

**MINISTÉRIO PÚBLICO
DE CONTAS**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
1ª PROCURADORIA DE CONTAS

PROCESSO:	TCE/002980/2011
ÓRGÃO JULGADOR:	TRIBUNAL PLENO
RELATOR:	CONS. PEDRO HENRIQUE LINO DE SOUZA
NATUREZA:	AUDITORIA E INSPEÇÃO
RESPONSÁVEL/PARTE:	JORGE JOSÉ SANTOS PEREIRA SOLLA
ORIGEM:	SECRETARIA DA SAÚDE – SESAB
VINCULAÇÃO:	SECRETARIA DA SAÚDE – SESAB

PARECER

1. RELATÓRIO

Retorna a este MPC o presente feito, tendo por objeto a Auditoria de Inspeção procedida pela 2ª Coordenadoria de Controle Externo na Secretaria Estadual da Saúde, com vistas à avaliação de distintos aspectos de contratos firmados no âmbito daquela Secretaria, especialmente a economicidade, eficiência e eficácia na execução daqueles ajustes (contratos gestão firmados com Organizações Sociais, com vistas à gestão de unidades hospitalares componentes da rede estadual de saúde).

Ao longo do exame, a Auditoria adotou como fonte de critérios o rol de normas apresentado às fls. 5/6, dentre as quais importa destacar: Constituição Federal de 1988; Lei Complementar Federal no 101/2000; Lei Federal n.º 8.080/1990; Lei Federal no 8.666/1993; Lei Federal no 9.637/1998; Constituição Estadual de 1989; Lei Complementar Estadual n.º 005/1991; Lei Estadual n.º 8.647/2003; Lei Estadual n.º 9.433/2005; Decretos Estaduais n.º 8.890/2004 e n.º 9.588/2005; Resolução Regimental n.º 012/93 do TCE, bem como os Princípios Fundamentais de Contabilidade.

Concluída a análise, a 2ª CCE externou suas impressões por meio do Relatório de Auditoria (fls. 1/114), no bojo do qual apresenta as deficiências, inadequações, irregularidades e ilegalidades detectadas nos ajustes examinados, especialmente no tocante à falta de

controle por parte da SESAB, concluindo que a transferência da gestão (dos serviços de saúde) a terceiros não representou melhora efetiva no atendimento à população.

Ouvido este MP de Contas (conforme Parecer datado de 04/10/2011, acomodado às fls. fls. 121/133), o feito foi levado à apreciação do Tribunal Pleno deste TCE-BA, que resolveu determinar, além da notificação e oitiva dos responsáveis diretos, a apresentação (por parte do Titular da SESAB) de um Plano de Ação que contemplasse medidas saneadoras (conforme teor da Resolução n.º 79/2011, exarada pelo Pleno em 13/10/2011, fls. 209/210).

Importa registrar que, enquanto prosseguia a marcha processual no âmbito deste TCE-BA, Ministério Público de Contas e Ministério Público do Estado da Bahia (em seu Grupo de Atuação de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – GEPAM), conjuntamente, instauraram procedimento investigativo, tendo por objeto questões envolvidas nos ajustes em tela, culminando com a expedição da Recomendação n.º 01/2012 – dirigida ao Titular da SESAB, procedimento sobre o qual serão delineadas as necessárias considerações.

Adotadas as medidas regimentais e administrativas, e apresentados os vindicados esclarecimentos (além dos fólhos acostados aos presentes encartes processuais, os cadernos espirais em anexo), a 2ª CCE procedeu ao cotejamento entre os pontos outrora levantados e as justificativas prestadas pelos indigitados gestores, depois do que ratificou as conclusões a que tivera chegado em seu primeiro pronunciamento (fls. 519/530).

Deu-se, então, nova vista a este Órgão Ministerial.

Em síntese, é o que cumpre relatar

2. FUNDAMENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 conferiu aos Tribunais de Contas prerrogativas para que procedessem à apreciação dos atos da Administração Pública direta e indireta (em suas distintas formas), tanto no que diz respeito às despesas, quanto em relação à arrecadação de receitas. E, para que referida missão constitucional fosse cumprida a contento, a própria Carta Magna estabeleceu prismas fundamentais, a partir dos quais a atividade de fiscalização deverá ser planejada e efetivamente desenvolvida. A análise mais detida do art. 37 da CRFB/1988 revela que - legalidade, moralidade e eficiência (e/ou economicidade) - constituem os vetores fundamentais da atividade em referência.

Fazendo uso da competência que lhe é atribuída pela Magna Carta de 1988, bem como pela legislação específica (mormente a Constituição Estadual de 1989 - art. 91, II), o Tribunal

de Contas do Estado da Bahia procede, *in casu*, ao controle externo dos atos praticados pelo Poder Executivo estadual, na medida em que aprecia distintos aspectos (especialmente legalidade, razoabilidade, economicidade e eficiência) de distintos contratos de gestão firmados, como relatado, no âmbito da Secretaria Estadual da Saúde - SESAB.

Precedendo ao debate que será promovido, impende considerar como aqui reproduzidas (portanto repisadas) as considerações fáticas e jurídicas atinentes tanto ao poder geral de cautela, quanto ao poder geral de antecipação (constantes da derradeira manifestação deste MPC), vez que estão postos como importantes ferramentas garantidoras do resultado útil do processo.

Uma vez mais, vale pontuar que, como corolários do devido processo legal, são identificadas quatro características básicas, quais sejam: **(i) tempestividade**; (ii) lealdade; (iii) adequação e **(iv) efetividade**. A efetividade processual é a justificativa jurídica para a adoção de medidas cautelares e antecipadas (medidas de natureza provisória); visa garantir o resultado útil do processo e assegurar a eficácia da decisão final dele decorrente.

Com as medidas outrora sugeridas, este *Parquet* buscou, acima de tudo, resguardar o interesse público, bem como prevenir eventual dano tanto ao erário público, mas, sobretudo, à população, destinatária final (ao menos em tese) do serviço público em deslinde. Potencializa-se, a necessidade de adoção de medidas acautelatórias, tanto razão da gravidade das ocorrências trazidas aos cadernos processuais, quanto em função da natureza do serviço público debatido (de saúde).

Tendo analisado o desenvolvimento das atividades de onze unidades hospitalares geridas por organizações sociais (incluindo-se os instrumentos contratuais que ensejaram as referidas gestões), e procedido inspeção, *in loco*, das unidades (exceto duas), a 2ª CCE consignou, em sua peça opinativa, as inadequações, impropriedades, infrações, irregularidades e ilegalidades detectadas e/ou observadas, cumprindo destacar:

- 1 - a possibilidade de captação de recursos junto a entidades nacionais e estrangeiras, bem como a faculdade de contrair empréstimos (pela OS contratada), prevista na cláusula quarta dos instrumentos contratuais, configurando procedimento incompatível com o pressuposto da prévia existência de dotação orçamentária suficiente para qualquer contratação administrativa;

2 – falta (por parte da OS contratada) de regramento relativo à contratação de obras e serviços, bem como para compra, alienação e locação de bens móveis e imóveis (conforme estabelece o art. 29 do Decreto Estadual nº 8.890/2004);

3 – omissão no que tange as garantias necessárias à plena execução contratual, especialmente em relação à indenização por dano a terceiros em decorrência de erro médico de responsabilidade da contratada ou de seus prepostos (podendo recair sobre o Estado);

4 – atraso no repasse de recursos financeiros (por parte da SESAB), acarretando entraves à continuidade da operacionalização e funcionamento das atividades (inadimplência perante fornecedores e atraso no pagamento de folha de empregados);

5 – contração (por parte das entidades gestoras) de empréstimos bancários garantidos pela consignação das parcelas dos recursos financeiros em atraso, com incidência dos encargos pertinentes;

6 – participação direta e injustificada da Administração Pública nas relações contratuais entre as OS e a instituição financeira que concedeu empréstimos bancários, vez que, por meio de cartas de cessão fiduciária, a SESAB comprometeu-se a transferir, à instituição bancária, as referidas parcelas.

7 - impropriedades relativas à movimentação financeira, materializada na utilização de uma segunda conta bancária (nº 15.978-6, agência 5689-8, do BB) para finalidade aludida no item anterior, além daquela de nº 31.998-8, agência 5690-1, BB, contrariando o quão disposto em cláusula contratual;

8 – falta de controle e de acompanhamento da execução contratual – sendo observado que, embora uma determinada OS não tivesse apresentado os demonstrativos financeiros exigidos em contratos, não foram adotadas quaisquer medidas por parte da SESAB, que continuou repassando os recursos;

9 – Unidade hospitalar funcionando sem o necessário Alvará da Vigilância Sanitária, vez que a Divisão de Vigilância da Saúde (Divisa), exigiu, para a renovação do Alvará de Funcionamento, a adoção de medidas corretivas, tendo em vista a constatação de inúmeras irregularidades e/ou impropriedades atinentes à estrutura física, condições técnicas e operacionais das Unidades;

10 - irregularidades em pagamentos efetuados em favor de prestadora de serviços – apurou-se pagamento mensal (atinentes ao serviço de fornecimento de refeições por parte da GF Vending Serviços Ltda.), desconsiderando-se, contudo, a flutuação relativa à parte variável conforme disposto no termo contratual;

11 – pagamentos em duplicidade – os sucessivos atrasos na transferência de recursos, por parte da SESAB, deram causa ao aporte financeiro (pela OS) para manutenção da Unidade gerida em funcionamento. Constatou-se que, por ocasião da compensação de determinado empréstimo, embora o endividamento do Hospital, perante a OS, totalizasse R\$ 424.350,62 (quatrocentos e vinte e quatro mil, trezentos e cinquenta reais e sessenta e dois centavos), o pagamento realizado pelo Hospital (com vistas à quitação daquela dívida) fora de R\$ 505.119,49 (quinhentos e cinco mil, cento e dezenove reais e quarenta e nove centavos). Apurou-se que a diferença deveu-se a inserção, no montante de débito, de despesas que já tiveram sido pagas;

12 - inconsistências em dados físico-financeiros relativos à produção ambulatorial da Unidade, resultando na perda de receita junto ao Sistema Único de Saúde - SUS ;

13 - falta de manutenção nas instalações físicas, elétricas, da rede hidráulica e de esgoto de diversas Unidades inspecionadas;

14 - precariedade no sistema de armazenamento e de conservação de produtos/mercadorias, muitos dos quais destinados ao preparo de alimentos;

15 – irregularidades em concorrência pública utilizada na seleção da Organização Social para gestão de Hospital (Hospital Regional Deputado Luís Eduardo Magalhães), configurada pela au-

sência de motivação do ato decisório do Secretário da Saúde que, no uso do poder hierárquico, revisou a decisão da comissão de licitação que desclassificara a entidade Monte Tabor – Centro Ítalo Brasileiro de Promoção Sanitária, já que a mesma apresentava índice de endividamento geral superior ao limite estabelecido no edital;

16 – infiltrações severas em paredes e teto de diversas Unidades, favorecendo, além da proliferação de fungos, a ocorrência de infecções hospitalares;

17 – acentuado desgaste em mesa do necrotério, dificultando sua higienização, contrariando a padronização prevista na Resolução Anvisa RDC nº 50/2002. Constatou-se, também, que os necrotérios de algumas Unidades não possuíam câmara fria para acondicionar cadáveres;

18 - central de esterilização de materiais desprovida de climatização, o que se revela impróprio tanto à preservação da vida útil dos equipamentos, quanto à redução dos riscos biológicos e químicos de transmissão por via aérea (conforme determina a já referida Resolução ANVISA RDC nº 50/2002);

19 - falta de controle acerca da carga horária e da frequência de pessoal, incluindo os profissionais plantonistas, configurada pela inexistência de mecanismos de controle das horas efetivamente trabalhadas, aliada à exacerbação no apontamento de horas extras e de serviços prestados por esses profissionais. Detectou-se o acúmulo de atividades diversas (por parte daqueles profissionais – médicos), em mesmos dias e horários, admitindo remunerações distintas para cada uma delas, configurando-se caráter permissivo generalizado, fato observado em todas as unidades hospitalares inspecionadas;

20 - em determinada Unidade, a base utilizada para o cálculo das horas trabalhadas restringe-se à constatação visual, pelo Coordenador médico do setor, quanto à presença física do médico. Neste sentido, apurou-se o pagamento de plantonistas, cujos registros dão conta de plantões com mais de 120 (cem e vinte) horas consecutivas;

21 - Unidade Técnica (no âmbito da Unidade hospitalar) carente de equipamento processador de filme (em exames de imagem), ensejando o compartilhamento de equipamento, quando da utilização do aparelho de Raios-X e do mamógrafo. Em decorrência, os laudos relativos aos exames de tomografia são emitidos sem a impressão das respectivas imagens;

22 - falta de oferta de especialidades médicas (não contempladas nos respectivos contratos de gestão), aliada à reduzida oferta de leitos e ao diminuto espaço físico das Unidades de Saúde, ocasionado, inclusive, a necessidade de regulação (transferência) de pacientes para outras unidades;

23 - superlotação na maioria das Unidades inspecionadas, tendo ocasionado, inclusive, a suspensão do atendimento na emergência por conta do excesso de pacientes, levando à acomodação de pessoas em corredores e distintos improvisos;

24 - inadequação das instalações prediais aos serviços demandados, e não fornecimento/reparo dos equipamentos e mobiliário necessários ao devido funcionamento, repercutindo diretamente na taxa de produtividade de atendimento;

25- extravio de bens públicos, materializado na não localização dos mesmos, dentre os quais cumpre destacar: ambulância de marca Ford; 66 (sessenta e seis) itens entre equipamentos médicos e móveis hospitalares; 82 (oitenta e duas) caixas cirúrgicas, somados ao sumiço do conteúdo de outras 189 (cento e trinta e nove) caixas de igual natureza;

26 – equipamentos e aparelhos ociosos, muitos dos quais novos, sem nunca terem sido utilizados; outros, inoperantes por absoluta falta da adequada manutenção;

27 – não atingimento, sob o prisma qualitativo, das metas pactuadas,. Constatou-se o não alcance, satisfatório, dos indicadores estabelecidos nos ajustes firmados, materializando mácula ao aspecto da eficiência;

Apresentadas, sumariamente, as principais ocorrências identificadas ao longo do

exame (e não afastadas após o cotejamento das justificativas apresentadas pelos gestores), pode-se concluir que, considerando seus contornos jurídicos, as mesmas dizem respeito, basicamente, aos seguintes núcleos temáticos: **(a)** licitação; **(b)** contrato administrativo; **(c)** contrato de gestão; **(d)** dever de controle e acompanhamento; **(e)** execução de despesa pública; **(f)** atividade financeira do estado; **(g)** negócios jurídicos em geral e **(h)** contrato de mútuo financeiro. Registre-se, desde já, que no adequado momento, será verticalizada análise das evidências relacionadas aos três últimos elementos retro destacados.

Importa ressaltar que a segregação das impropriedades detectadas, bem como o estabelecimento de correlações (entre aquelas e as Unidades em que ocorreram) restam, pormenorizadamente, aclarados nos autos, razão pela qual se deixa de aqui fazê-las.

De início, importa versar acerca das máculas atinentes ao procedimento concorrencial utilizado na seleção de Organização Social com vistas à gestão do Hospital Regional Deputado Luís Eduardo Magalhães. Constatou-se que, muito embora a entidade declarada vencedora (Monte Tabor – Centro Ítalo Brasileiro de Promoção Sanitária) apresentasse índice de endividamento geral superior ao limite estabelecido em edital (por força do que fora desclassificada), o Secretário da Saúde, ao arrepio da norma (incluída a editalícia e os princípios jurídicos e administrativos), por meio de decisão desmotivada, determinou a adjudicação do objeto à OS em destaque.

A Carta de Outubro de 1988 estabelece que a Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (estes constitucionalmente expressos) além de outros tantos que, mesmo que não expressos no texto constitucional, acham-se inculpidos em normas infraconstitucionais, guardando, contudo, força cogente. Também compondo o rol de balizas norteadoras da atividade pública, acham-se os princípios da isonomia, da razoabilidade, da economicidade, da supremacia do interesse público, da boa-fé processual, do contraditório, da ampla defesa, do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório, etc..

Quando a Administração Pública (por meio de seus agentes) pretender contratar com o particular, deverá observar o quão determinado na legislação específica, sob pena de cometer ato ilícito. As leis que regulam a matéria - Leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/02 (federais), e no âmbito do estado da Bahia, além daquelas, a Lei Estadual n.º 9.433/05 - exigem que a contratação com a Administração Pública seja precedida de procedimento licitatório (com seus respectivos parâmetros). A finalidade da norma inserta dos Diplomas Legais em destaque é assegurar, além da lisura do evento contratação, que haja igualdade de condições a todos os concorrentes e interessados, evitando-se, desta forma, apadrinhamentos e subjetividades outras.

O desprezo e/ou descarte (por parte do Secretário de Saúde) da valoração processual (administrativa e objetiva) feita pela aludida comissão licitante (como também do pleito formulado por outro concorrente que acudira ao certame), conjugada com não apresentação dos motivos que fundamentaram eivada decisão, denotam o direcionamento do certame (concorrência pública n.º 002/2009), com conseqüente favorecimento da OS “proclamada vencedora”, a saber, Monte Tabor – Centro Ítalo Brasileiro de Promoção Sanitária. Neste sentido, materializaram-se flagrantes afrontas a distintos princípios administrativos, dentre ao quais, vale destacar: o princípio de impessoalidade e (especialmente) o princípio da moralidade.

Expresso no art. 37, caput, da CRFB/88, o princípio da impessoalidade traduz a obrigação do administrador público de conferir tratamento impessoal a todos os administrados que se encontrem em situação de igualdade substancial. Constitui vedação a privilégios ou preferências. Referido princípio decorre do, igualmente constitucional, princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput, CRFB/88).

Irradia-se, o princípio em apreço, por diversas normas e institutos de Direito Administrativo, como a Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 8.666/93, pertinente ao tema em tratativa) que em seu art. 3º veda tratamento diferenciado entre licitantes, senão vejamos

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 e dos que lhes são correlatos. (grifos não constantes do original)

Cumprir notar que o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que, aos administrados que se encontrem na mesma situação fática e jurídica, deve ser dispensado tratamento neutro, isonômico e objetivo, sem o que restará maculado o princípio da impessoalidade.

Igualmente expresso no texto constitucional (art. 37, caput) o princípio da moralidade (entendida como moralidade administrativa) traduz o dever de honestidade e de ética do administrador público, enquanto gestor dos interesses da sociedade. Dito de outra forma, é o dever de boa administração. E não basta que o exercício da atividade administrativa seja

apenas na forma da lei (aspecto puramente legal); ao lado disso, os meios utilizados na atividade administrativa devem ser moralmente aceitos (conteúdo ético, correlacionado com o aspecto moralidade). Impõe-se, ainda, ao administrador/gestor público, o alcance das metas e dos objetivos previamente estabelecidos. Devem, aqueles objetivos, ser hodierna e incessantemente buscados. Fora disso, indubitavelmente a gestão/administração terá sido ruim, inócua, contraproducente e/ou infrutífera.

A elevação ao status de constitucional, do princípio da moralidade administrativa, realça suas: **(i)** eficácia jurídica e **(ii)** força cogente, vez que o mesmo, por si só (e autonomamente) pode ser invocado como fundamento para a impugnação ato da Administração Pública que o tenha violado. Neste sentido oportuno frisar que a CRFB/88 (art. 5º, inciso LXXIII) previu, como direito fundamental do cidadão, a possibilidade de propor ação popular constitucional contra atos administrativos que violem o princípio da moralidade administrativa.

Na lição do Ilustre administrativista Diogo Neto, “a moral administrativa é informada por uma distinção prática (boa e má administração), incorrendo o administrador público em imoralidade administrativa quando se utilize de seus poderes funcionais para alcançar resultados diferentes do interesse público que deveria atender” (in: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 93-94).

Considerando que o principal conteúdo do presente feito é a Auditoria de Inspeção procedida nos contratos de gestão firmados entre o estado da Bahia e distintas Organizações Sociais (incluindo as respectivas execuções), cabe logo consignar brevíssimos ensinamentos doutrinários acerca dos contratos administrativos (em geral) e dos contratos de gestão (especialmente).

Contratos administrativos representam a celebração de ajustes entre a Administração Pública e terceiros, com vistas a alcançar os mais diversos objetivos que, de alguma forma, traduzem um interesse público. Podem ter como objeto, dentre outros: serviços, obras, compras e alienações.

No tocante às partes, na relação jurídica nascida a partir dos contratos administrativos figuram, de um lado, a Administração Pública - parte **contratante** (art. 6º XIV, do Estatuto), e de outro a pessoa física ou jurídica que firma o ajuste, o **contratado** (art. 6º XV, do Estatuto).

Embora não seja comum, é possível que ambos os sujeitos do contrato sejam pessoas administrativas. Para alguns doutrinadores, o ajuste de vontades entre pessoas administrativas mais se assemelha ao **convênio**, que traduz interesses comuns e paralelos.

Em suma, o contrato administrativo pode ser definidos como “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza um interesse público” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

No tocante ao contrato de gestão, parte da doutrina defende que referido pacto constitui espécie do gênero contrato administrativo.

Comumente utilizado como forma de ajuste em que figuram, de um lado, a Administração Pública Direta e, de outro, entidades da Administração Indireta ou mesmo entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado e que, por suas características e a partir do atendimento a certos requisitos, podem ser enquadradas como entidades paraestatais. Importa registrar que é prevista a celebração de contrato de gestão com dirigentes de órgãos da própria Administração Direta.

A unanimidade dos autores defende que objetivo primaz – no contrato de gestão – é estabelecer metas que devem ser alcançadas pela entidade, em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público. Registre-se que, a partir do contrato de gestão, a entidade celebrante fica sujeita a controle de resultados para verificação do cumprimento das metas estabelecidas.

No que diz respeito à previsão legal, cumpre esclarecer que o instituto ora tratado achase previsto no art. 37, § 8º da Constituição Federal de 1988 (com redação dada pela EC n. 19/98) senão vejamos

CF/88

Art. 37

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

De igual modo, o ajuste em deslinde está previsto nos Decretos nºs. 2.487/98 e 2.488/98, que prevêm, com fundamento nos arts. 51 e 52 da Lei n. 9.649/98, a possibilidade

de autarquias e fundações receberem a qualificação de **agências executivas** desde que, dentre outros requisitos, celebrem contrato de gestão com o Ministério supervisor.

Por meio de contrato de gestão, fixam-se as metas a serem atingidas e/ou cumpridas pela entidade privada e, em troca, o Poder Público presta auxílio de diversas formas.

Quando celebrado com organizações sociais, o contrato de gestão acaba por restringir autonomia daquelas entidades, vez que, embora privadas, quedam-se sujeitas às exigências contidas no respectivo instrumento contratual. De toda e qualquer sorte, deve-se ter em mente que o fim último dos contratos de gestão é a eficiência na consecução dos fins e objetivos públicos.

Levando-se em conta que muitos dos fatos noticiados dizem respeito ao dever de controle e acompanhamento (incumbência dos administradores públicos), conforme anteriormente advertido, importa fazer alguns apontamentos acerca do poder/dever de fiscalização por parte da Administração Pública.

Entre os deveres/poderes contratuais da Administração Pública, figura o dever de bem acompanhar a fiel execução dos contratos, convênios e ajustes que celebra. Não se permite, ao administrador/gestor público, esquivar-se do dever de manter os necessários acompanhamento e controle dos ajustes que firma (ou que estejam sob sua responsabilidade), notadamente quando envolver recursos de grande monta, como no caso em baila. Enquanto administradores da *res publica*, estão obrigados a: gerir, controlar, fiscalizar, avaliar e acompanhar a aplicação dos recursos a eles confiados e/ou por eles administrados e que, por liberalidade ou ajustes consensuais, tenham sido transferidos a terceiros.

Incumbe, portanto, aos gestores públicos acompanharem, hodierna e sistematicamente, as atividades desenvolvidas no âmbito de cada Unidade Administrativa, incluindo a fiscalização de contratos (o que abarca desde a formalização até a execução), avaliando informes e demonstrativos necessários ao aprimoramento da gestão. Nisto se constitui o poder/dever de controle. Assim sendo, a atividade de controle (especialmente o interno) deve ser visto como importante ferramenta de gestão, disposta àqueles que primam pela observância aos princípios constitucionais, norteadores da Administração Pública.

Os atos de gestão, praticados com inobservância às premissas retro apontadas (conforme observado ao longo da presente Inspeção), materializam ofensas aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Além de revelarem falta de zelo na gestão dos recursos públicos, dificultam sobremaneira os controles (interno e externo) da

eficiência, da legitimidade e da economicidade da contratação empreendida, revestindo-se de elevada gravidade.

Assevere-se que os gestores da Secretaria da Saúde (notadamente aqueles responsáveis pela fiscalização dos contratos inspecionados) deveriam ter exercido - de forma mais contundente, proativa e eficaz - o controle da execução dos multirreferidos ajustes, com o que se evitaria grande parte das irregularidades e ilegalidades perpetradas.

Ventilam-se, nos presentes cadernos, impropriedades e irregularidades atinentes à execução de despesa pública. A execução (ordinária) de despesa pública deve ser efetivada com observância às suas distintas e imprescindíveis fases, a saber, empenho, liquidação e pagamento.

O empenho presta-se, essencialmente, à identificação do credor, assim como ao reconhecimento do débito perante aquele (notadamente de se quantum), constituindo momento propício à adoção de medidas administrativas preparatórias à liquidação e ao pagamento. Por seu turno, liquidar despesa pública (ou fase de liquidação) equivale a atestar/declarar que o serviço foi prestado/executado ou que a mercadoria/produto foi fornecido/entregue nas exatas condições em que contratado e/ou adquirido. Constitui estágio obrigatório do procedimento de execução da despesa, sendo, pois, sucessora do empenho e antecessora ao pagamento. E, por derradeiro, o pagamento materializa o adimplemento da obrigação assumida.

Apurou-se a utilização de recursos públicos para pagamento de despesas sem qualquer relação com o objeto contratado, bem como dispêndios com juros e encargos bancários (o que será adiante discutido). De outra margem, restou comprovada a – irregular - continuidade de repasses (transferência de recursos, portanto pagamentos) a despeito de determinada Organização Social não ter apresentado os informes necessários à aferição do atingimento de metas e/ou cumprimento de objetivos.

Deixou-se, portanto, de cumprir (ou ao menos de se fazer prova de tê-la cumprido) importante fase da execução da despesa pública, a saber, sua liquidação, sendo, pois, mais uma conduta que demonstra falta de zelo (ou incúria) com a coisa pública.

Prosseguindo a análise, é dado o momento de tratar das contundentes ilegalidades relativas aos empréstimos contraídos pelas Organizações Sociais junto ao Banco de Indústria e Comércio – BICBANCO. Em relação aos referidos contratos de empréstimo, constatou-se a participação direta, injustificada e ilegal da Administração Pública estadual, por meio da

SESAB, nos ajustes em deslinde, fato apurado (e documentalmente comprovado) tanto no bojo da presente Auditoria de Inspeção, quanto no seio procedimento investigativo instaurado no âmbito do Ministério Público do Estado da Bahia (aqui já referido).

Os fólios revelam a celebração de contratos de mútuo (entre OS e BICBANCO), ajuste que traduz o empréstimo de coisas fungíveis, sendo as partes contratantes: mutuante (quem cede a coisa) e mutuário (quem a recebe), estando, aludido ajuste, prevista no art. 586 do CC/2002, in verbis

Art. 586 - O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

A espécie contratual em tela é perfeitamente aplicável ao empréstimo de dinheiro (CC/2002, art. 590), podendo, o mutuante, exigir do mutuário garantia fidejussória ou real da restituição do que fora emprestado.

Antes, porém, de prosseguir no exame, impõe-se tratar da atividade financeira do Estado (*lato sensu*), vez que, em torno desta, também gravitam os contornos jurídicos das ocorrências inerentes aos pactos firmados entre as OS e o indigitado BICBANCO. Portanto, cumpre apresentar, ao menos, minúscula parte do plexo normativo e doutrinário que cuida da aludida atividade estatal, com o que restarão aclarados importantes pressupostos jurídicos e fáticos acerca do quão examinado.

Como sabido, a atividade financeira do Estado constitui-se como objeto do direito financeiro, sendo, este, o conjunto de normas que tem por objetivo regular as formas pelas quais o Estado obtém receitas para a realização de suas necessidades. Sinteticamente, pode-se afirmar que a atividade financeira estatal está concentrada no tripé – geração/obtenção de receitas/realização de gasto público.

O Estado obtém receitas para assegurar necessidades públicas, dentre as quais cumpre destacar: **(i)** prestação de serviços públicos; **(ii)** exercício do poder de polícia e **(iii)** intervenção na ordem econômica.

Compondo o rol de elementos e/ou temas tratados pelo direito financeiro, vez que dizem respeito à atividade financeira do Estado, acham-se as operações de crédito. Neste sentido, o ente da federação, que tiver interesse de contratar operação de crédito, deverá apresentar pleito perante o Ministério da Fazenda. Nesse pleito deverá apresentar parecer demonstrando: **a) o custo/benefício da operação; b) interesse social e econômico da operação e c) atendimento de condições estabelecidas da Lei n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal- LRF).**

As condicionantes acima referidas são extraídas do art. 32, §1º da LRF, *in verbis*

Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

§ 1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:

I - existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

II - inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

III - observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal;

IV - autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

V - atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição;

VI - observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

Deve-se assentar a necessidade de autorização legislativa para a contratação da operação de crédito. Referida autorização deve está contida, alternativa e/ou subsidiariamente, na: Lei Orçamentária Anual – LOA; lei que autorize créditos adicionais, ou ainda, em lei específica.

A operação de crédito, do ente federativo, pode, perfeitamente, ser realizada com instituição financeira (incluindo a bancária). Nesse caso, porém, além dos requisitos estabelecidos no art. 32, §1º da LRF, devem ser observados os requisitos do art. 33 daquele Diploma. É a chamada “co-responsabilidade do setor privado em relação às operações de crédito”, especialmente quando se tratar de instituição financeira. Se existe co-

responsabilidade, a instituição que pactuar com o ente sofrerá conseqüências (LRF, art. 33, §1º); se empreendida de forma irregular, a operação será considerada nula, procedendo-se ao seu cancelamento, mediante a devolução do principal, vedado o pagamento de juros e demais encargos financeiros.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 167, apresenta as principais vedações envolvendo operações de crédito empreendidas por entes federativos.

CRFB/1988

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; (grifo nosso).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), em seu art. 37, elenca as distintas operações que são equiparadas a operações de crédito e, por isso, estão igualmente vedadas:

Art. 37. Equiparam-se a operações de crédito e estão vedados:

I - captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, sem prejuízo do disposto no § 7º do art. 150 da Constituição;

II - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação;

III - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes;

IV - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a *posteriori* de bens e serviços. (grifos nossos).

Retomando o núcleo meritório, para facilitar o entendimento acerca das impropriedades

relativas aos contratos de empréstimo em tela (e das operações dele decorrentes), abaixo restam apresentadas, resumidamente, as principais ocorrências que gravitaram em torno naqueles pactos, repisando-se que suas ocorrências restaram documentalmente comprovadas ao longo da instrução probatória tanto deste, quanto do feito deflagrado no âmbito do MP-BA:

- o atraso no repasse (por parte da SESAB) impuseram, às Organizações Sociais, buscarem no mercado financeiro (*in casu*, junto ao BICBANCO) os recursos necessários à continuidade da gestão das Unidades hospitalares então administradas, celebrando-se contrato de mútuo financeiro oneroso, portanto, tendo (as OS) que arcar com juros (taxa variando entre 1,8% e 1,9%) e demais encargos contratuais;
- as OS ofereceram, como garantia da liquidação das dívidas, os direitos creditórios que dispunham perante a Administração Estadual - SESAB (cessão fiduciária);
- quando dos pagamentos das faturas (direitos de crédito das OS junto à SESAB), os valores eram transferidos diretamente (pela SESAB) à instituição financeira BICBANCO, que, após promover o desconto referente às parcelas dos empréstimos (já computados os juros, encargos e demais despesas), repassava o saldo remanescente às OS;
- nos instrumentos contratuais que aperfeiçoaram a cessão de créditos (garantia fiduciária), fez-se constar a SESAB como devedora dos direitos creditórios dos mutuários e/ou devedores do BICBANCO, constando, em alguns deles, assinatura de servidor (do núcleo gerencial) da SESAB;
- o fluxo de operacional estabelecido, dentre outras impropriedades, fez com que os recursos públicos (que deveriam ser aplicados na consecução dos objetivos pactuados nos contratos de gestão), acabassem sendo utilizados para fins diversos, incluindo o pagamento de juros e encargos contratuais.

O conjunto de atos e fatos acima postos revelam que, a partir de embaraços, entraves e inadequações surgidas nas relações contratuais administrativas (contratos de gestão), foram firmados pactos de cunho essencialmente privado (contrato de mútuo financeiro e cessão de direitos creditórios). Por força disso, adiante são colacionados sutis aspectos relativos aos negócios jurídicos em tela.

Não obstante a análise do negócio jurídico seja feita a partir de três planos (a saber, plano de existência, plano de validade e plano de eficácia), no presente opinativo interessa, por questões meritórias, analisar tão somente o plano de validade do negócio.

Segundo as lições do civilista Flávio Tartuce (in: Tartuce, Flávio. Manual de Direito Civil: Vol. Único. São Paulo. Método, 2011), – em observância à sistemática adotada no Código Civil de 2002 –, o plano da existência está embutido no plano da validade, senão vejamos

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Como ato humano, os negócios jurídicos podem apresentar defeitos, muitos dos quais podem torná-los inválidos. Resumidamente, os fenômenos ou defeitos invalidantes dos negócios jurídicos são: **(i)** simulação; **(ii)** fraude contra credores; **(iii)** erro; **(iv)** dolo; **(v)** coação moral; **(vi)** lesão; **(vii)** estado de necessidade, vez que atacam, em regra, a liberdade e boa-fé da manifestação de vontade, tornando, pois, inválido o ajuste firmado.

No que tange a simulação, esta ocorre quando se celebra negócio jurídico, aparentemente normal, com o qual, na verdade, não se pretende atingir o efeito que juridicamente deveria produzir. Há declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado. Dito de outra forma, estabelece-se uma discrepância entre a vontade e a declaração externada. Não se pode confundir a simulação com o dolo, vez que, na simulação, nenhuma das partes contratantes é vítima.

Os manuais apontam, basicamente, duas espécies de simulação, a saber, simulação absoluta e simulação relativa (dissimulação). Na simulação relativa, celebra-se um negócio com o objetivo de encobrir e/ou esconder outro de efeitos jurídicos proibidos. Celebra-se um negócio na aparência, almejando-se outro efeito jurídico. Note-se que a simulação relativa poderá ser empreendida, também, por meio de interposta pessoa.

A gravidade da simulação é tamanha, que o Código Civil de 2002, em seu artigo 167, estabelece que este defeito gera a nulidade absoluta do negócio jurídico. Um negócio jurídico nulo viola norma de ordem pública, ou seja, norma cogente. Toda nulidade, por segurança jurídica, é amparada em uma regra (podendo, inclusive, ser um princípio). As partes não podem inventar hipóteses de nulidade. A nulidade absoluta acha-se, basicamente, regulada nos artigos 166 e 167 do CC/2002:

CC/2002

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (grifo nosso).

A nulidade absoluta, por ser grave, poderá ser argüida por qualquer pessoa, pelo Ministério Público, ou mesmo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou magistrado. Este é o comando do art. 166 do Código Civil de 2002, in verbis

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Encerrando o tópico, vale registrar que a nulidade absoluta não comporta conformação nem convalesce pelo decurso do tempo.

A partir dos pressupostos fáticos, teóricos e jurídicos apresentados, e fazendo uso do método dedutivo na construção de premissas, pode-se levantar algumas hipóteses e/ou indagações. Vejamo-las.

Ainda que tendo sido a direta responsável pelo atraso no repasse de recursos às Organizações Sociais, a SESAB (por meio de seus agentes) figurou como garantidora da liquidação da dívida assumida pelas aludidas entidades perante o BICBANCO. Além disso, aquela Secretaria, em cumprimento ao que fora acordado nos pactos privados, encarregou-se de transferir os recursos (relativos às faturas pendentes de pagamento) à conta bancária indicada pelo demais atores.

Indaga-se, pois:

- a) ainda que sabedores da vedação imposta pela legislação pertinente (aqui já colacionada), os gestores da Secretaria de Saúde, ao arrepio da lei, tomaram para si a responsabilidade pela quitação dos aludidos empréstimos, arcando com as conseqüências da conduta ?

ou ainda

- b) tinham (os gestores em tela) real interesse que as dívidas contraídas pelas OS fossem liquidadas, com vistas a preservar a relação contratual (estabelecida com o BICBANCO) de qualquer entrave e/ou embaraço por atraso ou falta de pagamento, garantindo-se, desta forma, a continuidade do fluxo financeiro observado ?

ou

- c) criou-se uma engenharia financeira e operacional, na qual os contratos de mútuo firmados entre OS e BICBANCO, em verdade, foram negócios jurídicos simulados, enquanto que a verdadeira intenção dos envolvidos e/ou participantes fora garantir, à SESAB, a captação e/ou obtenção de recursos no mercado financeiro, com burla ao feixe normativo que regulamenta a matéria (parte dele aqui colacionado), incluindo a o desrespeito à necessidade de autorização para referida operação ?

O exame detido dos autos conduz à resposta afirmativa à terceira dentre as questões suscitadas. Independentemente das conclusões a que se possa chegar, de forma inescandível, as condutas perpetradas pelo gestores da SESAB distaram-se, completamente, dos parâmetros e/ou paradigmas estabelecidos tanto na legislação pertinente, quanto nos princípios administrativos que norteiam a Administração Pública.

Neste sentido, além das considerações feitas em relação ao demais princípios aqui tratados, cabe aclarar alguns aspectos relativos ao princípio da legalidade (notadamente da legalidade administrativa), vez que o mesmo quedou-se diretamente violado, afrontado e/ou ofendido.

O princípio da legalidade impõe que toda e qualquer atividade administrativa (incluindo os procedimentos licitatórios, os ajustes firmados, a gestão dos recursos públicos, a execução de contratos, as operações entabuladas, etc.) deve ser autorizada por lei (incluindo aspectos formais e materiais), bem como que sejam seguidos, em suas distintas etapas/fases, o que a lei autorizadora estabelece. Significa dizer que o administrador público, em sua atuação, está vinculado aos limites legalmente fixados. Agindo de outra forma, a atividade, como regra, será ilícita (nesta linha é a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho in: Manual de Direito Administrativo. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 17).

Ofender ao princípio da legalidade (que abarca, com dito, o princípio da legalidade administrativa) indubitavelmente tem o condão de macular, e eivar de nulidade, todo o procedimento administrativo.

Do que fora noticiado (e comprovado), bem se percebe que as condutas dos responsáveis pela SESAB afastaram-se dos valores que informam a essência do princípio constitucional da legalidade, razões pelas quais quedam-se, ao nosso sentir, inconstitucionais e, por conseguinte, ilegais. Revestem-se, pois, de **acentuada gravidade**, mormente em face do montante de recursos envolvidos.

Chegando ao epílogo do opinativo em construção, vale ressaltar que, grande parte das ocorrências catalogadas pela 2ª CCE, pode ensejar a aplicação das reprimendas previstas tanto na Constituição Federal, quanto na legislação interna deste TCE-BA, o que reforça, entre outros, o conteúdo dos princípios da legalidade e da moralidade. Indo além, na robusta documentação ora manuseada, há fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa, cabendo a necessária apuração.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, e considerando que a Secretaria em referência, anualmente e por meio próprio, presta contas a este TCE-BA, este Órgão Ministerial OPINA:

a) pela juntada dos presentes autos (e cópias reprográficas, onde se fizer necessário) aos processos de prestação de contas da Secretaria da Saúde - SESAB, relativas aos exercícios abrangidos pelos contratos de gestão aqui tratados (que estejam, ressalte-se, pendentes de julgamento neste TCE-BA);

b) que seja assinado prazo para que o Titular da SESAB, Sr. Jorge José Santos Pereira Solla, demonstre, junto a esta Corte de Contas, ter determinado a instauração de instrumentos apuratórios com vistas à responsabilização daqueles que deram causa às contundentes irregularidades e ilegalidades apresentadas tanto no Relatório de Auditoria, quanto no presente opinativo;

c) de igual modo, que seja assinado prazo para que aquele Titular demonstre ter seguido as orientações formuladas pelo Ministério Público de Contas (em conjunto com o Ministério Público do Estado da Bahia, em seu Grupo de Atuação de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – GEPAM), insertas na referida Recomendação n.º 01/2012, bem como que apresente informes relativos aos resultados obtidos com Plano de Ação contemplado na Resolução n.º 79/2011, exarada pelo Pleno deste TCE-BA em 13/10/2011, fls. 209/210;

d) que TCE-BA instaure procedimento apuratório, no sentido de quantificar o dano causado ao erário, com conseqüente atribuição de responsabilidades;

Por fim, recomenda-se que, quando do exame das prestações de contas do SESAB (nos exercícios aqui epigrafados), este TCE-BA apure se os gestores daquela Secretaria (especialmente aqueles encarregados pelo acompanhamento dos contratos de gestão aqui tratado, e que estejam vigentes) adotaram as medidas necessárias com vistas evitar, tanto a repetição, quanto a perpetuação das inúmeras irregularidades e ilegalidades aqui debatidas.

É o parecer

Salvador, 31 de outubro de 2012

MARCEL SIQUEIRA SANTOS
Procurador do Ministério Público de Contas