



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

JURISDICIONADO: SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

AUTORIDADES RESPONSÁVEIS: SR. WALDSON DIAS DE SOUZA (SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE) E SRA. KARLA MICHELE VITORINO MAIA (PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO)

ASSUNTO: ANÁLISE DO EDITAL DE DISPENSA DE LICITAÇÃO N.º 084/2012

DECISÃO SINGULAR DS2-TC 00012/12

Cuidam os autos da análise preliminar do procedimento de dispensa de licitação n.º 084/12, mediante o qual a Secretaria de Estado da Saúde pretende levar a efeito convocação pública para seleção de organização social para fins de gerenciamento, operacionalização e execução das ações de serviços de saúde na maternidade Dr. Peregrino Filho, localizada no Município de Patos.

Depois de examinar liminarmente o assunto, a Auditoria desta Corte de Contas exarou relatório técnico, segundo o qual apontou a existência de indícios suficientes de irregularidade no edital, bem como a possibilidade de prejuízo jurídico à Administração Pública e aos licitantes, de forma que recomendou a suspensão cautelar do procedimento com intuito de obstar a sua abertura.

A despeito do exíguo tempo para análise, levando-se em consideração a análise envidada pela Auditoria no bojo do Processo TC n.º 10295/11, bem como decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, cujos teores se reportam a contratação da entidade Cruz Vermelha Brasileira do Rio Grande do Sul para gerenciamento do Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena, esse Relator, acatando sugestão da Unidade Técnica de Instrução, proferiu a Decisão Singular n.º 00008/2012, por meio da qual concedeu medida cautelar com o fito de suspender a dispensa de licitação n.º 084/2012, determinando que as autoridades responsáveis se abstivessem de dar prosseguimento ao procedimento em questão.

Outrossim, naquela mesma decisão, foi determinada a expedição, com máxima urgência, de ofícios ao Sr. WALDSON DIAS DE SOUZA, Secretário de Estado da Saúde, e à Sra. KARLA MICHELE VITORINO MAIA, Presidente da Comissão de Licitação, informando-lhes o teor da decisão singular prolatada, assim como facultando-lhes oportunidade para apresentação de justificativas e/ou defesas, no prazo regimental de 15 (quinze) dias, sobre as conclusões emanadas do relatório Auditoria.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Seguidamente, por meio do Documento TC n.º 04731/12, foi formulado pedido de suspensão da cautelar, alegando em síntese:

1) a possibilidade do Estado celebrar contrato de gestão com Organizações Sociais, conforme práticas assemelhadas e disciplinadas em outras unidades da federação;

2) procedimento de credenciamento de Organizações Sociais interessadas, com algumas já qualificadas, conforme disciplinado na Lei 9.454/2011 e outros regulamentos.

Encaminhado à Auditoria para análise competente, o Órgão Técnico se manifestou pela manutenção das irregularidades tendo em vista diversos julgados e doutrina sobre a proibição de terceirização de serviços da atividade fim a cargo da Pública Administração.

Logo após, o autos retornaram ao gabinete para decisão quanto ao pedido de suspensão retro aludido.

É o relatório. Passo a decidir.

A decisão singular inicialmente proferida, concedendo a medida cautelar e, por conseguinte, suspendendo a abertura do procedimento de dispensa ora discutido, tomou por base a análise preliminar levada a efeito pela Auditoria dessa Corte de Contas, sem que tivessem sido prestados esclarecimentos por parte da Secretaria de Estado da Saúde. Ou seja, cuidou-se de decisão *inaudita altera pars*, proferida com base no poder geral de cautela, reconhecendo-se, a princípio, em razão de parca instrução processual a cargo do Estado, dos requisitos do perigo da demora do provimento final e de indícios de substratos jurídicos firmes sobre a matéria, comumente declinados como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Contudo, depois examinar os esclarecimentos prestados pelos interessados no bojo do pedido de suspensão de cautelar, vislumbra-se que não subsistirem os requisitos autorizadores da concessão da medida liminar (fumaça do bom direito e perigo na demora), de forma que se faz patente a sua revogação, sob os fundamentos abaixo delineados.

Primordialmente, é importante registrar que a possibilidade de o Estado firmar Contratos de Gestão com Organizações Sociais para a prestação de serviços na área de saúde, apesar de ser questionada pela Auditoria, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, em sede da ADI n.º 1923/DF, rechaçou, num juízo liminar, o pleito para que fossem declarados inconstitucionais dispositivos da Legislação Federal regedora da espécie. Veja-se ementa da referida ação, *in verbis*:

“EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

*ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. **Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida**". (ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ VOL-00204-02 PP-00575)*

Da decisão que indeferiu a liminar, colhem-se os seguintes trechos esclarecedores da situação em análise. Em seu voto, o Ministro Ilmar Galvão, ao examinar o pedido de inconstitucionalidade relativo à transferência dos serviços público de saúde para entidades privadas, assim se manifestou, *in litteris*:

Não impõem ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça desse modo; tampouco, eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada na lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou, ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, como previsto no art. 199, **caput** e § 1º.

Por isso, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, quanto à saúde, no art. 1º da lei sob apreciação.

Os Ministros Sepúlveda Pertence e Neri da Silveira, assim se manifestaram, respectivamente:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator com relação à prestação dos serviços de saúde.

O art. 197 da Constituição, apontado como padrão da argüida inconstitucionalidade, ao contrário, dispõe:

"Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

Conseqüentemente, não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais.

O SR. MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Senhor Presidente.

Coloco-me nos limites definidos pelo voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Quer dizer, considero essas entidades no âmbito da saúde como entidades de cooperação com o Poder Público. Enquanto qualificadas como organizações sociais, elas poderão celebrar contratos de gestão e serviços relativos à saúde com o Poder Público.

Assinatura manuscrita de J. Néri.

Conforme se observa dos votos, não resta dúvida de que o Estado, aqui tratado em sentido amplo, pode, até então, vez que o mérito da ação ainda não foi julgado, firmar contratos de gestão para transferência de serviços relativos à saúde.

Anote-se que ação tramita desde 1998, o exame de seu pedido liminar aqui já transcrito, somente foi concluído nove anos depois, em 2007. O seu mérito somente teve o julgamento iniciado em 2011, tendo obtido apenas dois votos – um favorável e outro



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

contrário à decretação de inconstitucionalidade -, estando até hoje a conclusão do julgamento sobrestada por motivo de pedido de vista na sequência da votação.

No voto contrário à constitucionalidade parcial da norma, da lavra do Ministro Carlos Ayres Brito, é ressalvada, em todo caso, a modulação do que for decidido para alcançar apenas casos futuros, reconhecendo a demora no julgamento da matéria. Vejamos a informação extraída da página de notícias do STF:

“Dessa forma, tendo em vista razões de segurança jurídica, não é de se exigir a desconstituição da situação de fato que adquiriu contornos de consolidação”, afirmou o relator. Conforme ele, as organizações sociais que absorveram atividades de entidades públicas extintas até a data deste julgamento devem continuar prestando os respectivos serviços, “sem prejuízos da obrigatoriedade de o poder público, ao final dos contratos de gestão vigentes, instaurar processo público e objetivo, não necessariamente licitação, nos termos da Lei 8666, para as novas avenças”.

Já no voto favorável à constitucionalidade do procedimento, da lavra do Ministro Luiz Fux, restam estabelecidas algumas orientações próprias para adequar a atuação de entidades privadas quando do desempenho de atividades tipicamente públicas:

“Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

(i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;

(ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;

(iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;

(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

(v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

(vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

Assim, em que pesem os valiosos argumentos em contrário, tecnicamente o que se tem é a legislação vigente, com pedido liminar de suspensão de efeitos indeferido e dois votos em sentidos opostos. Tal situação, não autoriza impedir que o Estado utilize Organizações Sociais para a prestação do serviço público noticiado, sem prejuízo de determinações para harmonizar tal procedimento às normas aplicáveis de direito público.

Tangente à ausência de lei estadual, os esclarecimentos produzidos pelo Estado trouxeram em seu bojo a Lei Estadual nº 9.454/2011, em que resta disciplinada a forma de qualificação das Organizações Sociais no Estado da Paraíba, com evidência de que quatro entidades já galgaram tal atributo. Se há questionamentos à constitucionalidade de alguns termos ou dispositivos da lei, esse juízo preliminar e superficial não permite afastar a sua aplicabilidade de pronto.

É que o controle da constitucionalidade das leis fundamenta-se nos princípios da hierarquia das normas e da supremacia da Constituição, os quais, em gênero, requisitam de todas as situações jurídicas adequação, formal e material, com os preceitos da *Lex Mater*. Prospera no ordenamento jurídico pátrio o sistema de controle jurisdicional, nas modalidades difuso e concentrado, fundamentado na outorga da Constituição ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público.

O controle concentrado, aplicado à norma em tese, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por via de ação, em face de lei ou ato normativo federal ou estadual destoantes da Constituição Federal; bem como pelo Tribunal de Justiça dos Estados, na ocorrência de leis ou atos normativos estaduais ou municipais que não guardem conformidade com a Carta Estadual. O controle difuso, instrumentalizado por via de exceção, permite discutir a validade da norma no caso concreto, em qualquer processo ou juízo. Neste caso, ao inverso do que ocorre no controle concentrado, o objeto da ação principal não é a questão constitucional, pois esta se afigura apenas incidental ou prejudicial na demanda.

Justamente, o exercício de parcela desde controle difuso foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal às Cortes de Contas, encontrando-se sedimentado na Súmula nº 347, vejamos:

Súmula 347 – O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Como se vê, o pressuposto jurisprudencial que autoriza o Tribunal de Contas à apreciar a constitucionalidade de leis ou atos do Poder Público é o exercício pleno de suas atribuições, ou seja, que o mesmo esteja, a título de exemplo, julgando ou apreciando



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

contas ou verificando a legalidade de atos de administração de pessoal. O cotejo da inconstitucionalidade, neste caso, é apenas incidental, acessório ao objeto principal, inerente ao controle difuso de constitucionalidade, até porque a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese (controle concentrado) é privativa dos tribunais judiciais. Sobre o tema, assim discorre Roberto Rosas:

“(...) há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.¹

Com não menos autoridade, Themístocles Brandão Cavalcanti, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, assegura:

“Exerce o Tribunal de Contas o controle de constitucionalidade usando apenas da técnica da interpretação que conduz à valorização da lei maior. Neste ponto tem aplicado o princípio da supremacia da Constituição. Não pode, entretanto, anular o ato, nem anular a lei, mas apenas deixar de aplicá-la por inconstitucional.

Ao poder Judiciário cabe a competência privativa de declarar a inconstitucionalidade, mas qualquer dos poderes responsáveis pela aplicação de uma lei, ou de um ato, pode deixar de aplicá-los quando exista um preceito constitucional que com eles conflite de maneira ostensiva, evidente. Privativo do Poder Judiciário é considerar inválido o ato ou a lei em face da Constituição”.²

Mas, em regra, como toda lei é válida e constitucional, esta faculdade reconhecida ao Tribunal de Contas pela Corte Suprema, até mesmo como espécie de controle difuso de constitucionalidade, só pode ser exercitada em casos extremos, nos quais a eiva de inconstitucionalidade se apresente flagrante, sob pena de restar abalada toda a estrutura do ordenamento jurídico no que tange às competências para legislar, aplicar e controlar a constitucionalidade das leis.

Eis o magistério do professor Josaphat Marinho:

“Quando o particular ou a autoridade entendem que uma lei ou um fato ferem a Constituição, devem usar o remédio nela previsto, e não de opor arbitrariamente ao que é expressão do direito positivo. Se a Constituição aponta, como em nosso sistema, a ação própria para defesa da competência do Executivo e do direito do particular, no apelo ao procedimento instituído se traduz a conduta regular. (...).

¹ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 146.

² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *O Tribunal de Contas - Órgão Constitucional: Funções próprias e funções delegadas*. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 109, jul/set 1972, p. 8.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

A suspeita de invalidade ou de inconstitucionalidade não justifica o descumprimento da lei ou do ato normativo, quando se reconhece que só o Poder Judiciário declara formalmente a existência desse estigma. Admitir, portanto, recusa de obediência à lei ou a ato, sem ser provocado o Judiciário e antes de sua decisão importa em confundir poder de interpretar, para esclarecer competência, com poder de julgar a inconstitucionalidade, estranho ao Executivo... ”.³

E, em decisão proferida no recurso em Mandado de Segurança nº 14136/ES, pelo Supremo Tribunal Federal, colhe-se a seguinte passagem:

*“Inconstitucionalidade - Sem embargo de que, em princípio, compete ao Poder Judiciário a atribuição de declarar inconstitucional uma lei, a jurisprudência tem admitido que o Poder Executivo, também interessado no cumprimento da Constituição, goza da faculdade de não executá-la, submetendo-se aos riscos daí decorrentes, inclusive do ‘impeachment’. Nesse caso, quem for prejudicado se socorrerá dos remédios judiciais ao seu alcance. Recusando cumprimento à lei havida como inconstitucional, o Governador se coloca na mesma posição do particular que se recusa, a seu risco, a desobedecer a lei, aguardando as ações e medidas de quem tiver interesse no cumprimento dela”.*⁴

Em resumo, as leis estaduais contrárias à Constituição Federal e à Carta do respectivo Estado estão sujeitas ao controle concentrado de constitucionalidade pela Suprema Corte Federal⁵ e Tribunal de Justiça local⁶, respectivamente. Caso se vislumbre flagrante a inconstitucionalidade, pode o Tribunal de Contas afastar-lhe a aplicabilidade quando do exercício de suas atribuições.

Assim, à luz dos esclarecimentos prestados pelo Secretário de Estado da Saúde e da documentação anexada aos autos, bem como do curso do julgamento da ADI 1923/DF, que já se arrasta por quatorze anos, sem ao menos um provimento liminar na direção oposta da possibilidade de ser envidado o procedimento ora adotado pelo Estado, não há como cogitar fumaça de bom direito ou perigo de demora, próprios do juízo cautelar, para, nessa etapa processual, barrar o curso da dispensa de licitação em análise, sem prejuízo

³ MARINHO, Josaphat. *Leis Inconstitucionais e o Poder Executivo*. Apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho e outros. *Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 130.

⁴ STF. Segunda Turma. RMS 14136/ES Rel. Min. Antônio Vilas Boas. DJU 30/11/66.

⁵ CF/88. **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: **I** - processar e julgar, originariamente: **a)** a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou **estadual** e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

⁶ CF/88. **Art. 125.** Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. **§ 2º** - Cabe aos Estados a instituição de representação de **inconstitucionalidade** de leis ou atos normativos **estaduais** ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

das determinações exaladas da Suprema Corte, porquanto em perfeita harmonia com os princípios de direito público.

DIANTE DO EXPOSTO, com base na fundamentação alhures:

1) **DEFIRO O PEDIDO DE SUSPENSÃO** da medida cautelar concedida por meio da **DECISÃO SINGULAR DS2-TC 00008/12** sobre a Dispensa de Licitação n.º 084/2012.

2) **DETERMINO** que, na sequência dos atos, em harmonia com os princípios inerentes à Pública Administração, em especial, o procedimento de qualificação, os contratos a serem celebrados com terceiros, a seleção de pessoal e a celebração do contrato de gestão sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF.

Publique-se, cite-se e cumpra-se.

TC – Gabinete do Cons. André Carlo Torres Pontes, em 16 de março de 2012.

Conselheiro **André Carlo Torres Pontes**
Relator