



**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 083/2012

**DECISÃO SINGULAR DS2-TC 00013/12**

Cuidam os autos da análise preliminar do procedimento de dispensa de licitação n.º 083/12, 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 no Hospital Distrital Dr. Antônio Hilário Gouveia, localizado no Município de Taperoá.

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 00011/2012, por meio da qual concedeu medida cautelar com o fito de suspender a dispensa de licitação n.º 083/2012, 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 04730/12, 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”.<sup>1</sup>*

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”.<sup>2</sup>*

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. (...).*

---

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

<sup>2</sup> 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... ”.***<sup>3</sup>

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”.*<sup>4</sup>

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 Federal<sup>5</sup> e Tribunal de Justiça local<sup>6</sup>, 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

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

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

<sup>5</sup> 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;

<sup>6</sup> 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 00011/12** sobre a Dispensa de Licitação n.º 083/2012.

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**