



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

1/18

ADMINISTRAÇÃO DIRETA ESTADUAL – SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DA PARAÍBA – DENÚNCIA COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR EM FACE DE SUPOSTO VÍCIO NO EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO N.º 07/2018 PARA SELEÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO DA SAÚDE (OSS) PARA O GERENCIAMENTO E OFERTA DE AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NA UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO – UPA 24 HORAS, LOCALIZADA NO MUNICÍPIO DE GUARABIRA-PB.

CONCLUSÕES DA AUDITORIA - EM FACE DE INCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS QUE FRUSTRAM O CARÁTER COMPETITIVO E INCORREM EM CUSTOS DESNECESSÁRIOS - POSSÍVEIS INFRINGÊNCIAS À LEI 8.666/93 - SUGESTÃO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR.

PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR – INEXISTÊNCIA DO “FUMUS BONI IURIS” E DO “PERICULUM IN MORA” – INDEFERIMENTO - PROSSEGUIMENTO DO RITO ORDINÁRIO.

DECISÃO SINGULAR DS1 TC00002 / 2019

RELATÓRIO

Adoto como relatório, o da Auditoria, frente às circunstâncias de tempo e eventual prejuízo, com vistas à concessão, ou não, de antecipação da tutela:

1. APRESENTAÇÃO

Trata-se de denúncia, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, encaminhada pela Fundação Miguel Batista (FUMIB), Organização Social de Interesse Público, em face da Secretaria de Estado da Saúde, acerca de supostas irregularidades, correlatas ao Processo de Chamamento Público nº 007/2018, para seleção de organização social no âmbito da saúde (OSS) para o gerenciamento e oferta de ações e serviço de saúde na unidade de pronto atendimento-UPA 24 horas, localizado no município de Guarabira-PB, a ocorrer às 10:00 hs do dia 27 de dezembro do presente ano.

O documento tramitou pela Ouvidoria que reconheceu a pertinência da delação e aportou na DIAGM II para análise.

Por se tratar de mesma matéria, o Documento TC 90.881/18 foi juntado ao presente caderno processual.

2. ANÁLISE DA AUDITORIA

2.1. RESUMO DA DENÚNCIA:

Suscita, o denunciante, que o edital contém requisitos de habilitação totalmente restritivos, sem relevância financeira e qualitativa, podendo favorecer algum possível interessado. Aduz, ainda, que não foram observados os requisitos legais que regem a matéria e, por fim, alega:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

2/18

10. Dentre todos os requisitos de habilitação foram inseridas cláusulas totalmente restritivas, sem relevância financeira e qualitativa, elaboradas em total desconformidade com as normas aplicáveis a licitação, a jurisprudência dos tribunais de contas e as práticas aceitáveis, podendo favorecer algum possível interessado.

11. Outrossim, o edital não atende às exigências contidas no art.1º, parágrafo único, IV, da Lei estadual nº. 9.454, e 06/10/2011, pela ausência de critérios objetivos visando a seleção da Organização Social em cominação com o artigo 2º do mesmo diploma legal, fruto de que como pode se observar no Anexo III e item 5.8 do edital, os recursos financeiros destinados pela Organização Social poderão ser utilizados para o pagamento de despesas de natureza administrativa e/ou gerenciamento, desde que não ultrapassem o percentual de 2% (dois por cento) do valor global do CONTRATO DE GESTÃO, cenário claro de taxa de administração, algo vedado por diversos cortes de contas, bem como não demonstram correlação a legislação que determina que a entidade não tenha fins lucrativos.

12. Além disso, a previsão de repasse de 2% do valor global do contrato de gestão a título de pagamento de despesas de natureza administrativa gera grave dano ao erário, sendo que os itens de despesas admitidos nessa rubrica "extra" já estão contidos no Quadro III do item 12 do Anexo II, referente ao Custo total da unidade, que podem ser observados na aba modelo MODELO - SISTEMA DE APURAÇÃO E GESTÃO DE CUSTOS DO SUS (APURASUS), mas, não é só isso os custos se somam junto com outros serviços de prestadores conforme pode ser visto no quadro do rateio da Organização Social, sendo que o rateio da OSS deve ser verificado por custo total de receitas e despesas, e não de forma unitária.

13. Além disso, o Estado da Paraíba cunhou o Decreto Legislativo 33.884 de 3 de maio de 2013, que dispõe que as despesas administrativas serão de 15% (quinze por cento), como visto abaixo:

Art. 48. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, sendo vedado:

I – realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar;

II – pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público, integrante de quadro de pessoal de órgão ou entidade pública da administração direta ou indireta, por serviços de consultoria ou assistência técnica, salvo nas hipóteses previstas em leis específicas e na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

III – alterar a natureza do objeto do convênio ou contrato de repasse, ainda que de forma parcial, exceto no caso de ampliação da execução do objeto pactuado ou para redução ou exclusão de meta, sem prejuízo da funcionalidade do objeto contratado;

IV – utilizar, ainda que em caráter emergencial, os recursos para finalidade diversa da estabelecida no instrumento, ressalvado o custeio da implementação das medidas de preservação ambiental inerentes às obras constantes do Plano de Trabalho;

V – realizar despesa em data anterior à vigência do instrumento;

VI – efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento, salvo se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado;

VII – realizar despesas com taxas bancárias, multas, juros ou correção monetária, inclusive referentes a pagamentos ou recolhimentos fora dos prazos, exceto, no que se refere às multas, se decorrentes de atraso na transferência de recursos pelo concedente, e desde que os prazos para pagamento e os percentuais sejam os mesmos aplicados no mercado;

VIII – transferir recursos para clubes, associações de servidores ou quaisquer entidades congêneres, exceto



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

3/18

para creches e escolas para o atendimento pré-escolar ou conforme legislação específica;

IX – realizar despesas com publicidade, salvo a de caráter educativo, informativo ou de orientação social, da qual não constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal e desde que previstas no Plano de Trabalho, observando-se o que for definido no convênio ou em instrumento normativo do concedente;

X – efetuar pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista do Estado ou dos Municípios, nos termos do inciso X do artigo 167 da Constituição Federal; e,

XI – firmar convênio com prazo de vigência indeterminado. Parágrafo único. Os convênios celebrados com entidades privadas poderão acolher despesas administrativas até o limite de 15% (quinze por cento) do valor do objeto, desde que expressamente autorizadas e demonstradas no respectivo instrumento e no plano de trabalho.

14. Denota-se, que o decreto determina que a taxa administrativa, não poderá ter caráter de realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar, mas, o referido edital não dispõe sobre tal questão.

15. Ademais, o prejuízo ao critério fica mais claro e patente no tocante ao item 2.1 do edital do certame ao determinar que:

2.1. Comprovação da condição de Organização Social qualificada para a área de Saúde, no âmbito deste Estado, mediante a apresentação da publicação no Diário Oficial do Estado da Paraíba do Decreto Governamental dispondo sobre a qualificação ou Portaria confirmando-a por Ato da Secretária de Estado da Administração, nos termos dos Arts. 3º, 7º e 33 da Lei Estadual nº. 9.454/2011, com seus objetivos relacionados ao objeto deste Edital

16. Nesse sentido, a prévia qualificação irá restringir o certame, impedindo a competitividade do certame, sendo ainda que a licitação será no período de festas, bem como no fim do atual governo e em período em que o Judiciário e o Tribunal de Contas se encontra em recesso, cenário em que se cria uma situação fática de difícil ou de impossível reparação.

17. Somado a isto, a restrição das entidades que irão participar ao certame daquelas qualificadas poderá causar grave prejuízo ao erário, fruto de que entidades que atuam no Estado e se encontram qualificadas inclusive foram objeto de busca e apreensão após terem sido acusadas de casos de corrupção neste Estado e em outros da federação, impedindo que novas entidades possam se qualificar.

18. O objeto do certame envolve o gerenciamento de contratos de gestão de recursos aplicáveis na saúde, bem como objeto o gerenciamento de Unidade de Pronto Atendimento (UPA), devendo o Estado da Paraíba possuir o máximo de zelo no certame, fruto de que as decisões tomadas irão impactar diretamente na vida de milhares de cidadãos paraibanos.

19. Com efeito, cabe destacar que a busca pela melhor proposta e projeto é uma das finalidades da Licitação. Por isso, não podem ser adotadas medidas que danifiquem o caráter competitivo do certame. De tal modo, as cobranças de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para a busca do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI, CF), como podemos ver abaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

4/18

mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

20. Cabe frisar que o edital foi publicado em 07 de dezembro de 2018, nos últimos dias da atual gestão, possuindo a previsão da abertura dos envelopes em 26 de dezembro de 2018, possuindo o prazo de 20 (vinte) dias corridos ou cerca de 12(doze) dias úteis, pois, como mencionamos anteriormente estaremos em período de recesso e festas.

21. Mas, não é só a questão do prazo exíguo que se verifica a restrição da competitividade, a restrição decorre na exigência de diversos atestados que visam frustrar a competitividade e a disputa, como pode ser visto abaixo:

d) Comprovação de experiência técnica para desempenho da atividade objeto do Contrato de Gestão, apresentando:

d.1) Comprovação de qualificação e experiência em gestão/ administração/ coordenação de unidades de saúde do responsável técnico da Organização Social em Saúde e comprovação de regularidade de inscrição de pessoa jurídica junto ao Conselho Regional de Medicina. A experiência deverá ser comprovada através de atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado. Já a qualificação deverá ser comprovada através de diploma de graduação em Medicina.

d.2) Comprovação de, pelo menos, uma experiência anterior por parte da organização social proponente, pertinente e compatível com os serviços a serem executados, através de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado (que não seja a proponente), indicando local, natureza, volume, período de atuação (especificando a quantidade de dias,

meses e anos, ou a data de início e fim da prestação de serviço) e qualidade que permitam avaliar o desempenho da entidade, devendo especificar o porte da unidade de saúde onde os serviços foram prestados, através de:

a. Comprovação de experiência em gestão de serviço de saúde pública em unidade de atenção secundária ou terciária.

b. Comprovação de experiência em gestão de serviços de saúde pública ou privada em unidade de atenção secundária ou terciária, em Município com população no ano de publicação deste Edital, igual ou superior a 100.000 (cem mil) habitantes.

c. Comprovação de experiência em gestão de serviço público ou privado com ações voltadas à urgência e emergência, em especial, na implantação ou operacionalização de hospitais porta de entrada para a rede de urgência e emergência e/ou unidades de pronto atendimento – UPA 24 HRS.

d. As comprovações descritas nas letras “a” e “b” limitar-se-ão à demonstração, pela entidade, de sua experiência técnica e gerencial na área relativa à atividade a ser executada, ou pela capacidade técnica do seu corpo dirigente e funcional.

d.3) Possuir protocolos e procedimentos que já tenham sido desenvolvidos em unidades assistenciais em saúde de média e alta complexidade com o perfil descrito acima, devidamente atestados pelos responsáveis técnicos e administrativos das respectivas áreas:

Regimento interno do serviço;

Rotinas dos procedimentos por serviços;

• Padronização de medicamentos;

• Padronização de material;

• Procedimentos operacionais padrões referentes aos seguintes processos: SADT, Suprimentos e Logística, Lavanderia, CME, SND, CCISS e o protocolo para compras e contratação de serviços e de pessoal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

5/18

d.3.1) Quanto aos protocolos, os mesmos não devem ser impressos. Serão anexados à proposta por meio de mídia eletrônica – CD ou pen drive. Deverão o arquivo eletrônico ter um índice que facilite a busca dos protocolos para serem analisados e tenha a fonte de origem informada, mesmo que seja da própria proponente.

d.4) Comprovação de possuir em seu quadro, no mínimo, 03 (três) profissionais, através de contrato ou pela CLT, de nível superior com graduação ou especialização em gestão em saúde, com experiência comprovada através de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado que comprovem ter realizado ou participado da administração de hospitais porta de entrada para a rede de urgência e emergência e/ou unidades de pronto atendimento – UPA 24 HRS. Os referidos profissionais devem se manter atuantes e no quadro funcional profissional da contratada durante todo o período de vigência do contrato. Em caso de término de vínculo do profissional supracitado, o mesmo deve ser imediatamente substituído por profissional com igual perfil.

22. Contudo, o edital não apresenta problemas tão somente na questão atinentes a competitividade de, mas a sua própria segurança jurídica, pois, no item a 5.15 do Edital determina:

5.15 É obrigatório disponibilizar toda a documentação apresentada nos envelopes em CD ou pen drive, inseridos nos autos, a fim de facilitar a análise no julgamento

23. Causa estranheza a determinação de que se apresente os arquivos em pen drive, fruto de que estes podem ser deletados, modificados, causando clara insegurança jurídica.

24. Além, a insegurança jurídica também ocorre no momento em que a Comissão não se utiliza de email institucional como podemos ver no item 4.5, que segue abaixo:

4.5. Até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para a realização da sessão pública poderão ser solicitados esclarecimentos por escrito, cabendo à Comissão Especial de Seleção prestar as informações no prazo de até 01 (um) dia útil antes da data fixada para a realização da sessão pública. Os esclarecimentos deverão ser encaminhados aos cuidados da Comissão Especial de Seleção e protocolados na Sala da CPL, situada na Sede do SES, no endereço já indicado acima, ou pelo canal digital: licitacao.ses@tcepe.com.br.

25. Mas, a ilegalidade existente no edital, não se restringe a competitividade, mas, também em repassar obrigações de licitar ou mesmo de contratar para a futura organização social, ao dispor que a contratada deverá realizar investimentos através de repasse do dinheiro público, como pode ser visto a seguir:

6.2.1. O valor estimado a ser repassado para investimento, na fase inicial, será de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e diz respeito à reforma e adequação do piso da UPA 24 HRS – GUARABIRA. Deste montante, será repassado até o décimo dia após a publicação inicial do Contrato de Gestão o valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), referente à primeira parcela.

O montante remanescente será repassado em mais 01 (uma) parcela, no segundo mês do contrato, no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), sujeito à apresentação da medição e laudo da Engenharia da SES. Na fase operacional da UPA 24 HRS – GUARABIRA, o valor relativo aos investimentos na unidade de saúde realizados pela OS será ressarcido após o final do exercício financeiro, mediante apresentação à



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

6/18

SES/PB de relatório de prestação de contas acompanhado da Comissão Especial para Seleção de Organizações Sociais – CESOS/SES-PB devidamente de todas as notas fiscais, no montante até 10% (dez por cento) do valor do contrato, de acordo com as regras contidas no Anexo III.

26. Com efeito, o edital ainda exige Balanço Patrimonial registrado na Junta Comercial, e não faz qualquer menção ao SPED, deixando de aceitar Balanço Patrimonial devidamente registrado no SPED, como pode ser visto abaixo:

c.9) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, devidamente registrados na Junta Comercial, já exigíveis e apresentados, conforme exigência do Art. 1.179 da Lei nº 10.406/02, ou através de instrumento autorizado e reconhecido pelas normas contábeis que comprovem a boa situação financeira da entidade, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta.

c.9.1) O balanço patrimonial deverá estar assinado por contador ou por outro profissional equivalente, devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade, além dos administradores previstos na Lei nº 6.404/1976.

c.9.2) No caso de associação constituída no exercício social vigente, admite-se a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao período de existência da sociedade.

c.9.3) A comprovação da boa situação financeira da entidade proponente será efetuada com base no balanço apresentado, e deverá, obrigatoriamente, ser formulada, formalizada, apresentada pela proponente em papel timbrado da instituição e assinada.

c.9.4) As instituições constituídas no ano em exercício e que, diante disso ainda estiverem aptas ao certame, deverão apresentar apenas o Balanço de Abertura.

27. É de conhecimento notório de todos que o Governo Federal emitiu o Decreto nº 6.022/2007, que instituiu o Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), prevendo que os livros e documentos contábeis e fiscais serão emitidos em forma eletrônica, não existindo a necessidade de se registrar o livro na Junta Comercial.

28. Com efeito, a Junta Comercial não mais registra os Livros (Balanços), a impor para os mesmos, a ECD perante a Receita Federal. Nesse sentido, a Instrução Normativa DNRC nº 10708 é clara:

“Art. 16. A geração do livro digital deverá observar quanto à:

I – escrituração e incorporação dos Termos de Abertura e de Encerramento, as disposições contidas no Manual de Orientação do Leilante da Escrituração Contábil Digital – LECD, aprovado pela Instrução Normativa RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007;

(...)

Art. 18. O livro digital será enviado pelo empresário ou sociedade empresária ao Sped com o respectivo requerimento de autenticação à Junta Comercial, ficando o livro disponível naquele Serviço para ser visualizado pelo autenticador da Junta Comercial.

(...)

Art. 19. O Sped remeterá à Junta Comercial arquivo contendo os Termos de Abertura e de Encerramento do livro digital, respectivo Requerimento, assim como



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

7/18

outros dados necessários à análise daqueles instrumentos pelo mencionado Órgão, complementada pela visualização do livro no ambiente daquele Serviço”.

29. Outra questão que merece destaque é que diferentemente de outros Chamamentos Públicos, de forma que causa estranheza, a administração irá abrir inicialmente os envelopes de número 1, que são os que possuem a proposta técnica e econômica, já o envelope 2, cujo o conteúdo é o da documentação, hipótese em que a vencedora poderá não atender todos os critérios, inexistindo critério objetivo, levando todo o certame ao fracasso.

30. Ademais, outro vício existente no presente edital se refere ao início da Gestão, onde não esclarece a partir de qual data a gestão se iniciará por parte da Organização Social, bem como se a implantação irá ocorrer de forma imediata ou em data posterior.

DA ILEGALIDADE E FALTA DE LISURA DO EDITAL COMBATIDO E NECESSIDADE DE ANULAÇÃO, RETIFICAÇÃO E REPUBLICAÇÃO DO MESMO

31. É certo que há a necessidade de aferição da capacidade técnica nos certames, porém, deve-se única e exclusivamente ser para que a Administração Pública ou qualquer outro sujeito a processo licitatório possa averiguar se o licitante detém a qualificação necessária para gerir e cumprir o contrato administrativo, caso seja declarado vencedor da licitação.

32. A exigência de atestados de capacidade técnica, portanto, objetiva avaliar a experiência do interessado, no sentido de tornar possível que se identifique a sua capacidade em bem executar o objeto do futuro contrato. No referido Edital se prevê equivocadamente a comprovação de experiência em gestão de serviços de saúde pública ou privada em unidade de atenção secundária ou terciária, em Município com população no ano de publicação deste Edital, igual ou superior a 110.000 (cent. mil) habitantes, bem como a necessidade de qualificação e experiência em gestão/ administração/ coordenação de unidades de saúde do responsável técnico da Organização Social em Saúde e comprovação de regularidade de inscrição de pessoa jurídica junto ao Conselho Regional de Medicina, devendo para tanto a experiência ser comprovada

através de atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, e ainda a qualificação deverá ser comprovada através de diploma de graduação em Medicina.

33. É certo que a complexidade existente no Chamamento Público para selecionar a entidade responsável pelo contrato de gestão impõe cuidados necessários pela Administração na exigência de aptidão dos interessados. Entretanto, o edital impugnado, no entanto, excede completamente os parâmetros legais aplicáveis às exigências de experiência anterior dos licitantes, em face de excessiva especificidade imposta para a comprovação da capacidade técnica.

34. A demora e a desproporcionalidade da exigência de qualificação técnica ora impugnado tornam evidente a incompatibilidade do edital em referência com a Lei 8.666/93. Nesse sentido, o art. 30, § 1º, inc. I da Lei nº 8.666/93, determina que a exigência de qualificação técnica profissional deve se restringir a comprovação de maior relevância, vedadas exigências de quantitativos mínimos. Eis o artigo citado:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

8/18

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a:

a) quanto à capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

9/18

garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

35. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal (STF) na ADIN 1923, assegurou a constitucionalidade do contrato de gestão com organizações sociais devendo o procedimento de qualificação ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas.

36. O objetivo da Administração ou melhor da contratante não pode ser a contratação de entidade especializada na execução de um serviço específico, mas a contratação de uma entidade capacitada para a execução do escopo licitado. A capacitação técnica deve ser aferida de forma genérica, sendo vedada a imposição de detalhes irrelevantes para a comprovação de experiência necessária à realização da gestão em serviço de saúde.

37. As vedações legais às exigências de capacitação técnica específica são essenciais à tutela da competitividade, pois, sem elas as licitações teriam sempre os mesmos destinatários, quais sejam as empresas detentoras de atestados idênticos ao escopo, sem possibilidade de novas empresas nessas licitações.

38. Neste sentido, ensina Amônio Roque Citadini: "A Administração pode fazer exigência de limites mínimos, mas estes devem estar dentro de um parâmetro que lhe permita aferir a capacidade do licitante para executar o objeto. Não pode, porém, valer-se somente de dados de execução, vindo a exigir dos interessados que comprovem ter executado contratos em quantidades iguais às que pretende contratar. O administrativo há de encontrar, para cada caso concreto, uma maneira objetiva de aferir a capacidade técnico-operacional dos interessados, de forma a garantir a possibilidade de participação daqueles que tenham real capacidade potencial para desenvolver obras e serviços com a segurança que o interesse público requer, mesmo que ainda não tenham feito, principalmente, no que se refere aos quantitativos, (in Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de licitações Públicas, ed. Max Limonad)

39. A exigência de atestados de atividades específicas termina por ferir o princípio da isonomia, pois, discrimina entidades igualmente qualificadas e capacitadas.

40. Ampliar o universo dos concorrentes respeitando a lei é sempre conveniente na fase de habilitação, porém, desconsiderar a lei talvez um benefício direto de alguma concorrente em detrimento de outra, é medida



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

10/18

injusto, ainda mais no cenário dos escândalos que ocorrem no Estado e de entidades sendo sancionadas pelo Tribunal de Contas.

41. Mas, não é só, neste cenário a entidade poderá apresentar o melhor projeto para a gestão, mas, não irá sagrar vencedora, cenário daquele famoso ditado popular "Ganhou, mas não levou".

42. Vale lembrar, também, que há dispositivo Constitucional no sentido dos argumentos expostos, mais precisamente no artigo 37 inciso XXI que dispõe:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da Lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, (grifos nossos).

43. A conduta do responsável pelo Edital demonstra-se totalmente irregular, desatendendo aos princípios gerais da licitação, não podendo prevalecer e continuar existindo, fruto que acabou reduzindo a competitividade do certame, ou melhor, extinguindo a competitividade, hipótese totalmente vedada pela Lei 8.666/93 em seu art. 3º, § 1º, I, bem como pelos Tribunais de Contas, serão vejamos:

Art. 3. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a

Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo dos que lhe são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, inclair ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, (grifos nossos).

44. De acordo com a acima citada anteriormente, não pode existir licitação que faça distinção entre os licitantes, seja beneficiando determinados proponentes, seja prejudicando no julgamento. O princípio da igualdade entre os licitantes é o princípio irrevogável na licitação.

45. O Professor CELSO A. BANDERA DE MELLO leciona que "o princípio da igualdade consiste em assegurar tratamento uniforme às pessoas que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (isto é, a face da constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento"

46. O modelo estabelecido pelo responsável para o concurso de projetos, tomando características de habilitação técnica desproporcional, aboliu o caráter competitivo do certame, causando todo transtorno as organizações sociais não qualificadas, fazendo com que o procedimento em tela privilegiasse algumas entidades, ferindo, assim, o princípio da impessoalidade.

47. Com efeito, o referido princípio é base dos procedimentos licitatórios, que tem como objetivo balizar Administração alcançar a finalidade principal das licitações, consistindo na obtenção do melhor projeto com o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

11/18

melhor custo, baseado na eficiência da gestão do estrão, tendo como princípio a concessão de iguais oportunidades para todos os interessados.

48. MARÇAL JUSTEN FILHO explana sobre a importância do princípio da igualdade ao dissecar sobre o art. 3º da Lei 8.666/93: "A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração. A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se na medida em que existe diferença. (...) (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética).

49. Além disso, de que modo o ente público decreta comprovação de aptidão técnica para projetos de saúde e gestão baseados em quantitativos, acentuando-se o caráter restritivo à competição.

50. Ademais, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em lição lapidada: "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

51. Assim, em vista da finalidade almejada com a exigência de habilitação técnica e do próprio cenário legal que serve de fundo, a exigência de comprovação de qualificação técnico-profissional deve restringir-se ao tocante ao gerenciamento da saúde, sem adentrar em números.

52. Entende-se que em uma licitação envolvendo contratos de gestão, devam ser efetuadas exigências técnicas até para evitar a contratação de entidades sem qualquer experiência. No entanto, a exigência de capacitação com maior especificidade, confere caráter restritivo à competitividade e afrontam a Lei de Licitações.

53. É flagrante a irregularidade presente no edital, acima elencado, tanto em seu caráter técnico quanto jurídico.

Importante repetir que o sub item antes descrito e cuja capacitação técnica exigida aqui se questiona, não condiz com a hipótese de relevância financeira

nes termos preconizado pela doutrina e jurisprudência, e tampouco possuem valor significativo, já que a cidade de possui 58.881 habitantes.

55. A lei almeja avaliar ao ente público o mínimo para execução qualitativa àquele contrato, mas não pode utilizar tal argumento com o objetivo de se impor a restrição imotivada ao certame.

56. De acordo com o explanado por Hely Lopes Meirelles, em seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, 22a Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, "o princípio da impessoalidade impõe ao administrador público peritar ato apenas para o fim que a norma indica, de forma expressa ou implícita, como objetivo do ato". Nesse diapasão, complementa "que a violação desse princípio caracteriza o desvio de finalidade, isto é, a prática de ato administrativo visando unicamente a satisfazer interesses privados, quer seja beneficiando, por favoritismo, alguns em detrimento de outros, quer prejudicando terceiros, por perseguição do agente público".

57. A aplicação desse princípio na fixação das exigências de qualificação técnica resulta na vedação do estabelecimento de restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas, com o objetivo de direcionar a licitação para determinados concorrentes em detrimento dos demais licitantes, ou, na impossibilidade de deixar de se exigir qualificação técnica considerada indispensável à garantia da Administração Pública, apenas para permitir a participação no certame de determinado concorrente, que não teria condição de participar da licitação se fossem cumpridas as exigências legais.

58. No mesmo diapasão, afirma Gasparini, em sua obra *GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo*, 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.8, "A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. É o que impõe ao poder público este Princípio. Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação."

59. Desta forma, o ato administrativo da impessoalidade não deve ser formado tendo como objetivo a pessoa de alguém. Não pode e não deve ser



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

12/18

<p>dirigido com o objetivo de beneficiar esta ou aquela pessoa, esta ou aquela empresa.</p> <p>60. Considerando que a finalidade de apresentação de atestados em uma licitação é demonstrar a efetiva experiência da empresa na execução de obras ou serviços similares àquele objeto da licitação, não se pode conceber que em uma licitação imponha tão grande restrição sem qualquer respaldo legal.</p> <p>61. Assim, diante do vício verificado no Edital combatido, já antes explicado, busca-se através desta Representação a efetiva anulação parcial, retificação e republicação do Edital em referência, com anulação de eventuais atos praticados a partir da divulgação do mesmo, a fim de regularizar o ato convocatório e oportunizar a obtenção da proposta mais vantajosa e que satisfaça apenas a necessidade de toda a coletividade, que se dará através da obra a ser construída.</p> <p>62. Quando constatada a ilegalidade grave na análise de editais, este Egrégio Tribunal de Contas poderá determinar cautelarmente, em decisão preliminar, a sustação do procedimento licitatório, indicando as ilegalidades e os dispositivos violados, fixando um prazo para o titular da unidade gestora apresentar justificativas, adotar medidas corretivas necessárias ou promover a anulação do procedimento, se assim decidir.</p> <p>63. Trata-se do presente caso de caso de urgência, pois, a data fixada para habilitações e entrega de proposta de preços será em 27/12/2018 às 10 horas (vide Edital anexado), portanto, há risco de grave lesão ao erário ou a direito de possíveis licitantes, entre eles a aqui Representante, que poderá ver se afastada do certame pelas razões antes indicadas. Desta forma, para assegurar a eficácia da decisão de mérito, espera-se que através de despacho singular à autoridade competente seja por este Tribunal dada ordem de suspensão do procedimento licitatório até a deliberação pelo Tribunal Pleno acerca do aqui alegado.</p> <p>64. Assim sendo, busca-se inicialmente a imediata suspensão do Chamamento Público 007/2018 até que seja declarada a nulidade do ato</p>	<p>convocatório, para que possa então ser reformado o edital adequando-o às normas e princípios vigentes do ordenamento jurídico.</p> <p>65. Destaca-se que para ficar caracterizado o vício não é preciso que a irregularidade seja derivada de uma intenção reprovável, basta a identificação de cláusulas restritivas ou indevidas que acarretam prejuízos tanto para a Administração quanto para os licitantes. A inobservância dos ditames legais significa afronta ao princípio da legalidade consagrado na Constituição Federal em seu artigo 17.</p>
---	--

Ao fim requer:

- a) a concessão de medida cautelar, a fim de que seja determinada a imediata suspensão do Chamamento Público 007/2018, e, o segundo, ao final, para que seja cancelada a licitação nos termos do artigo 49 da Lei 8.666 193; e*
- b) que o edital seja retificado e republicado o Edital em referência, com anulação também de eventuais atos que possam ter sido praticados a partir da divulgação do mesmo, a fim de regularizar o ato convocatório em atendimento ao princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa à coletividade, republicando-o sem o vício aqui combatido, qual seja, exigência de capacidade técnica excessiva, a falta de publicidade do certame, bem como este não cause danos aos erários.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

13/18

2.2 ENTENDIMENTO DA AUDITORIA

Em apertada síntese a auditoria entende:

1. Quanto a taxa de administração do contrato de gestão, a Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011, estabelece:

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

...

Parágrafo único. Os convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, poderão acolher despesas administrativas até o limite de 15% (quinze por cento) do valor do objeto, desde que expressamente autorizadas e demonstradas no respectivo instrumento e no plano de trabalho.

A legislação estadual, Decreto n 33.884/2013, segue a redação do Governo Federal, não havendo qualquer irregularidade no ponto suscitado.

2. Com relação à qualificação como OS para participar da licitação e consequente contrato de gestão, O TCE PB, em sede de consulta tendo como base o art. 24, XXIV (que trata da celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo) orientou que a qualificação para formalizar o contrato de gestão deve ser anterior a assinatura do contrato, e através da respectiva entidade política, União, Estado e Município. **Logo não há irregularidade neste ponto.**

3. No tocante aos prazos legais para abertura do chamamento, a ação da administração está amparada na lei, **não havendo suspensão dos prazos administrativos no mês de dezembro.**

4. No que se refere ao item d.1, do edital, o texto é dúbio e pode levar ao entendimento de que os atestados de técnica operacional devam ser registrados no Conselho Regional de Medicina, além do que se sabe que a administração de entidades hospitalares não está restrita a médicos. Há profissional específico como o administrador hospitalar que não poderá participar do chamamento. **Portanto entende-se, nesse ponto, como procedente a denúncia, todavia insuficiente, de per si para a concessão da suspensão solicitada.**

5. Relativamente ao item d.2.b que dispõe:

d.1) Comprovação de qualificação e experiência em gestão/ administração/ coordenação de unidades de saúde do responsável técnico da Organização Social em Saúde e comprovação de regularidade de inscrição de pessoa jurídica junto ao Conselho Regional de Medicina. A experiência deverá ser comprovada através de atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado. Já a qualificação deverá ser comprovada através de diploma de graduação em Medicina.

d.2) Comprovação de, pelo menos, uma experiência anterior por parte da organização social proponente, pertinente e compatível com os serviços a serem executados, através de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado (que não seja a proponente), indicando local, natureza, volume, período de atuação (especificando a quantidade de dias, meses e anos, ou a data de início e fim da prestação de serviço) e qualidade que permitam avaliar o desempenho da entidade, devendo especificar o porte da unidade de saúde onde os serviços foram prestados, através de:

a. Comprovação de experiência em gestão de serviço de saúde pública em unidade de atenção secundária ou terciária.

b. Comprovação de experiência em gestão de serviços de saúde pública ou privada em unidade de atenção secundária ou terciária, em Município com população no ano de publicação deste Edital, igual ou superior a 100.000 (cem mil) habitantes.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

14/18

É digno de registro que a população do Município de Guarabira está estimada em 58.492 habitantes¹. Como o subitem do edital supramencionado requer comprovação de no mínimo 100 mil habitantes, tal atestado não é compatível com o objeto do chamamento, e vai de encontro ao princípio norteador do art./ 30 da Lei 8.666/93:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

...

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;(grifei)

Conclui-se, portanto, **que a exigência não é compatível para a população do município de Guarabira e, por consequência, desarrazoada e restritiva a participação de potenciais interessados.**

6. O subitem D4, determina que a entidade participante da licitação, tenha em seu quadro de pessoal, profissionais contratados pela CLT. É pacífica a jurisprudência dos Tribunais de Contas no sentido de entender ilegal exigências dessa natureza, por impor gastos desnecessários aos interessados em concorrer a licitação. **Portanto, tal a exigência apresenta-se abusiva.**

7. O item 5.15 do edital solicita a apresentação de documentos através de meios eletrônicos:

5.15.É obrigatório disponibilizar toda a documentação apresentada nos envelopes em CD ou pen drive, inseridos nos autos, a fim de facilitar a análise no julgamento.

Não se reveste de ilegalidade a solicitação, primeiro porque o licitante pode solicitar a contrafé do documento; segundo o Decreto 3.555/00, admite a solicitação de documentos eletrônicos no pregão presencial:

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

Aplicando-se subsidiariamente a regra a esta licitação, **não há espaço para se apontar ilegalidade.**

8. Para o prazo de estabelecido para impugnar o edital de 03 (três) dias antes da abertura da licitação, a lei 8.666/93 determina:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

...

§ 1o Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113.

Portanto o edital seguiu o que a lei estabelece., **não havendo irregularidade a ser suscitada.**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

15/18

9. No tocante aos valores estabelecidos no edital e os comparando com outros contratos de gestão no âmbito da Paraíba, não parece o valor desarrazoado.

Por fim, quanto ao balanço comercial e sua forma de apresentação, se eletrônica SPED ou física com registro da junta comercial, a lei 8.666/93 estabelece:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômicofinanceira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

A lei de licitações remete a apresentação do balanço à legislação específica, “na forma da Lei”. Deve-se, no caso, alertar a comissão para que o aceite tanto na forma tradicional, com registro da junta comercial, quanto na eletrônica.

3. CONCLUSÃO

Pelo o exposto, e:

Considerando a inclusão de exigências editalícias que frustra o caráter competitivo e/ou incorrem em custos desnecessários assumidos anteriormente à contratação, são atos vedados pelo art. 3º, § 1º, inciso I da Lei 8.666/93 e Súmula TCU nº 272/2012, respectivamente;

Considerando desrespeito ao espírito do art. 30 e seguintes da Lei 8.666/93;

Considerando resguardar o interesse do administrador, dos licitantes e da sociedade e a ordem jurídica,

Sugere-se, não sendo outro melhor juízo, a concessão de medida cautelar, fundamentada nos Artigos. 87, X e 195, §1º, do RITCE/PB, com vistas a suspender o procedimento na fase que se encontrar, como também qualquer processamento de despesa, inclusive pagamento, que tenha por base Processo de Chamamento Público nº 007/2018, para seleção de organização social no âmbito da saúde (OSS) para o gerenciamento e oferta de ações e serviço de saúde na unidade de pronto atendimento-UPA 24 horas, localizado no Município de Guarabira-PB.

É o relatório.

DECISÃO DO RELATOR

1. Nos termos do art. 169 do Regimento Interno deste Tribunal, “qualquer cidadão, partido político, associação, sindicato ou Membro de Ministério Público é parte legítima para denunciar perante o Tribunal de Contas do Estado”.
2. Da sua parte, o art. 171, inciso I, do mesmo Diploma Regulamentar, observa que a denúncia deve versar sobre matéria da competência do Tribunal, que decidirá sobre a legalidade dos atos de gestão (§ 1º do art. 1º da Lei Orgânica deste Tribunal).
3. Sabe-se que a Medida Cautelar é ato de prevenção promovido no âmbito dos Tribunais de Contas, que têm o objetivo de prevenir “lesão ao erário e garantir a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

16/18

efetividade das decisões” da Corte, sendo tal competência reconhecida pacificamente pelo Supremo Tribunal Federal¹.

4. O Regimento Interno do Tribunal trata de procedimento de emissão de Medida Cautelar de forma bastante resumida, daí porque os Relatores lançam mão, subsidiariamente, do que prevê a respeito o Código de Processo Civil e assim o fazem autorizados pelo art. 252 da própria norma regimental.
5. Concede-se, cautelarmente, a suspensão de relações jurídicas até o julgamento do mérito, desde que presentes o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco do resultado útil do processo) e o *fumus boni juris* (probabilidade do direito), nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil.
6. No presente caso, a Secretaria de Estado da Saúde (SES) realizou o procedimento de **Chamamento Público n.º 07/2018** para a contratação de gerenciamento das ações de saúde pública da Unidade de Pronto Atendimento 24 horas de Guarabira.
7. Requer o denunciante, após alongadas considerações: “a) a concessão de medida cautelar, a fim de que seja determinada a imediata suspensão do Chamamento Público 07/2018, e, o segundo, ao final, para que seja cancelada a licitação nos termos do artigo 49 da Lei 8.666/93; e b) que o edital seja retificado e republicado, com anulação também de eventuais atos que possam ter sido praticados a partir da divulgação do mesmo, a fim de regularizar o ato convocatório em atendimento ao princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa à coletividade, republicando-o sem o vício aqui combatido, qual seja, exigência de capacidade técnica excessiva, a falta de publicidade do certame, bem como este não cause danos aos erários”.
8. Por seu turno, a Auditoria, após realizar sua análise técnica, concluiu no seguinte sentido:

Considerando a inclusão de exigências editalícias que frustram o caráter competitivo e/ou incorrem em custos desnecessários assumidos anteriormente à contratação, são atos vedados pelo art. 3º, § 1º, inciso I da Lei 8.666/93 e Súmula TCU nº 272/2012, respectivamente;

Considerando desrespeito ao espírito do art. 30 e seguintes da Lei 8.666/93;

Considerando resguardar o interesse do administrador, dos licitantes e da sociedade e a ordem jurídica,

Sugere-se, não sendo outro melhor juízo, a concessão de medida cautelar, fundamentada no Artigos. 87, X e 195, §1º, do RITCE/PB, com vistas a suspender o procedimento na fase que se encontrar, como também qualquer processamento de despesa, inclusive pagamento, que tenha por base Processo de Chamamento Público nº 007/2018, para seleção de organização social no âmbito da saúde (OSS) para o gerenciamento e oferta de ações e serviço de saúde na unidade de pronto atendimento-UPA 24 horas, localizado no município de Guarabira-PB (grifei).

9. Com efeito, é preciso ponderar que, tanto a denúncia quanto a análise técnica se prendem a normativos e doutrina que não dizem respeito ao procedimento de Chamamento Público.
10. Veja-se que na sua conclusão sugerindo a emissão de Medida Cautelar, a Unidade Técnica de Instrução remete a normativo (Lei n.º 8.666/93), doutrina e jurisprudência administrativa do TCU (Súmula 272/2012), aplicáveis aos PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, o que não se enquadra no presente caso. Da

¹ MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

17/18

mesma forma, conduz-se o denunciante, utilizando do mesmo instrumento legal antes mencionado e de argumentos semelhantes, imaginando poder sustentar nestes o seu pedido.

11. Por oportuno, nunca é demais trazer à baila o ensinamento do Eminentíssimo Ministro do STF, Luiz Fux na obra “Organizações Sociais após a Decisão do STF na ADI 1.923/2015”, realizada em conjunto com os Professores Paulo Modesto e Humberto Falcão Martins², segundo o qual:

Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a celebração do contrato de gestão com as organizações sociais deve ser conduzido de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.” (grifos nossos)

12. Ora, se o Chamamento Público não se atém formalmente ao procedimento licitatório ordinário, não se há de cobrar aspectos, exigências e nuances nele previstos no procedimento ora analisado, assim:
 - 12.1. O regime jurídico a ser seguido no Chamamento Público é o previsto nas Leis Federal n.º 9.637/98 e atualizações e a Estadual n.º 9.454/11, esta última instituindo o Programa Gestão Pactuada e regulamentando a qualificação das Organizações Sociais (OS), entre outras providências. Em favor deste raciocínio não é demais acrescer o que prevê o art. 20 da Lei n.º 9.637/98, tratando do mesmo assunto aqui debatido, qual seja, a criação, em caráter nacional, do Programa Nacional de Publicização, que nada mais é que o procedimento ora enfocado.
 - 12.2. Antecede ao procedimentos de Chamamento Público, ou durante este, a qualificação das OS mediante Decreto do Chefe do Poder Executivo, art. 3º da Lei Estadual n.º 9.454/2011, e para isto, deverá cumprir as exigências do art. 4º ao 7º da referida lei.
 - 12.3. Em seguimento, tem-se a **SELEÇÃO**, que se dará mediante CHAMAMENTO PÚBLICO, com as suas peculiaridades previstas no edital, devendo ser consideradas, no julgamento das propostas, a regularidade jurídico-fiscal, a boa situação financeira dos entes participantes, bem assim, a necessária experiência técnico-profissional da eventual OS contratada para a gestão do serviço público (vide art. 8º, inciso I a III da Lei nº 9.454/2011).
 - 12.4. Designada a vencedora, detém esta a prioridade de assinação do **CONTRATO DE GESTÃO**. ESTE É O PROCEDIMENTO ADEQUADO A SER SEGUIDO NO CASO SOB ANÁLISE, ou seja, o exame da conformidade, dentre outros aspectos, do procedimento à luz da legislação específica (Lei Federal n.º 9.637/98, e atualizações, e a Estadual n.º 9.454/11).
13. Isto posto, afastadas estão todos os questionamentos referentes à Lei de Licitações, exceto o que está previsto na Lei Federal n.º 9.637/98 e atualizações e a Estadual n.º 9.454/11.
14. Assim sendo, não se tem a *fumaça do bom direito* para a edição de uma medida acautelatória, tampouco a *urgência* em face de eventual prejuízo que poderia advir, já que as impropriedades apontadas poderão ser corrigidas a qualquer tempo, inclusive com a determinação da anulação do ato convocatório, na forma da lei.
15. Chama-se a atenção o fato da Administração da Secretaria da Saúde estabelecer a abertura das propostas na undécima hora do exercício de 2018, assim como, do

² FUX, Luiz et al. Organizações Sociais após a Decisão do STF na ADI 1.923/2015. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág. 83.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO ELETRÔNICO TC N.º 00524/19

18/18

lado do denunciante, não estar este municiado previamente das exigências para participação em procedimentos da espécie.

16. À míngua dos pressupostos necessários à emissão de tutela antecipada de ação do controle externo, via **MEDIDA CAUTELAR**, visando fazer cessar o **Chamamento Público nº 07/2018**, NEGO esta, mas não afasto a possibilidade de que a denúncia seja apurada, ainda que em rito ordinário.
17. Por isto tudo, recebo a denúncia formulada pela **FUNDAÇÃO MIGUEL BATISTA (FUMIB)** aqui reiteradamente debatida e, em consequência, determino:
 - 17.1. a imediata citação da Secretária de Estado da Saúde, Senhora **CLÁUDIA LUCIANA DE SOUSA MASCENA VERAS** e do Presidente da Comissão de Chamamento Público para comparecerem aos autos, no prazo de 15 (quinze dias), contados a partir da publicação desta decisão, segundo a Resolução RN TC nº. 06/2018, para se contraporem ao que aponta a denúncia e as conclusões da Auditoria.
 - 17.2. após as providências a serem adotadas de acordo com o subitem 17.1 anterior, os autos prosseguirão de acordo com o rito ordinário.

Publique-se, intime-se e registre-se.
Gabinete do Conselheiro Marcos Antônio da Costa
João Pessoa, 07 de janeiro de 2019.

mgsr

Assinado 7 de Janeiro de 2019 às 14:24



Cons. Marcos Antonio da Costa

RELATOR