



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

TRIBUNAL PLENO DE 22/05/13

ITEM N° 05

**EXAME PRÉVIO DE EDITAL
MUNICIPAL**

Processo: TC-000498.989.13-6

Representante: Instituto Bom Jesus.

Representada: Prefeitura de Itapetininga.

Objeto: Impugnações ao edital de seleção n° 01/2013, que objetiva eleger Organização Social de Saúde para gerenciamento do Hospital Regional de Itapetininga "Doutor Léo Orsi Bernardes".

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada por **Instituto Bom Jesus**, impugnando o edital de seleção n° 01/2013, que objetiva eleger Organização Social de Saúde para gerenciamento do Hospital Regional de Itapetininga "Doutor Léo Orsi Bernardes", com recebimento das propostas inicialmente marcado para 11 de abril p.p..

Reclama de supressão de prazo para apresentação dos envelopes de proposta técnica e econômica, em razão do disposto nos itens 3.2 e 5.2 do edital¹, inviabilizando que entidades

¹ - Cláusula 3 - Condições de Participação

3.2 Na Comprovação da Condição

3.2.1 Comprovação da condição de Organização Social qualificada no âmbito do Município de Itapetininga para a área da saúde, nos termos da Lei Municipal n° 5.684/2012, e Decreto Municipal n° 993/2013, e suas alterações, mediante a apresentação da publicação no Diário Oficial do Município da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

eventualmente obtenham qualificação no Município como *Organização Social de Saúde* e participem do processo seletivo⁽²⁾.

Denuncia suposta "omissão" do edital, a ausência de "informações essenciais", a exemplo do "número de funcionários estimados para a execução do referido contrato", imprescindível, segundo o autor, para formulação de propostas.

Dá, também, pela ausência de "planilha de composição de custos unitários que possa balizar a proposta financeira" de entidades interessadas, nos termos previstos no artigo 7º, § 2º, II, da Lei de Licitações; careceria o edital, ainda, "da especificação acerca de quais plantões de retaguarda serão obrigatórios na gestão".

Requeru fosse determinado à Municipalidade a sustação do certame e a retificação do ato convocatório, para supressão dos defeitos assinalados na inicial, com inclusão das informações que postula.

qualificação de Organizações Sociais, com seus objetivos relacionados ao objeto deste Edital.

Cláusula 5 - Apresentação dos Envelopes de Proposta Técnica e Econômica e Comprovação de Experiência Técnica e de Documentação de Habilitação

5.2 Envelope nº 2 - Documentação de Habilitação:

(...)

b. Cópia da publicação no Diário Oficial do Município da qualificação da Entidade pela Comissão de Qualificação de Organização Social da área de saúde no âmbito do Município do Itapetininga.

²⁾ "A última edição do Diário Oficial do Município que antecede a entrega dos envelopes ocorreu no último sábado, dia 06 de abril, inviabilizando assim a participação de entidade que, eventualmente tenha apresentado toda a sua documentação atinente a obtenção da sua qualificação no Município e depende exclusivamente da publicação do Decreto Municipal no Diário Oficial do Município para comprovar a sua condição de entidade qualificada como Organização Social".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Exame preliminar das questões alçadas na inicial, reconhecendo presunção de ofensa à isonomia entre potenciais prestadores dos serviços, afronta a condições instituídas no artigo 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, fomentou despacho (D.O.E., 11/04/13), determinando fosse o certame sustado, providência referendada por este E. Plenário, em sessão de 17 de abril último.

Segundo a Municipalidade, "a impugnante confunde integralmente o prazo instituído para participação da seleção de Organização Social com aquele necessário à qualificação prévia, como Organização Social no Município de Itapetininga".

"Na data de 22/02/13 o Município publicou o edital de Convocação Pública nº 01/2013", garantido "o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentação das propostas, ou seja, o máximo instituído pela Lei 8.666/93"; "se considerado o intervalo entre o primeiro dia útil subsequente à publicação da Lei e do Decreto que disciplinava a qualificação das entidades (07/01/13), até a data da última publicação na Imprensa Oficial do Município anterior ao prazo de entrega dos envelopes (06/04/13), verifica-se que as entidades desejosas em qualificar-se tiveram cerca de três meses para providenciar a documentação exigida e, conseqüentemente, a qualificação garantida. É, pois, tempo, mais que suficiente."

Esclarece que "A composição do quadro de pessoal mantida hoje no Hospital, que difere da que era mantida pela OSCIP gestora do serviço no exercício anterior, não é estanque, tampouco deve ser imposta pelo Poder Público, já que deve ser dimensionada por quem gerencia o serviço".

E "Mesmo que qualquer entidade interessada necessite de tal informação, como parâmetro para a elaboração da proposta, o edital estabelece dois procedimentos para a obtenção desta



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou de qualquer outra informação relacionada ao serviço", "a vistoria técnica, prevista no item 5.1.4, que é condição essencial para a apresentação das propostas" e o acionamento do "item 6.5, que estabelece que em até 05 (cinco) dias antes da data fixada para a realização da sessão pública poderiam ser solicitadas informações por escrito à Comissão Especial de Seleção".

Também enfatiza que "A composição de custos unitários para a proposta de gerenciamento do Hospital Regional constitui um dos principais parâmetros de avaliação das propostas, pois além de permitir seu julgamento e avaliação, demonstra também a capacidade de cada um dos participantes no tocante ao dimensionamento dos subitens que compõem a planilha orçamentária de custeio do serviço, ou seja, potencializa o caráter competitivo da seleção".

Rebaixando razões da autora, pede que seja reconsiderada a sustação do processo seletivo e, dada a "precariedade enfrentada" em função de contrato emergencial celebrado, que seja autorizado a dar-lhe seguimento "sem a fixação de novo prazo para recebimento das propostas", ou que se "fixe prazo não superior a 05 (cinco) dias".

Assessoria Técnica-Chefia é pela procedência parcial da representação, tão somente na parte relativa à regulamentação da qualificação de interessados - por meio de decreto do Chefe do Poder Executivo de Itapetininga-, "Afim, referido procedimento se mostra excessivo diante da Lei n° 9.637/98".

Ministério Público acrescenta que "Não bastasse a restritividade do tipo de procedimento adotado para a qualificação da entidade, o edital, de forma desarrazoada, limita a participação no certame às entidades qualificadas como Organização Social somente no âmbito do Município de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Itapetininga, nos termos da Lei Municipal n° 5.684/12 e Decreto Municipal n° 993/2013 (item 3.2)“.

“Nessa seara, recentemente o Plenário desta Augusta Corte de Contas enfrentou e julgou, em sede de exame prévio de edital, incidente de inconstitucionalidade de lei municipal, negando-lhe aplicação no âmbito do TC-000877-989-12-9 (EPE), cujo representante foi JM da Silva Oliveira - ME e a Prefeitura Municipal de São José dos Campos foi a representada. Nessa ocasião, diante de caso análogo ao dos presentes autos (restrição da competitividade do certame com base em lei municipal autorizativa da discriminação, o debate evoluiu brilhante e pertinentemente“.

Bem por isso, assinala “o caráter imperativo da análise de conformidade constitucional dos atos normativos no âmbito das competências deste Tribunal. Trata-se de dever-poder e não mera faculdade, tal como bem sustentado pela Súmula 347 do Supremo Tribunal federal. O exame prévio de edital, independentemente do fato de ser rito célere, não está imune a tal compreensão de integridade do ordenamento jurídico pátrio“.

No mais, dá por improcedente as demais impugnações, e, em tempo, ressalta “embora conste do edital genericamente a necessidade de se observar as Normas do Ministério da Saúde, do Ministério do trabalho e Emprego e as Resoluções dos Conselhos Profissionais (item 4.6.1) (...), de todo recomendável que a municipalidade avalie a conveniência de especificar os protocolos que preveem padrões de qualidade e números mínimos de profissionais da saúde demandados para cada tipo de procedimento que se espera contratar nos termos do Edital“(3).

³⁾ 4.6. Parâmetros Relacionados à Gestão



Propugna a procedência parcial da representação, "com determinação à Origem para que permita a participação no certame de entidades qualificadas como Organização Social na área da saúde perante outros entes da federação, bem como avalie a conveniência de indicar expressamente os protocolos que trazem padrões de qualidade e números mínimos de profissionais da saúde aplicáveis à matéria".

Secretaria-Diretoria Geral também é pela procedência parcial da representação, ponderando que "a exigência de comprovação de qualificação como condição de participação (subitem 3.2.1) e de habilitação (alínea "b", do subitem 5.2), mediante a apresentação de cópia da publicação do decreto de certificação, de fato afasta da disputa as entidades que já se encontram, eventualmente, qualificadas e que estejam aguardando o Executivo publicar o respectivo ato administrativo no Diário Oficial do Município, que, aliás, é editado apenas uma vez por semana".

Este o relatório.

GCECR
RLP

4.6.1. O Hospital deve dispor de recursos humanos qualificados, com habilitação técnica e legal, com quantitativo compatível para o perfil da unidade e os serviços a serem prestados. Deverá obedecer às Normas do Ministério da Saúde, do Ministério do Trabalho e Emprego MTE, especialmente a Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Assistência à Saúde, assim como as Resoluções dos Conselhos Profissionais.



VOTO

Há consenso quanto à improcedência das queixas relacionadas à ausência de "informações essenciais para formulação de proposta" (em particular, do "número de funcionários estimados para a execução do referido contrato") e de "planilha de composição de custos unitários", ficando a cargo da entidade interessada, nos termos do subitem 7.12 c/c Anexos Técnicos V, VI e VII do edital, prover suas propostas (técnica e econômica) para gerenciamento do hospital a partir do dimensionamento de quadro de pessoal e de custos ajustados, coerentes e comprometidos com os propósitos nelas virtualmente alçados, que oportunamente "serão analisadas e pontuadas conforme os critérios constantes" dos referidos Anexos.

SDG ainda pondera que "no que tange à ausência de planilha de composição de custos unitários, não há motivo para maiores preocupações, diante da existência no instrumento convocatório do orçamento estimativo do contrato (R\$ 35.052.000,00 - subitem 8.1) e da planilha de serviços a serem prestados pela entidade contratada, com os devidos quantitativos (Anexo Técnico III), o que acredito ser o necessário à elaboração de propostas".

Não bastasse, o Secretário Geral de Negócios Jurídicos do Município de Itapetininga chama a atenção para o fato de que "o Edital estabelece dois procedimentos, ambos sequer utilizados pela representante, que permitiam que os interessados tivessem acesso a quaisquer informações de natureza administrativa, técnica e econômica: a vistoria técnica e a solicitação de informações endereçada à Comissão Especial de Seleção", como



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

efetivamente previstos nos subitens 5.1.4 e 6.5.1 do aludido Edital de Seleção N.º 001/2013⁴.

Sem embargo do entendimento compartilhado por órgãos de assessoramento técnico e, em especial, das razões deduzidas pelo douto Ministério Público, não causa má impressão a censura à previsão (contida tanto no preâmbulo quanto no subitem 3.2.1 do instrumento convocatório) de que as proponentes haveriam de se submeter a ritual de qualificação para gerenciamento de hospital "em âmbito do Município do Itapetininga", como indisputável pressuposto de habilitação no torneio.

⁴ - 5. APRESENTAÇÃO DOS ENVELOPES DE PROPOSTA TÉCNICA E ECONÔMICA E COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA TÉCNICA E DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO.

Subitem 5.1.4 As entidades interessadas em participar do processo seletivo devem realizar vistoria técnica mediante prévio agendamento, por intermédio da Secretaria Municipal de Saúde, responsável Fábio dos Santos Nascimento pelo telefone (15) 3376-9632 ou pelo e-mail gabinete.saudeitapetininga@gmail.com.

6. DATA, LOCAL, HORÁRIO DE REALIZAÇÃO E ESCLARECIMENTOS

Subitem 6.5 Até 05 (cinco) 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 1 (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 protocolizados no Protocolo Geral situado na sede da Prefeitura Municipal de Itapetininga, na Praça dos Três Poderes, nº 1.000, Jardim Marabá - CEP 18200-900 Itapetininga-SP, ou dirigidos para o e-mail: gabinete.saudeitapetininga@gmail.com

6.5.1 Todos os esclarecimentos formulados serão respondidos pela Secretaria Municipal de Saúde com cópia para todas as demais Entidades que tenham manifestado interesse em participar do processo seletivo. A cada esclarecimento será atribuído um número.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

De se observar que a norma municipal, de constitucionalidade tangencialmente objetada pelo *Parquet*, em linhas gerais limita-se a reproduzir os termos da Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e em ponto algum traz inovação digna de registro, de molde a criar alguma espécie de ônus aos eventuais aspirantes, diversamente, a título de exemplo, da Lei Complementar 846/98, que dispõe sobre a qualificação de organizações sociais no Estado de São Paulo, ao que fixa, em seu artigo 2º, parágrafo único, como requisito para que essa particular modalidade de credenciamento se concretize, produção de prova de a entidade "possuir serviços próprios de assistência à saúde, há mais de 5 (cinco) anos.

Em suma Senhores Conselheiros, até mesmo renovando entendimento que tive a oportunidade de externar por ocasião do julgamento do precedente⁵ invocado pela douta Procuradora de Justiça que oficiou nos presentes autos, permito-me perseverar na conclusão de que aos Chefes de Poder Executivo não resta alternativa senão a de fazer cumprir norma regularmente editada pelo correspondente

⁵ - Processo eTC-000877.989-12-9 - Relator: e. Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho - Exame Prévio de Edital - Representação proposta por JM da Silva Oliveira - ME contra o edital de Pregão Presencial nº 294/2012 da Prefeitura Municipal de São José dos Campos objetivando aquisição de eletrodomésticos e eletrônicos.

Em sessão ordinária de 12/09/12 o E. Tribunal Pleno decidiu julgar procedente a Representação, determinando à Prefeitura Municipal de São José dos Campos que retifique o edital do Pregão Presencial nº 294/2012 (...). Vencidos os Conselheiros Robson Marinho, revisor, e Edgard Camargo Rodrigues.

Em sessão ordinária de 21 de novembro de 2012 o E. Tribunal Pleno negou provimento ao Pedido de Reconsideração interposto, para o fim de manter, em todos os seus termos, a respeitável decisão hostilizada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Legislativo que, no caso concreto, na conformidade do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, buscou disciplinar o processo de qualificação de entidades que pretendam figurar como parte em contrato de gestão visando à administração do Hospital "Doutor Léo Orsi Bernardes", sobretudo quando (referida norma) não se distingue por deformidade propensa a saneamento pontual ou, no extremo, suscetível a procedimento de invalidação, como ventilado ao longo da preparação do feito.

Salvo melhor avaliação, não se identifica excrescência na referenciada Lei Municipal nº 5.684/12 - ou sequer no correspondente Decreto Nº 993/13 - que esteja por sugerir violação de preceito constitucional e, portanto, a recomendar intervenção do Órgão de Controle Externo via acionamento das disposições do artigo 81 e parágrafos da Lei Complementar nº 709/93⁶.

De mais a mais, sobreleva a nota de que a própria Lei 8.666/93, em seu artigo 24, inciso XXIV, preceitua que é dispensável a licitação "para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para as atividades contempladas no contrato de gestão" (grifei), de onde se presume que o credenciamento "em âmbito do município do Itapetininga" não caracteriza, ao menos aos olhos do legislador federal, procedimento por si só execrável, porque em

⁶ - Lei Complementar nº 709/93

Artigo 81 - Se por ocasião do julgamento de qualquer feito pela Câmara, esta verificar a inconstitucionalidade de alguma lei ou ato do Poder Público, os autos serão remetidos à discussão em Sessão do Tribunal Pleno para pronunciamento preliminar sobre a matéria.

§ 1º Na primeira Sessão Plenária o relator do feito exporá o caso, procedendo-se em seguida a deliberação sobre a matéria.
§2º Proferido o julgamento pelo Tribunal Pleno e publicada a respectiva deliberação, serão os autos devolvidos à Câmara, para apreciar o caso de acordo com a decisão prejudicial.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

alguma medida perigoso à supremacia do interesse público.

De alguma utilidade, nessa perspectiva, reprodução de material de cunho doutrinário extraído da página eletrônica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Centro de Estudos):

E os Estados e Municípios perante a Lei federal n. 9.637/98? Na verdade, os Estados e Municípios, se quiserem se utilizar dessa nova forma de parceria na sua administração, deverão aprovar suas próprias leis. Deve-se lembrar que a matéria diz respeito à forma de prestação de serviços de competência da respectiva entidade estatal. Por conseguinte, somente a entidade estatal competente pode legislar sobre o tema. A Lei n. 9.637/98 não é uma lei nacional, cujas normas gerais seriam aplicáveis aos Estados e Municípios, tanto assim que ela não faz menção ao assunto, como ocorre, por exemplo, com a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93, art. 1º, parágrafo único).

A Lei federal n. 9.637/98 pode servir como modelo para os Estados e Municípios, com as adaptações indispensáveis às suas peculiaridades, em especial no que diz respeito aos serviços que entendam convenientes que sejam prestados pelo setor privado. Em alguns lugares serão atividades voltadas à cultura (proteção ao patrimônio histórico, museus etc.), em outros à preservação do meio ambiente (parques florestais, jardins públicos), em outros ao ensino e à pesquisa (institutos de pesquisa) ou à saúde (ambulatorios, creches, asilos etc). A vantagem de se acolher o modelo federal é a possibilidade de se obter para as organizações sociais do Estado ou Município os mesmos benefícios concedidos às organizações sociais da União (repasso de verbas federais, sessão de bens etc.), desde que a legislação local não contrarie os preceitos da lei federal (art. 15).

Note-se que não é obrigatório o modelo federal. É apenas conveniente. Segundo consta, muitos Estados e Municípios já aprovaram suas leis, ainda com base na Medida



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Provisória n. 1.648/97 (da qual resultou a Lei n. 9.637/98), alguns com pleno êxito, como Porto Alegre⁷.

Resta, outrossim, debater a alegada insuficiência temporal para apresentação de propostas, que teria origem, tal qual sugerido na petição de ingresso, no subitem 3.2.1 e também no item 5.2, alínea "b", do edital.

Nesse exclusivo ponto de abordagem, a argumentação de defesa é bastante persuasiva, ao passo que demonstra que, em verdade, houve superabundância de prazo para esse específico mister.

“Em 04 de janeiro de 2013 foi publicada na Imprensa Oficial do Município de Itapetininga a Lei Municipal n° 5.684/2012. Sua regulamentação deu-se através do Decreto n° 992/2013, também publicado na mesma data.

Referidos instrumentos normativos estabeleceram que as Organizações Sociais interessadas em se qualificar junto ao Município de Itapetininga poderiam fazê-lo mediante a apresentação de documentos, a partir do dia 07 de janeiro de 2013, ou seja, o 1° dia útil subsequente à publicação das respectivas normas.

Na data de 22 de fevereiro de 2013, o município publicou o Edital de Convocação Pública n° 01/2013 que objetiva selecionar a melhor proposta técnica financeira para fins de assinatura de contrato de gestão, com as Organizações Sociais qualificadas no âmbito do Município de Itapetininga.

Diante da complexidade da matéria, o instrumento garantiu o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentação das propostas, ou seja, o máximo instituído pela Lei

⁷ - Texto de autoria de Eurico de Andrade Azevedo - Procurador da Justiça aposentado e sócio do Escritório Andrade Azevedo e Alencar Consultoria Jurídica.



8.666/93. *Essa cautela adotada visava exatamente impedir qualquer restrição de competitividade no ato de seleção.*

(...)

Portanto, se considerado o intervalo entre o primeiro dia útil subsequente à publicação da Lei e do Decreto que disciplinava a qualificação das entidades (07/01/2013), até a data da última publicação da Imprensa Oficial do Município anterior ao prazo de entrega dos envelopes (06/04/2013), verifica-se que as entidades desejosas em qualificar-se tiveram cerca de três meses para providenciar a documentação exigida e, conseqüentemente, a qualificação garantida. É, pois, tempo mais que suficiente”.

Por derradeiro, igualmente não vinga a afirmação de que o requisito de habilitação consistente na entrega de “cópia da publicação no Diário Oficial do Município da qualificação da Entidade pela Comissão de Qualificação de Organizações Sociais, como Organização Social da área de saúde no âmbito do Município do Itapetininga” (item 5.2 - alínea “b” do edital) pode afetar negativamente o índice de competitividade do processo de seleção pública de interesse e que bastaria, no discurso da representante, “simples apresentação do Decreto acerca da sua qualificação, não carecendo, para a eficácia do ato, da sua publicação no Diário Oficial do Município que, para agravar a situação, possui edição semanal”.

Ainda que neste particular ponto a linha de raciocínio edificada pela representante não se revele digna de aplausos e adesão, ou mesmo indutora de reflexões mais cautelosas e aprofundadas, peço vênias para colacionar doutrina, apenas como singelo (e até mesmo desnecessário) contraponto argumentativo:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é perante as partes e terceiros.

A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige⁸.

No caso, o "regulamento" a ser respeitado é sem dúvida o Edital de Seleção n° 001/2013, à obviedade imune a ataques quando inclui no rol de documentos necessários à habilitação a propalada "cópia da publicação no Diário Oficial do Município da qualificação da Entidade (...)".

Pelos fundamentos então expostos, o presente voto declara a **improcedência** da representação proposta pelo Instituto Bom Jesus com decorrente cassação da liminar de sustação do certame e autorização para que o Município de Itapetininga, se assim o desejar, dê continuidade à seleção regulamentada pelo Edital n° 001/2013.

GCECR
RLP

⁸ Hely Lopes Meirelles - DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO - 21ª Edição - Malheiros Editores - pág. 86.