



Procuradoria Geral de Justiça

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA \_\_\_\_\_ VARA CÍVEL DA COMARCA DE PALMAS – TO.

**EMENTA:** AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DO GOVERNADOR. ATRIBUIÇÃO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA. ART. 29 VIII DA LEI 8625/93 C/C ART. 129 III DA CF. DECRETAÇÃO CALAMIDADE PÚBLICA NA SAÚDE ESTADUAL. EVENTO DA NATUREZA NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. NULIDADE DA DECRETAÇÃO. ART. 2º ALÍNEA D E PARÁGRAFO ÚNICO ALÍNEA D DA LEI 4717/65. TERCEIRIZAÇÃO DA GESTÃO DO SISTEMA ESTADUAL DE SAÚDE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. A SAÚDE É DEVER DO ESTADO E IMPÕE-SE SER EXERCIDA DIRETAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOUTRINA. PRECEDENTE.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS**, por seu Procurador Geral de Justiça, que ao final subscreve, no uso de suas atribuições legais constantes do art. 29, inciso VIII da Lei 8.625/93 c/c o art. 129, inciso III da Constituição da República, vem ajuizar a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**  
**EM DEFESA DO PATRIMÔNIO E DA SAÚDE PÚBLICA**  
**COM PEDIDO DE CONCESSÃO LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARTE***

**em face do Estado do Tocantins, atacando ato emanado de seu Governador**, José Wilson Siqueira Campos, sendo que o ente federativo pode ser citado e intimado dos atos do processo na pessoa do chefe do órgão de representação judicial da Fazenda Estadual na Procuradoria Geral do Estado, com sede na Praça dos Girassóis, s/n, Esplanada das Secretarias, Palmas-TO, pelas razões de fato e de direito que passa a narrar.



Procuradoria Geral de Justiça

## **1. Dos Fatos**

No Diário Oficial do Estado do Tocantins nº 3.365, de 19 de Abril de 2011, foi publicado o Decreto nº 4.279, assinado pelo Governador do Estado.

O referido ato, após tecer os *considerandos* que entendia cabíveis, declarava como de calamidade pública a situação no setor hospitalar e nas unidades de serviço estadual de saúde do Tocantins.

Após o dito Decreto, foi publicado no Diário Oficial nº 3.400, de 10 de junho de 2011, delegação ao Secretário de Estado da Saúde para celebrar convênio com a Confederação das Santas Casa de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas – CMB.

Paralelamente às publicações oficiais, autoridades estaduais têm anunciado, por meio da imprensa e da internet, que, além da calamidade dos serviços estaduais de saúde, pretendem contratar instituição para a gerenciar os referidos serviços calamitosos.

O Secretário Estadual de Saúde em entrevista ao Jornal do Tocantins de 25 de junho de 2011, jornal de grande circulação nesta entidade federativa, teria esclarecido a necessidade da contratação de empresa privada para gerenciamento da saúde estadual e, inclusive, segundo o jornal, já teria sido firmado com a CMB um contrato para estudo de diagnóstico e definição do modelo adequado sendo que este custaria aos cofres públicos o valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) e já estaria em execução.

O Secretário de Saúde encaminhou, após requisição, os documentos relativos ao Decreto nº 4279/2011.



Procuradoria Geral de Justiça

Analisada a documentação, o Ministério Público concluiu pelo descabimento da declaração de calamidade pública e pela ilegalidade na pretensa terceirização da gestão da saúde pública estadual, motivo pelo qual propõe a presente ação civil pública.

## **2. Da fundamentação.**

### **2.1. Das Preliminares.**

#### **2.1.1. Das atribuições do órgão de cúpula do *Parquet*.**

Cumpra inicialmente destacar as atribuições do Procurador Geral de Justiça para o exercício da presente Ação Civil Pública.

Genericamente prevista como instrumento de atuação institucional do Ministério Público no art. 129, III da Constituição, a Ação Civil Pública encontra reserva de atribuições ao Procurador Geral de Justiça quando a pretensão ministerial seja voltada contra ato praticado por Governador, Presidente de Assembleia Legislativa ou Presidente de Tribunais.

A limitação, em que pese não ter vindo no bojo da Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7347/85, é estabelecida pela Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais:

Lei 8625/93

Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

VIII - exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de



### Procuradoria Geral de Justiça

Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação;

#### Constituição Federal

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Logo, por se tratar de ação que vem impugnar ato que tem por signatário o senhor Governador do Estado do Tocantins, firmada está a atribuição do Procurador Geral de Justiça para exercício regular da presente ação.

#### **2.1.2. Da competência jurisdicional de 1ª instância.**

A iniciativa da ação está prevista como atribuição do órgão de cúpula do Ministério Público Estadual, por outro lado, a competência jurisdicional não foi retirada da primeira instância.

A jurisprudência da Suprema Corte é firme no sentido de que apenas a Carta Magna teria poderes para estabelecer foro por prerrogativas de função e considerando que esta não o faz para ações cíveis em geral, o foro das autoridades é mesmo na primeira instância.

Foi esse o raciocínio trilhado pelo Supremo Tribunal Federal quando declarou inconstitucional o art. 84 § 2º da Lei Processual Penal no julgamento da ADI 2797 e da ADI 2860.

Procuradoria Geral de Justiça

Note-se que, apesar da impressão de uma incongruência do ordenamento, a situação é mesmo de atribuições do chefe do *Parquet* em primeira instância, pois assim já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça:

Forçoso, portanto, concluir-se que a norma de regência encarrega o Procurador-Geral de Justiça para a promoção da referida ação civil pública, competência funcional que não é afetada pela circunstância de que a ação deve ser aforada em primeira instância, como bem observa Emerson Garcia em obra sobre o tema:

"Por outro lado, tratando-se de ação que impute a prática de ato de improbidade ao Governador do Estado (v.g: art. 11 da Lei nº 8.429/1992 – 'retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício' ), será ela ajuizada em primeira instância (por estende ro foto [sic] por prerrogativa de função previsto no âmbito penal às ações de improbidade, a Lei nº 10.628/2002, que conferiu nova redação ao art. 84 do CPP, é incompatível com a Constituição da República, pois somente a esta caberia contemplar determinadas autoridades com essa prerrogativa. Sendo inconstitucional, não deve ser aplicada ) [sic], pelo Chefe da Instituição [*rectius*: ")]". Aqui, o pólo [sic] passivo será ocupado por uma pessoa física que ocupa cargo de Governador, sendo a ela imputado um ilícito praticado no exercício de suas funções. A atribuição originária, é importante frisar, não será fixada em razão do órgão jurisdicional competente para o processo e julgamento da ação, prevalecendo mesmo nas hipóteses em que a competência seja do juízo de primeira instância (v.g.: nas ações de improbidade )" (in Ministério Público - Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Editora Lume Juris: Rio de Janeiro, 2ª ed., 2005, p. 402).

Nesse passo, também não remanescem dúvidas quanto ao descabimento de ação desta natureza contra Governador do Estado proposta exclusivamente por membro do Parquet Estadual que funciona em primeira instância - Promotor de Justiça -, pois, caso contrário, o já referido art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, se tornaria letra morta, veiculando comando legal sem qualquer eficácia jurídica.



Procuradoria Geral de Justiça

(REsp 851635, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, data do julgamento: 10/03/2009, DJe 07/04/2009)

Patente, então, tanto a atribuição do Procurador Geral quanto a competência do Juiz de Direito de primeiro grau para que funcionem como os atores da presente lide.

### **2.1.3. Do cabimento de Ação Civil Pública para defesa do Patrimônio Público e da Saúde.**

A Lei 7347/85, art. 1º, inciso IV, prevê cabimento da Ação Civil Pública para defesa de interesses difusos e coletivos.

Na mesma senda e de forma especial, por se tratar do defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a Lei 8.625/93 previu:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

- a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
- b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

Assim, por se configurar a proteção ao Patrimônio Público e da Saúde como defesa de interesses difuso e coletivo, respectivamente, então, compatível a pretensão trazida à juízo com a presente via.



Procuradoria Geral de Justiça

#### **2.1.4. Da não-invasão judicial à esfera de discricionariedade administrativa.**

Trata-se de questionamento quanto a legalidade do Decreto Estadual de declaração de calamidade pública e o ordenamento posto.

O Ministério Público traz a juízo, como melhor se demonstrará mais adiante, pretensão de controle de ato administrativo quanto a existência de seus elementos e não quanto a qualquer juízo de conveniência e oportunidade.

O motivo, elemento do ato administrativo e principal objeto de discussão da presente ação, é que será questionado, qual seja, a existência real de calamidade pública na área da Saúde estadual.

A Teoria dos Motivos Determinantes, construção tranquilamente aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, embasa a pretensão ministerial de ver minado o referido decreto, posto, como no decorrer da ação se mostrará, nitidamente ilegal.

### **2.2 Do Mérito.**

Esclarecidas algumas questões que pareciam importantes passemos à análise da pretensão propriamente dita.

#### **2.2.1. Da inexistência dos motivos ensejadores do ato de declaração de calamidade pública.**



Procuradoria Geral de Justiça

Calamidade pública, apesar do que possa fazer acreditar o senso comum, não é conceito despido de conteúdo e subordinado ao “*achismo*” do Administrador.

Trata-se de situação fática com delineamento bem determinado tanto na doutrina quanto na legislação.

A obra do mestre administrativista Hely Lopes Meirelles já esclarecia:

*Calamidade pública* é a situação de **perigo** e de **anormalidade social** decorrente de **fatos da natureza**, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e **outros eventos físicos flagelantes** que **afetem profundamente** a segurança ou a **saúde públicas**, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral. (Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros, 2007, pg 114) [grifo nosso]

A Constituição Federal resguardou à União a competência para “*planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações*” (art. 21, XVIII), sendo que esta, acolhendo o conceito doutrinário, internalizou na legislação as lições da doutrina.

A Lei Federal 12.340/2010, por sua vez, transferiu ao Chefe do Poder Executivo Federal a atribuição para delineamento do conceito de calamidade pública:

Art. 3º §1º O apoio previsto no caput será prestado aos entes que tiverem a situação de emergência ou **estado de calamidade pública reconhecidos pelo Poder Executivo federal**. [g.n.]

O conceito é constante do Decreto Federal nº 7257/2010 que organiza a Defesa Civil e, recentemente revisto, ainda vincula a existência da



Procuradoria Geral de Justiça

calamidade aos desastres, considerados estes como eventos adversos naturais ou ligados à interferência humana em ecossistemas vulneráveis:

Decreto Federal nº 7257/2010

Art. 1º O Poder Executivo federal apoiará, de forma complementar, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em situação de emergência ou estado de calamidade pública, provocados por desastres.

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

II - desastre: **resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável**, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

IV - estado de calamidade pública: situação **anormal, provocada por desastres**, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

Temos no caso do Decreto Estadual nº 4.279/2011 que o referido conceito não foi observado, criando-se uma situação tendente a fazer acreditar que má-gestão possa ser causa ensejadora de declaração de Calamidade Pública.

Vejamos o que nos traz a motivação do ato atacado:

CONSIDERANDO a deficiência das ações e serviços de saúde no Estado do Tocantins e a situação crítica que ora se evidencia na prestação desses serviços;

CONSIDERANDO o notório prejuízo do atendimento na rede hospitalar e nas unidades do serviço estadual de saúde, com grave risco para a incolumidade da vida humana;

CONSIDERANDO a necessidade de ações para o atendimento emergencial no domínio da saúde pública do Estado;



Procuradoria Geral de Justiça

CONSIDERANDO, finalmente, que em tal conjuntura, tornam-se indispensáveis medidas saneadoras urgentes e especiais

Sem muita delonga, salta aos olhos do Ministério Público e de qualquer cidadão que a própria motivação do ato deixa clara a inexistência do motivo legal de “calamidade pública”.

O chefe do Poder Executivo Estadual em momento algum expõe a ocorrência de fato excepcional, força maior, fato da natureza ou interferência humana sobre ecossistema vulnerável que tenha redundado na situação que se imputa calamitosa.

Mesmo assim o Ministério Público, cauteloso em sua atuação posta a gravidade das implicações da decretação da situação calamitosa, buscou e teve acesso à documentação que embasaria a decretação, afinal era possível que os autos falassem mais que o decreto e que, de fato, situação excepcional prevista na legislação autorizasse a medida excepcional.

Não foi o que aconteceu.

A documentação juntada provou não somente a inexistência da necessária excepcionalidade, mas a existência de problemas infelizmente cotidianos de gestão da saúde pública e, em especial, das instalações hospitalares.

Acompanhando a inicial seguirão os documentos que vieram a conhecimento do Ministério Público. São fotos das dependências dos hospitais, relatórios de vigilância sanitária e outros que dão conta de problemas estruturais da administração pública e que, pelo que relatam, não vieram a cabo por um fato imprevisto natural, mas por deficiência na gestão pública do serviço de saúde.



Procuradoria Geral de Justiça

Trata-se de problemas que podem ser inicialmente amenizados, por exemplo, com uma atuação mais enérgica da administração na fiscalização de contratos já existentes de limpeza e conservação, contratação dos aludidos serviços para qualquer lugar que ainda não os tenha, pequenas reformas que, em tese, seriam autorizadas mesmo por dispensa de licitação em razão do valor (art. 24, I da Lei 8.666/93) ou de aquisição de equipamentos pela via legal adequada.

Aliás, é importante ressaltar que o Ministério Público não está na presente ação civil pública afirmando seu alto grau de satisfação com a prestação do serviço de saúde por parte do estado.

Entretanto, a melhoria do referido serviço deve ser feita dentro dos parâmetros legais que vinculam todos os administradores, que impõe o dever de transparência para com os órgãos de controle e para com o próprio cidadão e que, por fim, impõe a licitação como regra constitucional para aquisição de bens e serviços pela Administração Pública.

A subversão da regra constitucional da licitação em exceção mediante a invocação de *motivos de fato* que destoam completamente do *motivo de direito* exigido para a realização do ato é medida que deve ser repreendida com severidade.

Nessa situação cabe invocar lição do ilustre professor José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>:

Tendo em conta o tipo de situação por força da qual o ato é praticado, classifica-se o motivo em **motivo de direito** e **motivo de fato**. Motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma como ensejadora da vontade administrativa. Motivo de fato é a própria

---

<sup>1</sup> Manual de Direito Administrativo, Lumen Juris, 2006, pg. 99

Procuradoria Geral de Justiça

situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal.

Se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á, desse modo a produção de **ato vinculado** por haver estrita vinculação do agente à lei.

[grifo original]

Assim, no caso em foco, não há adequação entre o *motivo de fato* exposto na motivação do ato e o *motivo de direito* exigido pela legislação para o reconhecimento da sobredita situação excepcional.

Não obstante a imensa discrepância entre a motivação exposta e o motivo de direito, o senhor Governador decretou como de calamidade pública a situação da saúde estadual.

Aliás, não somente isso, mas autorizou o Secretário de Saúde a requisitar e contratar diretamente para restabelecer o atendimento:

Art. 3º Fica o Secretário de Estado da Saúde autorizado, nos termos do art. 15, inciso XIII da Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, a requisitar e contratar em caráter emergencial, quaisquer serviços e bens de saúde disponíveis, privados ou filantrópicos, com vistas ao restabelecimento no atendimento a cargo dos seguintes hospitais:

A citação da Lei Federal 8.080/90 não reverte em legal o ato atacado, posto o referido diploma apenas autorizar autoridade administrativa competente de qualquer dos entes federativos requisitarem bens e serviços para situações, dentre outras, de calamidade pública.



Procuradoria Geral de Justiça

Lógico que a autorização legal é apenas para quando a calamidade pública realmente exista, o que não é o caso em análise.

Quanto especificamente aos poderes para contratação direta, uma vez nulo o ato que declarou a calamidade, impossível também sua realização.

Cabe continuar a análise do Decreto – e isso o Ministério Público o faz por amor ao debate e para revelar o quão abusiva seria a manutenção do ato, posta a inexistência de motivo já fulminá-lo – observando que a autorização para contratação direta nesse tipo de situação encontra-se no art. 24 inciso IV da Lei de Licitações:

Art. 24 É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

A doutrina sempre se preocupou com a elasticidade que se pudesse dar ao referido dispositivo. Não por outra causa o professor Marçal Justen Filho em seus *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* (Dialética, 2010, pg 305/306) parametriza:

A hipótese merece interpretação cautelosa. A contratação pressupõe atendimento às necessidades coletivas e supraindividuais. Isso significa que a ausência da contratação representaria um prejuízo para o bem público. Se inexistisse um interesse em risco, nem

## Procuradoria Geral de Justiça

caberia intervenção do Estado. A atividade pública não pode ser suprimida ou diferida para o futuro. Afinal, essas são características inerentes à Administração Pública.

Na generalidade dos casos em que se dispõe a contratar, o Estado visa evitar um dano potencial a algum bem ou interesse. Uma interpretação ampla do inciso IV acarretaria, por isso, a dispensa de licitação como regra geral. O argumento da urgência sempre poderia ser utilizado. Ora, a ausência de licitação não constitui a regra, mas a exceção. O inc. IV deve ser interpretado à luz desse princípio.

O dispositivo enfocado refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal.

[...]

### 9.2) *Pressupostos para a contratação direta*

Para a dispensa da licitação incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos:

a) *Demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano*: a urgência deve ser concreta e efetiva. Não se trata aqui de urgência simplesmente teórica. Deve ser evidenciada a situação concreta existente, indicando-se os dados que evidenciam a urgência. Suponha-se, por exemplo, uma aquisição de medicamentos a ser efetivada pela Administração Pública. Colocada a questão em termos gerais, nunca caberia licitação. Sempre seria possível argumentar que a demora na aquisição de medicamentos traria prejuízos à saúde pública. Como decorrência, a aquisição de medicamentos nunca se sujeitaria a prévia licitação. A solução é claramente equivocada, eis que o fundamental reside na relação entre a necessidade a ser atendida e a solução concreta e adequada. Em muitos casos, a Administração dispõe de tempo suficiente para realizar a licitação e promover o contrato que atenderá à necessidade. O problema reside na impossibilidade de aguardar o tempo necessário à licitação para

Procuradoria Geral de Justiça

adquirir remédios. A demonstração da necessidade concreta significa que a Administração deve indicar as quantidades necessárias de medicamentos para atender aos doentes e as quantidades de que dispõe em estoque.

Por outro lado, há hipóteses em que a natureza da prestação a ser executada exige, necessariamente, uma delonga temporal que poderá propiciar a realização da licitação

*Jurisprudência do TCU*

“É desprovido de amparo legal o contrato emergencial firmado em decorrência de dispensa de licitação, quando o objeto almejado dependa de estudos preliminares cujo tempo necessário para a conclusão descaracterize a urgência da contratação.” (Acórdão nº 1.889/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)

[...]

*Jurisprudência do TCU*

“Urgência que autoriza a edição de medida provisória não legitima necessariamente dispensa de licitação sob alegação de emergência” (Acórdão nº 403/2007, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

Ainda na preocupação da amplitude que se pudesse dar à autorização para contratação direta por calamidade pública o professor Hely Lopes Meirelles (Licitação e contrato administrativo, Malheiros, 2007, pg. 116) também adverte:

Essa cautela é necessária para evitar os abusos e desregramentos administrativos comuns em tais situações, criando as conhecidas “indústrias de calamidade pública”, onde os aproveitadores surgem disfarçados em colaboradores das autoridades e estas, muitas vezes se deixam embair, com graves prejuízos para os cofres públicos, pela liberalidade nos contratos sem licitação.

Á luz da boa doutrina administrativista, a situação generalizada de declaração de calamidade pública não reflete a verdadeira vontade

da lei, mas, ao contrário, deturpa-a para fugir da regra do procedimento licitatório fundando a dita decretação em *motivo de fato* diverso do *motivo de direito* ao qual deve ser plenamente vinculado.

Por fim, interessa ainda notar a perfeita subsunção dos dois julgados do Tribunal de Contas da União citado pelo professor Marçal, pois no caso concreto também temos, como dão conta as notícias de pronunciamentos de autoridades estaduais, que há realização de um estudo por instituição com quem, em tese, se pretende a contratação direta para serviços de saúde e houve, também, a edição de Medida Provisória estadual para qualificar as Organizações Sociais para contratação direta.

### **2.2.2. Da violação à Teoria dos Motivos Determinantes.**

Diante do que já exposto, consequência natural é a conclusão de que o objurgado Decreto estadual nº 4.279/2011 é afrontoso à Teoria dos Motivos Determinantes.

Nas palavras de precisão cirúrgica do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2008, pg 396):

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. **Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato** mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a



Procuradoria Geral de Justiça

obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Não por outra razão a Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular), integrante do microsistema de proteção a direitos metaindividuais, erigiu à condição de nulos os atos administrativos que padecerem da inexistência de motivo:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

d) inexistência dos motivos;

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

Assim, o ato administrativo em questão deve ter sua nulidade reconhecida.

**2.2.3. Da impossibilidade do Estado delegar ao particular, a qualquer título, sua atividade típica de gestão do sistema hospitalar e de saúde pública.**

**Enunciados do Grupo Nacional de Direitos Humanos do  
Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministério  
Públicos dos Estados e da União (GNDH/CNPG)**

**Enunciado nº 1** – A gestão da Saúde pública deve ser exercida diretamente pela Administração Pública, devendo o Ministério Público promover medidas para garantir esta diretriz.

Procuradoria Geral de Justiça

**Enunciado nº 2** – Não é possível a transferência integral da gestão e da execução das ações e serviços de saúde do Primeiro Setor (Estado) para pessoas jurídicas de direito privado, como as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ou qualquer outra entidade, pois a saúde é dever do Estado necessitando ser promovida mediante políticas públicas, devendo a iniciativa privada participar do Sistema Único de Saúde (SUS) apenas em caráter complementar.

**Enunciado nº 5** – A participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) não pode compreender atos de gestão e administração de unidades públicas, ou quaisquer estabelecimentos de saúde com equipamentos e/ou funcionários e/ou recursos públicos

A Saúde não é serviço público a ser prestado em caráter de exclusividade pelo Estado, uma vez que o particular pode também prestá-lo aos mais diversos títulos, mas é de prestação obrigatória imposta ao ente público, pois insito à própria razão de ser deste quando considerado na conjuntura da Constituição da República de 1988.

O art. 196 da Constituição Federal trata a saúde como *direito de todos e dever do Estado*.

O mestre Celso Antônio Bandeira De Mello (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2008, pgs. 676/677), com o brilhantismo que lhe é peculiar, leciona:

Ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses:

- a) serviços de *prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado*;
- b) serviços de *prestação obrigatória* e em que é também *obrigatório outorgar concessão* a terceiros;

Procuradoria Geral de Justiça

c) serviços de *prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade*;

d) serviços de *prestação não obrigatória pelo Estado, mas não prestando é obrigado promover-lhes a prestação*, tendo, pois, que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros.

[grifo original]

Comentando o terceiro tratamento elencado, o autor esclarece que:

Há cinco espécies de serviço que **o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão**. São os serviços: 1) de educação, **2) de saúde**, 3) de previdência social, 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora e de sons e imagens, tudo conforme fundamentos constitucionais já indicados. [grifo nosso]

Trata-se de serviço próprio do Estado, impossível, assim, o Estado se omitir à sua prestação.

Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 2006, pg. 331) conceituando o que seriam os serviços próprios de Estado aponta expressamente a saúde pública como serviço pertencente a tal categoria:

**Serviços próprios de Estado:** são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc) e para a execução dos quais a Administração usa a Supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares.

[grifo original]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez já reconheceu a indelegabilidade das chamadas atividades típicas de Estado:



## Procuradoria Geral de Justiça

Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no **sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado**, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. (STF – ADI 1717, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 07/11/2002, DJ 28/03/2003)

A Constituição do Estado do Tocantins, incorporando o espírito da Carta Maior e acolhendo as lições da doutrina fez consignar que:

Constituição do Estado do Tocantins

Art. 2º. São princípios fundamentais do Estado:

VI - garantir a educação, a saúde e a assistência aos que dela necessitam, sem meios de provê-las.

### CAPÍTULO III

#### Da Saúde e da Assistência Social

#### SEÇÃO I

#### Da Saúde

Art. 146. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

Art. 147. As ações e serviços de saúde são de relevância pública e terão sua regulamentação, fiscalização e controle exercidos pelo Estado, na forma da lei, **devendo sua execução ser feita, preferencialmente, através de serviços públicos e, complementarmente, através de serviços de terceiros** e, também por pessoa física ou jurídica de direito privado especializadas em saúde.

[grifo nosso]



Procuradoria Geral de Justiça

Assim, o Ministério Público tem que a prestação de serviços de saúde é primordialmente do Estado e, apenas de forma complementar, exercido por terceiros.

Possibilitar a terceirização da administração da rede hospitalar é substituir o Estado pelo particular, deixando ao primeiro a simples *fiscalização* do contrato celebrado.

Não é essa, certamente, a ordem da Constituição Federal e da Carta Estadual.

Aliás, a recente Lei Estadual nº 2425/2011, fruto da conversão de uma Medida Provisória do atual Chefe do Executivo, estabelece como razão de ser da Secretaria Estadual de Saúde atribuições como *executar* ações de políticas públicas, *cuidar* das ações preventivas em geral, *prestar* assistência ambulatorial e hospitalar, dentre outras:

Lei estadual nº 2425, de 11 de janeiro de 2011

Art. 7º Os assuntos que constituem área de competência de cada Secretaria de Estado são os seguintes:

XVI-Secretaria da Saúde:

- a) formular políticas de saúde pública, coordenar, executar, fiscalizar e controlar suas ações;
- b) cuidar das ações preventivas em geral que visem à redução dos riscos de doenças e outros agravos;
- c) realizar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica;
- d) promover, proteger e recuperar a saúde individual e coletiva e responsabilizar-se pela saúde ambiental;
- e) exercer a vigilância e a proteção da saúde, especialmente quanto à educação para prevenir o uso de drogas lícitas e ilícitas;
- f) divulgar informações sobre as ações de saúde e o acesso universal e igualitário aos serviços destinados à sua promoção, proteção e recuperação;

Procuradoria Geral de Justiça

- g) prestar assistência ambulatorial e hospitalar;
- h) promover a fabricação e a inspeção dos produtos químicos, farmacêuticos e correlatos;
- i) fornecer medicamentos de sua fabricação aos órgãos da área da saúde e entidades públicas e particulares que prestem assistência médica à população;
- j) promover treinamento, cursos e estágios aos estudantes e profissionais vinculados às atividades de saúde;
- k) fomentar, no âmbito de sua atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico;

Note-se que em Direito Administrativo a terceirização de atividade fim dos órgãos públicos é coibida. O Judiciário não pode contratar Organização Social, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ou quem quer que seja para presidir processos e sentenciar, nem assim o Legislativo para que outrem produza as leis, resguardando-se ao direito a fiscalizar o contrato administrativo em questão.

Ora, permitir a dita terceirização será possibilitar que particular se substitua ao Poder Executivo naquilo que é exatamente sua atividade precípua, apesar de não exclusiva, como bem apontou Celso Antônio Bandeira de Mello.

Veja-se que o caso aqui apresentado é diferente da terceirização lícita e plenamente difundida, como contratação de empresas para prestação de serviços de limpeza, vigilância, manutenção veicular de ambulâncias, etc.

Nesses casos a Administração não se deixa substituir pelo particular, pois a função precípua da Secretaria de Saúde é prestar serviços de saúde e não de serviços como vigilância, limpeza e manutenção de frota, em que pese a importância destes para a consecução da *atividade fim* do órgão.



Procuradoria Geral de Justiça

Em assim sendo, ilegal a dita terceirização.

### **3. Da necessidade de suspensão liminar dos atos.**

#### **3.1 Da inexistência de óbice à concessão de liminar em Ação Civil Pública mesmo quando promovida em face do Poder Público.**

É sabido que a lei traz diversas restrições à concessões liminares e cautelares *lato sensu* contra a Fazenda Pública.

A presente ação não tem por *objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza* (art. 7º §2º da Lei 12.016/09), limitações impostas às liminares em Mandados de Segurança extensíveis às ações civis em geral por força do *caput* do art. 1º da lei 8.437/92.

A presente pretensão liminar posta em juízo de primeiro grau encontra respaldo legal, pois a lei excepciona expressamente a ação civil pública e a ação popular das restrições de liminares quando o ato é emanado de autoridade que se sujeita a foro por prerrogativa de função, senão vejamos o que estabelece a Lei 8.437/92:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade



Procuradoria Geral de Justiça

sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

**§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.**

Leonardo José Carneiro da Cunha (A Fazenda Pública em Juízo, Dialética, 2008, pg 222) explica que:

Tais ações – que detêm igualmente [ao mandado de segurança] legitimidade constitucional – podem provocar a concessão de provimentos liminares ou de urgência, mesmo que o ato impugnado seja de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

Por outro lado a Lei 7347/85 estabelece explicitamente:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo.

Nesse mesmo sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. ANULAÇÃO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. LIMINAR. CONCESSÃO SEM OITIVA DO ESTADO. POSSIBILIDADE. A antecipação de tutela, assim como as medidas liminares (vinculadas aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo na demora), tem exame célere, dada a urgência natural da demanda, prescindindo de prévia oitiva da parte contrária. (STJ – AgRg na SLS 18, Corte Especial, Relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 25/10/2004, DJ 06/12/2004)

Assim, não há qualquer óbice para o provimento acautelatório.

### **3.2 Da presença dos requisitos para a concessão liminar.**

Evidencia-se que concessões liminares para suspender o ato de decretação da calamidade pública e os atos administrativos tendentes a terceirizar os serviços de saúde são impositivas, mesmo que sem a oitiva da Fazenda Estadual, sendo essencial também a cominação de multa diária ao administrador para o caso de descumprimento da ordem judicial.

Diante das públicas demonstrações do interesse nas ditas contratações corre-se o risco de, ao notificar a Fazenda Estadual para somente depois analisar as concessões liminares, acelerar os procedimentos instaurados pelos atos atacados de forma a concretizá-las antes da análise da tutela de urgência requerida.

A contratação, mesmo que posteriormente suspensa pelo Judiciário, pode gerar ao contratado direito à indenização por serviços realizados e mesmo por outros gastos que este já tenha efetuado na expectativa da duração da contratação.

Trata-se de nítido e anunciado prejuízo ao erário que revela o perigo na demora da prestação jurisdicional.

Por outro lado, a fumaça do bom direito pode ser extraída de tudo quanto foi articulado como matéria de direito.

Calamidade pública decretada sem motivo, interpretação abrangente do art. 24. IV da Lei 8.666/93, dispensa de licitação supostamente fundada em calamidade que exige estudo descaracterizador da invocada excepcionalidade, terceirização de *atividade fim* de órgão público, todos esses

Procuradoria Geral de Justiça

pontos impõem o reconhecimento, ao menos no caráter precário cabível nesta oportunidade, do *fumus* necessário à concessão de liminar pleiteada.

Ressalte-se que a situação trazida a juízo não é nova, pois o Estado do Tocantins em outra época já terceirizou o serviço de saúde, igualmente sob alegação de calamidade pública.

Apenas sete meses, entre agosto de 2003 e março de 2004 de gestão da saúde por parte de entidade privada levaram a um prejuízo de, no mínimo, quase R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), valor levantado pelo Tribunal de Contas da União, em trabalho conjunto com o Tribunal de Contas do Estado, cristalizado no acórdão 1266/2007 da Corte de Contas Federal, onde foram constatados vários problemas trazidos pela terceirização do serviço público de saúde:

Acórdão TCU 1266/2007

6. Todos os registros feitos nos parágrafos anteriores mereceram análise de forma individualizada no Relatório. São, portanto, os Achados de Auditoria, a seguir relacionados:

- 1) - Utilização Indevida de Procedimento de Reconhecimento de Despesas;**
- 2) - Realização de Dispensa de Licitação Mediante Alegação Imprópria de Emergência ou Calamidade Pública;**
- 3) - Concessão Indevida e com Valores Elevados de Suprimento de Fundos;**
- 4) - Terceirização da Gestão da Rede Pública de Saúde do Estado;**
- 5) - Utilização Indevida de Termo de Convênio cuja Consecução do Objeto era Cabível para Contrato;**
- 6) - Realização de Despesa não Contemplada na Esfera de Atuação do Sus;**
- 7) - Inadimplência no Repasse de Recursos a Prefeituras;**
- 8) - Pagamento de Correção Monetária ao Inss; e**

Procuradoria Geral de Justiça

**9) - Falta de Autonomia do Conselho Estadual de Saúde.**

7. No detido exame de cada um desses itens a equipe de auditoria destacou os principais elementos relativos aos processos com irregularidades dignas de registro. Nesse contexto, trouxe à tona, com destaque, as evidências dos fatos constatados, as causas detectadas, a indicação dos responsáveis pela prática dos respectivos atos e a apresentação das propostas de encaminhamento consideradas necessárias ao desate das questões suscitadas neste processo.

**8. Entretanto, não resta dúvida que a causa primordial de todos esses problemas constatados na fiscalização realizada pelo TCU em parceria com o Tribunal de Contas do Estado de Tocantins foi a terceirização da gestão da rede pública de saúde do Estado, concretizada por intermédio do Termo de Parceria firmado com a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP BRASIL, de que trata o processo nº 1952/2003.**

9. Ademais, o Termo foi assinado para a escolha da contratada sem consulta ao Conselho Estadual de Saúde, conforme prevê o §1º do art. 10 da Lei nº 9.790/99 e §1º do art. 10 do Decreto nº 3.100/99; e também não foi efetuada a verificação prévia do funcionamento regular da OSCIP, nos termos do disposto no artigo 9º do Decreto nº 3.100/99.

**10. A auditoria ressaltou ainda, dentro do mesmo enfoque, a previsão de um repasse mensal de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) à OSCIP, constante da Cláusula IV do Termo de Parceria, a título de pagamento pela gestão da rede hospitalar estadual. Tal pagamento, conforme observou a equipe, configura desfalque de dinheiro público, tendo em vista que o contrato destinava-se a formar vínculo de cooperação entre as partes, de acordo como o art. 9º da Lei nº 9.790/99. Os pagamentos à OSCIP, nesse título, atingiram o montante de R\$ 1.980.000,00 (um milhão e novecentos e oitenta mil reais), referentes aos sete meses de vigência da parceria.**

[grifo nosso]



Procuradoria Geral de Justiça

O imenso risco da demora da prestação jurisdicional e a fumaça do bom direito que assiste ao Ministério Público autorizam a concessão da liminar requestada.

#### 4. Dos Pedidos

Pelo que exposto de fato e de direito o Ministério Público requer:

1) Liminarmente e *inaudita altera parte* a suspensão cautelar do impugnado Decreto Estadual nº 4.279/2011, determinando às autoridades a *obrigação de não fazer*, consistente na abstenção da realização de qualquer outro ato administrativo fundado na suposta situação de calamidade pública da saúde;

2) Cominação de multa diária pessoal às autoridades, nos termos do art. 11 da Lei 7.347/85, para o caso de descumprimento da ordem requerida no pedido anterior fixadas as *astreintes* no valor de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Governador do Estado e de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ao Secretário de Estado Saúde, considerando a gravidade e a lesão a serem provocadas pela inobservância de eventual ordem suspensiva, tudo isso sem prejuízo de eventual ressarcimento ao erário pelos prejuízos gerados pela desobediência da ordem liminar, além da responsabilização judicial em vias de improbidade administrativa pela abjeta desobediência e incursão em crime de responsabilidade, nos termos do art. 12 item 2 da Lei 1.079/50, sujeito a julgamento perante a Assembleia Legislativa;

3) Determinação liminar *inaudita altera parte* às autoridades requeridas da *obrigação de não fazer* consistente na abstenção de



Procuradoria Geral de Justiça

qualquer forma de contratação, seja direta ou por meio de licitação, com vistas à terceirização da gestão dos hospitais públicos estaduais e a desobrigação do Estado para com os serviços essenciais de saúde;

4) Cominação de multa diária pessoal às autoridades, nos termos do art. 11 da Lei 7347/85, para o caso de descumprimento da ordem requerida no pedido anterior, fixadas as *astreintes* no valor de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Governador do Estado e de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ao Secretário de Estado da Saúde, considerando a gravidade e a lesão a serem provocadas pela inobservância de eventual ordem suspensiva, tudo isso sem prejuízo de eventual ressarcimento ao erário pelos prejuízos gerados pela desobediência da ordem antecipatória, além da responsabilização judicial em vias de improbidade administrativa pela abjeta desobediência e incursão em crime de responsabilidade, nos termos do art. 12 item 2 da Lei 1.079/50, sujeito a julgamento perante a Assembleia Legislativa;

5) Citação do Estado do Tocantins na pessoa de seu Procurador Geral do Estado para que, querendo, apresente contestação sob as penas da lei;

6) Produção de provas por todos os meios admitidos em direito;

7) Declaração de nulidade do Decreto nº 4.279/2011 com a respectiva condenação à *obrigação de não fazer*, consistente na abstenção da realização de qualquer outro ato administrativo fundado na suposta situação de calamidade pública da saúde estadual;

8) Anulação de todos os atos eventualmente praticados com fundamento no referido decreto;



Procuradoria Geral de Justiça

9) A condenação das autoridades requeridas à *obrigação de não fazer* consistente na abstenção de qualquer forma de contratação, seja direta ou por meio de licitação, com vistas à terceirização da gestão dos hospitais públicos estaduais e à desobrigação do Estado para com os serviços essenciais de saúde;

10) Anulação de todos os atos eventualmente praticados com vistas à terceirização da gestão dos hospitais públicos estaduais e à desobrigação do Estado para com os serviços essenciais de saúde;

11) Condenação dos réus à obrigação de reparar integralmente o erário por quaisquer gastos efetuados diretamente ligados à declaração de calamidade pública da saúde;

12) Condenação dos réus à obrigação de reparar integralmente o erário por quaisquer gastos preparatórios ou executórios da terceirização;

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Nestes termos,  
Pede e espera deferimento.

Palmas, 11 de julho de 2011.

**Clenan Renaut de Melo Pereira**  
Procurador Geral de Justiça