. nº

Proc. nº 616/12

Proc. nº 1.572/12

exigir certidão negativa de condenação, em primeira instância, decorrente de ajuizamento de ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa? Cabe, enfim, ao Poder Executivo definir procedimentos e critérios para realizar essa aferição.

112. Por conclusão, está caracterizada a verossimilhança de uma omissão inconstitucional na regulamentação da Lei nº 2.675/2011, a qual prejudica a validade do processo de qualificação, o que repercute no processo de seleção, já que não foi demonstrada a criação de mecanismos acauteladores do interesse público.

113. A não supressão da lacuna normativa é, por si só, causa motivadora de suspensão do certame, haja vista a possibilidade de celebração de contrato de gestão com as entidades que receberam indevidamente o título jurídico. A instituição de critérios impessoais, objetivos e isonômicos que venham a salvaguardar o interesse público é essencial para escoimar os vícios que ocorreram no processo de qualificação das entidades.

114. Portanto, a par da suspensão do certame, deve o Poder Executivo ser cientificado para que supra a lacuna normativa, procedendo a uma regulamentação da Lei nº 2.675/2011, tal como determinado pelos seus artigos 14, 15, parágrafo único, 22, 47 e 53, sendo essa uma das condições para a retomada do processo de terceirização ora em exame.

que se refere à composição de seus conselhos" (artigo 3º, III, da Lei nº 2.177/1998).



115. Para corroborar tudo o que foi acima exposto, no dia anterior a esta sessão, foi firmado, perante a Comissão de Auditoria, termo de declaração subscrito pelo senhor Francisco Sued de Brito Pinheiro Filho, representante da Assembleia Legislativa na Comissão de Seleção das Propostas.

116. Nessa oportunidade, na posição de quem está acompanhando, nas entranhas da própria Administração, todo o processo de implantação da gestão compartilhada da saúde com o Terceiro Setor, deu testemunho, ainda que em linguagem não jurídica, de boa parte das constatações analisadas sumariamente neste voto, externando as suas preocupações sobre as graves consequências decorrentes desses "problemas" e "erros inadmissíveis". Transcrevo abaixo, na íntegra, o teor da declaração:

Termo de Solicitação de Análise de Indício de Irregularidades

Às 11:30 horas, do dia 18 de abril de 2012, compareceu, a convite da Comissão Multidisciplinar de Fiscalização da Implantação das Organizações Sociais de Saúde, no prédio sede do Tribunal de Contas, térreo, o Senhor Francisco Sued de Brito Pinheiro Filho, (representante da Assembléia para compor a Comissão de Seleção das Propostas - COMSEL), para prestar a declaração a seguir.

Declaro que, analisando as empresas qualificadas, observo que há demonstração clara de que existem problemas de documentação para as entidades obterem a qualificação do Estado. Talvez não tenha havido cuidado suficiente, ou possam ter sido enganados na análise da documentação.

Sugiro que a análise seja feita por técnicos devidamente capacitados e peritos aptos para analisar os documentos apresentados.

De acordo com a solicitação feita por mim no dia 13 de abril de 2012, senti boa vontade, do coordenador, Sr. Bandeira, a me encaminhar tudo que tinha, mas na hora que perguntei sobre as publicações efetuadas nos jornais de circulação obtive a triste notícia de que não tinha sido publicado no jornal Folha de São Paulo porque o governo do Estado de Rondônia estava em débito com o jornal e que a pessoa responsável pela publicação era membro de outro núcleo, chamado DECOM, que só veio fazer essa comunicação quando todo processo havia sido encerrado.

Na mesma hora falei para o Sr. Bandeira que em minha opinião devíamos cancelar todas as atividades e todas as ações tomadas até aquele momento, pois acreditava que poderia envolver criminalmente o governador por ter qualificado e certificado essas empresas e também o secretário de saúde e outros membros da saúde por terem passado de forma despercebida erros inadmissíveis para qualificar empresas que não merecem prestar esse serviço a nossa população.

Falei também que havia estranhado que, se não teve a publicação nos grandes jornais, como aquelas empresas tinham tido ciência daquele processo?

Nesse mesmo dia, ao solicitar essas informações, fui informado que mais quatro empresas haviam sido qualificadas. Como elas teriam obtido ciência do processo? Se não houve publicação nos jornais de outros estados? Questionei: será que não estão manipulando essas qualificações e essas certificações? Por que empresas conhecidas, como Santa Marcelina e outras empresas dirigidas por padres e freiras, não estão qualificadas? Será que não tem gente grande envolvida querendo usar a gente?

E me referi à conversa que tínhamos tido em reunião no dia anterior quando a comissão esteve reunida com o Sr. Airton, de uma empresa que foi contratada para dar assessoria neste processo das OS e tinha lhe dito: Sr. Airton e Sr. Bandeira, o MPE E O TCE querem prender vocês e com isso colocar de novo o nome do nosso Estado nas manchetes nacionais e prejudicar o governador e o secretário.



Na mesma hora falei que iria procurar o Ministério Público do Estado - MPE e o Tribunal de Contas do Estado - TCE para tentar ver quais eram os procedimentos que estavam errados e o que poderíamos fazer para consertar não prejudicar o governador e a população. Eles falaram: "Sued, pode procurar e tentar marcar uma reunião que nós iremos conversar com o MPE e com o TCE". Isto me levou a procurar o MPE e o TCE. Ao conversar com a promotora, Dra Emília, por não conhecê-la e sabendo que muitas coisas o MPE não pode antecipar a respeito de suas ações, ela me disse que tinha muita coisa errada, mas que não podia me antecipar.

Da mesma forma, fui ao TCE solicitar informações e obtive a mesma resposta, que o tribunal não poderia antecipar qualquer tipo de irregularidade. Por isso para preservar o patrimônio e o direito do povo do Estado de Rondônia a ter uma saúde qualificada, procurei o membro do TCE, Sr. Paulo Lacerda, pois soube que já havia sido instalada uma comissão para fiscalizar a implantação das OSS e fui até ele para pedir orientação sobre o que eu poderia fazer para evitar um novo escândalo e os desmandos que a meu ver estão a ocorrer para privilegiar algum poderoso.

Em contato com esses membros dos poderes e membros da COMSEL, comentei a gravidade do atendimento e da prestação do serviço de saúde no Estado de Rondônia (principalmente na capital).

Como não sou especialista, mas vislumbro irregularidades nas qualificações, nas certificações e, até mesmo, na aprovação da lei das OSS "(ou seja, inconstitucionalidade da lei)", solicitei ao Sr. Paulo Lacerda que fizesse uma análise técnica para me auxiliar no desempenho de minhas funções como membro da COMSEL.

Registro que encaminharei uma cópia deste "Termo de Solicitação de Análise de indício de Irregularidades" para o Presidente da Assembléia Legislativa, para presidente da Comissão de Saúde da Assembléia Legislativa, para o Ministério Público, para o Sr. Luis Bandeira, Coordenador do NUTEGE, para o Sr. Secretário de Saúde, para o presidente do



TCE-RO

Conselho Estadual de Saúde e para o Governador do Estado.

Francisco Sued de Brito Pinheiro Filho

Declarante

117. Quadra destacar que as tutelas deferidas em caráter de antecipação constituem espécie das tutelas de urgência, de caráter provisório, podendo ser revogadas a qualquer tempo, de ofício ou mediante **contraditório diferido**.

118. Mesmo que ainda não inaugurada a fase contenciosa, o que será realizado brevemente, o gestor e os demais responsáveis e interessados poderão intervir no presente processo, a qualquer momento, com a finalidade de postular a alteração/revogação da antecipação de tutela, apresentando suas razões de fato e de direito, assim como juntando a documentação que entenderem pertinente.

Diante da exposição realizada, corroborando *in totum* a manifestação do Corpo Técnico, submeto ao Pleno desta Corte a seguinte decisão:

I. Com fulcro no artigo 71, IX, da Constituição Federal, no artigo 108-A do Regimento Interno e no artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil, determinar à Secretaria de Estado da Saúde, a título de tutela antecipatória, que:

(a) se abstenha, até ulterior deliberação desta Corte, de dar continuidade ao processo de seleção relativo ao Comunicado de Interesse Público

nº 001/2012, que tem por objeto o gerenciamento de Unidades de Pronto Atendimento - UPA, Porte III, situadas no município de Porto Velho;

(b) se abstenha, até ulterior deliberação desta Corte, de instaurar novos processos de seleção para celebração de contrato de gestão compartilhada dos serviços de saúde, em decorrência das graves irregularidades detectadas na fase de pré-qualificação;

II. Cientificar, em antecipação de tutela, o Chefe do Poder Executivo Estadual acerca da necessidade de supressão da lacuna normativa decorrente da omissão inconstitucional do Decreto nº. 16.483/12, quanto à regulamentação adequada dos artigos 4º e 47 da Lei Estadual 2.675/11, devendo, sob pena de inviabilizar a validade do processo de qualificação, proceder à regulamentação de mecanismos de controle necessários para assegurar, no processo de qualificação das entidades, a demonstração da capacidade técnica genérica, da capacidade econômica genérica, de regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista, e da regularidade na aplicação de recursos públicos perante os órgãos de controle, mediante a definição de critérios impessoais, objetivos, isonômicos, de modo a adequar os marcos regulatórios aos princípios constitucionais do direito público;

III. Com fulcro no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil combinado com o artigo 286-A do



TCE-RO

ESTADO DE RONDÔNIA
TRIBUNAL DE CONTAS
Gabinete do Conselheiro **PAULO CURI NETO**

Fl. nº

Proc. nº 616/12

Proc. nº 1.572/12

Regimento Interno, em caso de descumprimento das ordens de não fazer contidas nas alíneas "a" e "b" do item I acima mencionado, arbitrar multa diária coercitiva, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

- IV. Devolver os autos do Processo nº 1.572/2012 à Comissão de Auditoria para análise conclusiva acerca do Comunicado de Interesse Público nº 001/2012;
- V. Devolver os autos do Processo nº 616/2012 conclusos ao Conselheiro Relator, para que seja promovida a definição de responsabilidade, de modo a assegurar a ampla defesa; e
- VI. Dar ciência da decisão ao Governador do Estado, ao Presidente da Assembleia Legislativa, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Promotor de Justiça da Saúde, ao Secretário de Estado da Saúde, ao Coordenador do Núcleo Técnico de Gestão, ao Controlador-Geral do Estado, ao Procurador-Geral do Estado, ao Conselho Estadual da Saúde e aos Conselhos fiscalizadores das profissões da saúde.

Sala das Sessões, 19 de abril de 2012.

PAULO CURI NETO
Conselheiro Relator