



Número: **7028188-91.2020.8.22.0001**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Órgão julgador: **Porto Velho - 2ª Vara de Fazenda Pública**

Última distribuição : **06/08/2020**

Valor da causa: **R\$ 10.737.000,00**

Assuntos: **Anulação**

Juízo 100% Digital? **NÃO**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

| Partes | Procurador/Terceiro vinculado |
|--|--|
| MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE RONDONIA (AUTOR) | |
| ESTADO DE RONDÔNIA (RÉU) | |
| RONDONIA SECRETARIA DE ESTADO DA SAUDE (RÉU) | |
| FERNANDO RODRIGUES MAXIMO (RÉU) | IGOR HABIB RAMOS FERNANDES (ADVOGADO) CRISTIANE SILVA PAVIN (ADVOGADO) CESAR HENRIQUE LONGUINI (ADVOGADO) ANDREY OLIVEIRA LIMA (ADVOGADO) ZOIL BATISTA DE MAGALHAES NETO registrado(a) civilmente como ZOIL BATISTA DE MAGALHAES NETO (ADVOGADO) ALEXANDRE CAMARGO registrado(a) civilmente como ALEXANDRE CAMARGO (ADVOGADO) NELSON CANEDO MOTTA (ADVOGADO) |
| NELIO DE SOUZA SANTOS (RÉU) | |
| HOSPITAL SAMAR S/A (RÉU) | ROCHILMER MELLO DA ROCHA FILHO (ADVOGADO) MARCIO MELO NOGUEIRA (ADVOGADO) |

| Documentos | | | |
|--------------|--------------------|---|-------------|
| Id. | Data da Assinatura | Documento | Tipo |
| 54635 240 | 17/02/2021 14:50 | Contestação - ACP 7028188-91.2020 | CONTESTAÇÃO |

AO JUÍZO DA 2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE PORTO VELHO/RO

Ação civil pública n. 7028188-91.2020.8.22.0001

Autor: Ministério Público do Estado de Rondônia

Réu: Estado de Rondônia e outros

ESTADO DE RONDÔNIA, pessoa jurídica de direito público interno, e **NÉLIO DE SOUZA SANTOS**, Secretário de Estado Adjunto da Saúde, ambos já qualificados nos autos da ação com número em epígrafe, por intermédio do procurador de Estado subscritor, por força do art. 132 da CF/88 e do art. 3º, incisos I e II, da Lei Complementar Estadual n. 620/2011, vêm perante este juízo apresentar

C O N T E S T A Ç Ã O

à ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Rondônia em face do **ESTADO DE RONDÔNIA, SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE, FERNANDO RODRIGUES MÁXIMO, NÉLIO DE SOUZA SANTOS e HOSPITAL SAMAR LTDA**, nos termos que passa a expor.

1. Da síntese fático-processual

O Ministério Público estadual ingressou com ação civil pública com pedido de ressarcimento ao erário e imposição de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, com a finalidade de se declarar a nulidade do Contrato nº 197/PGE-2020 (processo SEI nº 0053.180070/2020-79), com a consequente imposição de obrigação de fazer aos réus quanto à apresentação de planilhas de custos reais de leitos clínicos e de UTI locados para o Estado e o reconhecimento do superfaturamento da contratação, com a condenação dos requeridos em ressarcir ao erário os valores pagos indevidamente por leitos não ocupados.

Em audiência realizada no dia 10/08/2020, o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, após analisar pormenorizadamente todos os argumentos



apresentados pelo Estado de Rondônia e pelo Hospital Samar, **indeferiu** a tutela antecipada, mantendo, por consequência, a execução do contrato encimado nos seus exatos termos.

Para melhor contextualização do caso, segue, em sequência, o histórico processual relativo ao Contrato nº 197/PGE-2020 firmado com a empresa HOSPITAL SAMAR LTDA, abordando-se apenas as ocorrências posteriores às que foram informadas na petição do Estado de Rondônia constante no Id 47422310, por intermédio da qual se expôs as ações tomadas até a firmação do 4º Termo Aditivo ao contato em questão.

No dia 16/10/2020, foi firmado o 5º Termo Aditivo, o qual suprimiu "**o quantitativo de 10 (dez) leitos clínicos, a contar do dia 09/10/2020, mantendo-se a contratualização dos 20 (vinte) leitos de UTI inicialmente acordados**". Conforme disposição do parágrafo único da Cláusula Primeiro do termo aditivo em questão, "a supressão acima resguarda a atual ocupação de 2 (dois) dos leitos clínicos contratados, os quais permanecerão nas dependências da Contratada até o término deste ou sua transferência".

Em razão da alteração feita pelo 5º Termo Aditivo, o valor total do contrato passou a ser de **R\$ 1.943.000,00 (um milhão, novecentos e quarenta e três mil reais)**.

Já no dia 06/11/2020, foi firmado o 6º Termo Aditivo, prorrogando a vigência do contrato pactuado entre as partes por mais **30 (trinta) dias corridos**, a contar do dia 07/11/2020, continuando em pleno vigor as cláusulas e condições do pacto naquilo que não colidir com as disposições do referido termo aditivo, sem prejuízo da revisão contratual em razão de possíveis alterações.

No dia 24/11/2020, firmou-se o 7º Termo Aditivo, que assim estabeleceu:

Cláusula Primeira: Ficam mantidos os 20 (vinte) leitos de UTI adulto inicialmente acordados.

Cláusula segunda: A forma de pagamento passa a ser parcialmente alterada para a seguinte forma: **10 (dez) leitos de UTI fixos e 10 (dez) leitos de UTI por demanda utilizada, conforme justificado pela Secretaria na Informação n. 86/2020 e autorização do Gestor Adjunto (ID 0014760943 e 0014812797).**

Cláusula terceira: Os ajustes celebrados no presente termo aditivo **terão efeitos retroativos a contar de 07/11/2020.**



Cláusula Quarta: Em razão da alteração, o **valor total estimado do contrato passa a ser de R\$ 8.040.000,00 (oito milhões quarenta mil reais)**, conforme cálculos do Setor de Contratos (ID 0014784850).

Cláusula Quinta: As despesas com a prestação de que trata este termo aditivo serão retiradas do saldo existente na seguinte programação orçamentária: Programa de Trabalho - 10302203424420000, Fonte de Recursos 0209 - Elemento de Despesa 3390.39, Nota de Empenho 2020NE03764 (ID [0013947534](#)).

Na sequência, no dia 24/12/2020, foi firmado o 8º Termo Aditivo, tendo como objeto o seguinte:

Cláusula Primeira: Fica aditivado o acréscimo quantitativo de **10 (dez) leitos de UTI adulto, sendo 5 (cinco) em caráter imediato, a contar de 23/12/2020, e outros 5 (cinco) a serem disponibilizados após visita técnica do CRECSS e autorização da SESAU por meio de Ordem de Serviço**, com vistas ao enfrentamento e combate à pandemia da COVID-19, correspondente a quantia estimada de R\$ 1.574.500,00 (um milhão, quinhentos e setenta e quatro mil e quinhentos reais), nos termos da Justificativa e autorização da Secretaria (ID [0015232354/0015271068](#)) e Errata (ID [0015418843](#)).

Cláusula Segunda: A forma de pagamento passa a ser parcialmente alterada para a seguinte forma: **10 (dez) leitos de UTI fixos e 20 (vinte) leitos de UTI por demanda utilizada, conforme justificado pela Secretaria na Justificativa (ID 0015232354), autorizada pelo Secretário Adjunto da Pasta (ID 0015271068).**

Cláusula Terceira: Em razão da alteração, o **valor total estimado do contrato passa a ser de R\$ 7.738.500,00 (sete milhões, setecentos e trinta e oito mil e quinhentos reais)**.

Já no dia 11/01/2021, firmou-se o 9º Termo Aditivo, que teve como objeto o "**acréscimo quantitativo de 3 (três) leitos UTI adulto, a contar de 09/01/2021, com vistas ao enfrentamento e combate à pandemia da COVID-19, correspondente a quantia estimada de R\$ 301.500,00 (trezentos e um mil e quinhentos reais)**, nos termos da Justificativa e autorização da Secretaria". No dia 28/01/2021, firmou-se o 10º Termo Aditivo, tendo por objeto as seguintes cláusulas:

Cláusula Primeira: Fica prorrogada a vigência do contrato pactuado entre as partes por mais **90 (noventa) dias corridos**, a contar do dia **07/02/2021**, continuando, em pleno vigor as cláusulas e condições do pacto naquilo que não colidir com as disposições deste termo aditivo.

Cláusula Segunda: Fica aditivado o acréscimo quantitativo de **10 (dez) leitos de UTI adulto, a contar de 27/01/2021**, com vistas ao enfrentamento e combate à pandemia da COVID-19, correspondente a quantia estimada de **R\$ 3.417.000,00 (três milhões quatrocentos e dezessete mil reais)**, nos termos da Justificativa e autorização da Secretaria (ID [0015874051/0015875254](#)).

Cláusula Terceira: A forma de pagamento passa a ser parcialmente alterada para a seguinte forma: **10 (dez) leitos de UTI adulto fixos e 33 (trinta e três) leitos de UTI adulto por demanda utilizada, conforme**



justificado pela Secretaria na Justificativa (ID 0015874051), autorizada pelo Secretário da Pasta (ID 0015875254).

Cláusula Quarta: Em razão da alteração, o valor total estimado do contrato passa a ser de R\$ 17.326.200,00 (dezesete milhões, trezentos e vinte e seis mil e duzentos reais).

Cláusula Quinta: As despesas com a prestação de que trata este termo aditivo serão retiradas do saldo existente na seguinte programação orçamentária: Programa de Trabalho - 2034/2446, Fonte de Recursos 0660 - Elemento de Despesa 3390.39, Nota de Empenho 2021NE00046 (ID 0015898197).

Por derradeiro, no dia 05/02/2011, firmou-se o 11º Termo Aditivo, o qual possui as seguintes cláusulas:

Cláusula Primeira: Fica aditivado o acréscimo quantitativo de **05 (cinco) leitos de UTI adulto, sendo 02 (dois) em caráter imediato, a contar de 05/02/2021, e outros 03 (três) a serem disponibilizados após visita técnica do CRECSS e autorização da SESAU por meio de Ordem de Serviço**, com vistas ao enfrentamento e combate à pandemia da COVID-19, **correspondente a quantia estimada de R\$ 1.557.750,00 (um milhão, quinhentos e cinquenta e sete mil setecentos e cinquenta reais)**, nos termos da Justificativa e autorização da Secretaria (ID 0016055560/0016066880).

Cláusula Segunda: A forma de pagamento passa a ser parcialmente alterada para a seguinte forma: **10 (dez) leitos de UTI adulto fixos e 38 (trinta e oito) leitos de UTI adulto por demanda utilizada, conforme justificado pela Secretaria na Justificativa (ID 0016055560), autorizada pelo Secretário da Pasta (ID 0016066880).**

Cláusula Terceira: Em razão da alteração, o valor total estimado do contrato passa a ser de R\$ 18.883.950,00 (dezoito milhões, oitocentos e oitenta e três mil novecentos e cinquenta reais).

Assim, **atualmente**, o contrato em questão tem como objeto apenas a contratualização **de 10 (dez) leitos de UTI adulto fixos e 38 (trinta e oito) leitos de UTI adulto por demanda utilizada.**

Informa-se, também, que outras alterações contratuais – supressivas ou aditivas – poderão ser realizadas conforme a demanda surgida no decorrer do combate à pandemia de Covid-19.

Informo que o Contrato nº 197/PGE-2020, bem como os seus termos aditivos, seguem anexos a esta peça contestatória.

É o relato necessário.

2. Da tempestividade

No tocante à tempestividade, cumpre salientar que o Estado de Rondônia foi citado, eletronicamente, no dia **04/12/2020** (sexta-feira), de modo que o primeiro dia do prazo para contestar a presente ação,



consoante o art. 231, V, do CPC/15, ocorreu no dia 07/12/2020 (segunda-feira), **iniciando-se a contagem processual no dia 09/12/2021** (quarta-feira), haja vista o feriado do dia 08/12/2020 (Dia da Justiça - art. 61, § 2º, do COJE), por força do art. 224 do CPC, cujo cômputo foi esclarecido nos autos do agravo de instrumento n. 0800664-48.2019.8.22.0000¹.

Assim, considerando o disposto no art. 335, *caput*, c/c art. 183, *caput*, do CPC/15, a suspensão dos prazos entre os dias 20/12/20 a 20/01/21 (art. 220, *caput*, do CPC/15) e entre os dias 18/01/21 a 31/01/21 (Ato Conjunto n. 003/2021-PR-CGJ) e os feriados dos dias 15 e 16/02, **o prazo final para a apresentação desta contestação pelo Estado de Rondônia dar-se-á no dia 04/03/21** (quinta-feira).

No caso do Secretário de Estado Adjunto da Saúde, foi citado por mandado, juntado aos autos no dia 18/12/2021 (id 52779070), de modo que, com fulcro no art. 231, II, do CPC/15 e demais circunstâncias dispostas no parágrafo acima, o prazo para apresentar defesa **findará em 23/02/2021** (terça-feira).

Logo, **tempestiva** a presente defesa.

3. Da competência da PGE/RO para promover a defesa de agentes públicos em juízo

Por intermédio do Memorando n. 540/2020/SESAU-ASTEC², o **Secretário de Estado Adjunto da Saúde**, Sr. Nelio de Souza Santos, solicitou o auxílio da PGE/RO para a promoção da sua defesa nesta ação, com amparo no **art. 3º, II, da LCE 620/11**, visto que, conforme se depreende da inicial, o referido agente público foi arrolado pelo autor no polo passivo da demanda. O aludido dispositivo estabelece o seguinte:

Art. 3º. Compete à Procuradoria Geral do Estado de Rondônia:
[...]

¹ "Em suma, a configuração do sistema PJE não considera a peculiaridade de que "o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica", conforme a redação do art. 231, inciso V do NCPC, estabelece o momento em que se dará o "dia do começo do prazo", conforme claro está no "caput" do dispositivo. Apurado o dia do começo do prazo neste caso peculiar, a apuração da tempestividade dá com a aplicação da regra geral prevista no art. 224 do CPC, segundo a qual "Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento a qual [...]".

² Doc. 1.



II – exercer a consultoria jurídica do Estado de Rondônia, a promoção da defesa dos agentes públicos nos procedimentos administrativos ou judiciais relacionados com atos que praticarem no exercício de suas funções, desde que o agente tenha provocado e seguido a orientação jurídica da Procuradoria Geral do Estado;

Constata-se que, à luz da norma de regência, todos os requisitos legais para a promoção da defesa do agente público por esta Procuradoria encontram-se presentes, eis que: **1)** o ato questionado foi praticado no exercício de uma função pública; **2)** a PGE/RO foi previamente instada a se manifestar sobre o procedimento em questão (Parecer nº 307/2020/SESAU-DIJUR, proferido no SEI 0053.180070/2020-79); e **3)** o ato praticado pelo agente público inserido no polo passivo seguiu a orientação firmada pela PGE (celebração do Contrato nº 197/PGE-2020).

Não bastasse, pela **teoria da imputação volitiva** criada pelo jurista alemão Otto Gierke, os servidores públicos, no exercício de suas funções, praticam atos que são imputados **DIRETAMENTE** ao Poder Público, pois expressam a vontade dos seus órgãos, os quais, por serem abstratos, não podem atuar no mundo naturalístico. Por conseguinte, em última análise, ao defender os atos praticados por seus agentes públicos, o Estado realiza **a própria defesa** e não de terceiro. Afinal, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, os servidores são “veículos de expressão do Estado”³.

Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ: **1)** AgRg no RHC 48.222/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017; **2)** REsp 1524466/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 18/11/2016.

Desse modo, considerando que a defesa do Estado confunde-se com a atuação do agente público requerido no processo administrativo questionado - *de modo que, a rigor, está tutelando interesse próprio* -, apresenta-se a presente contestação do ente público requerido em conjunto com a defesa do agente público demandado.

4. Das preliminares

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 144.



4.1. Da ausência de pressuposto processual de validade subjetivo: da incapacidade de ser parte da Secretaria de Estado da Saúde

Nos termos do art. 337, inciso IX do CPC/15, *“incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar “incapacidade de ser parte”.*

Infere-se da demanda que o autor ministerial ajuizou a presente ação em face do Estado de Rondônia (pessoa jurídica) e também da Secretaria de Estado da Saúde (órgão), razão pela qual a preliminar ora arguida deverá ser acolhida a fim de seja **reduzido a demanda subjetivamente**, fazendo constar no polo passivo apenas o Estado de Rondônia.

Isso porque, tal Secretaria de Estado **NÃO** possui personalidade jurídica (aptidão para ser sujeito de uma relação jurídico-material) e, portanto, capacidade de ser parte. E, **NÃO** se tratando de órgão constitucional autônomo, sequer é possível a sua presença no polo de uma demanda para a defesa de suas prerrogativas institucionais, como ocorre com os Tribunais de Contas e órgãos legislativos, por exemplo⁴. **NÃO** há falar, portanto, em personalidade judiciária de órgãos integrantes da estrutura do Poder Executivo. Por fim, ainda que houvesse personalidade judiciária, **estaria limitada ao polo ativo**, mas não ao passivo, visto tratar-se de hipótese destinada à preservação de competências constitucionais.

Assim, em que pese o autor ministerial ter incluído a SESA/RO no polo passivo, é preciso esclarecer que tal Secretaria, enquanto órgão público, **NÃO possui personalidade jurídica**, encontrando-se inserida na estrutura organizacional básica da Administração Direta, conforme dispõe o art. 80, inciso I, alínea "c", e art. 141, ambos da Lei Complementar Estadual nº 965, de 20 de dezembro de 2017.

A **capacidade de ser parte** *“é a aptidão para, em tese, ser sujeito de uma relação jurídica processual (processo) ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente etc.)”*⁵, e está vinculada à existência

⁴ STJ, AgRg no Ag 806.802/AP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2007; e AgRg na PET no REsp 1389967/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016; AgInt no AREsp 1304251/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019.

⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 354.



de **personalidade**. Portanto, em ações que discutam a validade dos atos e contratos administrativos que digam respeito às atribuições de órgão público - como no caso vertente - **apenas o Estado poderá integrar o polo** passivo da demanda, por ser detentor de personalidade jurídica e, portanto, sujeito da relação jurídico-processual. Nesse sentido, é a jurisprudência pátria:

[...] 2. **A personalidade jurídica de direito público interno é do Município, e não de um ou outro órgão de sua repartição interna, ainda que sejam eles dotados de CNPJ e de relativa autonomia**, do que decorre a inviabilidade de se imputar a existência de débitos tributários para com a União a um ou outro órgão municipal, senão à própria Municipalidade. [...] (STJ, AgInt no REsp 1801936/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. REINTEGRAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MINISTÉRIO DA DEFESA. ÓRGÃO SEM PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. **Os órgãos são centros de competência criados para dividir funções que não podem ser cumpridas de forma centralizada. Agem em nome do Estado, não têm personalidade jurídica e funcionam como ramificações do ente maior atuando em diversas áreas.** 2. **O Ministério da Defesa, inserido dentro da teoria do órgão, nada mais é do que um órgão, um desmembramento da entidade maior e autônoma que, nesse caso, é a União. Só a União pode estar em juízo já que somente ela é possuidora da chamada personalidade judiciária.** 3. A possibilidade dada aos autores de emenda à inicial, não solucionou o problema da ilegitimidade passiva, posto que os autores reafirmaram a legitimidade do Ministério da Defesa. 4. Apelação não provida. (TRF-1 - AC: 2636 DF 2007.34.00.002636-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, Data de Julgamento: 28/01/2008, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 01/04/2008 e-DJF1 p.179)

Posto isso, diante da ausência de pressuposto processual de validade subjetivo em relação à Secretaria de Estado da Saúde⁶ (incapacidade de ser parte), **deve a demanda ser reduzida subjetivamente**, com a sua exclusão do polo passivo, **permanecendo apenas o Estado de Rondônia**, nos termos do art. 337, IX do CPC/2015.

Por consequência, deverá, também, ser retificado o polo passivo da presente demanda junto ao sistema **PJe**, excluindo-se tal órgão público do seu cadastro alusivo a esta ação.

⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 314.



4.2. Da ilegitimidade dos agentes públicos para figurarem no polo passivo da demanda: teoria do órgão e dupla garantia

A teoria do órgão foi desenvolvida pelo alemão Otto Gierke, no início do século passado. Ela adota o critério de "imputação", ou seja, a responsabilidade é imputada ao Estado. Em outras palavras, a vontade do órgão é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Então é comum observar na doutrina a expressão: teoria da imputação (ou teoria volitiva) como sinônimo de teoria do órgão.

Otto Gierke fez uma analogia entre órgão e corpo humano, ocasião em que a palavra "órgão" foi por ele retirada das ciências biológicas. Ensinou que, assim como nós, seres humanos, temos em nosso corpo, órgãos inferiores e superiores, o Estado também possui em seu corpo, órgãos inferiores e superiores.

Pois bem.

Considerando a teoria do órgão, há de se ressaltar que a possibilidade de responsabilização dos gestores públicos dar-se-á não de forma objetiva, se sim subjetiva.

Essa situação, por ser corriqueira, já foi enfrentada inúmeras vezes pelos Tribunais pátrios que, em várias oportunidades já se pronunciaram, a exemplo do acórdão proferido pelo TJ/RS na Apelação nº 70044385102, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, julgado em 27 de junho de 2012, pela impossibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva ao gestor público, salientando que:

[...] a responsabilidade do administrador pelo ressarcimento de dano ao erário, em razão de despesa irregular apontada por decisão do Tribunal de Contas, não é objetiva; ao revés, rege-se pelo princípio geral da culpa civil, com pressuposto no elemento subjetivo. [...] Para a imputação de despesa realizada, portanto, não é suficiente a prova da ilegalidade; necessário saber reprovável, permeada de dolo ou culpa [...]

Pela mesma razão, aliás, o STF adotou a **dupla garantia** quando do julgamento do **RE 327904**, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, j. em 15/08/2006, assentando-se que o agente público "*somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular*".



Mais recentemente, apreciando o **tema 940 da repercussão geral**, tomando por paradigma o julgamento do **RE 1027633**, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 14/08/2019, **o STF firmou a seguinte tese**: “a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, **sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Assim, resta inviável pretender o reconhecimento da responsabilização pessoal do agente público alicerçada unicamente com a presença de notas de ilegalidade, sob pena de se consubstancia em inequívoca **responsabilização objetiva** em detrimento do regramento insculpido no art. 37, §6º, da Constituição Federal, regime que exige seja sindicado e evidenciado o elemento normativo do ato comissivo ou omissivo apontado como causador do dano a ser reparado.

No presente caso, o autor ministerial **não apresentou a conduta pormenorizada dos gestores públicos alocados no polo passivo da demanda** e sequer alegou no que consistiria o seu comportamento doloso ou culposos, convertendo-se a presente demanda em uma verdadeira ação genérica, sem qualquer especificação de possíveis atos dos gestores que poderiam dar azo à reparação pretendida.

Assim, a proposição de demanda contra os gestores públicos **Fernando Rodrigues Máximo e Nélio de Souza Santos** afigura-se **indevida e desarrazoada**, não só em virtude da **teoria do órgão** e da **dupla garantia**, mas também porque o MPE-RO sequer especificou a realização de atos administrativos, por parte dos referidos gestores, capazes de configurar culpa ou dolo na atuação funcional.

A **parte legítima** será “aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, ‘decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso’”. Diz respeito à “**pertinência subjetiva da ação**”, decorrente do vínculo jurídico-material estabelecido entre “os sujeitos da



demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que será discutida”⁷. No caso, legítimo apenas o Estado de Rondônia.

Posto isso, ante a evidente ausência de legitimidade passiva *ad causa*, requer seja **reduzida a demanda subjetivamente** em relação aos requeridos **Fernando Rodrigues Máximo** e **Nélio de Souza Santos**, com fulcro nos arts. 337, XI, e 485, VI, do CPC/15.

5. Do mérito

5.1. Da contradição quanto à atuação institucional: da participação de membros do Ministério Público estadual na reunião em que se informou sobre o modelo de contratação ora questionado.

O ajuizamento desta ação causou grande surpresa ao Estado de Rondônia. Explica-se.

Toda a atuação do Ministério Público estadual, quanto ao monitoramento das ações tomadas pelo Poder Executivo Estadual no combate à Covid-19, é realizada pela Força-Tarefa coordenada pelas Promotoras de Justiça Emília Oiye e Flávia Shimizu Mazzini.

Tal Força-Tarefa realizou diversas reuniões entre representantes do Tribunal de Contas estadual, da Secretaria de Estado da Saúde, da Procuradoria Geral do Estado, entre outros, visando alinhar e ter conhecimento acerca das ações a serem implementadas pelo Poder Executivo no combate à referida pandemia.

Dentre várias reuniões realizadas, traz-se ao conhecimento desse juízo as **reuniões ocorridas nos dias 06/04/2020⁸ e 05/05/2020⁹**, sendo que, em tais ocasiões, o Poder Executivo informou sobre as **dificuldades** surgidas no decorrer do combate à referida pandemia. Assim, passa-se a expor as **deliberações tomadas nas reuniões acima citadas**, o que auxiliará esse juízo a entender a **contradição** da atuação institucional do *Parquet* rondoniense.

No dia **06/04/2020**, a Força-Tarefa do MP-RO realizou reunião tendo os seguintes presentes: Conselheiro Paulo Curi Neto (Presidente do TCE/RO); Marcus Cézar Santos Pinto Filho (Secretário-Geral de Controle Externo do

⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 386.

⁸ Doc. 2.

⁹ Doc. 3.



TCE/RO); Álvaro Rodrigo Costa (Auditor do TCE/RO); Fernando Rodrigues Máximo (Secretário de Estado da Saúde); Nélío de Souza (Secretário-Adjunto de Estado da Saúde); Maxwell Mota de Andrade (Procurador do Estado); Emília Oiye (Coordenadora Força-Tarefa COVID-19) e Flávia Barbosa Shimizu Mazzini (Promotora de Justiça).

Em tal reunião, conforme fls. 03-04 da ata em anexo, foi ponderado acerca da necessidade de **“enfrentamento e incremento dos leitos intermediários, bem como de que as definições sejam tomadas de forma célere e adequada à situação de calamidade, sob pena de graves prejuízos no atendimento dos pacientes”**.

Na mesma reunião (fls. 03-04 da ata em anexo), o **“MP e TCE explanaram ainda acerca da necessidade de imprimir um fluxo célere e sem burocracias, porém com controle e obediência aos regramentos legais, aos processos de aquisições relativas às medidas de combate ao COVID-19, já que algumas providências extremamente necessárias não são finalizadas em razão do andamento desses processos”**.

Vê-se que tanto o MP-RO quanto o TCE-RO informaram a necessidade de o Poder Executivo, por intermédio de seus órgãos de atuação finalística, imprimir um fluxo célere e sem burocracia – com observância dos ditames legais – para fins de se prestar o melhor atendimento possível aos acometidos pela Covid-19.

Visando prestar o melhor serviço à população rondoniense, a SESAU/RO promoveu diversas ações para fins de se equipar com materiais e recursos humanos as Unidades Hospitalares de todo o Estado, bem como auxiliando os Municípios com materiais e recursos para fins de tratamento.

Pois bem.

Em nova reunião convocada pela Força-Tarefa em questão – ocorrida no dia 05/05/2020 – tendo a presença das Promotoras de Justiça Emília Oiye, Flávia Barbosa Shimizu Mazzini e Joice Gushy Mota Azevedo, bem como de representantes da Procuradoria Geral do Estado, da Secretaria de Estado da Saúde e do TCE/RO, houve novas deliberação sobre o assunto. Para melhor visualização, citam-se abaixo **trechos do que foi**

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



deliberado na reunião encimada, com a consequente especificação das respectivas folhas da ata de reunião que segue anexa. Veja-se:

Fls. 02-03:

- A Promotora Emília questionou sobre os leitos de UTI, sendo que o secretário informou que esses hospitais que ofereceram propostas também disponibilizariam leitos de UTI, em menor quantidade, mas já ajudaria. **Asseverou que, a princípio, a ideia seria pagar somente se utilizasse os leitos de UTI, porém surgiu uma preocupação de, eventualmente esses leitos não estarem disponíveis em uma necessidade urgente da SESAU, como ocorreu em Manaus, onde todos os hospitais privados lotaram e não houve mais meios de cumprimento do contrato, sendo que penalidade seria apenas multa e não resolveria a necessidade para a salvaguarda de vidas. Portanto, há um risco de gastar mais recursos para que esses leitos de UTI sejam mantidos para o Estado de Rondônia.**(grifo nosso)

Fls. 03-04:

- A Promotora Flávia resumiu as alternativas atuais para obtenção de leitos como sendo a aquisição do Hospital Regina Pacis e a análise de outras três propostas de hospitais privados, sendo o Hospital das Clínicas (18 leitos com 4 de UTI), Hospital SAMAR (50 leitos clínicos e 10 de UTI) e Prontocordis (35 leitos clínicos e 10 leitos de UTI). **A contratação de terceirizados tem a vantagem de não demandar pessoal e também ter outros serviços agregados, como exames de imagem, de laboratório, hemodiálise, dentre outras facilidades.**(grifo nosso)

Fls. 04:

- O TCE, através do Presidente, questionou se há pesquisa pelo Estado de Rondônia de valores de referência de diária por leito, mencionando o TAC em Rio Grande do Norte, onde houve valores de referência. Esse levantamento de uma referência justa possibilitaria uma negociação muito mais assertiva com as empresas que se interessassem em prestar esse tipo serviço, até em casos de eventuais requisições.

- O secretário explanou que tem um pouco de resistência com a requisição porque, em geral, essas empresas não estão prontas para prestar esses serviços, todos teriam que adaptar, de algum modo, sua estrutura, ou contratando, ou adaptando estrutura, entre outras providências e, na requisição, pode haver uma resistência para essa adequação como forma de manter a qualidade do serviço.

- A PGE informou que há uma preocupação com a qualidade do serviço a ser prestado com a requisição, mas, em caso de necessidade, esse instrumento será utilizado. O parâmetro de preços no Rio Grande do Norte pode dar uma referência. Asseverou que a decomposição de custos pode complicar as contratações em razão do tempo para realizar esse serviço, como a incerteza no tratamento dos pacientes, já que a doença é nova. Considerou que a

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



decomposição de custos, se realizada, pode não retratar a realidade. Afirmou que a exigência pode não ser tão útil, até pela inconsistência, já que alguns insumos são de difícil especificação.

- O PGE informou que a Lei 13.979/20 permite a contratação sem estimativa de custos, com posterior avaliação. Porém, seria interessante verificar no Rio Grande do Norte como foi realizada a referência, para, eventualmente ser utilizada a metodologia.

Vê-se que, pela leitura dos trechos da ata acima, os membros do MP-RO **reconheceram** que a situação vivenciada exigia dos gestores **inovações nas contratações administrativas**, notadamente, no presente caso, à **contratação de leitos de forma exclusiva**, evitando-se que, em caso de necessidade da SESAU, os leitos em questão estivessem ocupados, sem a possibilidade de sua utilização pela referida Secretaria.

Assim, visando atender à necessidade pública incontinenti – bem como tendo em vista a necessidade de leitos clínicos e de UTI serem disponibilizados de forma imediata – **a SESAU/RO firmou o contrato ora impugnado pelo MP-RO** (Contrato nº 197/PGE-2020).

Entretanto, conforme acima dito, **mesmo tendo participado da reunião supracitada e concordado com os seus termos**, não se entende a razão pela qual a Promotora de Justiça subscritora desta ação tenha judicializado a contratação, haja vista **ser de seu conhecimento a forma como se daria a contratação**, bem como os **motivos** que levaram o contrato ser definido de forma diferenciada à contratação comum de leitos clínicos e de UTI feitas pelo Estado.

Dito isso, não merece prosperar as alegações feitas na presente ACP, notadamente ante o fato da **incongruência** da atuação funcional do Ministério Público do Estado de Rondônia, inclusive com **violação da boa-fé objetiva**, em vista da adoção de **comportamentos contraditórios**. A despeito de suas importantes prerrogativas constitucionais, **não** pode agir de forma antinômica e conflituosa, notadamente em tempos pandêmicos, nos quais se exige do Poder Público atuação rápida, eficiente e inovadora.

Por fim, não custa rememorar que o **modelo de contratação** no caso, consoante definido nas reuniões acima mencionadas, revelou-se necessário para fins de se evitar o que ocorrera no município de Manaus, em meados do mês de abril de 2020, isto é, a falta de leitos disponíveis para

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



internação de pacientes regulados pelo SUS, visto que, em tal município, a rede privada restou-se inviabilizada quanto à cedência de leitos ao Poder Público ante o aumento de demandas particulares (notadamente as oriundas de pessoas com plano de saúde), superlotando todos os leitos clínicos e de UTI's de tal localidade, deixando o Poder Público em estado de perplexidade ante tal superlotação da rede particular.

Portanto, a Secretaria de Estado da Saúde, atendendo às recomendações do próprio Ministério Público rondoniense, antecipou-se a uma eventual superlotação da rede pública estadual, com a consequente contratação do Hospital SAMAR, de modo que tal unidade disponibilizasse leitos clínicos e de UTI's na forma disposta no Contrato nº 197/PGE-2020. Ou seja, quis-se impedir que o Estado contratasse leitos e, quando da necessidade de sua utilização, estivessem ocupados. Tal disponibilização, como é natural, demanda custos de manutenção pela contratada.

5.2. Da existência de justificativa técnica para a contratação da empresa Hospital Samar Ltda.

Alega o autor ministerial que o Estado não justificou, tecnicamente, o porquê da contratação ora combatida pelo *Parquet*, limitando-se apenas a citar fatos esperados "*desde o início da pandemia e de conhecimento notório*" (fl. 7 da petição inicial da ACP em questão).

Entretanto, é certo que os membros do Ministério Público, formados em área diversa do saber humano, **não** detêm nenhum tipo de conhecimento técnico em saúde pública, **faltando-lhes capacidade institucional a esse respeito**¹⁰.

O STF já teve a oportunidade de aplicar a noção de capacidade institucional quando, no bojo da Extradicação n. 1.085 PET-AV, rel. Min Cezar Peluso, o Min. Luiz Fux entendeu que faltaria ao STF a capacidade institucional "de se imiscuir em questões de relações internacionais".¹¹ O mesmo raciocínio aplica-se aqui: falta ao *parquet* a capacidade

¹⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 432-436.

¹¹ NETO e SARMENTO, 2013, p. 435.



institucional de se **imiscuir em questões relacionadas às medidas** necessárias ao enfrentamento da pandemia de Covid-19.

Diferentemente do alegado na inicial, a justificativa para a aquisição que deu origem ao Contrato nº 197/PGE-2020, que consta no processo SEI anexo (Justificativa SESAU-GAD constante no ID 0011428132 – **doc. 5**), **não se mostrou genérica ou imprecisa**. Tal justificativa deu-se com a **análise de fatores técnicos**, bem como nas **projeções** de ocupação de leitos de UTI à época apurado, visto que, naquele momento, o Estado de Rondônia encontrava-se na **fase crítica da pandemia**, necessitando do aumento de leitos clínicos e de UTI – notadamente leitos de retaguarda – em razão da crescente internação de pessoas em estágios graves de Covid-19.

Para melhor visualização, seguem abaixo **trechos da Justificativa SESAU-GAD** constante no ID 0011428132 do processo SEI nº 0053.180070/2020-79 (**doc. 5**):

(...)

De acordo com o boletim epidemiológico nº 04, de 28 de abril de 2020 “o Estado de Rondônia entrou na fase crítica da pandemia pela COVID-19, tendendo para ocorrência exponencial de casos, notadamente a partir da semana epidemiológica”. Conforme consta no mencionado boletim, o primeiro caso no Estado foi confirmado em 19 de março, e até 11 de abril, foram confirmados 34 casos. A partir de 14 de abril, a transmissão foi intensificada, totalizando desse dia até 25 de abril, 294 casos. Ora, o aumento significativo dos números de caso em poucas semanas (mais de 400 no dia 29, não eram nem 100 há 14 dias) e o fato de que a curva de contaminação está acelerando, não pode significar outra coisa que não o aumento do risco.

(...)

Nota-se que a curva de contágio ainda está crescendo de forma surpreendente, a exemplo da atual situação epidemiológica, que cresceu **182%** nos últimos 10 dias, refletindo assim num incremento, neste período, de **18,2% de novos casos por dia**.

O Boletim Epidemiológico 04/2020, de 28/04/2020, publicado pela Agência Estadual de Vigilância em Saúde – AGEVISA, expôs o seguinte:

O Estado de Rondônia entrou na fase crítica da pandemia pela COVID-19, tendendo para ocorrência exponencial de casos, notadamente a partir da semana epidemiológica (SE) 16. O primeiro caso no Estado foi confirmado em 19 de março (SE 12), e até 11 de abril (SE 15) foram confirmados 34 casos. A partir da SE 16, nitidamente a partir de 14 de abril, a transmissão foi intensificada, totalizando desse dia até 25 de abril (SE 17), 294 casos [...]. Dentre as fases epidêmicas, o processo é iniciado pela fase de identificação, progredindo para epidemias localizadas e em seguida para a fase de

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



aceleração. Rondônia, a partir da semana epidemiológica (SE) 18 (26/04 a 02/05), entrou na fase de aceleração, segundo previsão anterior do Ministério da Saúde (Boletim Epidemiológico Especial 7 – COE Coronavírus – 06 de abril de 2020). A intensificação da transmissão do COVID-19 nos alerta a redobrar os cuidados previamente estabelecidos para evitarmos um colapso no sistema de saúde.

O Estado de Rondônia entrou na fase crítica da pandemia pela COVID-19, tendendo para ocorrência exponencial de casos, notadamente a partir da semana epidemiológica (SE) 16. O primeiro caso no Estado foi confirmado em 19 de março (SE 12), e até 11 de abril (SE 15) foram confirmados 34 casos. A partir da SE 16, nitidamente a partir de 14 de abril, a transmissão foi intensificada, totalizando desse dia até 25 de abril (SE 17), 294 casos [...]. Dentre as fases epidêmicas, o processo é iniciado pela fase de identificação, progredindo para epidemias localizadas e em seguida para a fase de aceleração. Rondônia, a partir da semana epidemiológica (SE) 18 (26/04 a 02/05), entrou na fase de aceleração, segundo previsão anterior do Ministério da Saúde (Boletim Epidemiológico Especial 7 – COE Coronavírus – 06 de abril de 2020). A intensificação da transmissão do COVID-19 nos alerta a redobrar os cuidados previamente estabelecidos para evitarmos um colapso no sistema de saúde.

Buscando como referência o esgotamento e colapso da estrutura de saúde da cidade de Manaus/AM, os casos registrados naquela capital até o dia 29/04/2020, foram notificadas 380 óbitos e 4.801 casos, sendo que o primeiro caso de coronavírus foi divulgado no dia 13/03/2020. O hospital da região já empilhava corpos do lado dos pacientes, conforme amplamente noticiado na mídia. Após anunciar a instalação de contêineres frigoríficos no cemitério público Nossa Senhora Aparecida, a prefeitura de Manaus informou que está construindo valas comuns para enterrar vítimas do novo coronavírus. Somente no dia 26/04/2020 foram registrados 140 enterros na cidade, quando o normal é de 30. O Amazonas é o 5º estado mais atingido pelo coronavírus no Brasil, e 96% dos seus leitos já se encontram preenchidos, tendo pesquisadores recomendando o bloqueio total de circulação das pessoas (lockdown).

Para monitorar o avanço da epidemia de COVID-19 no Brasil, um novo indicador está sendo utilizado pela equipe de pesquisadores da Fiocruz, demonstrando que, na última semana, o Brasil apresentou uma pequena redução no ritmo de crescimento do total de óbitos causados pelo novo coronavírus. Porém a situação em alguns estados é bem diferente, e o aumento de óbitos vem ocorrendo de forma mais acelerada, especialmente no Rio Grande do Sul, Sergipe, Maranhão, Amazonas, Alagoas, Pará, Paraíba, Pernambuco, Espírito Santo, Piauí e **Rondônia**.

Como pode ser observado na figura abaixo, Rondônia registrou até o dia 03/05/2020 um total de 24 óbitos. Em 24/04/2020 o Estado havia notificado 6 (seis) óbitos decorrentes da COVID-19. Até o dia 03/05/2020 já haviam sido registrados o total de 24 óbitos, demonstrando assim um aumento de **300%** em apenas 10 dias.

(...)

DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITOS CLÍNICOS PARA COVID-19:

No cenário atual da situação epidemiológica causada pela infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), foi necessário

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



reorganizar a assistência hospitalar no âmbito do SUS, a fim de garantir o acesso regulado e atendimento aos casos suspeitos ou confirmados pela COVID-19, para os quadros clínicos moderados e graves, com indicação de internação hospitalar em leito de enfermaria e em unidade de terapia intensiva (UTI).

Nesse contexto, o Hospital CEMETRON, com capacidade instalada de 100 (cem) leitos, foi reorganizado e estruturado para atender demanda exclusiva de pacientes suspeitos ou confirmados com a SARS-CoV-2, dos casos moderados ou graves que exijam internação hospitalar em leito clínico ou em unidade de terapia intensiva. A configuração atual desta unidade é de 17 (dezesete) leitos de UTI adulto (com capacidade para expansão de mais 02 (dois) e 67 (sessenta e sete) leitos clínicos adulto.

Salientamos ainda, que foram contratualizados 20 leitos clínicos com o Hospital Santa Marcelina de Rondônia, através do Contrato nº 184/PGE-2020 oriundo do processo administrativo sob nº 0053.176545/2020-22.

Visando à contenção da disseminação da doença, ao isolamento dos pacientes, ao cuidado integral, humanizado, intensivo e específico aos infectados, bem como à preservação dos demais pontos de atenção à saúde pública, neste caso está explícita a necessidade de contratação do serviço de leitos clínicos e leitos de terapia intensiva para o enfrentamento da pandemia.

Considerando todos os leitos disponíveis exclusivos para pacientes acometidos pela COVID-19, sejam eles adulto ou pediátrico, a taxa de ocupação dos leitos clínicos é de 58%, e de leitos de UTI é de 59%, conforme dados obtidos no painel COVID, através do site <http://covid19.sesau.ro.gov.br/>.

Neste cenário de curva ascendente dos casos confirmados e óbitos registrados, bem como no grande aumento das internações em leitos clínicos e leitos de terapia intensiva, aumentando consideravelmente a taxa de ocupação desses hospitais, além do tempo médio de permanência de 14 dias dos pacientes internados, bem como das projeções de casos divulgado no plano de contingência estadual, faz-se necessária a adoção urgente de medidas estratégicas e contratação de leitos para atender a população acometida pela COVID-19.

Visando à contenção da disseminação da doença, ao isolamento dos pacientes, ao cuidado integral, humanizado, intensivo e específico aos infectados, bem como à preservação dos demais pontos de atenção à saúde pública, neste caso está explícita a necessidade de contratação do serviço de leitos clínicos e leitos de terapia intensiva para o enfrentamento da pandemia.

O Poder Público detém de prerrogativa para requisitar bens e serviços no âmbito da saúde para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias.

Portanto, à luz de todo o exposto, justifica-se a Contratação de Empresa(s) Especializada(s) para Prestação de Serviços Complementares na Área de Leitos Clínicos (Adulto) e Unidade de Terapia Intensiva - UTI (Adultos), para atender ao Centro de Medicina Tropical de Rondônia - CEMETRON, frente as ações desenvolvidas em combate a propagação do COVID-19, com todos os procedimentos e especialidades constantes das normas dos serviços específicos editadas pelo Ministério da Saúde, Conselho Federal de Medicina, Associação de Medicina Intensiva Brasileira - AMIB, de forma emergencial, por um período de 3 (três) meses.

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



Assim, revela-se visível que a SESAU/RO, na justificativa encimada, **não** agiu de forma genérica.

Ademais, o processo teve seu início com a **comunicação do CEMETRON** (feita pelo Memorando nº 118/2020/CEMETRON-DG) quanto às restrições no recebimento dos pacientes suspeitos de Covid-19 na Casa de Saúde Santa Marcela, a qual possui contrato com a SESAU para a prestação de serviços complementares de saúde.

No mesmo dia em que o CEMETRON exarou o Memorando nº 118/2020/CEMETRON-DG – qual seja, dia 05 de maio de 2020 – **o MPE-RO convocou reunião** para fins de tratar das questões relativas aos leitos clínicos e de UTI para atendimento à Covid-19, conforme fora exposto no tópico 3.1 desta petição.

Nota-se, com isso, que o MPE-RO – notadamente a promotora subscritora desta ação – **agiu de forma contraditória**, pois na reunião ocorrida no dia 05/05/2020 (doc. 3), ficou **claro** que o próprio *parquet* alertava o Estado acerca da necessidade de se contratar leitos clínicos e de UTI para atendimento aos pacientes acometidos pela Covid-19. E, não bastasse, a **forma de contratação** feita no presente caso atendeu aos reclames do próprio órgão ministerial e foi definida na mesma reunião, tudo com a finalidade de se evitar – **como se evitou** - o colapso da rede pública de saúde.

Portanto, não há falar em falta de justificativa técnica, muito menos de desconhecimento do MPE-RO quanto à forma pela qual se daria a contratação, sendo deveras **infundadas** as alegações suscitadas na petição inicial.

5.3. Da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020: nova sistemática de contratações públicas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19.

A Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, **alterou a sistemática das contratações diretas** durante o período da referida



pandemia, simplificando os atos da Administração Pública com a finalidade de se dar agilidade ao enfrentamento de tal crise.

Nesse diapasão, os seus arts. 4º-A e 4º-C a 4º-E introduziram sistemática simplificada – mas não irrestrita – para a Administração Pública realizar os atos de aquisição e contratação para fins específicos de enfrentamento à pandemia.

Veja-se, a propósito, que o art. 4º-A autoriza a aquisição de bens e a contratação de serviços com equipamentos usados, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido. Já no seu art. 4º-C, resta clara a **desnecessidade de estudos preliminares – incluído, neste caso, a decomposição de custos unitários** – quando se tratar de bens e serviços comuns.

Quanto ao seu art. 4º-E, **notadamente a estimativa de preços**, a nova lei deixa muito claro que é possível **dispensar tal estimativa**, principalmente quando o mercado encontra-se em período de excepcionalidade, com oscilações frequentes – quase de hora em hora – quanto aos custos e etc. Deixa-se de transcrevê-los para que a peça não fique demasiado extensa, no entanto, basta buscar a sua redação à época da contratação, que, por sua vez, era conferida pela **Medida Provisória nº 926/2020**.

Assim, **era juridicamente possível, à época da contratação, ser dispensada a estimativa de preços**.

Dessa forma, justamente para **mitigar** eventuais riscos advindos da dispensa da estimativa de preços (ou da decomposição destes preços), o legislador infraconstitucional reforçou a importância do "gerenciamento de riscos", presente no artigo 4º-D da lei em comento, que assim dispõe: "o Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato".

O gestor, assim, **possui o respaldo legal** quanto à possibilidade de se contratar **sem a prévia estimativa de custos e sem confecção de planilha de decomposição de custos**, desde que devidamente justificado.



Dessa forma, o sistema de contratação denominado pelo MP-RO de “pacote fechado” possui respaldo nas normas acima. Acaso repute inconstitucional, deve ajuizar a competente ação direta, mas **não** questionar a sua aplicabilidade pelo Poder público.

Conforme consta no processo SEI nº 0053.180070/2020-79 (doc. 5), o gestor da SESAU tomou – e ainda está tomando – as medidas necessárias para fins de se **gerenciar os eventuais riscos** da contratação em questão.

Assim, observa-se, claramente, que todo o procedimento de contratação e execução ora impugnados pelo MPE-RO foram realizados pelo Estado com a estrita observância da Lei nº 13.979/2020, bem como tal contratação atendeu às próprias recomendações do referido *parquet* realizadas por ocasião das reuniões citadas nesta contestação.

5.4. Da possibilidade de se realizar pagamento integral à contratada: Leis nº 13.992/2020 e 14.061/2020.

A interpretação expansiva nas normas jurídicas voltadas ao direito público tem sido uma vertente na atual conjuntura de combate à pandemia de Covid-19, dada a celeridade e urgência necessárias à prática dos atos imprescindíveis ao resguardo das vidas impactadas.

Notou-se, assim, que os gestores públicos, para fins de alcançarem as metas de atendimento à população, necessitavam de mecanismos jurídicos – notadamente de aprovação de leis específicas – para fins de subsídios e suporte à tomada de decisões. Com isso, sensível à situação dos gestores públicos em tempos de pandemia, a União promulgou a **Lei nº 13.992/2020**, a qual assim dispõe:

Art. 1º Fica suspensa por 120 (cento e vinte) dias, a contar de 1º de março do corrente ano, a obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo-lhes os repasses dos valores financeiros contratualizados, na sua integralidade.

Art. 2º Fica mantido o pagamento da produção do Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (Faec), com base na média dos últimos 12 (doze) meses.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



Nota-se que a lei supracitada, visando dar suporte jurídico aos gestores, **suspendeu**, por 120 (cento e vinte) dias, a contar de 1º de março de 2020, a **obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas** pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo-lhes os repasses dos valores financeiros contratualizados, **na sua integralidade**.

O prazo supracitado foi **prorrogado até 30 de setembro de 2020**, por intermédio da Lei nº 14.061/2020. Veja-se:

Art. 1º Fica prorrogada até 30 de setembro de 2020 a suspensão da obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde, de qualquer natureza, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecida no **art. 1º da Lei nº 13.992, de 22 de abril de 2020**, garantindo-lhes os repasses dos valores financeiros contratualizados, na sua integralidade.

Parágrafo único. Incluem-se nos prestadores de serviço de saúde referidos no **caput** deste artigo pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos.

Art. 2º O pagamento dos procedimentos financiados pelo Fundo de Ações Estratégicas e Compensação (Faec) deve ser efetuado conforme produção aprovada pelos gestores estaduais, distrital e municipais de saúde, nos mesmos termos estabelecidos antes da vigência da **Lei nº 13.992, de 22 de abril de 2020**.

Parágrafo único. Os valores do Faec que ficaram retidos em razão do disposto no **caput do art. 2º da Lei nº 13.992, de 22 de abril de 2020**, referentes às competências de março, abril, maio e junho de 2020, aprovados pelos gestores estaduais, distrital e municipais de saúde, serão pagos em parcela única pelo Ministério da Saúde.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

É notório que as leis supracitadas tiveram a sua *ratio existendi* em permitir aos contratos firmados com prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) a possibilidade de terem seus pagamentos feitos de forma integral.

Em que pese o Contrato nº 197/PGE-2020 ter sido firmado em data posterior a 01/03/2020, é evidente que a prestação de serviços contratada por intermédio da avença em causa enquadra-se, perfeitamente, como serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, afigura-se tranquila a **aplicabilidade das leis supracitadas ao caso dos autos**.

Explica-se.

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164

22



As normas existentes não abordam todos os aspectos da vida, haja vista que, diante da complexidade ou mesmo da evolução das relações sociais e jurídicas, o legislador não tem como elaborar normas que compreendessem todas as situações. Assim, existem lacunas normativas que demandam ao aplicador do direito a **atividade integrativa**, de forma a preencher esses espaços normativos, dando completude necessária ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é notório que **a pandemia de Covid-19 afetou tanto os contratos anteriores à 01/03/2020 quanto os posteriores a tal data**, ou seja, os gestores tiveram que interpretar a Lei nº 13.992/2020 de forma a abarcar a possibilidade de se realizar o pagamento integral aos prestadores de serviços contratados posteriormente a 01/03/2020, criando, como condicionante, que os serviços contratados se dessem em razão da necessidade primária de combater à pandemia, o que foi o caso do Contrato nº 197/PGE-2020. Afinal, **não há razão pública para distinguir situações fáticas semelhantes**, o que demanda a aplicação do mesmo direito.

Desse modo, a possibilidade de pagamento integral dos serviços contratados – nos dizeres do MP, “pacote fechado” – revela-se em **conformidade** com o ordenamento, visto que a forma como se deu a contratação do objeto da avença supracitada, bem como sua forma de pagamento, atendeu às disposições das Leis nº 13.992/2020 e nº 14.061/2020, **não** havendo ilegalidade ou irregularidade na forma de pagamento estabelecido no Contrato nº 197/PGE-2020.

5.5. Dos valores contratados e dos valores pagos à empresa contratada.

Alegou o MP-RO que os valores contratados geraram prejuízos aos cofres estaduais, notadamente ante a vigência do contrato ter iniciado a partir da aposição da primeira assinatura no referido termo, o que se deu no dia 07/05/2020, às 23:47h (horário de Brasília, visto que o sistema SEI utiliza tal horário de referência). Alegou-se, também, que os valores pagos por leito são superiores aos valores fixados na tabela DATASUS para os gastos médios de internações clínicas e de UTI para tratamento da Covid-19.

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



Pois bem.

Quanto aos valores pagos por leito, a SESAU, por intermédio da **Informação nº 2/2021/SESAU-GAD** (doc. 6), informou que os preços contratados foram auferidos por cotação de preços previamente realizadas com 03 (três) unidades hospitalares desta Capital, sendo que foi enviado a 08 (oito) unidades hospitalares a solicitação, tendo apenas os nosocômios “Hospital das Clínicas”, “Hospital SAMAR” e “Hospital 9 de julho” apresentado cotação de preços.

Outro ponto a ser destacado é que os valores fixados na tabela DATASUS para os gastos médios de internações clínicas e de UTI para tratamento de Covid-19 **são apenas referenciais, não possuindo caráter vinculativo**, visto que cada região do país possui particularidades e peculiaridades que afetam a variação dos preços praticados no mercado local. Como exemplo, não se pode tratar os custos de leitos de UTI no município de São Paulo/SP com os custos dos mesmos leitos em Porto Velho/RO, visto que a própria carga tributária dos insumos, devido ao transporte interestadual, já desvirtua o valor estabelecido pelo SUS.

A **estimativa de preços** é fundamental para a atividade contratual da Administração, como instrumento de baliza aos valores oferecidos nos certames públicos e àqueles executados nas respectivas contratações. Sua principal função é garantir que o Poder Público identifique o valor médio de mercado para uma pretensão contratual. Importante destacar que este valor médio de mercado é, na verdade, um **parâmetro**, que deve ser percebido de forma **relativa**.

O entendimento tradicional do TCU sugere que a pesquisa de mercado seja feita através de, pelo menos, 03 (três) orçamentos distintos (Conforme propõe o Acórdão nº 4.013/2008, da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União). Além do mais, tal coleta de preços, no quantitativo de três orçamentos, deverá ser realizada preferencialmente e não de maneira obrigatória, sendo possível apresentar **justificativa circunstanciada** quando isso não se revelar possível em dado caso (TCU, Acórdão 1565/2015-Plenário, Relator Vital do Rêgo).



Cumprir lembrar que o preenchimento de pesquisa de preços, pelos empresários, envolve o dispêndio de tempo e de recursos humanos, o que pode ser traduzido em custos. Sem qualquer benefício dado pelo órgão ou ente público que solicita ao fornecedor a pesquisa de preços, é comum que muitos fornecedores **sequer respondam aos pedidos feitos para envio de propostas**, com o intuito de montar a necessária pesquisa de preços, para realização do certame. Tal situação é ainda mais flagrante nas contratações que exigem o preenchimento de extensas planilhas de custos, como ocorre nas licitações de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra.

Nessa realidade, por vezes, o envio de uma dezena de solicitações de propostas, para realização da pesquisa de mercado, não se converte no efetivo retorno do quantitativo mínimo exigido.

No presente caso, a SESAU conseguiu 03 (três) cotações de preços, **mesmo enviando pedido de cotação a 08 (oito) unidades hospitalares desta Capital**. Assim, nos termos da estimativa apurada, resta demonstrada a **não** ocorrência de sobrepreço nos valores contratados junto à empresa Samar.

Prossegue-se.

Com relação à data de início do contrato e a possível não utilização de leitos no primeiro dia de vigência (qual seja, dia 07/05/2020), a Gerência Administrativa da SESAU, através do Memorando nº 173/2021/SESAU-SC (Processo SEI nº 0036.057353/2021-15), solicitou à Coordenadoria Técnica de Administração e Finanças da referida Secretaria a **possibilidade de glosa sobre o valor faturado relativo ao dia 07/05/2020** – dia de início da vigência do contrato – visto que em tal data (07/05/2020) não houve tempo hábil para alocação de pacientes no Hospital SAMAR.

Assim, **com a realização da glosa referente ao dia 07/05/2020**, fica suplantada a tese do MP-RO de que houve irregularidade no pagamento relativo ao primeiro dia de vigência do contrato. Não se pode descuidar que a glosa é passível de realização enquanto houver valores a serem pagos à contratada, de maneira que permanece oportuna.



5.6. Da discricionariedade e do caráter de gestão quanto à decisão de se requisitar administrativamente serviços de internação hospitalar

A requisição administrativa é um ato administrativo unilateral e autoexecutório que consiste na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente, mediante pagamento de indenização *a posteriori*. Não possui a natureza de direito real, pois dela resulta direito pessoal vinculante do Poder Público e do titular do bem ou do serviço requisitado.

Enquadra-se como requisição administrativa a competência prevista no inciso XXV do artigo 5º da Constituição, *in verbis*: "**no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano**". Define-se como perigo público iminente aquele risco que, se propagadas as suas consequências, é improvável que a sociedade seja preservada dos resultados danosos, sejam decorrentes de eventos da natureza, sejam resultantes de comportamentos de pessoas naturais ou jurídicas. Iminente a ocorrência de um risco que ameaça a coletividade, é legítimo adotar a requisição dos bens ou serviços necessários à proteção do interesse público primário, nos termos da legislação pertinente.

Pois bem.

A requisição administrativa, por ser ação unilateral que limita direito de propriedade dos administrados, só pode ser tomada em **casos extremos**, quando o Poder Público, por meios ordinários, não consegue tratar o iminente perigo público da forma adequada.

No presente caso, **não** ocorreu a omissão do Poder Público e nem a falta de leitos para fins de contratação ordinária. Ou seja, se não houve causa caracterizadora das hipóteses que autorizam a requisição administrativa, **não há qualquer razão pública que autorize o MPE-RO** a sequer suscitar a utilização deste instituto para fins de definir qual seria a melhor forma de se prover o serviço de leitos clínicos de UTI.

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



Conforme será exposto no próximo tópico, a Lei nº 13.655/2018 inseriu dez artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito – LINDB, dispostivos estes notadamente aplicáveis à interpretação das normas de direito público e dos atos de gestão dos administradores públicos, tendo por objetivo de **impedir** que os órgãos de controle **adentrem** ou pretendam **substituir** o mérito administrativo a ser definido pelos gestores públicos quanto à tomada de decisões típicas de gestão.

Ante o exposto, nota-se que o argumento apresentado pelo MPE-RO, quanto ao presente tópico, deve ser totalmente rechaçado, sobretudo por violar o **princípio da separação de poderes**.

5.7. Das normas atinentes à interpretação dos atos de gestão: disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Almejando homenagear o princípio da segurança jurídica nas esferas administrativa, controladora e judicial, o legislador, pela Lei nº 13.655/2018, inseriu onze artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (artigos 20 a 30). Tal norma estabeleceu novas regras que, apesar de inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito, são direcionadas especificamente ao Direito Público. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 9830/2019, decreto este que a doutrina ainda não teve oportunidade de analisar e que será objeto de estudo neste trabalho.

Feita uma contextualização inicial do tema, passa-se a comentar os novos dispositivos e sua aplicação ao presente caso.

O art. 20 da LINDB, inserido pela Lei nº 13.655/2018, foi assim redigido:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Regulamentando o dispositivo acima, o Decreto nº 9.830/2019, os arts. 2º e 3º dispõem:



Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Conforme a doutrina de Marçal Justen Filho, a disposição do art. 20 da LINDB visa **reduzir subjetivismos e superficialidades** nas manifestações decisórias, valendo destaque:

As inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se a **reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal**. O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificamente sobre as **decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata**. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade.¹²

Apesar dos significantes abstratos, percebem-se, da alteração em causa, duas preocupações do legislador: **1)** a ênfase no princípio da

12 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade in Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.



congruência enquanto vetor da motivação das decisões e **2)** a observância obrigatória dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ambas as nuances serão interpretadas.

O Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se do art. 20 da LINDB, afastou a exigibilidade da aplicação da legalidade estrita, quando está em jogo danos sociais excepcionalmente sensíveis. Tal concepção pode ser verificada no seguinte acórdão, cujo relator foi o Min. Napoleão Nunes Maia, valendo transcrição:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. PRESERVAÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO SOBRE A QUAL O TEMPO ESTENDEU O AMPLO MANTO DA SUA JUSTA IMODIFICABILIDADE. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Na hipótese vertente, a situação fática está consolidada no tempo, haja vista que, em julho de 2010, por força de antecipação de tutela recursal, a agravada teve deferido seu direito de prestar serviços na Cidade de Arcoverde-PE. Ademais, a sua permanência por si só, não implica prejuízos para a Administração, posto que a Autora continua a prestar seus serviços no Hospital Regional Estadual de Arcoverde-PE. 2. **Sendo assim, é um caso excepcional, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada.** Precedentes: AREsp. 883.574/MS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 19.10.2017; AgRg no AREsp. 445.860/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 28.3.2014 e AgRg no Ag 1.397.693/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 23.3.2012. 3. Nas palavras do Jusfilósofo alemão, Professor KARL ENGISCH (1899-1990), reportando lição do Professor HANS REICHEL (1892-1958) que, nos idos de 1915, asseverou que o Juiz é obrigado, por força do seu cargo, a afastar-se conscientemente de uma disposição legal, quando essa disposição de tal modo contraria o sentimento ético da generalidade das pessoas que, pela sua observância, a autoridade do Direito e da Lei correria um perigo mais grave do que através da sua inobservância (Introdução do Pensamento Jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Gulbenkian, 1965, p.272). 4. Ademais, em atenção ao princípio insculpido no art. 226 da Constituição Federal, insta reconhecer que tem o Estado interesse na preservação da família, considerada base sobre a qual se assenta a sociedade. Outrossim, não se olvida que aludido princípio não pode ser aplicado de forma indiscriminada, merecendo cada caso concreto uma análise acurada de suas



particularidades. 5. Agravo Interno do ESTADO DE PERNAMBUCO a que se nega provimento.¹³

O Ministro Relator, em seu voto, dissertou da seguinte forma:

Ademais, há a solidificação de situações fáticas ocasionada em razão do excessivo decurso de tempo entre o provimento do Apelo e os dias atuais, de maneira que a reversão desse quadro implicaria inexoravelmente em danos desnecessários e irreparáveis à parte agravada; é o que ocorre no caso dos autos, onde a autora está na nova lotação há 9 anos. Aplica-se, no caso, a Lei Anastasia, que em seu art. 20 dispõe que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão¹⁴.

Assim, verifica-se o reconhecimento de um considerável grau de relevância dado pelo STJ ao art. 20 da LINDB, a sobrepor o princípio da legalidade estrita na administração pública.

Já no STF, o Ministro Edson Fachin, em decisão interlocutória, dissertou sobre o art. 20, afirmando que **tal dispositivo homenageia o consequentialismo jurídico como corolário do princípio da segurança jurídica**. Leciona também, citando Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freiras que o dispositivo em questão instaura um devido processo legal decisório. Confira:

A despeito disso, na qualidade de Estado-Juiz, impende apontar que art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consolidou, em algum grau, no ordenamento jurídico o dever de obediência a prescrições emanadas do consequentialismo jurídico como corolário necessário do princípio da segurança jurídica e do interesse social. (...) Na verdade, trata-se de dispositivo que visa estabilizar e a conferir exequibilidade às decisões do controlador. E, de outro bordo, estabelecer parâmetros a partir dos quais tais decisões poderão ser controladas. Assim é que, caso se trate de decisão na esfera administrativa, a inobservância dessa exigência poderá importar na sua invalidação, por ausência de motivos, como determina o disposto no artigo 2º, d e parágrafo único, d, ambos da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). De outro

13 STJ – 1ª Turma - AgInt no AREsp 714074/PE – Rel. Min. Napolão Nunes Maia - Unânime – Julgado em: 25/03/2019. Em idêntico sentido: AgRg no AREsp 672435/RS, julg em: 21/03/2019; AgRg no REsp 1207490 / RJ, julg em: 14/08/2018 14 Inteiro teor, p. 07



lado, caso tal inobservância seja observada em provimento jurisdicional, tratar-se-á de decisão considerada sem fundamentação, nos termos do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC 2015, o que pode ensejar a sua nulidade (nos termos do artigo 1.013, parágrafo 3º, I, do CPC 2015). O dispositivo, portanto, não só é compatível com sistema normativo já vigente como, de resto, com ordenamento constitucional brasileiro.¹⁵

Assim, ao interpretar os atos e contratos administrativos (atos de gestão), deve se levar em consideração os **obstáculos e dificuldades do gestor em cumprir os acordos celebrados, observando as circunstâncias do caso concreto e das peculiaridades** – notadamente em tempos de pandemia. Atento às especificidades do caso concreto, bem como aos princípios da boa-fé e lealdade processual, deve ser levado em consideração todos os atos praticados pelos gestores, os quais foram devidamente tomados em estrita observância ao ordenamento jurídico pátrio.

Quanto ao artigo 21 da LINDB, tal dispositivo assim dispõe:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa **deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.**

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as **condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime** e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Este dispositivo foi regulamentado pelo já citado Decreto nº 9.830/2019, em seu art. 4º da seguinte forma:

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

¹⁵ STF - AC 3637 ED/RO – Rel. Min. Edson Fachin – Julgamento em: 02/08/2018.



§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

Tanto no dispositivo legal quanto no regulamentar percebe-se uma exigência à autoridade imbuída da competência decisória: uma conduta proativa nas **hipóteses de invalidação**, exigindo a abordagem na decisão sobre as **consequências** do julgado.

O regulamento (art. 4º, §1º) restringe essa análise aos limites dos fatos e fundamentos de mérito. Vincula também uma motivação adequada, proporcional e razoável das alternativas necessárias (art. 4º, §2º). Utiliza ainda da técnica da **modulação** dos efeitos do julgado (art. 4º, §§ 3º a 5º).

De qualquer forma, estas medidas **devem ser precedidas de contraditório e ampla defesa** ao administrado, partes ou entidades sujeitas a controle, pois uma medida que, em tese, visa uma segurança jurídica, pode ensejar uma conduta lesiva ao próprio interesse dos destinatários que visam salvaguardar.

A **modulação dos efeitos** também exige a participação dos interessados no processo, com a intimação destes para se manifestarem sobre a necessidade de modulação e sugestão de alternativas e prazos. A autoridade decisória, *de per si*, na maioria das vezes, **não possui a visão abrangente que contemple todos os pontos de vista aplicáveis e necessita da colaboração de todos os envolvidos.**



O STJ estabelece uma correlação entre a menor onerosidade prevista no art. 21 e a modulação dos efeitos prevista no art. 23 da LINDB. Valendo transcrição:

O regime de transição do art. 23 da LINDB está em íntima conexão com o princípio da menor onerosidade da regularização, previsto no art. 21, parágrafo único, de referido diploma legal, segundo o qual não se pode impor aos sujeitos atingidos pela modificação de jurisprudência ônus ou perdas anormais ou excessivos.¹⁶

Quanto ao artigo 22, este assim fora redigido:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, **serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo**, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as **circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente**.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

O Decreto nº 9.830/2019, ao regulamentar esse dispositivo, determina:

Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, **serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo**, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, **serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público**.

§ 2º A decisão a que se refere o § 1º observará o disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

Na interpretação das normas sobre gestão pública, o legislador criou uma hipótese legal de "empatia" para com o administrador público, com a determinação de se considerar "os obstáculos, as dificuldades reais

16 STJ – 3ª Turma - EDcl no REsp 1630659/DF – Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI – Julgado em: 27/11/2018. Em idêntico sentido: EDcl no REsp 1630889 / DF – Julgado em: 27/11/2018



do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo" e a integração destas nuances aos direitos dos administrados. Vale dizer: não se deve atacar uma gestão pública se não for compreendida todas as circunstâncias que levaram à tomada da decisão.

Em última análise, o dispositivo em questão aplica o princípio da realidade, nos termos da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

Em nosso regime federativo, composto de unidades autônomas, há expressivas diferenças quanto à gestão dos administradores públicos, sendo indubitável que a gestão da União ou de um Estado-membro poderoso não pode comparar-se à de um longínquo e isolado Município. E essa diferença realmente tem que ser considerada pelos órgãos de controle, principalmente pelos Tribunais de Contas. Por esse motivo, a nova lei, no art. 22, recomendou que, para a interpretação de normas sobre gestão pública, deverão levar-se em conta os obstáculos e as dificuldades do gestor e as exigências das políticas públicas de sua atribuição, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Em outra vertente, para avaliar regularidade ou validade de conduta, ato, contrato, processo ou norma, será imprescindível analisar as circunstâncias concretas que impuseram, limitaram ou condicionaram a conduta do gestor (art. 22, § 1º). A incidência, no caso, é do princípio da realidade, que sugere, em alguns casos, a inaplicabilidade de parâmetros meramente teóricos. Exemplo crítico sempre citado é o da condenação de pequenos Municípios a fornecer a uma só pessoa medicamentos ou serviços de custo elevadíssimo, cujos recursos seriam alocados para assistência médica a toda a população.¹⁷

No que tange ao artigo 23, este fora assim editado:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

O Decreto nº 9.830/2019 regulamentou o dispositivo supra da seguinte maneira:

Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.
§ 1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. Atlas. 2019. P. 1555/1556



§ 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

§ 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

Art. 7º Quando cabível, o regime de transição preverá:

I - os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários;

II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e

III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

A lei dispõe sobre a alteração de critérios jurídicos afetos ao cotidiano administrativo, controlador e judicial. Apesar de vincular o dispositivo somente nas hipóteses de normas de conteúdo indeterminado, tal disciplina deve ser ampliada para todas as normas, uma vez que toda a norma possui um maior ou menor conteúdo abstrato que necessita de uma interpretação. Por fim, o art. 24 da LINDB possui o seguinte texto:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as **orientações gerais da época**, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

O Decreto nº 9.830/2019, ao regulamentar o dispositivo acima, preconiza:

Art. 5º A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.

§ 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.

§ 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso.

§ 3º Para fins do disposto neste artigo, consideram-se orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

§ 4º A decisão a que se refere o caput será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164



Os preceitos assinalados tratam da **irretroatividade** das decisões que alteram a revisão de critérios jurídicos, tipificados pela lei como "orientações gerais". Entende-se como orientações gerais pelo Decreto nº 9.830/2019 as interpretações e especificações de caráter geral ou constantes em precedentes pacificados de origem judicial ou administrativa.

Assim, em regra, a alteração de orientação geral não terá efeitos retroativos. Excepcionalmente, quando o particular requerer a aplicação retroativa e não houver prejuízo algum à Administração Pública e ao erário, mediante fundamentação nos termos do art. 20 da LINDB, poderá ser deferida a aplicação retroativa da nova orientação como uma medida que atenda a proporcionalidade e a razoabilidade.

Feitos os comentários sobre os artigos 20 a 24, sendo estas as mudanças mais relevantes no presente caso, pode-se adentrar no aspecto material do que está sendo combatido pelo MP-RO.

É sabido que qualquer decisão judicial a ser exarada no presente processo abordará, notadamente, os atos de gestão tomados pelos gestores estaduais na condução do Contrato nº 197/PGE-2020 (processo SEI nº 0053.180070/2020-79).

É do conhecimento, também, que os atos típicos de gestão, por vezes, encontram-se fora da expertise dos operadores do direito – quer sejam advogados, magistrados ou promotores de justiça – fazendo com que tais profissionais redobrem os cuidados para **não** extrapolem os limites que o sistema de freios e contrapesos permite no âmbito republicano.

Nesse sentido, notou-se que o Ministério Público não agiu com tal cautela. **Primeiro**, porque não levou em consideração o momento pandêmico vivido. E, secundariamente, porque ignorou totalmente as reuniões que expuseram a realidade fática quanto às possibilidades de contratação disponíveis ao Estado para atender à demanda de leitos clínicos e de UTI, notadamente a **necessidade de sempre estarem tais leitos à disposição da SESAU** para fins de regulação dos pacientes acometidos pela Covid-19.



6. Dos requerimentos

Ante o exposto, os requeridos **requerem**:

1) diante da ausência de pressuposto processual de validade subjetivo em relação à **Secretaria de Estado da Saúde** (incapacidade de ser parte), **deve a demanda ser reduzida subjetivamente**, com a sua exclusão do polo passivo, nos termos do art. 337, IX do CPC/2015;

2) ante a evidente ausência de legitimidade passiva *ad causa*, requer seja **reduzida a demanda subjetivamente** em relação aos requeridos **Fernando Rodrigues Máximo e Nélio de Souza Santos**, com fulcro nos arts. 337, XI, e 485, VI, do CPC/15.

3) no mérito, a total **improcedência** de todos os pedidos formulados pelo autor ministerial, porquanto **não** demonstrada nenhuma irregularidade no processo que deu origem ao Contrato nº 197/PGE-2020.

Protesta pela produção de provas documentais, com destaque para o que segue anexo a esta peça.

Porto Velho, 17 de fevereiro de 2021.

TIAGO CORDEIRO NOGUEIRA

Procurador-Geral Adjunto do Estado

Procuradoria-Geral do Estado

Av. Farquar, 2986, Palácio Rio Madeira, Ed. Rio Pacaás Novos - 7º andar,
Porto Velho/RO, (69) 3212-9164

37

