



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER DECOR/CGU/AGU N.º 009/2010 – MBT

PROCESSO N.º 00400.009272/2009-17, 00400.017336/2009-45 e 00439.000250/2007-84  
INTERESSADO: Consultor Jurídico do Ministério da Saúde

ASSUNTO: Consultor Jurídico do Ministério da Saúde solicita revisão de conclusões lançadas em peças do Processo nº 00439.000250/2007-84, cujas cópias foram encaminhadas à Consultoria Jurídica daquela Pasta e autuadas sob o nº 25000.533502/2009-90, especialmente quando põem sob censura sua atuação no caso.

Direito Administrativo. Licitações e contratos administrativos. Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde formulou pedido de revisão de considerações lançadas em Nota produzida no âmbito do Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Consultoria-Geral da União. Discussão sobre a possibilidade de manutenção de prestação de serviços terceirizados fundada em contrato a que se imputou irregularidade no âmbito da Administração Pública, com o objetivo de afastar colapso no funcionamento dos hospitais federalizados do Rio de Janeiro. Solicitação de revisão de conclusões lançadas em peças constantes do Processo nº 00439.000250/2007-84.

Senhor Diretor,

- 1 -

Trata-se de solicitação dirigida ao Exmo. Senhor Consultor-Geral da União pelo Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, por meio do Ofício nº 117/CONJUR/MS, datado de 19 de junho de 2009 (fls. 01 a 05 dos autos do processo 00400.009272/2009-17), no sentido de que fosse promovida revisão de conclusões lançadas em peças do Processo nº 00439.000250/2007-84, especialmente quando põem sob censura sua atuação no caso. Ao expediente referido foram acostadas cópias de diversos documentos (fls. 07 a 87 do processo 00400.009272/2009-17). O presente parecer presta-se a atender, ainda, aos despachos que submetem o caso, para análise e manifestação do DECOR, constantes dos demais processos citados na epígrafe.

2. Da leitura do Ofício nº 117/CONJUR/MS, denota-se que as revisões solicitadas se referem, principalmente, às conclusões lançadas na NOTA Nº 21/2009/CGAPC/DEAEX/CGU/AGU-VCJ, de lavra do ilustre Dr. Valdemar Carvalho Junior, integrante do Departamento de Assuntos Extrajudiciais – DEAEX desta Consultoria-Geral da União (fls. 07 a 16 dos autos do processo 00400.009272/2009-17).

3. Considerando que o caso já havia sido examinado pelo DEAEX, o Consultor-Geral da União o reencaminhou àquele Departamento, para análise e manifestação, por meio de Despacho datado de 23 de junho de 2009 (fls. 88 dos autos do processo 00400.009272/2009-17).

4. O DEAEX, por sua vez, não vislumbrou razões que justificassem uma revisão das conclusões lançadas na oportunidade anterior (fls. 90 e 91 do processo 00400.009272/2009-17).

5. Em 29 de julho de 2009, o Consultor-Geral da União encaminhou o processo a este Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos – DECOR, com o seguinte despacho:

“Parece prudente ouvir, também, o DECOR/CGU, em face da controvérsia posta nos autos e tendo em vista os novos elementos trazidos pela CONJUR/MS.”

6. Por meio de despacho complementar, na mesma assentada, o Consultor-Geral da União determinou que os autos do Processo nº 00400.009272/2009-17 fossem apensados aos autos do Processo nº 00439.000250/2007-84, em razão da correlação temática.

7. Em 31 de julho de 2009, os autos foram encaminhados por Vossa Senhoria ao Advogado da União que ora subscreve, para análise e manifestação.

8. Sintetizados esses esclarecimentos iniciais, analisa-se.

- II -

9. Com o intuito de permitir uma melhor compreensão do requerimento formulado, objeto do presente exame, sem incorrer no risco de distorcer ou descaracterizar os seus elementos, cumpre transcrever os trechos principais das peças citadas, que trazem as considerações das quais ora se requer reconsideração.

10. Da NOTA Nº 21/2009/CGAPC/DEAEX/CGU/AGU-VCJ, do DEAEX, destacam-se os seguintes trechos:



“Em 04 de abril de 2008, o Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, por meio do Ofício nº 42/CONJUR/MS, encaminhou ao Consultor-Geral da União, entre outros documentos, o Despacho CGAUD/CARSS nº 1144, da Coordenação Geral de Auditoria do DENASUS, datado de 08 de novembro de 2007 (fls. 115/116).

No referido Despacho, aquela Coordenação Geral informa que, por meio da Portaria nº 454/SE/MS, de 23 de outubro de 2007, fora constituído Grupo de Trabalho para proceder a levantamentos e estudos, referentes à contratação de empresa terceirizada para a informatização de hospitais no Rio de Janeiro, com a finalidade de esclarecer, de forma minuciosa, todos os aspectos que envolveram a referida contratação. Por fim, registrou que entendia ser precipitada qualquer manifestação antes da conclusão dos trabalhos do Grupo, prevista para 23 de novembro de 2007.

Vale destacar que, entre os documentos encaminhados em anexo ao Ofício nº 42/CONJUR/MS, encontra-se despacho do Consultor Jurídico, dirigido à Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, nos seguintes termos:

“Na dependência das conclusões da comissão proposta, não é descartável a perspectiva de convalidação dos procedimentos adotados para a formalização da relação contratual, ora sob arguição, ou de preservação de seus efeitos, segundo admitem, sob certas condições, expressiva corrente de doutrinadores, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da continuidade da atividade estatal, especialmente em ações consideradas expressamente de relevância pública pelo artigo 197 da Constituição.”

Encaminhados novamente a este Departamento, os autos mereceram despacho da Dra. Juliana, exarado em 10 de junho de 2008, no sentido de que fosse aguardado o recebimento do Relatório Final do Grupo de Trabalho do Ministério da Saúde.

Em 20 de março de 2009, ainda sem qualquer notícia sobre o resultado do Grupo de Trabalho, o Consultor-Geral da União dirigiu à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde o Memorando nº 275/CGU/AGU/2009, solicitando novamente a remessa do Relatório Final do referido Grupo.

Em 1º de abril de 2009, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, por meio do Memorando nº 269/09-AGU/CONJUR-MS/AVA, informou ao Consultor-Geral da União que, em atenção ao Memorando nº 275/CGU/AGU/2009, havia procedido ao encaminhamento da questão à Secretaria Executiva daquela Pasta, e que estaria mantendo acompanhamento pessoal da questão, para assegurar a necessária brevidade ao seu efetivo atendimento.

Finalmente, em 10 de abril de 2009, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, por meio do Memorando nº 293/09-AGU/CONJUR-MS/AVA, encaminhou a esta Consultoria-Geral da União cópia do referido Relatório Final, datado de 20 de dezembro de 2007, aprovado integralmente pela Secretária Executiva do Ministério da Saúde em 14 de março de 2008, com a expressa determinação, entre outras, de que: “seja encaminhada à CONJUR – Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde cópia do relatório final apresentado pelo Grupo de Trabalho, para conhecimento e pronunciamento quanto às recomendações constantes nos subitens nº 2 e 6 do item 17. Das Recomendações”

(...)

É de se registrar que, tendo em vista a abertura do procedimento administrativo no âmbito da Procuradoria da República, o NAJ/RJ, por meio do Ofício nº 077/2007/NAJ/RJ/AGU, de 02/08/2007, solicitou ao NERJ/MS a apresentação de relatório circunstanciado e detalhado de todos os atos já praticados relativos à execução do contrato sob investigação, bem como todos os pagamentos já efetuados e recomendou, por cautela, a imediata suspensão da execução do Contrato.

Por meio do Ofício nº 482/2007/DIAD/NERJ, o NERJ/MS prestou as informações solicitadas pelo NAJ/RJ, dentre elas, a de que, após contato com a Secretaria Executiva, órgão ao qual é subordinado, houve determinação de suspensão do pagamento.

Posteriormente, por meio do Ofício nº 090/2007/NAJ/RJ/CGU/AGU, de 21/08/2007, o Núcleo de Assessoramento Jurídico no Rio de Janeiro recomenda ao NERJ/MS a anulação

do contrato, tomando como base quesito respondido pelo DATASUS à Consultoria do Ministério da Saúde, onde constatou que as razões apresentadas para embasar a inexigibilidade não se sustentavam.

Registra, também, o Relatório, nova manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde: "através do despacho nº 10310/2007, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, após tecer alguns comentários, repisa ressalva já anteriormente utilizada, segundo informa, de que pode ser mantida a prestação de serviços, se, por outra maneira, a sua interrupção constituir ameaça de colapso ou de grave transtorno no funcionamento dos hospitais, como vem entendendo a maioria do Supremo Tribunal Federal (ADI 3.068-0), embora a decisão então adotada refira-se à contratação excepcional de pessoal, mas ao fundamento da continuidade da atividade estatal, aplicável à espécie, por decorrência do princípio da eficiência da Administração Pública sinalizada no "caput" do art. 37 da Constituição."

Vale o destaque para essa nova manifestação da Consultoria Jurídica, não se sabe se provocada ou não, no sentido da viabilidade da continuidade da prestação dos serviços, cuja contratação, já se sabia, estava eivada de irregularidades.

O destaque se deve ao fato de que, em princípio, quem teria legitimidade para falar da imprescindibilidade ou não da continuidade dos serviços é a área finalística, sendo que, à Consultoria Jurídica, caberia estar defendendo o fiel cumprimento dos dispositivos legais pertinentes à matéria, evitando assim a possibilidade de lesão ao erário.

Registra, também, o Relatório:

*"Apesar de não ter sido acostado aos autos do Processo que ora se analisa, este Grupo de Trabalho constatou que em 01/10/2007, instada a se manifestar pela Exma. Secretária Executiva do Ministério da Saúde, sobre a recomendação do Núcleo de Assessoramento Jurídico do Rio de Janeiro – NAJ/RJ quanto a Anulação do Contrato, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde emite o PARECER/CONJUR/MS/CODELICI/MSM nº 1437/2007, com diversas considerações e concluindo, em síntese que:*

*....porém antes de serem adotadas quaisquer providências que possam resultar em prejuízos aos administrados e, dessa forma, ver desatendida a finalidade precípua da Administração que é o interesse Público, propomos a nomeação, pelo Ministério da Saúde, de uma comissão com a finalidade de esclarecer, de forma minuciosa, todos os aspectos que envolveram a contratação da empresa ECO, a pertinência de tal contratação por inexigibilidade de licitação, bem como, os impactos advindos com a possível interrupção dos serviços prestados."*

Ou seja, mesmo conhecedora da inquestionável nulidade da contratação, eis que a hipótese de inexigibilidade fora negada pelo próprio DATASUS, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde manifestou-se pela continuidade da execução do contrato, chamando a atenção a sua proposta de constituição de "uma comissão com a finalidade de esclarecer todos os aspectos que envolveram a contratação da empresa ECO", quando, para isto bastaria uma análise do processo administrativo, "a pertinência de tal contratação por inexigibilidade de licitação", quando tal hipótese já fora negada pelo DATASUS, órgão competente do próprio Ministério da Saúde, bem como, os impactos advindos com a possível interrupção dos serviços prestados," quando tal informação poderia ser obtida com uma simples consulta dirigida diretamente aos Hospitais envolvidos.

Continuando a leitura do Relatório, constatamos que a empresa ECO – Empresa de Consultoria e Organização em Sistemas e Editoração Ltda, tendo em vista a suspensão do pagamento das faturas, recomendada pelo NAJ/RJ e acatada pela Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, propôs ação cautelar inominada (2007.51.01.027177-0) perante a 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro, face à União Federal – Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado do Rio de Janeiro, objetivando o recebimento dos valores que entende lhes seriam devidos.

Em contato telefônico realizado em 13 de maio do corrente, com a Advogada da União, Dra. Fabiana Rocha, em exercício na Procuradoria Regional da União da 2ª Região, que



atua no feito, obtivemos a informação de que aproximadamente R\$ 5.000.000 (cinco milhões de reais), ou seja, mais ou menos a metade do valor do contrato, estavam retidos em juízo. Destes R\$ 5.000.000 (cinco milhões) o Ministério da Saúde estava propenso a reconhecer como efetivamente devidos R\$ 3.500.000 (três milhões e quinhentos mil reais), autorizando assim o levantamento desta quantia.

Ocorre que, até onde se sabe, o levantamento dos valores devidos foi efetuado com base nas cláusulas avençadas, reconhecendo, assim, ainda que indiretamente, a validade do contrato.

Ora, sendo o contrato nulo, em decorrência das irregularidades já constatadas pelo Ministério Público Federal, pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico no Rio de Janeiro e pelos próprios órgãos do Ministério da Saúde até os valores avençados podem e devem ser contestados.

De fato, se nulo o contrato, as despesas realizadas devem ser indenizadas pelo valor apurado em processo próprio. Neste sentido, a Orientação Normativa AGU nº 4, publicada no Diário Oficial da União de 7 de abril de 2009:

*“A despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar, nos termos do art. 59, Parágrafo Único, da Lei nº 8.666, de 1993, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lhe der causa.”*

#### IV - CONCLUSÃO

Vale observar que algumas lacunas na elaboração desta Nota devem-se ao fato de não termos tido acesso ao teor integral dos processos que tratam do assunto, seja o de nº 25000.049303/2007-36, na esfera administrativa do Ministério da Saúde, seja o de nº 1.30.012.000658/2006-91, no âmbito da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro ou de nº 2007.51.01.027177-0, no âmbito da 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Ocorre que, como pode ser constatado, as irregularidades já são do conhecimento da Administração desde agosto de 2007, e uma demora na adoção de providências poderá causar prejuízos ao erário, de difícil reparação. Assim, presentes o *fumus bonus iuris*, representado neste caso pelos sólidos indícios de irregularidades constatados por diversos órgãos, e o *periculum in mora* caracterizado pela real possibilidade de levantamento iminente do valor retido em juízo, que seria de difícil recuperação, é que se propõe a adoção, com urgência das seguintes medidas:

a) Encaminhamento de cópia do presente processo à Controladoria-Geral da União CGU-PR, solicitando a instauração de uma ação de controle sobre a indigitada contratação, se ainda inexistente; e

b) Comunicação deste encaminhamento à Procuradoria-Regional da União no Rio de Janeiro, solicitando providências junto ao Juízo da 21ª Vara Federal, no sentido de que o valor depositado pelo Ministério da Saúde permaneça retido até o término dos processos na Controladoria-Geral da União e na Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, onde se possa identificar exatamente o valor devido pela União Federal, em relação às atividades praticadas em decorrência do indigitado contrato.”

(Sublinhamos.)

11. A NOTA Nº 21/2009/CGAPC/DEAEX/CGU/AGU-VCJ foi aprovada pelo ilustre Diretor do DEAEX, por meio do DESPACHO nº 59/2009, datado de 18 de maio de 2009, e pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 822/2009, de 1º de junho de 2009 (autos do Processo nº 00439.000250/2007-84).

12. Em razão das considerações constantes da NOTA Nº 21/2009/CGAPC/DEAEX/CGU/AGU-VCJ, o Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, ao formular o seu requerimento de revisão de conclusões lançadas, prestou os seguintes esclarecimentos:

"2. O signatário da análise dos fatos admite que não teve condições de conhecê-los em toda a sua extensão, circunstância já de si reveladora da temeridade de extrair deles qualquer conclusão, especialmente desfocada da questão então posta, voltada para resposta à indagação da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, relacionada com alguma instrução da AGU ao NAJ/RJ sob condição de procedimentos licitatórios.

(...)

5. O signatário da Nota, ora sob rebate, estranha que eu tivesse sugerido a instituição de comissão para oferecer subsídios técnicos à avaliação pedida, sob o argumento de que bastava ter examinado o processo. Não teria também bastado a essa Consultoria-Geral ter examinado o processo, ao invés de pedir a esta Consultoria para analisá-lo? Toda a celeuma foi gerada no NAJ e só essa Consultoria-Geral podia rever os seus pronunciamentos, para orientá-lo, como lhe demandou, aliás, a Procuradoria da República no Rio de Janeiro, mas, até aqui, só houve a preocupação de analisar a minha atuação no caso.

6. Dessa sugestão, Vossa Excelência foi informado e, a partir de então, passou a cobrar a remessa do relatório da Comissão, efetivamente enviado pela minha substituta e, por isso, em gozo de férias, não tomei conhecimento de seu teor e nem fui chamado mais a manifestar-me sobre o assunto, para concluir, com base em suas informações, sobre a regularidade do contrato ou a necessidade da continuação dos serviços previstos em seu objeto, pois, para isso, pedi a sua constituição. O que é estranhável, por incoerente, é a crítica, muito tempo depois, da proposta da criação dessa Comissão, implicitamente aceita nas diversas solicitações de Vossa Excelência sobre o resultado de seus trabalhos.

7. Ainda nessa linha de buscar motivos para suas objurgatórias, suscita indagação quanto à iniciativa de minhas intervenções, no indisfarçável propósito de sugerir que eu tivesse algum interesse pessoal na questão para espontaneamente encaminhá-la, quando com clareza solar, meus despachos só foram lançados em processos encaminhados a esta Consultoria, sempre indicados nos respectivos cabeçalhos, inclusive por provocação dessa Consultoria-Geral.

8. Nesses despachos, que ora junto em todo o seu teor, ressalvei sempre a competência do NAJ para a distribuição de orientação às unidades hospitalares sediadas no Rio de Janeiro e apenas encarei subsídios técnicos para repassá-los a Vossa Excelência, sem investir contra as conclusões dos pareceres ali havidos, e também para avaliar a necessidade de dar continuidade aos serviços prestados no contrato até a sua absorção pelo próprio Ministério ou por outra empresa legalmente contratada.

9. A comissão, se bem andou, deve ter examinado esse aspecto, pontuado por esta Consultoria para o seu esclarecimento, sem referência alguma, se tal ocorreu, no pronunciamento dessa Consultoria-Geral. De todos os modos, foi ignorado o que seria mais importante para a melhor compreensão da complexidade do caso e do acerto dos encaminhamentos propostos para equacioná-lo.

10. É evidente que não se poderia decretar o colapso dos serviços hospitalares com o imediato acatamento da anulação do contrato recomendada pelo NAJ, em seu último parecer, como suscitaram os diretores de tais instituições, razão de ter sido promovida a intervenção desta Consultoria, reduzida, no caso, à sugestão de uma comissão para conferir a procedência de seu clamor, mais tarde registrado expressamente em correspondência com cópia adiante.



11. O analista do caso, nessa Consultoria-Geral, retira retalhos de minhas manifestações e não enfrenta os fundamentos oferecidos, com respaldo inclusive em entendimento do Supremo Tribunal Federal, mencionado na ocasião, além, de ignorar expressivas partes do texto, especialmente a orientação para a abertura de processo licitatório, durante cujo desenrolar, a prestação dos serviços da empresa contratada poderia continuar, se fossem imprescindíveis ao funcionamento dos hospitais, no entender da comissão cuja instituição propus, senão para forrar provocação ao NAI em tal sentido, cuja competência exclusiva para tanto ressalvei na oportunidade. A questão não era tão simples como ele imaginou e não podia avaliá-la corretamente só com a minha percepção.

12. As conclusões lançadas para condenar a minha atuação vão no sentido de atitudes do intérprete que o velho Cícero, seguido pelos exegetas modernos, reverberava, sintetizada na parêmia: "summun jus, summa injuria". Não se teve, aí, a menor advertência do que significaria paralisar o funcionamento de todos os hospitais federais no Rio de Janeiro, que tive, mas, para confirmá-la, pedi subsídios de uma comissão de especialistas em informática, gestão hospitalar e controle, como cautela e não como precipitação de uma solução que, embora juridicamente possível, advertir caber ao NAI.

13. Nesse ínterim, com a recomendação, pelo NAI, de anulação do contrato, sem orientar sobre a necessidade de observar, para tanto, o devido processo legal, com oportunidade de defesa à contratada, instalou-se um desencontro entre os diretores dos hospitais, que não podiam aceitar a interrupção dos serviços, e o NERJ, na sua recusa a pagá-los desde então, embora não tivesse formalmente declarado inválido o instrumento.

14. O impasse levou a empresa a ingressar com ação para receber os valores que lhe eram devidos pelos serviços prestados, a despeito da alegada ilegalidade do contrato, cuja quantificação também estava sendo questionada e o provimento do juiz foi no sentido de que fossem depositados em juízo até decisão de mérito.

15. Com tal solução, a empresa ameaçava interromper a prestação dos serviços, porque, de outro lado, o Ministério estava tendo dificuldades para dispensá-los e a transição prolongara-se mais do que o esperado, na indefinição da melhor alternativa entre licitá-los ou substituí-los por programa desenvolvido pelo DATASUS, mas com restrições dos diretores de hospitais quanto à sua funcionalidade e adequação às reais necessidades de gestão de tais estabelecimentos de saúde.

16. Para evitar o pior, que seria a paralisação do atendimento nessas unidades de assistência médica, a perda dos registros sobre a sua gestão até ali e a inacessibilidade aos códigos-fontes do "software" desenvolvido pela empresa contratada, a Procuradoria-Regional da União, no Rio de Janeiro, após entendimentos com o Ministério Público Federal, entrou com pedido na Justiça Federal, prontamente deferido, para que a empresa fosse obrigada a continuar prestando os serviços contratados.

(...)

18. Diante desse panorama, percebe-se que o assunto foi equacionado segundo o melhor interesse público, porque era preciso evitar consequências desastrosas para a normalidade da atividade hospitalar. Assim, o Ministério Público entendeu, a Procuradoria-Regional da União entendeu, o Juiz que funcionou nos dois casos entendeu, os doutrinadores entendem e o Supremo entende. O que se repreende no sentir – apenas isto – desta Consultoria está, pois, ao abrigo de decisões judiciais.

19. Conquanto a autonomia desta Consultoria Jurídica, como a das demais, "no jus discere", seja limitada apenas por orientação normativa do Advogado-Geral da União, consoante inciso III do artigo 11 da Lei Complementar nº 73/93, é aceitável que essa Consultoria-Geral possa dissentir de seu entendimento e até orientá-la, sem desdouro algum, se o fizer em termos respeitosos, com temperamentos, senão por mínimo de consideração, como precaução recomendada pelo caráter controverso do direito. Inconcebível mais ainda insinuação desabonadora da retidão de seu Chefe, que a repele com o peso de uma biografia de seriedade, honestidade e responsabilidade,

construída ao longo de sete convocações e duas recusas para ocupar o cargo, mercê de sua perfeita identificação com os verdadeiros objetivos da saúde pública para o encaminhamento de solução dos problemas enfrentados na sua consecução, cuja correta avaliação exige percepção mais aguda, sedimentada na experiência e não em meras conjecturas de quem não conhece as suas peculiaridades.

20. Ao rever o pronunciamento que aí foi exteriorizado, por dever de justiça, como bem compreenderá Vossa Excelência, em seu alto descortino, acolhido como foi, segundo estimo, por explicável azáfama e justificável confiança em sua equipe, encareço a gentileza de instruir esta Consultoria se há obrigação de ignorar as conseqüências da nulidade de atos administrativos, quando põe em risco a continuidade da atividade estatal, especialmente em ação que o artigo 197 da Constituição considera de relevância pública, mesmo em desatenção ao princípio da eficiência previsto em seu artigo 37, para que se tenha respaldo na autoridade dessa Consultoria-Geral, na prevenção de constrangimentos da espécie, a que agora me submeteu, pelo simples aceno de uma possibilidade de solução para o grave problema enfrentado, sem embargo disso, severamente exprobrado na Nota dessa procedência, sinalizadora de não ser essa a conduta adequada em tais situações, sem, no entanto, esclarecer como resolvê-las.

21. Tal apelo tem sentido na medida em que, embora fosse aí, classificada como "percuciente", de seus termos, não ressaí qualquer fundamentação jurídica, mas apenas um relatório sem preocupação de guardar fidelidade com os fatos e impressões desairosas a meu respeito, insuficientes para sustentação de medida capaz de decretar a interrupção de serviços essenciais, assim declarados na Lei nº 7.783, de 1989, como a assistência médica e hospitalar. Trata-se, nesse contexto, de sopesar valores na escala axiológica, para preservação do que, nesse cotejo, sobreleva, se entram em conflito, segundo critérios de proporcionalidade, razoabilidade e ponderação, princípios que ganham corpo nos pretórios para identificar o dano menor, cuja aceitação se justifica para evitar o maior.

22. Quanto às providências determinadas a esta Consultoria, creio que estão prejudicadas, não só porque não lhe cabe e jamais lhe coube adotá-las, desde quando as unidades hospitalares, no Rio de Janeiro, estão sob a orientação do NAJ/RJ, ademais da intervenção do Judiciário, cuja decisão soberana sobrepõe-se, como presumo, à manifestação da douta Assessoria de Vossa Excelência."

(Sublinhamos.)

13. Como asseverado no item "4." desta Nota, em 23 de junho de 2009, a solicitação de revisão das conclusões exaradas pelo DEAEX foi encaminhada àquele Departamento pelo Consultor-Geral da União, para análise e manifestação. Em 14 de julho de 2009, foi emitido o seguinte pronunciamento (fls. 90 a 91 dos autos do processo 00400.009272/2009-17):

" Senhor Diretor,

O Consultor Jurídico do Ministério da Saúde encaminhou ao Exmo. Sr. Consultor-Geral da União o Ofício nº 117/CONJUR/MS, de 19 de junho de 2009, pleiteando a revisão da Nota nº 21/2009/CGAPAC/DEAEX/CGU/AGU-VCJ, "em face das conclusões ali lançadas, que não se ajustam a todo o contexto da questão, especialmente quando põem sob censura a (sua) atuação no caso."

O caso a que se refere aquele Consultor diz respeito a uma contratação ilegal, realizada no âmbito de órgãos vinculados àquela Pasta, objeto do pedido de adoção de providências, formulado pelo Consultor-Geral da União por meio do Memorando nº 905/CGU/AGU/2009, de 02 de junho de 2009, em razão das sugestões contidas na Nota



mencionada e no Despacho nº 59/2009, do Diretor do Departamento de Assuntos Extrajudiciais.

Uma perfunctória leitura da Nota e do Despacho atacados pode revelar que não foi feito nenhum pré-julgamento, limitando-se as referidas peças a descrever o trâmite que o assunto mereceu no âmbito daquela Pasta.

Tendo em vista que o Ofício nº 117/CONJUR/MS não contesta nenhuma das informações constantes da Nota ou do Despacho elaborados no âmbito deste Departamento, o pedido de revisão soa mais como um pedido de retratação, não só dos signatários das referidas peças, mas também do Exmo. Senhor Consultor-Geral da União, que as aprovou e adotou as providências nelas sugeridas.

Ante o exposto, não pode merecer acolhida o pleito do Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, que, no afã de registrar a sua indignação, despropositada, diga-se de passagem, veio, ele sim, tecer considerações desairosas a respeito da atuação de membros da Consultoria-Geral da União.

Por outro lado, não se pode admitir o desvio do foco do verdadeiro interesse, que, no caso é o interesse público, onde não enxergamos nenhuma possibilidade que tenha sido atendido por uma contratação ilegal no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Por fim, parece conveniente aguardar a conclusão dos procedimentos investigativos a serem desenvolvidos no âmbito da Controladoria-Geral da União, conforme solicitado pelo Memorando nº 904/CGU/AGU, de 2 de junho de 2009, para então, definidas as responsabilidades, como se espera que sejam, possa esta Consultoria-Geral da União voltar a se manifestar a respeito.”

14. Referida Manifestação foi aprovada pelo Diretor do DEAEX em 16 de julho de 2009 (fl. 91 dos autos do processo 00400.009272/2009-17).

15. Como visto no item “5.” desta Nota, diante do pedido de revisão das considerações lançadas, vieram os autos ao DECOR por ato do Consultor-Geral da União, para análise e manifestação (fl. 92 dos autos do processo 00400.009272/2009-17).

-III-

16. Nesse tópico, analisar-se-á como a questão da continuidade dos contratos administrativos considerados viciados vem sendo tratada em nosso sistema jurídico.

17. Em regra, os contratos eivados de vício devem ser anulados e deixar de gerar efeitos *ex tunc*, como demonstra o escólio de Lúcia Valle Figueiredo<sup>1</sup>:

“Destarte, no exercício da função administrativa a Administração Pública tem, em princípio, o dever de invalidar seus atos desconformes ao Direito. A invalidação de um contrato administrativo consiste na sua desconstituição, com a supressão de seus efeitos típicos, por motivo de incompatibilidade com a ordem jurídica. De conseguinte, com atribuição de efeitos *ex tunc*. Os efeitos devem ser *ex tunc* porque, também em princípio, de atos eivados de vícios não se pode adquirir direitos.

<sup>1</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Extinção dos Contratos Administrativos. 3ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2002.

Como já averbamos em trabalho anterior, o fundamento da retirada dos atos administrativos prende-se a duas características básicas da função administrativa: à função controladora e à função ativa.

Ao invalidar estará, pois, a Administração dentro de sua função controladora. Invalidará a Administração *de officio*, por meio do controle interno, ou, de revés, atuará em virtude de provocação de qualquer interessado.”

18. Há jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ nesse sentido. Por oportuno, faz-se referência ao seguinte julgado:

“ ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ART. 49 DA LEI 8.666/93.

1. A Administração Pública constatando vícios de qualquer natureza em procedimento licitatório tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

2. Marçal Justen: “Revelado o vício de nulidade, o ato administrativo deve ser desfeito. Tratando-se de anulação, o obrigatório desfazimento não pode ser impedido por direito adquirido. Como se reconhece de modo pacífico, ato administrativo inválido não gera direito adquirido”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 6ª Ed. Dialética, PP. 465/467).

3. Recurso improvido.”

(STJ, Primeira Turma, RESP 686.220/RS, Relator Ministro José Delgado, julgamento por unanimidade em 17/02/2005, publicado no DJU em 04/04/2005, p. 214)

19. Constou do voto do Ilustre Ministro Relator:

“Observo que a Administração Pública identificou erros no Edital de Tomada de Preços nº 004, de 05 de julho de 1996, com relação ao preço da obra objeto da licitação, que deveria ser orçado com base em 75% (setenta e cinco por cento), do CUB por metro quadrado, o que contrariava o disposto no artigo X da Lei nº 8.666/93.

Outros erros foram identificados pela Comissão de Licitação. O Chefe do Executivo, em face dos vícios apontados pela Comissão de Licitação, resolveu anular o processo licitatório.

A Súmula nº 473 do STF reconhece à Administração o poder de anular os atos ilegais e revogar os inoportunos ou inconvenientes, desde que respeitados os direitos adquiridos. Na hipótese, os vícios licitatórios foram reconhecidos pela administração. Inexiste direito adquirido, de qualquer interessado, a ser protegido.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

É como voto.”

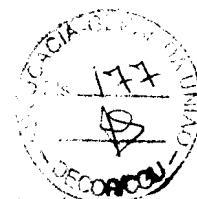
20. Também do STJ o seguinte julgado:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO.

Desfeito o processo licitatório por motivo de ilegalidade, não há acolher pedido de segurança que visa continuidade da licitação, com homologação, adjudicação a favor do impetrante. Unânime.

(STJ, Corte Especial, Mandado de Segurança nº 3650-5/DF, Relator Min. Fontes de Alencar, denegada a segurança por unanimidade em 13/10/1994, julgamento publicado em 05/12/1994, p. 33511)”.

21. O jurista Marçal Justen Filho, referido na ementa do primeiro acórdão acima transcrito, ensina que:



*“Revelado o vício de nulidade, o ato administrativo deve ser desfeito. Tratando-se de anulação, o obrigatório desfazimento não pode ser impedido por ‘direitos adquiridos’. Como se reconhece de modo pacífico, ato administrativo inválido não gera direito adquirido. Não significa que o ato inválido não gere efeito algum. A invalidade não elimina o dever de recompor a situação no estado anterior. Poderá, como se verá adiante, produzir direito à indenização por perdas e danos.*

*(...)*

*Em matéria de licitação, a nulidade muitas vezes somente é revelada e pronunciada em momento muito posterior à sua ocorrência. É comum o vício estar presente no ato convocatório e a licitação ter continuidade até a finalização do procedimento, quando vem à tona. Por vezes o vício apenas é descoberto pela autoridade superior, no instante da homologação. O decurso do tempo é irrelevante e não transforma o ato inválido em válido.*

*Permanecerá o dever de declarar o vício e desfazer todos os atos subseqüentes. Deve verificar-se se, suprimido determinado ato, os demais (quer anteriores, quer posteriores) podem manter-se por si só. Todos aqueles que se revelarem afetados pela pronúncia de nulidade deverão ser também invalidados”.*

22. Sobre a anulabilidade de contratos públicos em razão de ilegalidade, versam os artigos 49 e 59 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos que:

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

*(...)*

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

(Destacou-se).

23. Assim, pela regra, o contrato eivado de vícios deixa de vigor imediatamente, operando a declaração de nulidade retroativamente, não se estando a dizer que não tenha gerado efeitos. Assim, a Administração tem o dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que a nulidade foi declarada.

24. Essa regra da suspensão imediata dos contratos viciados, contudo, comporta uma exceção.

25. Não se pode olvidar que em nosso sistema jurídico encontra guarida entendimento de que, em caráter excepcional e a depender do caso, pode ser dada continuidade a contratos administrativos viciados, desde que essa opção seja a melhor saída para o atendimento do interesse público.

26. Nesse sentido, em dissertação intitulada "Os Vícios dos Contratos Administrativos"<sup>2</sup>, apresentada perante a Universidade Federal do Paraná, com o intuito de obter o grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, no ano de 2005, a então Mestranda Aline Lícia Klein, que teve o Professor Marçal Justen Filho como orientador, teceu as seguintes considerações:

"A incompatibilidade do contrato com a ordem jurídica não determina obrigatoriamente o afastamento do vício que macula o contrato. Isso ocorre quando, apesar da violação ao princípio da legalidade em sentido estrito, outras normas jurídicas dão amparo à manutenção dos efeitos do contrato viciado. As condições exigidas para que isso possa ocorrer é o que se expõe no presente capítulo.

Essa análise deve ter como premissa que a invalidação dos contratos administrativos não pode ser tratada como uma simples faculdade nem como um dever a ser desempenhado em todo e qualquer caso. O foco da matéria deve ser a função administrativa e não a pessoa Administração Pública. Isso porque os vícios no Direito Administrativo são estabelecidos com o objetivo de salvaguardar o interesse público e não os interesses do aparato estatal.

Ocorre que o atendimento ao interesse público não determina necessariamente a invalidação do contrato viciado. Aliás, é justamente a finalidade de interesse público visada na atividade administrativa que permite uma maior flexibilização da matéria das nulidades. É o que constata Mauro Roberto Gomes de Mattos: "se, no campo do direito privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado ou produzir efeitos válidos, na esfera do direito público a questão segue com menor rigorismo formal, em face da proeminência do interesse público".

Por isso, a invalidação deve resultar de uma imposição do interesse público, cuja obrigatoriedade somente poderá ser atestada ao se analisar todas as circunstâncias de cada caso concreto."

(Destacou-se.)

27. Há precedentes, na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que adotam o entendimento da possibilidade da manutenção de contratos irregulares quando a

<sup>2</sup> Klein, Aline Lícia; Os vícios dos contratos administrativos, 2005, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Orientador: Marçal Justen Filho, IRI <http://hdl.handle.net/1884/730>, aparece em Teses e Dissertações.



interrupção puder comprometer a execução de serviços essenciais e, por consequência, o interesse público. A título de exemplo, transcreve-se o seguinte:

“Denúncia formulada por licitante contra o IBGE. Licitação. Concorrência. Habilitação e contratação de empresa que não atendeu à exigência mínima de capital ou patrimônio líquido fixado no edital. Conhecimento. Considerar como subsistente o contrato de prestação de Serviços firmado até novo procedimento licitatório. Determinação.”  
(TCU, Plenário, Processo nº TC 000.100/95-1, Decisão 735/1996, Ministro Relator Paulo Affonso Martins de Oliveira, Sessão de 13.11.1996, publicado no DOU de 02.12.1996)

28. Constou do voto do Ministro Relator:

“7. No que tange ao caso em exame, destaca que não há evidência de que o contrato, já com quase 07 meses de execução, não esteja sendo executado a contento. **8. Em face do exposto e considerando o tempo necessário para a realização de novo procedimento licitatório, sem perder de vista, contudo, a infringência da Entidade aos dispositivos legais aplicáveis à espécie, a Sra. Assessora da 6ª SECEX, com o endosso do Sr. Secretário, propõe: "a) admitir a subsistência do contrato de prestação de serviços firmado, em 04.10.94, entre a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a empresa SERTEC - Serviços Gerais Ltda pelo tempo necessário à realização de novo procedimento licitatório;**

(...)

**9. Tendo em vista o que restou apurado neste processo, considero adequadas as propostas oferecidas pela 6ª SECEX, em especial a questão do tempo necessário à realização de novo procedimento licitatório e as possíveis irregularidades fiscais apontadas. 10. Quanto à proposta de juntada às contas da Entidade, para acompanhamento da matéria, entendo ser adequada, pois permitirá verificar a ocorrência, ou não, de débito e se é o caso de aplicação de multa aos responsáveis. Assim, acolhendo as conclusões do parecer da 6ª SECEX, Voto por que o Tribunal adote a Decisão que submeto ao Plenário.”**

(Destacou-se).

29. Assim, a depender do caso, em situações excepcionais, pode haver a continuidade dos contratos administrativos viciados desde que tal medida seja a mais adequada à concretização do interesse público.

- IV -

30. Examina-se, nesse item, as implicações que os entendimentos e os regramentos apontados no item anterior geram no caso concreto, ora examinado.

31. Consta dos autos que o NAJ/RJ, diante da constatação de que a contratação teria sido nula, recomendou ao Senhor Chefe de Divisão Administrativa do Núcleo Estadual no Rio de Janeiro – MS, por meio do Ofício nº 077/2007/NAJ/RJ/CGU/AGU, datado de 02 de agosto de 2007, a imediata suspensão da execução da presente contratação, sem a

efetivação de qualquer pagamento à empresa contratada, até a conclusão da imediata investigação. (00439.000250/2007-84, fl. 74).

32. A recomendação do NAJ/RJ foi submetida pela Secretaria Executiva do Ministério da Saúde à apreciação da Consultoria Jurídica daquela Pasta que, por meio do PARECER/CONJUR/MS/CODELICI/MSM N.º 1252/2007, em virtude da insuficiência de documentos submetidos à análise no processo 25000.028493/2007-48 (fl. 25 e 26 do processo 00400.9272/2009-17), recomendou a devolução do processo ao NAJ/RJ para que enviasse a documentação necessária, constante dos autos do processo 25001.021734/2006-47.

33. Diante das conclusões lançadas no referido PARECER/CONJUR/MS/CODELICI/MSM N.º 1252/2007, o Requerente, por meio do Despacho n.º 10.310/2007, proferiu as seguintes considerações (fls. 27 e 28 do processo 00400.9272/2009-17):

“De toda sorte, qualquer manifestação desta Consultoria deverá ser submetida ao Consultor-Geral da União, eis que não possui poder para rever entendimentos firmados pelo NAJ/RJ. No entanto, os pareceres dos órgãos de assessoramento jurídico, enquanto não forem aprovados pelo Ministro Supervisor, não vinculam a decisão da autoridade administrativa, que poderá mantê-la, se convencida de seu acerto. Na hipótese contrária, cabe-lhe adotar as medidas necessárias para corrigir a ilegalidade, como, no caso, a abertura de licitação.

Entretantes, sob a ressalva já posta, pode ser mantida a prestação dos serviços, se, de outra maneira, a sua interrupção constituir ameaça de colapso ou de grave transtorno no funcionamento dos hospitais, como vem entendendo a maioria do Supremo Tribunal Federal (ADI 3.068-0), embora a decisão então adotada refira-se à contratação excepcional de pessoal, mas ao fundamento da continuidade da atividade estatal, aplicável à espécie, por decorrência do princípio da eficiência da Administração Pública sinalizada no “caput” do artigo 37 da Constituição.”

34. Após enviada a documentação constante dos autos do processo 25001.021734/2006-47 pelo NAJ/RJ, como solicitado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, foi elaborado naquela unidade o PARECER/CONJUR/MS/CODELICI/MSM N.º 1437/2007 (fls. 29 a 37 do processo 00400.9272/2009-17), datado de 1.º de outubro de 2007, no qual o parecerista externou uma preocupação quanto à posição adotada pelo NAJ/RJ:

O posicionamento adotado pelo NAJ/RJ, *data máxima vénia*, nos causa enorme preocupação, haja vista não ter considerado as conseqüências advindas com a interrupção dos serviços prestados pela empresa contratada há mais de um ano. Independentemente de tal contratação ter sido realizada com observância ou não aos preceitos legais aplicáveis em possível violação ao princípio da legalidade, é razoável imaginarmos que as unidades hospitalares estão utilizando os sistemas e serviços prestados pela contratada, bem como, obtendo benefícios, tanto para a Administração quanto para os administrados que utilizam esses serviços.

(...)



Inobstante a possibilidade da Administração anular seus próprios atos, quando evitados de vício de ilegalidade, em conformidade com a prescrição contida no art. 53 da Lei 9.784/1999, certo é que, cabem também, à Administração, a contrapartida financeira equivalente aos serviços e fornecimentos efetivamente prestados pela contratada, haja vista que o locupletamento ilícito é terminantemente vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

(...)

O Princípio da Continuidade no Serviço Público diz respeito ao fornecimento dos serviços essenciais à população, ou seja, indispensáveis à coletividade, quais sejam, de acordo com a Lei 7.783, de 28 de junho de 1999: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica; gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; serviços funerários e transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações e a guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo e compensação bancária.

Pelo princípio da continuidade dos serviços públicos, o Estado é obrigado a não interromper a prestação dos serviços essenciais que disponibiliza.

35. Na mesma data, 1º de outubro de 2007, o parecer acima referido recebeu o DESPACHO Nº 13118/2007, do requerente, merecendo destaque o seguinte trecho (vide fl. 38 dos autos do processo 00400.009272/2009-17:

“As questões de direito sobre assuntos de interesse de unidades do Ministério, sediadas nos Estados, devem ser examinadas pelos correspondentes Núcleos de Assessoramento jurídico, como invariavelmente tem advertido esta Consultoria, sem poder para rever entendimentos dessa procedência.

Contudo, no caso, a par da solicitação endereçada pela Secretaria-Executiva, encarece o Consultor-Geral da União apreciação sobre a regularidade do contrato firmado com a empresa interessada, a quem, de todos os modos, deveria ser submetida manifestação que aqui fosse colhida sobre a controvertida questão.

O parecer retro, que acolho, suscita questão técnica, relacionada com a aplicação da tecnologia da informática, estranha à formação dos operadores do direito, ademais da necessidade de avaliação das conseqüências resultantes de eventual desativação do sistema eletrônico de gestão implantado nos hospitais, administrados pelo Ministério da Saúde, na cidade do Rio de Janeiro, objeto de instrumento firmado entre as partes, cuja anulação foi proposta pelo NAJ/RJ.

Os inegáveis reflexos negativos de decisão em tal sentido sugerem cautela, nunca excessiva, na avaliação do caso, com o concurso, absolutamente indispensável, de especialistas na matéria, inclusive sob o aspecto da administração de estabelecimentos do gênero, com elevado grau de complexidade, sem descartar até mesmo a possibilidade de colapso de serviços indispensáveis à prevenção e recuperação da saúde das pessoas.

A situação impele, portanto, à constituição, na Secretaria-Executiva, de comissão integrada por representantes do DATASUS, do DENASUS, da SAS, da SAA e do próprio NERJ, ao fito de oferecer, à brevidade possível, subsídios à análise da juridicidade do instrumento firmado, sob os enfoques das peças aqui produzidas, sem prejuízo de outros que, ao seu alvitre, queira aduzir.

Na dependência das conclusões da comissão proposta, não é descartável a perspectiva de convalescença dos procedimentos adotados para a formalização da relação contratual, ora sob arguição, ou de preservação de seus efeitos, segundo admitem, sob certas condições, expressiva corrente de doutrinadores, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da continuidade da atividade estatal, especialmente em ações consideradas expressamente de relevância pública pelo artigo 197 da Constituição.”

(Destacou-se).

36. No mesmo dia, ao despachar o PARECER/CONJUR/MS/CODELICI/MSM Nº 1433/2007, o Requerente assim se manifestou (Despacho Nº 13.117/2007, fl. 42 do 00400.009272/2009-17):

“Ponho-me de acordo com a manifestação retro, no sentido de que as questões de direito sobre assuntos de interesse de unidades do Ministério, sediadas nos Estados, devem ser examinadas pelos correspondentes Núcleos de Assessoramento Jurídico, a despeito de ter sido remetida à apreciação desta Consultoria Jurídica a orientação traçada pelo do Rio Janeiro (sic) sobre a relação contratual com a empresa interessada, a ser, no entanto, submetida ao Consultor-Geral da União, na linha, aliás, de sua solicitação, cujo atendimento depende da avaliação de questão técnica, relacionada com a aplicação da tecnologia da informática e das conseqüências operacionais da desativação do sistema instalado, fora do campo de conhecimento dos advogados, a exigir, por isso mesmo, o concurso de especialistas na matéria, donde a sugestão de constituir-se comissão integrada por representantes do DATASUS, DENASUS, SAS e do próprio NERJ, proposta em outro processo, ao fito de oferecer, à brevidade possível subsídios à análise da juridicidade do instrumento firmado, na perspectiva, não descartável, de preservação de seus efeitos, segundo admitem, sob certas condições, expressiva corrente de doutrinadores, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da continuidade da atividade administrativa, sem embargo para o pagamento dos serviços efetivamente prestados e, assim, atestados, em ordem a afastar o enriquecimento ilícito da Administração, sob a ressalva de outro entendimento do NAJ/RJ, na linha das advertências já aqui mencionadas.”

37. Asseverou o Consultor Jurídico do Ministério da Saúde no Ofício nº 117/CONJUR/MS que sua postura dizia respeito a uma preocupação de que a suspensão do contrato pudesse acarretar o colapso dos hospitais federalizados no Estado do Rio de Janeiro, uma vez que *“...o Ministério estava tendo dificuldades para dispensá-los e a transição prolongara-se mais do que o esperado, na indefinição da melhor alternativa entre licitá-los ou substituí-los por programa desenvolvido pelo DATASUS, mas com restrições dos diretores de hospitais quanto à sua funcionalidade e adequação às reais necessidades de gestão de tais estabelecimentos de saúde.”* (item 15. daquele documento, reproduzido à fl. 9 desta Nota)

38. Diante das conclusões a que chegaram o Ministério Público Federal, o NAJ/RJ, o Grupo de Trabalho constituído no âmbito do Ministério da Saúde (Relatório de Trabalho constante dos autos do processo 00400.004566/2009-44) e a Controladoria-Geral da União (Relatório nº 00218.000396/2007-24, constante dos autos do processo 00400.017336/2009-45), não há dúvidas de que o contrato foi celebrado de forma viciada, a ensejar declaração de nulidade.

39. O Requerente, em diversas oportunidades, asseverou que a competência para assessorar as unidades do Ministério no Estado do Rio de Janeiro era do NAJ/RJ. (vide transcrição de sua fala no item 32 desta Nota).



40. Apenas externou seu entendimento, em consulta formulada por órgãos do Ministério da Saúde, de que haveria previsão na doutrina e na jurisprudência de posicionamentos de que, se a suspensão dos contratos pudesse ensejar gravame maior ao interesse público, como o eventual colapso do sistema hospitalar federalizado, não seria descartável a perspectiva de convalescença dos procedimentos adotados para a formalização da relação contratual,

41. Restou registrado, à fl. 55 dos autos do processo 004009272/2009-17, na ata de reunião ocorrida no âmbito do Ministério Público Federal, em 11 de julho de 2008, que:

“O término do contrato da ECO em 16.07.2008, impossibilidade jurídica de prorrogá-lo, recusa da ECO de disponibilizar as fontes e o caos que tudo isso gerará nos hospitais públicos federais do Rio de Janeiro e, sobretudo, a impossibilidade de substituição imediata do sistema para evitar o caos ao atendimento aos usuários do SUS.

(...)

Ficou decidido que o Ministério da Saúde procuraria agir judicialmente objetivando que a ECO fornecesse a propriedade dos sistemas, de modo a viabilizar a continuidade dos serviços.”

(Destacou-se.)

42. Constam dos autos, ainda, documentos de lavra dos Diretores dos Hospitais Federalizados que atestam que a interrupção abrupta do contrato poderia trazer grandes prejuízos ao desenvolvimento das atividades (vide autos do processo 00400.9272/2009-17, fl. 57 - Hospital dos Servidores do Estado, fl. 59 - Hospital da Lagoa, fl. 61 - Hospital de Ipanema, fl. - 63 Hospital do Andaraí).

43. Se tais fatos ocorreram, não se pode dizer que a preocupação do Requerente tenha sido infundada.

44. Sobre a independência técnica do Advogado Público, ilustrativa esse precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DE ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO - DENÚNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 - ACUSAÇÃO ABUSIVA - MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.

1. NÃO COMETE CRIME ALGUM QUEM, NO EXERCÍCIO DE SEU CARGO, EMITE PARECER TÉCNICO SOBRE DETERMINADA MATÉRIA, AINDA QUE PESSOAS INESCRUPULOSAS POSSAM SE LOCUPLETAR AS CUSTAS DO ESTADO, UTILIZANDO-SE DESSE TRABALHO. ESTAS DEVEM SER PROCESSADAS CRIMINALMENTE, NÃO AQUELE.

2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL CONTRA A PACIENTE.

(STJ, Sexta Turma, RHC 7165/RO, Ministro Anselmo Santiago, julgamento por maioria em 21/05/1998, publicado no DJ de 22/06/1998, pág. 177, vencido o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro)

45. Em contato com a Advogada da União Fabiana Rocha, da Procuradoria-Regional da União da 2ª Região, foi-nos informado que a Administração já vem utilizando o sistema desenvolvido pela empresa ECO, em razão de decisão judicial proferida no processo 2008.01.01.0127819, que tem curso perante a 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

-V-

46. Uma última consideração se faz importante. Não se pode afirmar, como asseverou o requerente, que a autonomia das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, "no *jus discere*", seja limitada apenas por orientação normativa do Advogado-Geral da União.

47. Isso porque as unidades consultivas da Advocacia-Geral da União estão obrigadas a seguir as orientações da Consultoria-Geral da União, quando aprovadas pelo Advogado-Geral da União, ou constante de atos elaborados em virtude de delegação do Advogado-Geral da União ao Consultor-Geral da União.

- VI -

48. Em resumo, diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

- a) a nulidade do procedimento licitatório induz a do contrato respectivo, não exonerando a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.
- b) a nulidade gera efeitos *ex tunc*. Eventual continuidade da prestação dos serviços constantes de contratos viciados pode ocorrer, em casos excepcionais, desde que comprovado que a interrupção poderia acarretar gravames maiores ao interesse público.
- c) salvo melhor juízo, o Requerente manifestou-se tecnicamente em autos de processo submetidos à análise e manifestação da Consultoria Jurídica por órgãos do Ministério da Saúde, agindo dentro de sua independência técnica e profissional.
- d) o Requerente enfatizou, em diversas oportunidades, a competência do NAJ/RJ para assessorar juridicamente os hospitais federalizados no Estado do Rio de Janeiro, ressaltando apenas uma preocupação em face de possível colapso nas atividades das unidades assistidas.
- e) que a preocupação do Requerente se justificou, na medida em que os Diretores dos Hospitais Federalizados (vide item 43 deste parecer) externaram preocupação com possíveis prejuízos que uma suspensão abrupta dos serviços acarretaria às atividades. A



Procuradoria-Regional da União da 2ª Região, inclusive, com aquiescência do Ministério Público Federal, requereu a continuidade da prestação dos serviços em Juízo, o que foi prontamente acatado pelo Juízo da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (vide item 42 deste parecer).

f) Cabe à Consultoria-Geral da União orientar e coordenar a atuação das Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, inclusive na elaboração ou alteração de teses e enfrentamento de temas que lhes sejam comuns.

À Consideração Superior,

Brasília, 03 de fevereiro de 2010.

Maurício Braga Torres  
Advogado da União  
Respondendo pela Coordenação -Geral de  
Análise Preventiva e Sistematização/DECOR  
Matrícula SIAPE 01340993