

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – DO TÍTULO DE HABILITAÇÃO À
CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO NO ÂMBITO DO
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, APÓS A DECISÃO NA ADI Nº
1.923/DF.**

ANDRÉ FELIPE DOS SANTOS SANTANA

Rio de Janeiro
2018 / 2º Semestre

ANDRÉ FELIPE DOS SANTOS SANTANA

**ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – DO TÍTULO DE HABILITAÇÃO À
CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO NO ÂMBITO DO
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, APÓS A DECISÃO NA ADI N°
1.923/DF.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.**

Rio de Janeiro

2018 / 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

S555o Santana, André Felipe
Organizações Sociais - do título de habilitação à celebração do contrato de gestão no âmbito do município do rio de janeiro, após a decisão na adi n° 1.923/DF. / André Felipe Santana. -- Rio de Janeiro, 2018.
81 f.

Orientador: Carmen Lúcia Macedo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Das organizações sociais e a adequação do processo de dispensa de licitação aos princípios basilares da administração pública após a decisão do supremo tribunal federal na adi 1.2923/DF.. 2. Da representação por inconstitucionalidade da lei n° 5.026/2009 que dispõe sobre a qualificação de entidade como organização social.. 3. Estudo de caso concreto - ação civil pública (MPRJ X IABAS e município do rio de janeiro). I. Lúcia Macedo,

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ANDRÉ FELIPE DOS SANTOS SANTANA

**ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – DO TÍTULO DE HABILITAÇÃO À
CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO NO ÂMBITO DO
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, APÓS A DECISÃO NA ADI Nº
1.923/DF.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo.**

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientadora:

Membro da Banca:

Membro da Banca:

Dedico este trabalho aos meus pais, pois sem eles nada disso seria possível. Pai e Mãe, essa vitória também é de vocês.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Sem eles nada disso seria possível. Muito obrigado! Amo vocês!

A minha companheira Luana Claudio dos Santos por me apoiar e passar por essa luta ao meu lado. Te amo!

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um novo horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

A minha orientadora Carmem Lúcia Macedo, pelo suporte, atenção e paciência, que foram essenciais para a conclusão desse trabalho de conclusão de curso.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado!

“Você pode ser o que quiser, desde que lute
por isso” Dr. Ben Carson

RESUMO

A presente monografia busca traçar, em linhas gerais, a existência de critérios objetivos no processo de contratação de Organizações Sociais por dispensa de licitação para gerirem unidades de saúde do Município do Rio de Janeiro, visto que a lei prevê critérios para que as entidades privadas que almejam esse título possam se classificar como tal. Para tanto, no primeiro capítulo, será feita uma análise acerca do conceito de Organização Social e os requisitos objetivos previstos na Lei Federal nº 9.637/98 para a qualificação das entidades privadas que almejam esse título, além da adequação do processo de dispensa de licitação aos princípios basilares da Administração Pública, após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. No segundo capítulo, o trabalho discorrerá sobre a Representação por Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.026/09, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais e sobre a Celebração do Contrato de Gestão, além de outras providências. Finalmente, no terceiro, e último capítulo, a presente monografia se dedicará a abordar o caso concreto de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Janeiro em face do Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde (IABAS) e do Município do Rio de Janeiro, cujo efeito prático consiste na desqualificação da associação como Organização Social e, conseqüentemente, a rescisão do vínculo contratual mantido entre ambos os réus, através do contrato de gestão nº 03/2009.

Palavras-chave: Organizações Sociais; Dispensa de Licitação; Critérios Objetivos; Qualificação; Contrato de gestão.

ABSTRACT

This monograph seeks to outline, in general lines, the existence of objective criteria in the process of contracting Social Organizations by waiver of bidding to manage health units of the City of Rio de Janeiro, since the law provides criteria for private entities that may qualify as such. Therefore, in the first chapter, an analysis will be made of the concept of Social Organization and the objective requirements set forth in Federal Law 9.637 / 98 for the qualification of the private entities that seek this title, in addition to the adequacy of the waiver process to the basic principles of the Public Administration, after the decision of the Federal Supreme Court in Direct Action of Unconstitutionality n ° 1923 / DF. In the second chapter, the paper will discuss the Representation for Unconstitutionality of Municipal Law nr. 5,026 / 09, which deals with the qualification of entities such as Social Organizations and on the Execution of the Management Agreement, in addition to other measures. Finally, in the third and last chapter, this monograph will focus on the concrete case of a Public Civil Action proposed by the Public Ministry of the State of January in the face of the Instituto de Atenção Básica à Saúde (IABAS) and the Município do Rio de Janeiro, whose practical effect consists in the disqualification of the association as a Social Organization and, consequently, the rescission of the contractual relationship maintained between both defendants, through the management contract n ° 03/2009.

Key Words: Social Organizations; Waiver of Bid; Objective Criteria; Qualification; Management agreement.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A ADEQUAÇÃO DO PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO AOS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 1.2923/DF..... | 6 |
| 1.1 DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS | 6 |
| 1.1.1 Dos requisitos para qualificar-se como Organização Social | 9 |
| 1.2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO..... | 13 |
| 1.2.1 Princípio da legalidade | 13 |
| 1.2.2 Princípio da publicidade | 14 |
| 1.2.3 Princípio da moralidade..... | 14 |
| 1.2.4 Princípio da probidade administrativa..... | 15 |
| 1.2.5 Princípio da isonomia | 15 |
| 1.2.6 Princípio da impessoalidade | 16 |
| 1.3 DO CHAMAMENTO PÚBLICO PARA A CELEBRAÇÃO DE PARCERIAS COM AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL NA LEI FEDERAL Nº 13.019/2014 | 18 |
| | |
| DA REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 5.026/2009 QUE DISPÕE SOBRE A QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADE COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL..... | 21 |
| 2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO | 21 |
| 2.2 DA LEI Nº 5.026/2009, QUE DISPÕE SOBRE A QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS..... | 23 |
| 2.2.1 Da qualificação de entidades para receber o título de Organização Social pelo Poder Executivo..... | 23 |
| 2.2.2 Do Chamamento Público na Lei Municipal nº 5.026/2009 | 25 |
| 2.2.4 O sistema de controle sobre as Organizações Sociais | 30 |

| | |
|--|-----------|
| ESTUDO DE CASO CONCRETO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA (MPRJ X IABAS E MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO) | 32 |
| 3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO | 32 |
| 3.2 DA QUALIFICAÇÃO DO IABAS COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO | 32 |
| 3.2.1 Alegações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro acerca da qualificação do IABAS como Organização Social pelo Município do Rio de Janeiro | 36 |
| 3.2.2 Da defesa do IABAS acerca de Sua qualificação como Organização Social..... | 39 |
| 3.2.3 Alegações do Município do Rio de Janeiro acerca da qualificação do IABAS como Organização Social pelo Município do Rio de Janeiro | 41 |
| 3.3 DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E O INSTITUTO DE ATENÇÃO BÁSICA E AVANÇADA À SAÚDE | 44 |
| 3.3.1 Das alegações do Ministério Público acerca de possíveis ilegalidades na celebração do Contrato de Gestão | 46 |
| 3.3.2 Da defesa do IABAS acerca das possíveis ilegalidades na celebração do Contrato de Gestão | 53 |
| 3.4 DO PROCESSO DE DESQUALIFICAÇÃO DO IABAS COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL..... | 57 |
| CONCLUSÃO..... | 59 |
| BIBLIOGRAFIA | 65 |
| ANEXOS | 67 |

INTRODUÇÃO

A descentralização na prestação de serviços públicos e a relação do Estado com o Terceiro Setor é tema de muita controvérsia e, recentemente, a matéria foi objeto de decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF.

No julgamento, houve profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98, Lei Federal que dispõe sobre a qualificação de entidades como organização social.

Nessa linha, por estar em discussão a preservação do interesse público, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais dispostos no art. 37 *caput*, da Constituição da República.

A dispensa de licitação ali instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser vista como mecanismo de indução de determinadas práticas benéficas, assim como a lei Complementar nº 126/06 que instituiu diversos benefícios em prol de microempresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno.

Portanto, a finalidade da dispensa criada pela Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentam, à época da contratação, o título de qualificação, e por isso sejam reconhecidas como colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da Constituição Federal, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de distinção, como meio de

atingir uma finalidade constitucional, a prestação eficiente dos serviços sociais (OLIVEIRA, 2010).

Essa temática decorreu da reforma estrutural do Estado brasileiro para um modelo “gerencial”, inaugurado com as reformas administrativas iniciadas no anos 90, com intuito de controlar os resultados e a eficiência, delineadas no “Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal. Além disso, essas reformas contemplavam um plano de privatizações, ou seja, transferir para o setor privado atividades que poderiam ser controladas pelo mercado.

Na publicização, a prestação dos serviços públicos daria-se por um sistema de parceria entre o Estado e entidades da sociedade civil de natureza privada, sem fins lucrativos, integrantes do chamado “terceiro setor”, dentre as quais, as Organizações Sociais com atuação paralela ao Estado. A atividade estatal, no caso, enquadrar-se-ia como fomento, ou seja, como incentivo à iniciativa privada de interesse público.

Entretanto, a descentralização de serviços essenciais à garantia dos direitos fundamentais do cidadão, através da transferência de recursos públicos para Organizações Sociais, mediante a flexibilização das regras de licitação, sem a fiscalização adequada e sem regras claras e objetivas para qualificação de entidades privadas e celebração de contrato de gestão, resultaram no incremento dos desvios, desmandos e no aprofundamento da crise nesses setores.

Nesse sentido, alerta Maria Sylvia Di Pietro:

Na esfera federal, o objetivo evidente com a instituição das OS foi o de que elas substituíssem entidades públicas que atuam em uma das referidas áreas. A ideia seria a de que os próprios dirigentes da entidade pública (por exemplo, um hospital público ou universidade pública constituíssem uma associação ou uma fundação sem fins lucrativos e se qualificassem perante o poder público mediante a apresentação de um projeto; uma vez aceito, a entidade recebe o título de OS e passa a administrar o mesmo hospital público ou a mesma universidade, porém “transformados” em OS. Paralelamente, a entidade pública que desempenhava a mesma atividade é extinta.

O objetivo evidente é o de fugir ao regime jurídico de direito público, porque são os mesmos servidores, os mesmos imóveis, o mesmo patrimônio, o

mesmo serviço público, que vai passar a ser administrado por uma entidade privada e segundo normas de direito privado. Tudo sob o argumento da busca da maior eficiência no atendimento do usuário.¹

Segundo a ilustre jurista, em âmbito federal, as Organizações Sociais foram idealizadas para gerir serviços públicos por delegação do ente federativo”, porém, ao promoverem uma verdadeira privatização dos serviços públicos essenciais, instituiriam um mecanismo de fuga ao regime de direito público a que se submete a Administração.

Em relação ao assunto, fico com as lições de Marçal Justen Filho (FILHO M. J., 2016), que assevera:

A questão tem de ser solucionada segundo os princípios gerais aplicáveis. Não é admissível afirmar que a Administração seria livre para realizar o contrato de gestão, sem maiores parâmetros jurídicos. O contrato de gestão não é uma espécie de porta aberta para escapadas limitações do direito público. Portanto, e até em virtude da regra explícita do art. 37, XXI, da CF/1988,² o Estado é obrigado a submeter de gestão ao princípio da prévia licitação.²

Ainda que o Estado esteja obrigado a submeter seus contratos de gestão ao princípios da prévia licitação, o mesmo art. 37, XXI, CF, ressalva os casos específicos na legislação infraconstitucional, como o instituto da dispensa de licitação, por exemplo.

Leia-se o art. 37, XXI da Constituição da República:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

1 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**

(Leis nºs 9637/98 e 9790/99) (Palestra). Disponível em <<https://www.mpsp.mp.br/>>. Acesso em 11/01/2016.

2 Filho, M. J. (2016). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais Pg.. 550.

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Outrossim, essa discricionariedade conferida ao administrador público para dispensar a licitação e escolher uma organização social pode gerar injustiças por uma eventual ilegalidade, ou abuso de poder, se o processo de escolha não for impessoal e pautado por critérios objetivos.

Em sua consagrada doutrina, comentários à lei de licitações e contratos administrativos, Marçal Justen Filho dá o seguinte exemplo:

Suponha-se que a Administração resolva atribuir um hospital à gestão de organização social. Imagina-se que duas organizações sociais (cada qual integrada por um grupo de médicos distintos) pretendam assumir a gestão do nosocômio. A escolha da Administração é livre ou necessita promover licitação? (...) Volte-se ao caso acima referido, envolvendo duas organizações sociais que disputam contrato de gestão de um hospital. Suponha-se que uma delas esteja disposta a investir recursos próprios, para reforma e melhoramento das instalações. Já a outra organização social nada pretende investir, mantendo o estado precário, até então existente. Seria possível defender, em face da constituição, a liberdade da Administração para escolher qualquer uma das duas organizações sociais? É óbvio que não, eis que uma das alternativas é muito mais vantajosa do que a outra.³

No caso em tela, o autor defende que a Administração Pública está sob o postulado da indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal. Defende que a melhor alternativa deveria ser a escolhida, justamente por ser a mais vantajosa. Porém, segundo o autor, todas as organizações sociais têm o direito de serem tratadas igualmente, não se admitindo distinções fundadas meramente em escolhas subjetivas. Isso impede que algumas organizações mereçam

³ Filho, M. J. (2016). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pg 550. – 551.

tratamento privilegiado, sem que tal seja resultado de diferenças efetivas e compatíveis com os valores constitucionais. (FILHO M. J., 2016).

De fato, seria incompatível com o princípio da isonomia escolher determinada organização social e excluir outra(s) sem um processo impessoal e objetivo.

Acerca do assunto, Marçal Justen Filho assevera:

Se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de um procedimento seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios da objetividade, moralidade e economicidade.⁴

Nessa toada, portanto, onde a reformulação da estrutura administrativa do Estado inaugurou um modelo gerencial de administração, com o fim de controlar os resultados e a eficiência de alguns serviços públicos não exclusivos, nesse caso o serviço de saúde, veremos o sistema de contratação e qualificação das Organizações Sociais por dispensa de licitação, do Município do Rio de Janeiro, com objetivo de verificar se processo é pautado por critérios objetivos e se os princípios basilares da Administração Pública são observados, a fim de saber se o resultado dessa descentralização administrativa do serviço municipal de saúde garante os direitos fundamentais dos cidadãos.

⁴ ⁴ Filho, M. J. (2016). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pg 550. – 551.

CAPÍTULO I

DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A ADEQUAÇÃO DO PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO AOS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 1.2923/DF

1.1) Das Organizações Sociais:

Conforme ensina o professor Matheus Carvalho (CARVALHO, 2015), as organizações sociais são particulares, sem fins lucrativos, criadas pela Lei 9.637/98, para a prestação de serviços não exclusivos de Estado, tais como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, entre outros definidos na própria lei. Assim como as demais entidades paraestatais, não integram a estrutura da Administração Pública direta ou indireta, não dependendo de lei para a sua criação, e as atividades por ela exigidas são aqueles serviços não exclusivos.

Sobre a descentralização desses serviços não-exclusivos afirma Maria Sílvia Zanella di Pietro:

No plano Diretor constava a afirmativa de que “o Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não estatal” (grifamos). Embora o Plano Diretor fizesse referência ao projeto das organizações sociais como instrumento de descentralização, dando ideia de que o Estado iria transferir atividades suas para o particular, conta do texto da lei que o contrato de gestão com tais entidades constitui instrumento de fomento e, portanto, meio de incentivo à iniciativa privada. No entanto, contraditoriamente, o artigo 20 prevê a criação, mediante decreto do Poder Executivo, do Programa Nacional de Publicização – PNP, com objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a “ absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União” por organizações sociais. Com essa norma, fica clara a intenção do Governo de transferir (descentralizar) para entidades qualificadas como organizações

sociais atividades antes desempenhadas por órgãos públicos ou entidades da administração indireta.⁵

Com efeito, é, no mínimo, curioso chamar um programa que foi idealizado para promover privatizações de Programa Nacional de Publicização, pois, na realidade, o que foi idealizado era exatamente a privatização sob outra modalidade que não a venda de ações, já que a qualificação da entidade como organização social implica a extinção de um órgão público ou de uma pessoa jurídica de direito público (autarquia ou fundação) e, em seu lugar, o surgimento de uma pessoa jurídica de direito privado não enquadrada no conceito de Administração Pública, seja Direita ou indireta, conforme a ilustre jurista (DI PIETRO, 2018).

Apesar de não serem delegatárias de serviço público e atuarem em nome próprio sob o regime de direito privado, pelo fato de executarem atividades de interesse social, sem finalidade de lucrativa, estas organizações sociais recebem repasses do ente estatal de diversas formas, e, por conseguinte, estão sujeitas a algumas limitações impostas à fazenda pública.

Não se pode olvidar que o vínculo com o Poder Público é efetivado mediante celebração de contrato de gestão. Por meio deste contrato, a entidade se qualifica como organização social e poderá gozar de todos os privilégios referentes a esta qualificação como a dotação orçamentária, cessão de bens públicos e cessão de servidores públicos (CARVALHO, 2015).

Segundo Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2016), o contrato de gestão não se trata de um contrato propriamente dito, porque não há interesses contraditórios. Trata-se mais de um acordo operacional – acordo de Direito Público – pelo qual o órgão superior da Administração direta estabelece, em conjunto com os dirigentes da entidade contratada, o programa de trabalho, com a fixação de objetivos a alcançar, prazos de execução, critérios de

⁵ DI PIETRO, M. S. (2018). **Direito Administrativo**. São Paulo: GEN - Forense.

avaliação desempenho, limites para despesas, assim como o cronograma da liberação dos recursos financeiros previstos.

A definição de contrato de gestão é alvo de muitas discussões doutrinárias, uma vez que as vontades presentes neste acordo convergem para um mesmo fim, guardando todas as características de um convênio.

De fato, na celebração de contratos administrativos, ocorre o encontro de vontades divergentes, chegando-se a um determinado acordo que concilia essas vontades. Por seu turno, os convênios são parcerias firmadas entre entidades que tem interesses similares, para execução de atividades de forma associada.

Neste sentido, José do Santos Carvalho defende a natureza jurídica de convênio:

A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há contraposição entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio.⁶

Nesse sentido, assevera o ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux acerca da celebração do contrato de gestão:

A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.⁷

⁶ FILHO, J. d. (2012). **Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro**: Editora Lumen Juris - 25ª edição.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF, Relator Min. Ayres Britto, j. em 16.04.2015, DJE de 11.02.2016.

1.1.1) Dos requisitos para qualificar-se como Organização Social:

No âmbito federal, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, estabelece alguns requisitos para que entidades privadas sem fins lucrativos possa se qualificar como organização social, mediante celebração de contrato de gestão. (CARVALHO, 2015).

No diploma supracitado, são apontados os requisitos específicos para que as entidades privadas habilitem-se à qualificação como organização social. A saber:

- I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:
Natureza social de seus objetos relativos à respectiva área de atuação;
- a) Finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiro no desenvolvimento das próprias atividades;
- b) Previsão de participação de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria mdefinidos nos termosdo estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta lei;
- c) Previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior de representação do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- d) Composição e atribuições da diretoria;
- e) Obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- f) No caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- g) Proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- h) Previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que mlhe foram destinados, bem como excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;
- i) II – haver aprovação, quanto a conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu

objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.⁸

Assim, da leitura do comando legal inserto no art. 2º da supracitada lei, percebe-se que todos os requisitos impostos possuem natureza objetiva, com excessão de um, vale dizer, o disposto no inciso II (dois), no qual se prevê a aprovação quanto a conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Acerca do assunto assevera o Ministro Luiz Fux em seu voto Vista:

A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.⁹

Nesse sentido, ensina o professor Paulo Modesto na obra escrita juntamente o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal doutor Luiz Fux, em sua obra intitulada “organizações sociais após a decisão do STF na AD nº 1.923/2015:

Em divergência com o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, o voto condutor não considera inconstitucional a competência discricionária, estabelecida no art. 2º, II, da Lei nº 9.637, de 1998, que condiciona o deferimento do título ao pronunciamento favorável do órgão supervisor da área quanto à conveniência e oportunidade da qualificação da entidade privada como organização social. A avaliação é admitida, porém, desde que interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput).

⁸ BRASIL. (15 de maio de 1998). Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. **Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.**

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF, Relator Min. Ayres Britto, j .em 16.04.2015, DJE de 11.02.2016.

Essa compreensão aproxima o ato de qualificação da entidade como organização social ao ato administrativo de qualificação de associações e fundações como entidade de utilidade pública, decisão há décadas entendida como expedição de ato no exercício de competência discricionária.

O indeferimento de qualificação deve ser motivado e apoiado em critérios objetivos fixados em ato regulamentar a ser expedido com a observância do art 20, I, II e III da Lei n° 9.637, de 1998.

(...)

Discricionariedade não é cheque em branco, ensinava Caio Tácito. É aplicação de norma de competência. Não é liberdade de escolha extrajurídica. Portanto, a exigência dos princípios constitucionais no ato administrativo de qualificação encerra inteligência que não demandaria interpretação conforme, mas sua proclamação vinculante pode contribuir para inibir situações de abuso.¹⁰

Conforme o exposto, definitivamente, há critérios objetivos para a qualificação de pessoas jurídicas como organizações sociais, que estarão aptas, desde que cumpram os requisitos e obtenham a aprovação do órgão competente, à celebrar contrato de gestão com o Ente Público. Desta forma, seria pertinente que o processo de dispensa de licitação também tivesse critérios objetivos para seleção das organizações sociais.

Outrossim, acerca do contrato de gestão, o Ministro Luiz Fux (FUX, MODESTO, & MARTINS, 2017), asseverou que no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da lei n° 9.637/98, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando interesse em executar serviços sociais.

Art. 12 – Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

10 FUX, L., MODESTO, P., & MARTINS, H. f. (2017). **Organizações Sociais após a decisão do STF na AD n° 1.923/2015**. Belo Horizonte: Fórum.

Art. 14 – É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem¹¹

Aduz ainda, que diante de tal cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público, impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8.666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão (FUX, MODESTO, & MARTINS, 2017).

Diante o exposto, e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigiu o acordo, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando parcialmente procedente os pedidos, apenas para conferir interpretação conforme à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98 para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública objetiva e impessoal com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art.37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da união, da aplicação de verbas públicas.

¹¹ BRASIL. (15 de mai de 1998). Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. **Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.**

Dessa forma, percebe-se que as entidades privadas devem obedecer requisitos objetivos para tornar-se organização social, apesar da aprovação por órgão competente quanto a conveniência e oportunidade da Administração Pública, que já foi alvo de controle de constitucionalidade e continua vigente no ordenamento jurídico.

Nada mais justo que o processo de escolha de uma organização para celebrar contrato de parceria com a Administração também tenha critérios objetivos, pois estaria de acordo com os princípios que norteiam a Administração Pública, consubstanciados no art. 37, caput, CF.

1.2) Dos Princípios Norteadores da Licitação:

A licitação é norteada por princípios, alguns expressos no artigo 3º da lei nº 8.666/93, que orientam como o procedimento deve ser desenvolvido. São eles o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo das propostas.

1.2.1) Princípio da Legalidade:

O princípio da legalidade determina que a atuação do administrador deve seguir a imposição da lei que, em última análise, é a garantia do indivíduo contra abusos ou desvio de poder. Assim, a licitação deve obedecer ao devido processo legal, de maneira que a Administração defina a modalidade e o tipo do procedimento, assim como todos os requisitos técnicos e comerciais exigidos para a contratação, verificando se os licitantes preenchem os mesmos.

Leia-se o Recurso Especial 769.878/MG de relatoria da eminente Ministra Eliane Calmon:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS DE RAIOS-X POR EMPRESA SEM AUTORIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ADJUDICAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÃO DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

(...)

3.A administração pública submete-se de forma rigorosa ao princípio da legalidade administrativa, não lhe sendo lícito entabular contrato administrativo sem observância das normas legais pertinentes com o objeto dessa contratação, sob pena, inclusive, de nulidade do contrato.

(...)

1.2.2) Princípio da Publicidade:

O princípio da publicidade visa a garantir a transparência da atuação estatal e a plena participação da sociedade na produção dos atos administrativos.

Além disso, conforme Marçal Justen Filho (FILHO M. J., 2016), a publicidade objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame, de modo que se instaure uma ampla competição para o objeto licitado.. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório, o que é obtido mediante a divulgação da oportunidade de contratação com a Administração Pública.

1.2.3) Princípio da Moralidade:

Conforme leciona o professor Marçal Justen Filho (FILHO M. J., 2016), é obrigatório o respeito à moralidade administrativa. O autor ensina que em nenhuma hipótese a conduta adotada pela Administração Pública ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico.

Ressalta o autor que a observância do princípio da moralidade se impõe não apenas ao longo da licitação, mas também durante toda a execução contratual.

Nesse sentido segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“É preciso ressaltar que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência está necessariamente subordinada à observância de parâmetros éticos-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa.

Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos em que se funda a ordem positiva do Estado

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle externo de todos os atos, quer os emanados do Poder Público, quer aqueles praticados por particulares que venham a colaborar com o Estado na condição de licitantes ou contratados e que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais”¹²

1.2.4) Princípio da Probidade Administrativa:

O princípio da probidade está ligado à boa-fé e honestidade, exigindo que a Administração atue com lisura no procedimento, garantindo que a licitação esteja voltada ao interesse público e não particular.

De acordo com Marçal Justen Filho, (FILHO M. J., 2016), A improbidade consiste não apenas na violação a um dever ético. Mais do que isso, configura uma prática que produz efeitos patrimoniais reprováveis. A improbidade a obtenção de vantagens econômicas indevidas ou a produção intencional do dano ao erário.

1.2.5) Princípio da Isonomia:

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC no MS 32494/MC, rel.Min. Celso de Melo, j. em 11.11.2013, Dje de 12.11.2013.

O princípio da igualdade ou isonomia determina que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação, ou seja, todos os interessados em contratar com administração devem competir em igualdade de condições.

De acordo com Marçal Justen Filho (FILHO M. J., 2016) as diferenciações do ato convocatório devem atentar para os limites indicados. Será inválida a discriminação contida no ato convocatório se não se ajustar ao princípio da isonomia.

O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: (i) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (ii) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; (iii) impõe requisitos desproporcionais com necessidade da futura contratação; (iv) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.

Toda e qualquer discriminação deverá constar no ato convocatório. Não sendo admitidas discriminações “inovadoras”, introduzidas após o ato convocatório.

Assim sendo, existem discriminações que o direito permite que sejam praticadas no âmbito de licitações. Essas discriminações podem resultar em benefícios ou em desvantagens para determinadas categorias de licitantes. Não se admitem discriminações fundadas em preferências subjetivas dos administradores. Algumas das discriminações legítimas envolvem circunstâncias específicas relativas ao objeto. De certo, o tratamento diferenciado somente será válido porque autorizado por norma legal.

1.2.6) Princípio da Impessoalidade:

Consoante o jurista Marçal Justen Filho em sua já conagrada obra comentários à lei de licitações e contratos administrativos (FILHO M. J., 2016), a impessoalidade consiste na

vedação a preferência ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos participantes no certame licitatório.

Segundo ele, o resultado do certame não pode fundar-se em características pessoais dos licitantes, a não ser que tais atributos tenham sido indicados na lei ou no ato convocatório como causa jurídica para um certo resultado.

1.2.6.1) A Imparcialidade do Julgamento:

A impessoalidade e a objetividade do julgamento são emanções da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. indicam vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Excluem o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade e a objetividade do julgamento conduzem a que a decisão independe da identidade do julgador (FILHO M. J., 2016).

Segundo o autor, o ato convocatório tem de conter critérios objetivos de julgamento que não se fundem nas preferências ou escolhas dos julgadores. O julgamento das propostas subordina-se obrigatoriamente àqueles critérios.

A impessoalidade e a objetividade do julgamento significam, inclusive, o afastamento de conveniências puramente políticas dos governantes. Assim, por exemplo, infringe a impessoalidade e a objetividade a decisão ofensiva à lei ou ato convocatório, mesmo quando o seu conteúdo for compatível com os reclamos imediatos da opinião pública. As regras que disciplinam a licitação devem ser respeitadas e o critério de julgamento não pode ser a compatibilidade com as demandas dos eleitores. O princípio da impessoalidade é essencial à democracia e a democracia acarreta a edição de normas jurídicas destinadas a

disciplinar condutas futuras dos governantes e dos administradores. O respeito às normas jurídicas é essencial ao regime democrático.

Para garantir a incidência da impessoalidade, dentre outros princípios, e a objetividade do julgamento, a contratação de organizações sociais dar-se por um procedimento seletivo simplificado chamado chamamento público, regulamentado pela Lei nº 13.019/2014.

16. No que se refere à hipótese de dispensa de licitação incluída no inciso XXIV, do art. 24, da Lei nº 8.666/ 93, no entanto, posicionou-se o Ministro-relator no sentido de sua validade, bastando que ao dispositivo legal seja dada interpretação conforme à Constituição. Nesse sentido, não seria inconstitucional a celebração de contrato de gestão, sem a realização de licitação prévia, com entidade privada para o específico fim de complementar a atuação do Estado em determinada área de interesse social. O que se exigiria, em todo e qualquer caso, é o respeito incondicional aos princípios reitores da Administração Pública.¹³

1.3) Do Chamamento Público Para a Celebração De Parcerias Com as Organizações Da Sociedade Civil Na Lei Federal nº 13.019/2014:

Segundo Matheus Carvalho (CARVALHO, 2015), O chamamento público tem a intenção de garantir a impessoalidade do ente público na escolha da entidade privada que celebrará os termos de colaboração ou de fomento. Definitivamente, busca por meio desse certamente, evitar o favorecimento de particulares em razão de interesses políticos familiares ou pessoais, em detrimento da finalidade pública.

A lei nº 13.019/2014, em seu art. 2º, assim define o chamamento público:

XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF, Relator Min. Ayres Britto, j .em 16.04.2015, DJE de 11.02.2016.

Conforme leciona a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2018), a Lei nº 13.019/2014 não utilizou o vocábulo licitação para designar o procedimento de seleção da organização da sociedade civil. Falou em chamamento público, que não deixa de ser modalidade de licitação, redigida por legislação própria. Até os princípios impostos ao procedimento, no art. 2º, inciso XII, são praticamente os mesmos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21.06.93, para a licitação. Assim, o legislador quis deixar claro que a Lei nº 8.666/93 não se aplica às relações regidas pela Lei nº 13.019.94, salvo nos casos expressamente previstos.

No art. 24, a lei determina que, “exceto nas hipóteses previstas nesta lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto”.

Nesse sentido, conforme a autora, que partiu do pressuposto de que nem todos aqueles que aspiram a uma determinada posição de vantagem, relativamente aos demais do mesmo gênero, conseguirão celebrar ajustes de parceria com o Poder Público, a realização de um procedimento que seja público, objetivo, isonômico, transparente e imparcial de seleção para a escolha daquele que com a Administração estabelecerá um determinado vínculo de cooperação que bem prestigia os princípios constitucionais orientadores da atuação estatal, na forma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2018), salientou que o procedimento público de escolha, tanto dos parceiros quanto dos contratados deve dar-se livre de tratamentos discriminatórios não previstos pela legislação, afim de garantir a mais ampla disputa entre os potenciais interessados, assim, se as parcerias do Poder Público com as entidades do Terceiro Setor dispõem-se a alcançar vários fins de interesse coletivo, a escolha da pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos que melhor realize um determinado fim almejado pelo ente público torna-se a finalidade primordial a ser alcançada, livre de quaisquer personalismos e favoritismos.

Ademais, o respeito ao princípio da igualdade de tratamento exige não apenas na fixação de condições não discriminatórias de acesso àqueles que almejam uma determinada posição jurídica – a de parceiro privado da Administração – mas também que as autoridades públicas adotem todas as medidas suscetíveis para assegurar o exercício da faculdade, por meio de procedimento objetivo de escolha para que qualquer interessado possa participar de um chamamento público.

Seja como for, termo de colaboração e termo de fomento, como ajustes de nítido caráter convenial, sofrem a incidência de princípios de direito público plasmados no art. 37, caput, da Constituição federal, para o efeito de, via de regra, deverem ser realizados chamamentos públicos, na forma dos arts. 23 a 28 da lei Federal nº 13.019/2014, com as modificações introduzidas pela lei federal nº 13.204/2015, para a escolha impessoal das organizações da sociedade civil que com a Administração celebrarão os ajustes de parceria.

Há na lei, um tendencial estímulo ao caráter competitivo nos procedimentos de seleção, nos termos do que, aliás, deixa entrever o art 24, §2º, da Lei Federal nº 13.019/2014.

In Verbis:

É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria”

Tem-se, definitivamente, um apreciável avanço em matéria de celebração de ajustes cooperativos com o Terceiro Setor. A imposição de uma disciplina legal mais rígida, sistematizada, abrangente e detalhista contribui para afastar uma já arraigada cultura de favorecimento às entidades filantrópicas topograficamente mais próximas dos agentes e decisores políticos, entremeada em cultura de clientelismo e de política de balcão que, longe de qualquer aspereza no que se afirma, compõe, a todos os lados, o histórico repertório de atuação das Administrações Públicas – nacional e subnacionais - brasileiras.

CAPÍTULO II

DA REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 5.026/2009 QUE DISPÕE SOBRE A QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADE COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL.

2.1) Contextualização:

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade nº 0034705-10.2009.8.19.0000¹⁴, proposta pelos Deputados estaduais João Pedro Campos de Andrade e Rodrigo Carvalho Ribeiro Dantas, pretendendo a respectiva declaração em face da Lei nº 5.026, de 29/05/2009, do Município do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais e dá outras providências, em sua totalidade, e de seus arts. 1º, §1º, 12, 13, 14 e 15, por violação ao disposto nos arts. 77, XXV, e 308, VI, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como ao art. 24, XXIV, da Lei federal nº 8666/93.

Para delimitar o tema, restringirei à análise ao artigo 77, inciso XXV da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que fala sobre a obrigatoriedade de licitar, ressaltando os casos especificados na legislação, nesse caso, o art. 24, XXV da lei 8.666.

Leia-se o artigo da Carta Estadual supracitado:

Art. 77. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse coletivo e, também, ao seguinte:

XXV - ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direta de Inconstitucionalidade nº 0034705-10.2009.8.19.0000, Relator Des. Mauro Dickstein, em 23.06.2016, Dje de 23.11.2016. Pg: 139.

pública que assegure igualdade de condições e de pagamentos a todos os concorrentes, com previsão de atualização monetária para os pagamentos em atraso, penalidades para os descumprimentos contratuais, permitindo-se, no ato convocatório, somente as exigências de qualificação técnica, jurídica e econômico-financeira indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em síntese, sustentaram os autores que a norma impugnada padece de vícios, pois os arts. 12, e parágrafos, 13 e 14, inovam no sistema de Parceria Público-Privada (PPP's) ao atribuir à Administração a definição dos critérios para a qualificação das entidades privadas como "Organizações Sociais", destinando-as bens públicos, servidores e recursos orçamentários para a consecução de serviços públicos próprios, de atribuição exclusiva da administração direta, o que violaria o dever de licitar, previsto no art. 77, XXV, da CE/RJ, e o art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93.

Pleitearam a concessão da tutela antecipada, para que fosse suspensa a eficácia do ato normativo impugnado, requerendo, ao final, a procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º, §1º, 12, 13, 14 e 15, da Lei nº 5.026, de 29/05/2009, do Município do Rio de Janeiro, por violação ao disposto nos arts. 77, XXV, e 308, VI, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como ao art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8666/93, e alternativamente, para que seja declarada a inconstitucionalidade em sua totalidade.

De início, revelou-se descabido o exame de desconformidade da lei municipal impugnada com os dispositivos da legislação federal indicados (art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8666/93, e arts. 11, V, 21, I, 23, caput e §1º, 29 e 30, da Lei Federal de Diretrizes e Bases da Educação), visto que o recurso de Representação de Inconstitucionalidade perante os Tribunais de Justiça é restrito à Constituição Estadual, restando, de fato, como norma a ser examinada a Constituição Estadual, especificamente os seus arts. 77, XXV, e 308, VI.

No caso em tela, a Representação por Inconstitucionalidade baseou-se num possível erro material, ao argumento de que a Lei nº 5.026/09 do Município do Rio de Janeiro, como um todo, e, em especial seus arts. 1º, §1º, 12 e § §, 13 e 14, violaria os princípios da

impessoalidade, moralidade publicidade e eficiência ao atribuírem à Administração a definição dos critérios para a qualificação das entidades provadas como organizações sociais, destinando-as bens públicos, servidores e recursos orçamentários para a consecução de serviços públicos de atribuição exclusiva da administração direta, vulnerando, assim, os arts. 77, XXV e 308, VI da Constituição Estadual.

2.2) Da Lei n° 5.026/2009, Que Dispõe Sobre a Qualificação de Entidades Como Organizações Sociais e dá Outras Providências:

Conforme o Acórdão proferido pelos ilustres Desembargadores membros do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Representação por Inconstitucionalidade n° 0034705-10.2009.8.19.000, a Lei impugnada pareceu haver pretendido superar algumas das falhas existentes na Lei Federal n° 9.637/98.

Assim é que, enquanto na Lei Federal há previsão de absorção pela OS das entidades então existentes (v.g., hospitais públicos, escolas, etc. - mediante a sua substituição/transformação em Organizações Sociais, com a conseqüente extinção de entes públicos absorvidos, na Lei n° 5.026/2009, há expressa vedação de substituição de entidades que estejam em funcionamento, notadamente no que se refere às atividades dirigidas à saúde (art. 1°, §2°).

2.2.1) Da Qualificação de Entidades Para Receber o Título de Organização Social Pelo Poder Executivo:

No que tange ao processo de escolha das entidades que receberão a qualificação, a Lei Municipal n° 5.026/2009 inovou em relação à Lei Federal, preocupando-se em estabelecer, dentre os requisitos formais, os seguintes:

- I) A existência de sede ou filial no Município do Rio de Janeiro (que poderá ser verificada in loco, antes da celebração do contrato de gestão);
- II) Sua constituição há pelo menos 2 anos e no pleno exercício na área de atuação (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura, saúde e esporte);
- III) Possuir em seus quadros profissionais com formação específica para gestão das atividades a serem desenvolvidas, notória competência e experiência comprovada na referida área de atuação;
- IV) Inclusão das entidades qualificadas em cadastro disponibilizado na rede pública de dados (art. 2º, incisos II e V, e seus §§ 1º e 2º).

Em brilhante voto, o Eminentíssimo Desembargador Mauro Dickstein observou que, malgrado a falta do requisito de idoneidade moral e financeira na Lei Municipal nº 5.026/09, pode-se extrair exigência do sistema jurídico. Apesar de ser de difícil aferição, esses requisitos são imprescindíveis ao bom funcionamento dos serviços delegados à iniciativa privada, e está em consonância com o princípio da moralidade administrativas consubstanciados no art. 37, caput, da CF e no art. 77 da CE/RJ.

Assim assevera o Desembargador:

Malgrado ausente na lei previsão de idoneidade moral e financeira da entidade a ser qualificada, trata-se de exigência que deflui do sistema, porquanto somente aquela que disponha de capacidade econômica poderá responder civilmente pelos prejuízos que venha a causar ao ente federativo e a terceiros, notadamente em caso de desqualificação (art. 16 §2º, da Lei nº 5.026/09).¹⁵

Para a qualificação como Organizações Sociais, essas entidades deverão passar por um procedimento administrativo previsto no Anexo Único, do Decreto Municipal nº 30.780/2009, que regulamenta a Lei nº 5.026/2009, que estará sujeita a análise e julgamento pela COQUALI – Comissão de Qualificação de Organizações Sociais – formada pelos seguintes membros: Secretário Municipal da Casa Civil, Procurador Geral do Município, Controlador Geral do Município, Secretário Municipal de Fazenda e Secretário Municipal de Administração, no termos do art. 2º do Decreto 30.780/2009.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direta de Inconstitucionalidade nº 0034705-10.2009.8.19.0000, Relator Des. Mauro Dickstein, em 23.06.2016, Dje de 23.11.2016. Pg: 139.

Na mesma linha da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n° 1.923/DF o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concluiu que o processo administrativo para qualificação de entidades ao título de organização social deve ser objetivo e impessoal, assim como sua habilitação para determinado contrato de gestão, observando-se, portanto os princípios norteadores da Administração Pública.

Leia-se trecho da decisão da Representação por Inconstitucionalidade:

O procedimento de qualificação e credenciamento deverá ser precedido de edital e desenvolver-se através de processo objetivo e transparente, em que garantida a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo a entidade interessada possuir, além dos critérios formais previstos no art. 4° da Lei n° 5.026/2009, em seu decreto regulamentar (Decreto n° 30.780/2009), idoneidade moral, financeira e habilitação técnica;¹⁶

2.2.2) Do Chamamento Público na Lei Municipal n° 5.026/2009:

Conforme a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça, a qualificação de entidades que receberão o título de Organização Social deve ser objetivo e público, além de observar os princípios da impessoalidade, moralidade, e publicidade, devendo a decisão (ou não) de concessão se necessariamente motivada.

Embora as lei federal e municipal, que dispõe sobre Organização Social se omitirem acerca do chamamento público, há previsão de processo objetivo para a seleção da entidade, também por ocasião da contratação, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades relevantes relacionadas no caput do artigo 1°, do diploma municipal alvejado (art. 5°, § 2°, da Lei n° 5.026/2009 e art. 9°, do Decreto n 30.780/2009).

Sobre chamamento público, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direta de Inconstitucionalidade n° 0034705-10.2009.8.19.0000, Relator Des. Mauro Dickstein, em 23.06.2016, Dje de 23.11.2016. Pg: 151.

A Lei nº 13.019/2014 não utilizou o vocábulo licitação para designar o procedimento de seleção da organização da sociedade civil. Falou em chamamento público, que não deixa de ser modalidade de licitação, redigida por legislação própria. Até os princípios impostos ao procedimento, no art. 2º, inciso XII, são praticamente os mesmos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21.06.93, para a licitação. Assim, o legislador quis deixar claro que a Lei nº 8.666/93 não se aplica às relações regidas pela Lei nº 13.019.94, salvo nos casos expressamente previstos.¹⁷

Assim está disposto no art. 2º, XII da Lei nº 13.019/2014:

chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

Apesar de a supracitada lei prever o chamamento público apenas para Organizações da Sociedade Civil, o Município do Rio de Janeiro vem utilizando essa modalidade para a contratação de Organizações Sociais para gerirem Hospitais Públicos e UPAs, com fundamento na Lei 5.026/2099, regulamentada por meio do Decreto nº 30.780/2009.

2.2.3) Do Contrato de Gestão e a Transferência de Bens e Recursos do Município:

Considerando que o “contrato de gestão” possui natureza de convênio, havendo, portanto, mútua colaboração, a ele não seria aplicável à exigência de um processo de licitação formal, tal qual previsto na Lei nº 8.666/93, eis que o repasse de verbas, equipamentos, imóveis e servidores à instituição que irá cooperar com o poder público na realização de suas atividades, decorreria do próprio dever de fomento que compete ao ente federativo na prestação dos serviços que lhes são próprios, embora não-exclusivos.

¹⁷ DI PIETRO, M.S. (2018). Direito Administrativo. São Paulo: GEN – Forense.

28. O que a Magna Carta admite e até mesmo estimula, agora sim, é a colaboração entre particulares e o Poder Público. Daí estabelecer o art. 1º da Lei 9.637/98 que “o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos” na lei. Organizações sociais que, uma vez assim qualificadas, poderão firmar com o Poder Público um “contrato de gestão”, “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º” (art. 5º da Lei 9.637/98). Contrato de que poderão constar cláusulas garantidoras: a) do repasse de recursos orçamentários; b) do uso de bens públicos; c) da cessão especial de servidores estatais (arts. 12 e 14 da Lei nº 9.637/98).¹⁸

Entretanto, em seu voto proferido na ADI nº 1.923/DF, o Ministro Relato Ayres Britto, salientou que o procedimento administrativo de celebração do contrato de gestão deve ser público e objetivo, pois visa a transferência do serviço ou exercício de atividades relevantes titularizadas pelo Estado à iniciativa privada, devendo o serviço oferecido pela entidade ser de melhor qualidade frente à atuação isolada do próprio Estado, conforme se extrai dos trechos ora destacados:

31. Pois bem, **da conclusão de que o “contrato de gestão” é, na verdade, um convênio, toma corpo o juízo técnico de que, em princípio, há desnecessidade de processo licitatório para a sua celebração. Leia-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição. Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo”**¹⁹

(...)

33. É preciso, porém, fazer a seguinte ressalva: **a desnecessidade do procedimento licitatório: a) não afasta o dever da abertura de processo 140 27 Direta de Inconstitucionalidade nº 0034705-10.2009.8.19.0000 administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular**

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF, Relator Min. Ayres Britto, j .em 16.04.2015, DJE de 11.02.2016.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300.

da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado “contrato de gestão”; c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.”²⁰

Nesses termos, o Desembargador Relator do Egrégio Tribunal de Justiça, asseverou que essa precaução é de suma importância, visto os escândalos divulgados pela imprensa de descaso com a saúde e mau uso do dinheiro e bens públicos.

Assim aduz o Desembargador:

A prevenção e precaução se justificam, notadamente diante dos exemplos revelados ampla e recentemente pela mídia impressa e televisiva, que dão mostras de quão deturpado tem sido o critério, a permitir que o sistema de Organizações Sociais apresentam um incontável número de fraudes a importar em um aumento incomensurável e injustificado de custos, muitas vezes superior ao anterior sistema de prestação de serviços diretamente pelo Município mediante contratação por concurso público e licitação, revelando, ademais, a ineficiência da gestão privada para a prestação do serviço de saúde, causadora de situação caótica que resultou, inclusive, em morte de pacientes.²¹

Aderindo a tal entendimento, observou o Desembargador Relato, que o Ministro Luiz Fux, em seu voto, alertou que a ausência de licitação não dispensa a necessidade de observância dos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e eficiência que regem a Administração Pública, tanto no procedimento de credenciamento das entidades, mediante a concessão do título de qualificação como Organização Social a todas aquelas que satisfizerem os requisitos objetivos, bem como para a escolha daquele que celebrará o

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF, Relator Min. Ayres Britto, j .em 16.04.2015, DJE de 11.02.2016.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direta de Inconstitucionalidade nº 0034705-10.2009.8.19.0000, Relator Des. Mauro Dickstein, em 23.06.2016, Dje de 23.11.2016.

contrato de gestão, através de processo seletivo público e impessoal, conforme ora destacado, in Verbis:

Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no caput do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da impessoalidade, expressão da isonomia (art. 5º, caput), e da publicidade, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, caput).²²

Os mesmos princípios constitucionais, portanto, devem ser observados pelas Organizações Sociais na contratação de pessoal e nas suas relações com terceiros, eis que embora inserida no âmbito do direito privado, os recursos que recebem para execução de suas atividades são públicos, sendo igualmente públicos os fins a que se destina, vale dizer, a satisfação dos interesses da coletividade na respectiva área de atuação.

Nesse sentido, julgaram os Desembargadores seguindo o Relator:

A contratação de bens, serviços e recursos humanos pelas “OS’s” com terceiros, na execução do contrato de gestão, deverá observar, igualmente, os princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade, economicidade e eficiência, a fim de alcançar os melhores resultados com o menor curso;

A destinação de recursos orçamentários, bens públicos e cessão de servidores, devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com a observância dos princípios da moralidade, proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e transparência, inclusive com a divulgação do orçamento anual e eventuais créditos suplementares, em Diário Oficial e páginas na internet;²³

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF, Relator Min. Ayres Britto, j .em 16.04.2015, DJE de 11.02.2016.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.923/DF, Relator Min. Ayres Britto, j .em 16.04.2015, DJE de 11.02.2016.

2.2.4) O Sistema de Controle Sobre as Organizações Sociais:

Apesar de toda prevenção e precaução que a Administração Pública de ter na celebração do contrato de gestão com entidade privada qualificada como organização social para gerir e executar serviços públicos não exclusivos, se faz necessário uma fiscalização eficiente para que os recursos públicos sejam aplicados de forma correta, o serviço se mostre de qualidade e, conseqüentemente, a população viva com dignidade.

Para isso, a Lei Municipal nº 5.026/2009 prevê o controle interno pelo próprio Poder Executivo e externo pela Câmara de Vereadores, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 1º, §3º), facultando a qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical denunciar irregularidades cometidas pelas “OS’s” à Administração Municipal, ao Tribunal de Contas ou à Câmara Municipal (art. 10), este também há de ser realizado pelo Ministério Público, no exercício de sua função institucional, a teor do art. 170, caput, e 173, II e X, da Constituição do Estado.

Em relação ao assunto, assim decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça:

O controle externo a ser realizado, também pelo Ministério Público, além do Tribunal de Contas do Município (art. 124, §§ 3º e 4º, da CR/RJ), na forma preconizada no art. 1º, 3º, da própria Lei nº 5.026/2009, quanto à aplicação de verbas públicas e eficiência do serviço, pressupõe a transparência da gestão e deve ser garantida mediante amplo acesso aos cidadãos, através de divulgação na imprensa oficial e disponibilização, regularmente, em páginas na internet na prestação de contas, balanços, relatórios financeiros, quadros estatísticos, metas propostas e resultados alcançados, tanto pela entidade contratada, quanto pelo Poder Executivo;²⁴

Eis os dispositivos que versam acerca da fiscalização das Organizações Sociais na Lei Municipal nº 5.026/2009:

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direta de Inconstitucionalidade nº 0034705-10.2009.8.19.0000, Relator Des. Mauro Dickstein, em 23.06.2016, Dje de 23.11.2016.

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por Organização Social será fiscalizada pelo Secretário Municipal das áreas correspondentes.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por Organização Social, dela darão ciência à Procuradoria Geral do Município, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, para as providências relativas aos respectivos âmbitos de atuação, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical é parte legítima para denunciar irregularidades cometidas pelas Organizações Sociais à Administração Municipal, ao Tribunal de Contas ou à Câmara Municipal.

Diante o exposto, é indispensável que as instituições legitimadas à fiscalizar as Organizações Sociais se empenhem e trabalhem com seriedade, pois o tempo urge. Pessoas estão falecendo na porta dos hospitais por falta de um atendimento digno, situação que poderia ser minimizada caso a fiscalização do ente público e das instituições legitimadas fossem frequentes e eficazes.

CAPÍTULO III
ESTUDO DE CASO CONCRETO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA
(MPRJ X IABAS E MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO)

3.1) Contextualização:

Trata-se da Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001 proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde (IABAS) objetivando a tutela jurisdicional para anular o procedimento administrativo municipal nº 09-0044/09 de qualificação do IABAS, cujo efeito pratico consiste na desqualificação da associação como organização social de saúde e, conseqüentemente, a rescisão do vínculo contratual, mantido entre ambos os réus através do contrato de gestão nº 03/2009 e dos termos aditivos que o seguirem.

Ademais, pleiteia também o *parquet* que o judiciário decrete a nulidade do procedimento administrativo de seleção nº 09-004721/2009, responsável pela escolha do primeiro réu para gerir as UPAS's Cidade de Deus e Vila Kennedy.

3.2) Da Qualificação do IABAS Como Organização Social Pelo Município do Rio de Janeiro:

Após o pedido de qualificação como Organização Social encaminhado ao Secretário Municipal de Saúde e Defesa Civil, por meio de requerimento escrito, a então entidade privada IABAS passou pela Comissão de Qualificação de Organizações Sociais, nos termos dos arts. 1º e 2º do Decreto Municipal nº 30.780/2009, que regulamentou a Lei Municipal nº 5.026/2009, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais e dá outras providências.

Leia-se os dispositivos:

Art.1º O pedido de qualificação como Organização Social será encaminhado ao Secretário Municipal da respectiva área de atuação, por meio de requerimento escrito, acompanhado dos documentos que comprovem:

Art. 2º Fica instituída a COQUALI (Comissão de Qualificação de Organizações Sociais), que terá competência para decidir sobre os requerimentos de qualificação das organizações sociais no âmbito do Município do Rio de Janeiro.

Em sede de análise de propostas, a entidade proponente deveria cumprir os critérios objetivos consubstanciados no art. 2º da Lei Municipal nº 5.026/2009. *In Verbis*:

I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) Natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) Finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimentos de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) Previsão expressa de ter a entidade, como órgão de deliberação superior e de direção, um Conselho de Administração e uma Diretoria, definidos nos termos do estatuto, assegurado àquele composição e atribuições normativas e de controle básicos previstos na Lei;
- d) Previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) Composição e atribuições da Diretoria da entidade;
- f) Obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial do Município, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão com o Município;
- g) Em caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do Estatuto;
- h) Proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) Previsão de incorporação integral do patrimônio, do legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação da entidade, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito do Município da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Município, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

- II) Comprovar a exigências legais para constituição de pessoa jurídica;
- III) Ter sede ou filial localizada no Município do Rio de Janeiro;
- IV) Estar constituída há pelo menos dois anos no pleno exercício das atividades citadas no “caput” do art. 1º da Lei Municipal nº 5026, de 19 de maio de 2009, a serem comprovadas mediante documentos que atestem a execução direta de projetos, programas ou planos de ação a elas relacionados;
- V) Comprovar a presença, em seu quadro de pessoal, de profissionais com formação específica para a gestão das atividades a serem desenvolvidas, notória competência e experiência comprovada na área de atuação;

§ 1º) Para fins do Disposto no inciso IV deste artigo, será computado o tempo de desenvolvimento das atividades na respectiva área de atuação por entidade da qual seja sucessora, caso a sucessão seja anterior à entrada em vigor da Lei Municipal nº 5.206, de 19 de maio de 2009.

§ 2º) Na hipótese de a entidade pleiteante da habilitação como organização social existir há mais de cinco anos, contados da data da publicação da Lei nº 5026, de 2009, fica estipulado, conforme seu art. 19, o prazo de 2 (dois) anos para a adaptação das normas do respectivo estatuto ao disposto em seu art. 3º incisos I a IV.

§ 3º) No caso do parágrafo anterior, a entidade pleiteante deverá apresentar quando da apresentação do pedido de qualificação, seu projeto de alteração do estatuto, na forma do art. 3º, incisos I a IV da Lei nº 5026, de 2009; firmando compromisso pela alteração estatutária no prazo legal.

Com efeito, diante dos requisitos expostos acima, no Município do Rio de Janeiro existem critério objetivos para que entidades privadas qualifiquem-se como Organizações Sociais, o que as habilita a celebrar contrato de gestão (convênio) com o ente municipal.

Como asseverou o Ilustre Relator da Direta de inconstitucionalidade nº 0034705-10.2009.8.19.0000, TJRJ, apesar de já mencionado, é imprescindível repetir que apesar da ausência de previsão de idoneidade moral e financeira da entidade a ser qualificada tanto na Lei Municipal 5.026/2009, quanto em seu Decreto Regulamentador 30.780/2009, esses requisitos essenciais a boa administração dos recursos e bens públicos defluem do sistema jurídico, porquanto somente aquele que disponha de capacidade econômica poderá responder civilmente pelos prejuízos que venha a causar ao ente federativo municipal e a terceiros.

Ainda sobre o processo de qualificação o IABAS, no primeiro momento, considerando o que preconiza o art. 1º do Decreto nº 30.780/2009, que trata dos requisitos formais para qualificação como Organização Social, a Comissão de Qualificação de Organizações Sociais – doravante COQUALI – concluiu que a instituição requerente **atendeu plenamente aos seguintes dispositivos, conforme se verifica no quadro resumo que se segue:**

| Decreto nº 30780/2009 | | |
|---------------------------|--|------------------------|
| Dispositivo Legal | Documentação Apresentada | P.A.* |
| Inciso I, alínea <u>a</u> | Art. 5º do Estatuto da Instituição | fls. 17 |
| Inciso I, alínea <u>b</u> | Art. 1º do Estatuto da Instituição | fls. 16 |
| Inciso I, alínea <u>d</u> | Art. 21, I, <u>b</u> , do Estatuto da Instituição | fls. 23 |
| Inciso I, alínea <u>e</u> | Arts. 24 e 25 do Estatuto da Instituição | fls. 25 e 26 |
| Inciso I, alínea <u>f</u> | Art. 22 do Estatuto da Instituição | fls. 24 |
| Inciso I, alínea <u>h</u> | Art. 36 do Estatuto da Instituição | fls. 29 |
| Inciso I, alínea <u>i</u> | Art. 9º do Estatuto da Instituição | fls. 18 |
| Inciso II | CNPJ, Estatuto da Instituição e Ata de Fundação | fls. 15, 16/29 e 04/07 |
| Inciso III | Previsão no art. 4º, §1º, do Estatuto da Instituição | fls. 16 |
| Inciso IV | CNPJ e Proposta de Alteração do Estatuto | fls. 15 e |
| Inciso V | Composição dos Órgãos de Deliberação Superior e de Direção | fls. 22 a 28 |

* refere-se às folhas do processo administrativo nº 09/004044/09

Porém, segundo o relatório da COQUALI²⁵, no tange ao art. 1º inciso I alínea c, do supracitado Decreto, observou-se que a requente a requerente (IABAS) **cumpriu parcialmente**, ao demonstrar que os arts. 11, 21 e 22 de sua disposição estatutária, que prevê expressamente órgão de deliberação superior e de direção, um conselho de Administração e uma Diretoria, assegurando àquele composições normativas e de controle básico previstos no arts. 3º e 4º da Lei Municipal nº 2506, de 19 de maio 2009

Além do mais, a entidade **cumpriu parcialmente** o disposto no art 1º, III e V, do Decreto nº 30.780/2009. Segundo o relatório, a priori, no que tange ao art. 1º, III, não constou

²⁵ COMISSÃO DE QUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.. Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil. Relatório. Processo nº 09/004044/09. Rio de Janeiro. 17/07/2009.Pg. 211. Pg. do judicial: 535.

no processo administrativo de qualificação a comprovação de que a requerente tenha filial no Município do Rio de Janeiro, embora haja previsão no art. 4º, § 1º, do Estatuto da Instituição. Quanto ao art. 1º, inciso V, foram identificados, na ata da reunião para constituição, fundação e aprovação do estatuto da requerente, que a composição do Conselho de Administração é formada por cirurgiões-dentistas, professores declarados como de “seriedade e renome incontestáveis”: não sendo, todavia, vislumbrada a presença de profissionais com formação específica em outras áreas de saúde.

Também, de acordo com o relatório, não vou cumprimento do art. 1º, caput, do Decreto nº 30.780/2009, acerca da apresentação de requerimento escrito do pedido de qualificação como Organização Social. Do mesmo modo, não foi cumprido o art 1º, inciso IV, do Decreto nº 30.780/2009, uma vez que a requerente foi fundada em 28/05/2008 e registrada em 17/06/2008.

Por conseguinte, também não vislumbrou-se o cumprimento a publicação anual, no Diário Oficial do Município, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão com o Município; do disposto no artº. 1, I, alínea f, ressaltando que o não cumprimento do item, neste caso, poder ser uma questão de interpretação futura.

3.2.1) Alegações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Acerca da Qualificação do IABAS Como Organização Social Pelo Município do Rio de Janeiro:

Segundo o parquet,²⁶ o deferimento da qualificação há de ser precedido de análise criteriosa e detalhada, por meio da qual a Administração Pública debruçar-se-ia à verificação da conformidade da entidade aos requisitos legais, não se permitindo entregar nas mãos de “qualquer um” a gestão dos recursos municipais sem que este passe por rigoroso crivo governamental, através do qual há de ser atestada a regularidade do pretense “parceiro”.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 15.

Segundo o parquet, mesmo com os critérios objetivos de seleção, a legislação municipal das organizações sociais é, sobretudo aos mal intencionados, um convite tentador à gestão da coisa pública, quando na verdade deveria constituir forte de resistência aos oportunistas de plantão.

Nesse sentido, listou alguns pontos que acredita serem controversos acerca da habilitação da agora Organização Social IABAS.

3.2.1.1) Do Alegado Não Cumprimento do Requisito Previsto no art. 1º, III do Decreto Regulamentador (Necessidade de Sede ou Filial no Município do Rio de Janeiro):

A primeira alegação de ilegalidade ²⁷ consiste no fato de que a entidade ganhou a titulação sem que sequer fosse necessário comprovar a existência de seu estabelecimento e suas instalações, conforme preconiza o art. 1º, III, do Decreto 30.780/2009. In Verbis:

Art.1º O pedido de qualificação como Organização Social será encaminhado ao Secretário Municipal da respectiva área de atuação, por meio de requerimento escrito, acompanhado dos documentos que comprovem:

III) Ter sede ou filial localizada no Município do Rio de Janeiro;

Segundo os Ilustres Promotores de Justiça, à época do pedido de qualificação, o IABAS não possuía espaço físico para abrigar a entidade, tendo registrado uma suposta filial a apenas uma semana depois da autuação do pedido de qualificação como Organização Social de Saúde.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 16..

3.2.1.2) Do Alegado Não Cumprimento do Requisito Previsto no art. 1º , IV do Decreto Regulamentador (Estar Constituída Há Pelo Menos Dois Anos no Pleno Exercício das Atividades):

Em sede de petição inicial²⁸, o parquet afirmou que a entidade não fazia jus ao título de Organização Social por não estar constituída há pelo menos dois anos no pleno exercício das atividades. Frisou que basta verificar o Estatuto Social da entidade para constatar que o mesmo fo confeccionado apenas em maio de 2008 e registrado um mês depois, em junho de 2008.

Nesse caso, conforme constatou o Ministério Público, o art. 38 das disposições estatutárias da entidade previa que o IABAS sucederia a instituição ACPD (Associação Paulista de Cirurgiões Dentitas) nas atividades do programa de prevenção em Odontologia “SORRISO SAUDÁVEL, GENTE FELIZ, criado em 2002, com a finalidade de desenvolver ações educativas e preventivas em odontologia, na capital e no interior do estado de São Paulo. A entidade baseou-se na segunda parte do art. 1º, IV do Decreto nº 30.780/2009.

Leia-se o inciso do dispositivo supracitado:

Art.1º O pedido de qualificação como Organização Social será encaminhado ao Secretário Municipal da respectiva área de atuação, por meio de requerimento escrito, acompanhado dos documentos que comprovem:

- V) Estar constituída há pelo menos dois anos no pleno exercício das atividades citadas no “caput” do art. 1º da Lei Municipal nº 5026, de 19 de maio de 2009, a serem comprovadas mediante documentos que atestem a execução direta de projetos, programas ou planos de ação a elas relacionados;

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 19.

Porém, sustentou o parquet no sentido da não adequação do fato a norma, pois “suceder a entidade é uma coisa, suceder a entidade em tal ou qual atividade é coisa bastante diferente. Aliás, o serviço a ser gerido pela instituição é de saúde em geral e não somente odontológica

Para corroborar a sua tese, o MPRJ afirma que as instituições APCD e ABCD (Associação Brasileira de Cirurgiões) permanecem ativas, o que demonstraria que o IABAS não permanecem ativas, o que demonstraria que o IABAS não sucedeu as atividades das citadas associações. Salientou que a página da web das referidas associações estão ativas.

3.2.2) Da Defesa do IABAS Acerca de Sua Qualificação Como Organização Social:

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro afirmou em sua petição inicial que o IABAS, á época da sua qualificação, não cumpria os requisitos legais necessários à qualificação de uma entidade sem fins lucrativos como Organização Social da Saúde do Município do Rio de Janeiro.

Em sede de contestação²⁹, o IABAS disse que ao abstrair as opiniões a respeito da adoção dos requisitos para qualificação da referida entidade como Organização Social adotadas na petição inicial, concluiu que as acusações formuladas pelo Ministério público, no tocante a qualificação do IABAS, são infundadas.

3.2.2.1) Da Alegada Ausência de Cumprimento do requisito de Tempo de Constituição Mínimo e Da Alegada Ausência de Comprovação da Exigência de Pleno Exercício da Atividade (art. 1º, IV, do Decreto Municipal nº 30.780/2009)

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 1536.

Acerca das acusações feitas pelo parquet na referida Ação Civil Pública, referente a ausência de cumprimento do requisito de tempo de constituição mínimo para qualificar-se como organização social, a defesa do IABAS asseverou que o ponto central da acusação ministerial reside na possibilidade da sucessão, pelo IABAS, de determinada atividade exercida pela entidade que a criou ser considerada como sucessão para fins de cumprimento do requisito de tempo mínimo de 2 (dois) anos para receber a qualificação.

Para demonstrar que a acusação ministerial estava equivocada, a defesa do IABAS³⁰ argumentou no sentido de que o parquet não observou o conceito e a aplicação do instituto da sucessão societária. Além disso, aduz que o instituto jurídico da sucessão empresarial é tratado em diversos ramos do direito e diz respeito ao reconhecimento de um efeito jurídico decorrente de um ato/negócio praticado por determinadas entidades.

Ademais, segundo o IABAS, o fato de que a entidade que se pretende suceder ainda permanece existindo e atuando, longe está de constituir elemento a impedir a aplicação do instituto da sucessão, uma vez que a sucessão como consequência da extinção da entidade anterior somente ocorre com a incorporação, a fusão, e a cisão, com versão de todo o patrimônio em outras entidades. Daí que seria plenamente possível a existência de sucessão jurídica, mesmo com a sobrevivência da entidade anterior.

Assevera, portanto, não ser crível que somente o parquet fluminense, ao contrário de diversos entes da Federação, seja o titular e senhor da única interpretação correta.

3.2.2.2) Do Alegado Descumprimento ao art. 1º, III, do Decreto Municipal nº 30.780/2009 (Requisito Legal de Existência de Sede ou Filial no Município do Rio de Janeiro):

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 1542.

O Ministério Público afirmou em sua petição inicial que o IABAS não poderia ter sido qualificado como Organização Social da Saúde no Município do Rio de Janeiro, eis que o procedimento de concessão do mencionado título teria ocorrido “ sem que sequer fosse necessário comprovar a existência de seu estabelecimento e sua instalações”.

Para corroborar sua tese, o parquet afirmou que o IABAS protocolou seu pedido administrativo de qualificação como Organização Social uma semana antes do registro da filial carioca do instituto. Ademais, afirmou que o órgão de deliberação superior do IABAS autorizou a criação da filial no Rio de Janeiro apenas 3 (três) semanas antes do pedido de qualificação.

Segundo a entidade ré, as acusações ministeriais acerca do registro de que uma suposta filial deu-se apenas numa semana depois da atuação do pedido de qualificação é manifestamente inverídico ou representa um absoluto desconhecimento do parquet em relação às regras de instituição e registro de filiais de pessoas jurídicas.

3.2.3) Alegações do Município do Rio de Janeiro Acerca da Qualificação do IABAS Como Organização Social Pelo Município do Rio de Janeiro:

Em sede de contestação³¹, o município do Rio de Janeiro asseverou que o processo de qualificação do IABAS foi submetido à Comissão de Qualificação de Organizações Sociais – COQUALI – tendo a referida comissão proferido duas manifestações, após a Secretaria Municipal de Saúde ter se pronunciado no sentido do não cumprimento de alguns requisitos estabelecidos no Decreto Municipal nº 30.780 e na Lei Municipal nº 5.026/2009.

³¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 531.

A primeira manifestação da COQUALI foi no sentido da complementação da documentação apresentada pelo IABAS, à luz das exigências da legislação que regem a matéria.

Cita-se manifestação da COQUALI, à luz da documentação apresentada pelo IABAS no processo nº 09/004.044/2009:

A fim de atender o parágrafo único do art. 2º do Decreto 19.381, a instituição deve apresentar declaração de que não possui em seu quadro nenhum funcionário que pertença ao 1º ou 2º escalão da Administração Pública Municipal.

A instituição está amparada pelo §1º do art. 1º do Decreto nº 30.780/2009, vez que sucedeu outra instituição na mesma área de atuação.

Para garantir que a entidade atualmente atende ao inciso II do art. 3º da Lei nº 5.026/2009, a instituição deve apresentar declaração de que não integram o conselho de Administração ou a Diretoria Executiva qualquer servidor público detentor de cargo e comissão ou função gratificada, ou ainda cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, do prefeito, vice-prefeito, Secretários Municipais, Subsecretários Municipais e Vereadores. Neste sentido, a instituição deve ainda apresentar propostas de adequação do inciso II do art. 21 de seu estatuto, haja vista que trata apenas de cargos do Poder Executivo estadual.

A proposta de alteração do estatuto deverá prever também a participação no Conselho de Administração de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral, em cumprimento a alínea d, inciso I, do art. 2º da lei nº 5.026/2009.

Em que pese a instituição ter apresentado documentação que comprove sua atuação na área da saúde, com objetivo de atender ao que dispõe o inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.026/2009, a instituição deve apresentar documentos comprobatórios de que a entidade possui em seu quadro de pessoal profissionais com formação específica para gestão de atividades a serem desenvolvidas na área de atuação em que será qualificada, acompanhada do curriculum resumido de, pelo menos 3 (três) profissionais, contendo:

- Nome completo;
- Formação e data de conclusão;
- Instituições em que prestou serviços na área de atuação, informando datas de início e término dos vínculos;
- Projetos, programas e planos de ação em que participou na área de atuação da qualificação requerida, informando a

função desempenhada, instituição responsável, data de início e conclusão.³²

Segundo o Município, o IABAS, por sua vez, complementou a documentação exigida pela COQUALI, tendo a referida comissão se manifestado no sentido da qualificação da referida instituição como organização social no âmbito do Município do Rio de Janeiro.

Posteriormente a COQUALI se pronunciou, novamente, em razão de pedido formulado por outra organização social – a Associação Global Soluções em Saúde – por meio do qual a referida Organização Social questiona a qualificação do IABAS, sob a alegação de não possuir, o IABAS, dois anos de existência e não possuir sede ou filial no Rio de Janeiro.

Sobre esses pontos, assim se manifestou a COQUALI:

Trata o presente administrativo de solicitação para qualificação como Organização Social no âmbito do Município do Ri de Janeiro, para fins da Lei nº 5.026/2009, da entidade Instituto de Atenção Básica e Avançada a Saúde – IABAS, encaminhado pela Secretária Municipal de Saúde e Defesa Civil.

O pedido de qualificação da entidade como Organização Social foi deferido, conforme voto de fls. 459. Entretanto, foi encaminhado expediente por outra organização “sindical” qualificada por esta comissão, no caso a Associação Global Soluções em saúde, solicitando cópia do processo administrativo que deferiu ao IABAS o título de Organização “Sindical” no âmbito da Prefeitura do Rio de Janeiro. O Expediente em questão foi juntado ao processo.

A requerente baseia-se na “apuração de inconsistência em sua condições de habilitação, haja vista que possui menos de dois anos de existência (fundada em 17/06/2008) e não possui sede ou filial no Rio de Janeiro.

No que diz respeito às razões alegadas pela requerente, cabe ratificar a informação de que o IABAS foi criado em 17/06/2008, conforme Comprovante de Inscrição e de Situação cadastral no CNPJ (fls. 15), porém, conforme já destacado no voto de fls. 213, o §1º do Anexo Único do Decreto nº 30.780/2009 determina que “será computado o tempo de desenvolvimento das atividades na respectiva área de atuação por entidade da qual seja sucessora, caso a sucessão seja anterior a entrada em vigor da Lei Municipal nº

³² COMISSÃO DE QUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.. Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil. Relatório. Processo nº 09/004044/09. Rio de Janeiro. 17/07/2009.Pg: 213.Pg. do judicial:537

5.026/2009”, situação em que se enquadra o IABAS, de acordo com a Ata de constituição e fundação do Instituto.

No que se refere à inexistência de seu ou filial no Rio de Janeiro, consta nos autos o Comprovante de inscrição e de Situação cadastral no CNPJ da filial do IABAS no Rio de Janeiro³³

As alegações tecidas na inicial foram enfrentadas pela Administração Municipal, especialmente os membros da COQUALI, na ocasião do exame da qualificação do IABAS e parecem superadas, mormente diante da última manifestação da última manifestação do referido órgão que foi categórico ao afirmar que (i) o IABAS se encontra amparado pelo disposto no § 1º do Decreto Municipal nº 30.780/2009; que (i) o IABAS se encontra amparado pelo disposto do §1º do Decreto nº 30.780/2009; (ii) que o comprovante de inscrição e situação cadastral dá conta da existência de filial no Rio de Janeiro; e (iii) que o IABAS cumpriu todos os requisitos necessários à sua qualificação como Organização Social.

Vale dizer que o processo de prestação de serviços de saúde à população via organizações sociais, embora criterioso, é recente e, por isso, encontra-se em constante aperfeiçoamento, a fim de exigir da entidade parceira o oferecimento de um atendimento condizente ao cidadão.

Certamente, a experiência a ser ganha com o passar do tempo possibilitará a melhoria da atuação municipal, mas isto em nada invalida o progresso já alcançado com o novo modelo de gestão da saúde implementado pelo Município do Rio de Janeiro que apresenta resultados muito melhores do outrora.

3.3) Da Celebração do Contrato de Gestão Firmado entre o Município do Rio de Janeiro e o Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde:

³³ COMISSÃO DE QUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.. Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil. Relatório. Processo nº 09/004044/09. Rio de Janeiro. 17/07/2009.Pg: 466.Pg. do judicial:540.

No dia 01 de dezembro de 2009, o Município do Rio de Janeiro por intermédio da Secretaria municipal da Saúde e Defesa Civil celebrou Contrato de Gestão com o Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde, com vistas a regulamentação do desenvolvimento das ações e serviços da saúde no âmbito da Área de Planejamento 4.0 e 5.1 – lote II.

O contrato teve por objeto a operacionalização, apoio e execução, pela Organização Social, de atividade e serviços de saúde no âmbito das Urgências e Emergências em Unidade de Pronto Atendimento e Unidades de Pronto Atendimento das Áreas de Planejamento 4.0 e 5.1, onde estão localizadas as Unidades de Pronto Atendimento da Vila Kennedy e Cidade de Deus.

O prazo de vigência do contrato era de 02 (dois) anos, a partir de 01 de dezembro de 2009, data da assinatura do contrato, podendo ser renovado por igual período, após a comprovação da consecução dos objetivos estratégicos e das metas estabelecidas, nos termos do art. 57, II da Lei nº 8.666/93.

As partes contratantes celebraram termo, ainda, 02 (dois) aditivos ao Contrato de Gestão, tendo por objeto o acréscimo de valor ao ano de 2010 e 2011, anos de execução da atividade nas UPAs. As unidades de Vila Kennedy e Cidade de Deus receberam acréscimos de 10.764.000,00 (dez milhões, setecentos e sessenta e quatro mil reais) e 13.738.000,00 (treze milhões, setecentos e trinta e oito mil reais), respectivamente.

O contrato de gestão dispôs sobre as hipóteses de rescisão contratual, que obedecerá às disposições contidas nos artigos 77 a 80 da Lei Federal nº 8.666/93, prevendo ainda a rescisão dos termos de uso dos bens públicos e a cessação dos afastamentos dos servidores públicos colocados a favor da contratada, caso ocorra algum dos motivos expostos no art. 78 da mesma lei.

No caso de faltas cometidas pela contratada, o contrato de gestão prescreve algumas penalidades , revistas nos arts. 84, 86, 87 e 88 da Lei Federal 8.666/93. São elas: Advertência; multa; suspensão temporária de participar de licitações e de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação; perda de qualificação como Organização Social no âmbito do Município do Rio de Janeiro.

3.3.1) Das Alegações do Ministério Público Acerca de Possíveis Ilegalidades na Celebração do Contrato de Gestão:

É de se conferir a redação do art. 5º, § 2º da Lei 5.026/2009:

O processo de seleção das Organizações Sociais dar-se-á nos termos do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e do Regulamento Geral do Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública do Município do Ri de Janeiro – RGCF, com processo de seleção devidamente regulamentado pelo Pode Público.

O Regulamento Geral do Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública do Município do Rio de Janeiro – RGCAF contém expressa previsão no sentido de que tal providência deve ser encetada pela Administração Pública, previsão esta que se encontra inserta no art. 397 § 4º, a seguir transcrito:

No caso de aquisição de materiais, equipamento ou prestações de serviços em geral, o processo deverá ser instruído com:

1. Especificações necessárias à sua perfeita caracterização;
2. Orçamento com preços unitários e, quando for o caso, respectivos subtotais;
3. Previsão para reajustamento dos valores dos serviços, quando for o caso;
4. Indicação de recursos necessários, consignados no orçamento do exercício;

5. Informação do almoxarifado do órgão requisitante de que o material ou equipamento não existe em disponibilidade;
6. Indicação justificada da modalidade da licitação ou da sua dispensa;
7. Minuta do instrumento que assegure a publicidade da licitação.

Já a alusão ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/1993 traz à matéria a aplicação do instituto ali albergado, qual seja, o da dispensa de licitação. Acontece, porém, que a essa Lei contém dispositivo específico em que traz a necessária sumissão até dos processos de dispensa e inexigibilidade ao art. 7º § 2º, sendo justamente este o artigo responsável por conter a exigência de previsão em planilhas, como se vê a seguir:

As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I – Projeto Básico;

II – Projeto Executivo;

III – Execução das Obras e Serviços.

§2º - As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II – Existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

§3º - Nas estimativas de custos e preços realizadas com vistas às contratações de que trata esta Lei serão observados, sempre que possível, os preços constantes do sistema de registro de preços, ou das tabelas constantes do sistema de registro de preços, ou das tabelas constantes do sistema de custos existentes no âmbito das Administração Pública, desde que sejam mais favoráveis.

§9º - O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Segundo o parquet³⁴, os dispositivos acima transcritos não foram observados. Asseverou que a Administração Pública “lançou-se a terceirizar a questão plena das Unidades de Pronto Atendimento, mediante repasse de dinheiro público a entidades supostamente sem

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 32.

fins lucrativos, sem ao menos estimar o quanto isso iria custar ao Erário e que tipo de proposta teria por aceitável”.

Para tenta explicar a não observância dos mencionados dispositivos, o Ministério Público Estadual aduziu que “não haveria como calcular o custo unitário - que a Lei exige – ante a pressa com que a Administração Pública Municipal lidou com a terceirização das UPAS Cidade de Deus e Vila Kennedy”. Alegou também que “o feito tramitou com velocidade supersônica (sabe-se lá porque), impedindo que à matéria fosse dada a devida atenção”

Argumentou, também, o parquet “(...) toda essa extenuante atividade que precedeu à publicação **teria durado, ao todo, apenas 2 (dois) dias**, entre a autuação do procedimento até o encaminhamento de publicação”. Sendo alegações do Ministério Público, “a velocidade empregada na instrução do procedimento é, por si só, comprobatória de que os atos praticados eram mais resultado de acordos de vontades adrede estipulado do que fruto de reflexão e análise parcimoniosa dos autos, sobretudo em se tratando de pioneira e inédita empreitada na saúde municipal. A pressa é inimiga da perfeição – reza o ditado - e da maneira atropelada que os atos foram sendo conduzidos, era mesmo inimaginável que o processo não contivesse vícios,”

Ademais, na tentativa de provar sua tese, o parquet apontou outro motivo de nulidade do processo licitatório. Ao compulsar os autos do processo administrativo nº 09-004721/2009, os promotores de justiça identificaram uma possível falta de zelo com o qual o processo administrativo foi conduzido pela exagerada confecção de erratas, tornando o edital numa “colcha de retalhos”.

Segundo o Ministério Público, o edital, considerando em qualquer das suas versões, contém acintosa imprecisão do objeto do contrato. As leis federal (Lei nº 8.666/93) e municipal (no caso, o Regulamento Geral do Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública do Município do Rio de Janeiro enunciam:

Art. 40 da lei 8666/93: O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o Local, o dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para o início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I – Objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

Art. 396 do RGCAF – A licitação só será iniciada após definição suficiente do seu objeto e, se referente a obras, quando houve anteprojeto e especificações bastantes para o perfeito entendimento da obra a realizar.

Para o parquet³⁵, o edital se mostrou lacunoso, sendo certo que o mesmo não possuía a definição do objeto a ser selecionado. Para os promotores, o subitem i da cláusula 1 confirma a tese ao dele constatar que as unidades de pronto atendimento passarão a ser geridas **progressivamente** pelas organizações sociais, mas em momento algum alertou o que significava tal progressão, nem como de que maneira ela se daria.

Saliento que, ao compulsar os autos do processo judicial encontrei, no ofício 2/2/2015/SMS – RIO enviado pela Secretária Municipal de Saúde ao Excelentíssimo Promotor de Justiça em 02/02/2015, o contrato de gestão celebrado entre o Município do Rio de Janeiro e o IABAS, onde estava delimitado o objeto do edital. Porém, isso não significa que o objeto também estava no edital. Segue abaixo trechos do contrato de gestão:



PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE E DEFESA CIVIL

04/00472-1/09
07/025585
Nº 003/09
LIVRO 111-1-A
Fis. 39
Página 666
Contratado Eletronicamente

CONTRATO QUE ENTRE SI
CELEBRAM O MUNICÍPIO DO RIO
DE JANEIRO, POR INTERMÉDIO DA
SECRETARIA MUNICIPAL DA
SAÚDE E DEFESA CIVIL - SMSDC
E INSTITUTO DE ATENÇÃO
BÁSICA E AVANÇADA À SAÚDE -
IABAS, COM VISTAS À
REGULAMENTAÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES E
SERVIÇOS DE SAÚDE NO AMBIENTE

Preâmbulo do Contrato de Gestão celebrado Entre o Município do Rio de Janeiro e o IABAS



PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE E DEFESA CIVIL

LIVRO
FIS. 43

111-1-A



| | | | |
|-------------------------------------|--|--------------------------------|----------|
| Policlínica | Policlínica Manoel Guilherme da Silveira - PAM Bangu | Avenida Ribeiro Dantas, 571 | Bangu |
| Centro de Parto Normal - isolado | SMS Rio Casa de Parto David Capistrano Filho | Avenida Pontalina, s/nº | Realengo |

ii. Passarão a ser geridas progressivamente pela CONTRATADA as seguintes unidades e serviços definidos conforme item a.

a) as novas unidades de saúde:

| Classificação | Porte da unidade | Serviço a ser oferecido | Endereço | Bairro |
|-------------------------------------|------------------|-------------------------|--|----------------|
| Unidade de Pronto Atendimento (UPA) | Tipo III | Pronto Atendimento | Av. Edgard Werneck, 1565 | Cidade de Deus |
| Unidade de Pronto Atendimento (UPA) | Tipo III | Pronto Atendimento | Praça Dolomitas - Avenida Alfredo Albuquerque com Rua Oscar Ferreira | Bangu |

Trecho da Cláusula Primeira, subitem ii, alínea a.

Além disso, verificou o parquet que no decorrer do certame licitatório ocorreram trocas de e-mails entre os servidores públicos promotores do procedimento seletivo e dos virtuais interessados à época com questionamento direcionados a preencher lacunas ou sanar equívocos, seja na apresentação de valores, seja quanto à quantidade de serviço a ser prestado. Nesse sentido, alegou o parquet que ao celebrarem encontro entre seus integrantes, cuja pauta consistiu no esclarecimento de algumas dúvidas de representantes da contratada, as partes "reduziram o princípio da impessoalidade a pó".

Definitivamente, não me cabe tecer todas as lacunas identificadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no presente trabalho, mas sim demonstrar que critérios

objetivos são de imensa importância para a seleção de entidades sem fins lucrativos que receberão por delegação um serviço não-exclusivo do estado, nesse caso o serviço de saúde.

Saliento que as alegações do Ministério Público que foram trazidas a este trabalho tem cunho meramente acadêmico, e a verdade virá a tona, seja ela qual for.

3.3.1.1) Das Alegações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Acerca da Deficitária Prestação do Serviço Público de Saúde em Ambas as Unidades e o Descumprimento Perene e Contínuo das Obrigações Avençadas no Contrato de Gestão n° 03/2009:

Com efeito, se as alegações do parquet restarem provadas, as consequências trazidas a baila nesse tópico poderiam ser classificadas como previsíveis.

Conforme informações trazidas pelos promotores de justiça³⁶, a ausência de profissionais, sobretudo de médicos é uma tônica das administrações realizadas pela entidade, em especial na Vila Kennedy. Aduz o parquet que a entidade IABAS se aproveita de vantagens permitidas pela flexibilização ao longo da vigência do contrato de gestão, pois há vários episódios de malbaratamento e desperdícios de dinheiro público, afora os sinais de favorecimentos a pessoas jurídicas.

A partir de dados coletados pelo Ministério Público junto a entidade IABAS, os promotores verificaram uma deficiência crônica no quadro de profissionais, que se agravou ainda mais no de 2014.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública n° 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 52.

Um dos motivos apontados pelos promotores de justiça para essa deficiência crônica no quadro de profissionais foi que, “a despeito de a organização social estar contratada desde o ano de 2009, o primeiro processo seletivo público para contratação de pessoal deu-se apenas nos estertores do ano de 2013, ano que o quadro de profissionais (sobretudo de médicos) nas UPAs já amargava franco decréscimo. Quase quatro anos depois.”

Ademais, o parquet asseverou que a entidade fez mal uso das verbas públicas que foram repassadas pelo Município do Rio de Janeiro, dinheiro esse que é fruto da arrecadação de tributos do contribuinte, que não goza do seu direito fundamental à saúde disposto no art. 196 da Constituição da República, onde dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Nesse sentido, segundo o parquet, a entidade só deveria realizar gastos de acordo com o que foi estimado na proposta técnica, econômica e financeira, apresentada por ocasião do procedimento seletivo de que restou vencedora, afinal foi daquela maneira que a entidade prometeu gerenciar as unidades, pois no contrato de gestão há previsão de que as despesas previstas e não realizadas no mês de referência deveriam ser objeto de ajustes nos demonstrativos do mês subsequente. Porém, segundo o Ministério Público, o Tribunal de Contas do Município, em relatório de auditoria realizado no contrato de gestão, após inspeção ordinária realizada entre maio de 2010 a março de 2011, deparou-se com terceiros contemplando custos que ou sequer estavam previstos na proposta ou que haviam sido previstos em valor manifestamente inexequíveis.

De certo, acusações como essas são deveras graves. Porém, caso as alegações se mostrem verdadeiras no curso do processo, os culpados devem ser punidos exemplarmente, pois, com certeza, a população carioca não é diretamente culpada pela má gestão das Unidades de Pronto Atendimento e o desperdício de dinheiro público.

Com efeito, problemas de gestão estão diretamente ligados ao sofrimento da população do Município do Rio de Janeiro, que sofrem , dia após dia, em busca de atendimento de saúde de qualidade.

3.3.2) Da Defesa do IABAS Acerca das Possíveis Ilegalidades na Celebração do Contrato de Gestão:

Sobre as acusações do Ministério Público, explicou o IABAS que o processo de escolha da Organização Social para celebrar o contrato de gestão não é regulado pela Lei Federal nº 8.666/93, conforme decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal em decisão vinculante e com eficácia *erga omnes*.

Segundo o IABAS³⁷, as alegações do parquet baseiam-se na incidência das regras previstas no art. 7º da Lei nº 8.666/93 e no RGCAF e que as premissas abordadas pelos promotores de justiça estão equivocadas.

Asseveraram que, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o contrato de gestão não é contrato administrativo típico e nem de prestação de serviços.

Os patrocinadores da defesa do IABAS aduziram que seria um equívoco defender que, apesar de o art. 5º, §2º, da Lei Municipal nº 5.026/2009 fazer menção à aplicação do art. 24, inciso XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93 e do RGCAF, logo todas as regras desses diplomas legais referentes à prestação de serviços deveriam, também, ser aplicadas ao processo seletivo para celebrar o contrato de gestão.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9º Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública nº 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 1553.

Defendeu o IABAS que a referência ao art. 24, inciso XXIV da Lei Geral de Licitações apenas tem por efeito registrar que a licitação é dispensada e a menção ao RGCAF, por óbvio, determina a aplicação do mencionado regulamento naquilo que fosse compatível com o processo de escolha.

Aduziram que não mostrou-se juridicamente possível pretender aplicar, por silogismo, regras do RGCAF e muito menos da Lei Federal nº 8.666/93 ao processo de seleção.

Em relação às alegações feitas pelos promotores de justiça de que reiteradas publicações deveriam resultar na prorrogação do prazo para a entrega das propostas, o IABAS afirmou que o art. 404 do RGCAF é descabida, pois o autor invocou a sua suposta aplicação integral, e lembrou que o parquet insiste no objetivo de transformar o procedimento seletivo em uma espécie de licitação.

Sobre as alegações do Ministério público que constam no processo administrativo e-mails que constatavam que teria havido encontros entre os representantes do IABAS e integrantes da Secretaria Municipal de Saúde, cuja pauta seria “esclarecimentos de algumas dúvidas” atinentes ao processo seletivo, o IABAS afirmou que os referidos encontros, tidos como imorais, não foram realizados às escondidas e nem sem o conhecimento de quaisquer das partes. Aduziram, ainda, que a realização da reunião e o seu respectivo objeto foi devidamente instrumentalizado e formalizado dentro do próprio processo administrativo.

Ainda acerca do tema, o IABAS asseverou que o processo seletivo, ao contrário do alegado pelo Ministério Público, não se constitui um fim em si mesmo, pois o objetivo do processo seletivo é permitir que a Organização Social formate e proponha o melhor e mais eficiente modelo de gestão do serviço de saúde, de modo que ao final o usuário é que seja o maior beneficiado.

3.3.2.1) Da Defesa do IABAS Acerca do Alegado Descumprimento ao Contrato de Gestão n° 003/2009 e da Alegada Falta de Médicos que Resultaria em Sobras de Recursos Para Pagamento de Pessoas Jurídicas Ligadas ao Alto Escalão do IABAS.

Em sua petição inicial, o parquet asseverou que há precariedade na prestação dos serviços ofertados pelo IABAS à população ante a deficiência de médicos, principalmente na especialidade de médicos pediatras.

Segundo o Ministério Público, o IABAS previu em sua proposta técnica que contrataria 215 profissionais de saúde para cada UPA, ao passo que esse quantitativo nunca teria sido atingido.

Acerca do assunto, a entidade IABAS afirmou que a falta de contratação pelo IABAS, do número de profissionais previstos na proposta apresentada não importaria em inexecução do contrato. Aduziram que o parquet trata o contrato de gestão como se fosse um contrato de prestação de serviços, interpretando-o sob o enfoque de um modelo jurídico distinto.³⁸

O IABAS reiterou a sua manifestação anterior de que o contrato de gestão não detém natureza jurídica de um contrato administrativo propriamente dito e sua finalidade e objeto seria de transferir a gestão de determinado serviço, estabelecendo metas e objetivos a serem alcançados.

Nesse sentido, asseverou o IABAS que a proposta apresentada veiculava um projeto de efetuar a gestão da unidade de saúde com a proposição de realizar a efetiva contratação, para ingresso formal no quadro da entidade, do quantitativo de profissionais presentes na unidade de saúde.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9° Vara de Fazenda Pública. Ação Civil Pública n° 0413062-49.2014.8.19.0001, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro x IABAS e Município do Rio de Janeiro, distribuído em: 11/11/2014. Pg. 1574.

Segundo a Organização Social, a verdadeira assunção da obrigação pela entidade, entretanto, diz respeito à execução plena da gestão da unidade, respeitando a regras previstas no contrato de gestão, que apenas estabelecem o número mínimo por categoria em cada unidade.

No caso da falta de médicos nas UPAs da vila Kennedy e Cidade de Deus, o IABAS afirmou que que, em relação aos pediatras, basta uma simples pesquisa de notícias jornalísticas Brasil afora para se verificar que o mercado dessa especialidade é escasso e não basta anúncios de jornal e o oferecimento de salários atrativos para, de forma imediata, conseguir a contratação de diversos médicos pediatras.

Outra explicação para a escassez de médicos nas UPAs, foi a simultânea implantação das Clínicas da Família, que permitiam aos profissionais de saúde a atuação em condições distintas de uma emergência, em unidade recém-criada, dentro de um contexto em que os hospitais públicos não detinham qualquer capacidade de absorção da imensa demanda de usuários da rede pública.

Ademais, a entidade afirmou que as referidas unidades estão localizadas em regiões reconhecidamente com problemas de segurança pública e alto grau violência. Na visão da Organização Social, tal situação não seria elemento de dificuldade na captação de recursos humanos.

Sobre a sobra de recursos financeiros transferidos pelo Erário que deveriam ser utilizados para a contratação de profissionais de saúde, o IABAS afirmou que jamais houve sobra de recursos financeiros em razão da não contratação de pessoal, muito menos predestinação desses valores para outras finalidades distintas daquelas previstas originalmente na Proposta.

3.4) Do Processo de Desqualificação do IABAS Como Organização Social:

A prefeitura do Município do Rio de Janeiro, no dia 29 de outubro de 2018, abriu processo administrativo para desqualificar o Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde como Organização Social. Na publicação feita no Diário Oficial do Município, a então presidente do IABAS, Glória Bejarano, foi notificada que terá dez dias para apresentar defesa por escrito, pessoalmente ou via procurador.³⁹

**COMISSÃO ESPECIAL DE SELEÇÃO
(RESOLUÇÃO SMS Nº 3781 DE 16 DE AGOSTO DE 2018 - DO RIO DE 17/08/2018)
CONVOCAÇÃO PÚBLICA - CP 002/2018
CONVOCAÇÃO PÚBLICA PARA PARCERIAS COM ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PARA O GERENCIAMENTO,
OPERACIONALIZAÇÃO E EXECUÇÃO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO ÂMBITO
DO HOSPITAL MUNICIPAL RONALDO GAZOLLA -
PROCESSO 09/000.634/2018.**

AVISO

A Comissão Especial de Seleção, designada por meio de Resolução SMS nº 3781 de 16/08/2018, publicada no DO Rio de 17/08/2018, alterada pela Resolução 3793 de 31/08/18, torna público o ADIAMENTO *sine die* do recebimento e abertura dos envelopes referente ao Edital CP 002/18 - Gerenciamento, Operacionalização e Execução das Ações e Serviços de Saúde no âmbito do Hospital Municipal Ronaldo Gazolla.

AVISO

AVISO DE RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO DE GESTÃO

PROCESSO INSTRUTIVO Nº: 09/002.228/2018
CONTRATO DE GESTÃO Nº: 001/2016
A RESCISÃO UNILATERAL, POR PARTE DA CONTRATANTE, SE DARÁ
A PARTIR DE: 40 DIAS APÓS A DATA DE PUBLICAÇÃO DESTE AVISO.
PARTES DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 001/2016: MUNICÍPIO DO RIO
DE JANEIRO E ORGANIZAÇÃO SOCIAL VIVA RIO
CNPJ DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL: 00.343.941/0001-28
VIGÊNCIA DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 001/2016: 12/06/16 a 11/12/18

OBJETO: RESCINDIR UNILATERALMENTE O CONTRATO DE GESTÃO Nº 001/2016 (HOSPITAL MUNICIPAL RONALDO GAZOLLA), EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS PACTUADAS, CONFIGURANDO A HIPÓTESE PREVISTA NA CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA CAPUT E INCISOS I E II DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 001/2016.

OBSERVAÇÃO: RESSALTA-SE QUE O ABANDONO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS ANTES DA DATA PREVISTA NESTE AVISO ENSEJA A APLICAÇÃO DE PENALIDADES À CONTRATADA, NA FORMA DA CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 001/2016.

FUNDAMENTO: ARTIGOS 77 a 80, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93, E ALTERAÇÕES POSTERIORES; CLÁUSULA QUINTA PARÁGRAFO DÉCIMO PRIMEIRO, CLÁUSULA NONA INCISOS IV E X, CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA E DÉCIMA SÉTIMA DO CONTRATO DE GESTÃO Nº 001/2016, CONFORME CONSTANTE DO PROCESSO Nº 09/000.040/2018.

DOM. 29.10.2018, nº 153. Pg. 63

³⁹ Município do Rio de Janeiro. Comissão Especial de Seleção (Resolução SMS nº 3781 – de 16 de agosto de 2018) Aviso de rescisão unilateral de contrato de gestão. DOM de 29.10.2018.

Conforme o disposto no art. 16 da Lei Municipal nº 5.026/2009, o Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como Organização Social quando verificado descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

Diante de tal dispositivo, percebe-se que o Poder Executivo Municipal tem o poder de interferir em entidades que ostentam o título de Organização Social usando o instituto da desqualificação.

Assim como asseverou o Ministro Relator da ADI nº 1.923/DF, Ayres Britto, é necessário que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão.

Se o serviço da iniciativa privada se revelar de qualidade ruim, e for demonstrado em processo administrativo, observada a ampla defesa, que há má gestão dos recursos públicos e fraude comprovada, essa entidade deverá ser desqualificada e responder pelos seus erros.

Nessa toada, percebe-se a importância dos princípios consubstanciados no art. 37, caput, da Constituição Federal no procedimento de qualificação e na celebração de convênio para entidade privada figurar no contrato de gestão.

CONCLUSÃO

O objetivo primário deste trabalho de conclusão de curso visou analisar os argumentos usados pelo Administrador Público ao contratar Organizações Sociais por dispensa de licitação desde a última gestão do prefeito do Município do Rio de Janeiro, Eduardo da Costa Paes, visto que o art. 2º, II da Lei Federal nº 9.637/98 prescreve os requisitos objetivos que uma pessoa jurídica deve preencher para habilitar-se como organização social.

Minha tese baseou-se numa possível discricionariedade conferida ao Estado, consubstanciada no art. 24, XXIV da lei 8.666/93, na contratação de Organizações Sociais para gerirem unidades da saúde do Município do Rio de Janeiro, e que esse processo, apesar de ter o procedimento administrativo dispensado, deveria fundar-se em critérios objetivos, caso o contrário, haveria afronta aos princípios basilares da Administração pública dispostos no **caput** do art. 37 da Constituição Federal e também ao princípio da isonomia previsto no art. 5º da carta Magna.

O cerne da minha indagação era se essa possível discricionariedade conferida ao administrador público poderia torna-lo arbitrário ao ponto de selecionar uma entidade, dentre várias que cumpriram os requisitos previstos na Lei Federal nº 9.637/98, para celebrar Contrato de Gestão com a Administração Pública, visto que a Lei Federal nº 8.666/93 não previu critérios objetivos para a contratação de Organizações Sociais por dispensa de licitação.

A princípio, minha hipótese de pesquisa era que a exacerbada discricionariedade conferida ao Estado pela norma prevista no art. 24, XXIV da lei 8.666/93 feria os princípios constitucionais da licitação e da isonomia, pois entidades privadas que preenchem os requisitos prescritos no art. 2º, II da lei 9.637/98 deveriam ter as mesmas condições de contratação pelo poder público, dado que a Administração Pública tem o dever de agir com impessoalidade e igualdade com os entes licitantes.

No início da monografia, eu acreditava que, por a licitação ser dispensada, não seria necessário uma formalidade prévia para a contratação de Organização Social para gerir unidades de saúde, sendo, apenas, suficiente a ordem do Poder Executivo.

Entretanto, em pesquisa legislativa, verifiquei que no âmbito do Município do Rio de Janeiro há uma lei municipal que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organização Social e, também, acerca do processo de seleção de entidades para celebrar Contrato de Gestão com a Administração Pública, além de outras providências. Refiro-me à Lei Municipal nº 5.026/2009 e seu Decreto Regulamentador nº 30.780/2009.

Conforme dispõe a referida lei, em seu art. 5º, o contrato de gestão será firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social, ou seja, somente as entidades que passaram pelo processo de qualificação da Prefeitura do Município do Rio de Janeiro poderão celebrar contrato com a municipalidade.

Nesse sentido, a lei municipal que rege a matéria dispõe de critérios objetivos para a entidade receber o título de Organização Social, além de um Conselho de Administração que verifica o cumprimento desses requisitos.

Impende ressaltar que, uma vez qualificada, as entidades que receberam o título de Organização Social, desde que sejam voltadas ao serviço de saúde, estão aptas a participar do certame de seleção para uma possível celebração de parceria com a Administração Pública.

Assim, visto que as entidades devem cumprir requisitos objetivos para qualificar-se como Organizações Sociais, o procedimento licitatório deve respeitar uma formalidade prévia, em razão de observar os princípios basilares da atividade administrativa, buscando eleger a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação pública.

Ao dispor acerca do processo de seleção de entidade para celebrar Contrato de Gestão com a Administração Pública, verifiquei que a contratação direta não afasta o procedimento licitatório, pois os casos de dispensa de licitação envolvem um procedimento especial e simplificado para a seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública.

Esse procedimento é pré-estabelecido no Edital de Convocação Pública, onde estão previstos, dentre outras disposições, os critérios objetivos que visam selecionar a melhor Proposta Técnica e Econômica, além da documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista das proponentes.

Acerca do julgamento das propostas, o art. 18 do Decreto nº 30.780/2009, prevê que serão observados os critérios definidos no Edital e a entidade que obtiver a maior pontuação na avaliação, assim considerada a média aritmética das notas lançadas por cada um dos membros da Comissão de Seleção em relação a cada um dos critérios definidos no edital, será considerada vencedora do processo e estará apta à celebrar o Contrato de Gestão.

Diante o exposto, verifica-se que um dos objetivos do presente trabalho foi alcançado, pois verifiquei que há critérios objetivos para a qualificação de entidades como Organização Social e que o processo de seleção dessas entidades para celebrar Contrato de Gestão com a Administração Pública possui requisitos específicos que estão previstos no Edital de Convocação.

Todavia, obedecer a critérios objetivos para a qualificação e celebração de Contratos de Gestão com a Administração não se mostra suficiente para evitar o caos na saúde pública do Município do Rio de Janeiro, noticiado frequentemente pela mídia impressa e televisiva, que dão mostras de quão deturpado tem sido o critério, a permitir que os sistemas de Organizações Sociais apresentem um incontável número de fraudes a importar em um aumento incomensurável e injustificado de custos, muitas vezes superior ao anterior sistema de prestação de serviços diretamente pelo Município, revelando a ineficiência da gestão

privada para a prestação do serviço de saúde, causadora de situação caótica que resulta, diariamente, na morte do cidadão carioca.

Apesar da Ação Civil Pública ainda está em fase de julgamento, e os argumentos utilizados serem somente alegações, creio que devo tecer alguns comentários sobre o atual momento da saúde pública do Município do Rio de Janeiro, o qual sou testemunha, e o resultado da má gestão dos recursos públicos que impacta, direta e diariamente na vida do cidadão carioca.

Em reportagem do jornal o Globo de 02 de agosto de 2018,⁴⁰ foi relatado que a Unidade de Pronto Atendimento da Vila Kennedy, a primeira da rede municipal do Rio de Janeiro, estava funcionando com 18 (dezoito) itens da farmácia zerados e outros 7 (sete) itens com poucas unidades no estoque. Pacientes, contribuintes da fazenda municipal, ao buscar atendimento numa unidade de saúde com dores abdominais, não recebiam o devido tratamento por não haver medicamentos. Faltava o básico.

A referida unidade de saúde é gerida pelo Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde (IABAS), a mesma que deve ser desqualificada pelo processo administrativo aberto pelo Município do Rio de Janeiro.

No estudo de caso concreto, relatei algumas alegações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sobre a possível ilegalidade ocorrida no processo de qualificação da supracitada Organização Social, que foi aprovada pela Comissão de Qualificação de Organizações Sociais. Os promotores de Justiça alegaram que o IABAS não poderia ser qualificado como Organização Social porque não cumpriu os critérios objetivos previstos na lei que rege a matéria.

⁴⁰ JUNQUEIRA, FLÁVIA: UPA da vila Kennedy tem 18 itens zerados na farmácia e outros sete em estoque muito baixo. **O Globo**, Rio de Janeiro, 02 de ago. 2004. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/upa-da-vila-kennedy-tem-18-itens-zerados-na-farmacia-outros-sete-em-estoque-muito-baixo-22944739>

Por sua vez, o IABAS disse que as alegações do parquet são apenas opiniões infundadas e tentou provar a sua inocência.

Como o processo ainda está em curso, não posso dizer que houve ilegalidade no processo de qualificação, mas posso dizer que critérios objetivos são importantes, senão para evitar ilegalidades, para o judiciário ter parâmetro de julgamento ao verificar se o Poder Executivo “saiu” da moldura da legalidade.

Caso as acusações trazidas pelo Ministério Público se mostrem procedentes, poderemos constatar que critérios objetivos são importantes, mas não suficientes para garantir uma possível corrupção no processo de habilitação e uma provável má gestão dos recursos públicos direcionados à saúde.

Talvez, se realmente essa entidade não fosse habilitada como Organização Social, ela não estaria apta a celebrar o Contrato de Gestão com a Administração Pública.

O Ministério Público trouxe a baila algumas possíveis ilegalidades cometidas pela Organização Social contratada na execução do Contrato de gestão nº 03/2009. Dentre essas alegações estão a deficitária prestação do serviço público de saúde, a falta de procedimento simplificado para a contratação de médicos e outros profissionais de saúde, a alocação de verba orçamentária em atividades estranhas ao necessário para o boa realização do serviço de saúde, dentre outras.

Definitivamente, a entidade não pode se furtar de oferecer um bom serviço de saúde aos pacientes, visto que aceitou o estabelecido no Contrato de Gestão quando decidiu contratar com a Administração. Se, por acaso, a municipalidade não cumprisse com o estipulado no instrumento contratual, a entidade teria mecanismo de rescindir o contrato, após um determinado período de descumprimento.

Enfim, deveremos aguardar o desfecho do processo judicial para saber a procedência das alegações. Mas tem-se fortes indícios de ilegalidade ou má gestão na execução do Contrato de Gestão nº 03/2009, visto que a Organização Social IABAS está em processo de desqualificação, e sem esse título não poderá manter o vínculo contratual com o Município do Rio de Janeiro.

Nessa toada, portanto, vemos como os critérios objetivos no processo de habilitação e no processo de celebração do Contrato de Gestão são importantes e imprescindíveis. Ao mesmo tempo, deve ser objetivo e impessoal e pautados nos princípios norteadores da Administração Pública, apesar de o processo licitatório ser dispensável.

Ao fim do processo judicial, espero que os culpados respondam, na medida de sua culpabilidade, e essa decisão traga justiça as pessoas que foram prejudicadas pela má gestão dessas Unidades de Pronto Atendimento. Antes disso, espero que o Poder Executivo cuide das pessoas e tome as providências necessárias, pois o tempo urge e o cidadão carioca precisa dos seus direitos fundamentais mais básicos: saúde e dignidade.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. (15 de mai de 1998). Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998. **Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais;**

CAMPOS, M. P. (jul/dez. 2012). **Organizações Sociais: Dispensa de realização de licitação Para o cummpimento dos seus objetivos estatutários.** *ANIMA: revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades*, Ano II, n° 8, p290-320, ISSN 2175-7119;

CARVALHO, M. (2015). **Manual de Direito Administrativo.** Salvador: jusPODIVM;

DI PIETRO, M. S. (2018). **Direito Administrativo.** São Paulo: GEN - Forense;

FEITOSA, J. N. (2012). **O Controle das Organizações Sociais.** *Revista Jurídica da escola Superior do Ministério Público de São Paulo - JJESMPSP*, 31-59;

FEITOSA, J. N. (2012). **O Controle das Organizações Sociais.** *Revista Jurídica da escola Superior do Ministério Público de São Paulo - JJESMPSP*, 31-59;

FILHO, J. d. (2012). **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris - 25° edição;

FILHO, J. d. (2018). **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas;

FILHO, M. J. (2016). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Revista dos Tribunais;

FUX, L., MODESTO, P., & MARTINS, H. f. (2017). **Organizações Sociais após a decisão do STF na AD n° 1.923/2015.** Belo Horizonte: Fórum;

- GRAIN, L. F. (2010). **Função Regulatória da Licitação**. *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, 1 - 30;
- JUSTEN FILHO, M. (2014). **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São paulo: Revista dos Tribunais;
- MEIRELLES, H. L. (2016). **Direito Administrativo Brasileiro - atualizado até a Emenda Constitucional 90 de 15.09.2015 - 42ª edição**. São Paulo: Malheiros;
- MELLO, C. A. (1969). **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense;
- MELLO, C. A. (2006). **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Malheiros Editora;
- MELO, C., & TANAKA, O. (2001). **As organizações sociais no setor saúde: inovando as formas de gestão das *Organizações Sociais***, v.8, n. 22, p. 1-12, Dec;
- ROCHA, S. L. (2003). **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiro Editores.

ANEXOS

Anexo n° 1: Comprovante do requerimento de Certidão de Inteiro Teor referente ao processo administrativo n° 09/004.721/2009;

Anexo n° 2: Requerimento de Certidão de Inteiro Teor referente ao processo administrativo n° 09/004.721/2009, com a finalidade específica de pesquisa.

Anexo n° 3: Tramitação do SICOP (Sistema Único de Controle de Protocolo) demonstrando que o requerimento foi feito, e a autoridade administrativa solicitou o desarquivamento do processo.

ANEXO N° 1

 **PREFEITURA
DA CIDADE
DO RIO DE JANEIRO**

Carimbo SMS

03 SET 2018

005369

Nome/local

ANDRÉ KEUPE DOS
SANTOS SANTANA

Assunto

INTERVINDO TEND
6002/12,721/2009

As informações só serão dadas à vista deste cartão

Imprensa da Cidade 0398

ANEXO Nº 2

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
REQUERIMENTO DE CERTIDÃO DE INTEIRO TEOR (CAP: 06155)

CASS Nº: _____

NOME: ANTONIO FELIPE DOS SANTOS SILVA TAVARA

MATRICULA: _____ ENDEREÇO: RUA MONTECASCAVAL

NUMERO: 133 COMPLEMENTO: FUNDOS BAIRRO: PAVUNA

CIDADE: RIO DE JANEIRO UF: RJ CEP: 21532-200 TELEFONE: 995001344 RAMAL: _____

CPF: 13182669708 E-MAIL: Antonio_Felipe_19@horms.l.com

CNPJ: _____ IDENTIDADE: 216530782 ORGAO EXP.: DCRM

ESTADO CIVIL: 1 - CASADO 2 - SOLTEIRO 3 - DIVORCIADO 4 - VIÚVO 5 - OUTROS

CARGO EFETIVO: _____

ORGÃO ONDE EXERCE ATIVIDADES: _____ NUCLEO: _____

CARGO EM COMISSÃO/FUNÇÃO GRATIFICADA QUE OCUPA: _____ SECRETARIA: _____

DEM VEM REQUERER A VOSSA EXCELÊNCIA,

EM CONFORMIDADE COM O QUE LHE FACULTA O ART. 5º ÍTEM XXXIV ALÍNEA "B" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EJA-LHE EXPEDIDA CERTIDÃO DE INTEIRO TEOR DO PROCESSO Nº 09/004721/09 ESCLAREÇO QUE A CERTIDÃO ORA REQUERIDA TEM POR FINALIDADE ESPECIFICAMENTE:

1 INGRESSAR EM JUÍZO AÇÃO CONTRA _____

2 INSTRUIR AÇÃO MOVIDA CONTRA _____ VARA _____ Nº _____ EM CURSO NA _____

3 FINALIDADE DE PESQUISA. TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO. O OBJETIVO É ANALISAR AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COMO MODELO ALTERNATIVO DE GESTÃO DE NESTES TERMOS HOSPITAIS PÚBLICOS.

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 03 de Setembro de 2018.

A. A. L. S. L. S. L.

Assinatura

de Cidade - AA 2340

ANEXO N° 3

29/11/2018

SICOP - Sistema Único de Controle de Protocolo



SICOP - TODAS AS TRAMITAÇÕES - 29/11/2018 01:43:50

(ordem decrescente de data) - Clique no número de ordem para ver detalhes
Número de ordem marcado com (*) possui tramitação interna

| Processo (PRINCIPAL) | Requerente | Assunto |
|------------------------|--------------------------|-----------------------------|
| 09/004.721/2009 | OFICIO N.597/2009 SUBHUE | 05020 PRESTACAO DE SERVICOS |

| | |
|---------------------|--|
| 320 | Despacho: DESARQUIVE-SE |
| 11/09/2018 12:19 | Órgão Destino: *S/SUBG/CIL/GI PROTOCOLO |
| 319 | Despacho: ANALISE(ENCAMINHAR P/) |
| 17/04/2018 11:11 | Órgão Destino: *S/SUBG/CIL/GI ARQUIVO |
| 318 | Despacho: DESARQUIVE-SE |
| 12/04/2018 11:42 | Órgão Destino: S/SUBSCOM/SCGOS SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACAO DE CONTRATOS DE GESTAO COM ORGANIZACOES SOC |
| 317 | Despacho: ANALISE(ENCAMINHAR P/) |
| 26/02/2018 11:38 | Órgão Destino: *S/SUBG/CIL/GI ARQUIVO |
| 316 | Despacho: INFORMACAO PRESTADA |
| 23/01/2018 13:00 | Órgão Destino: S/SUBSCOM/SCGOS SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACAO DE CONTRATOS DE GESTAO COM ORGANIZACOES SOC |
| 315 | Despacho: DOCUMENTO (ENCAMINHAR) |
| 19/01/2018 09:22 | Órgão Destino: *S/SUBG/CIL/GI PROTOCOLO |
| 314 | Despacho: INFORMAR |
| 16/01/2018 15:46 | Órgão Destino: *CG/GAB GABINETE DO CONTROLADOR GERAL |
| 313 | Despacho: INFORMAR |
| 02/01/2018 13:49 | Órgão Destino: CG/SIC/ADG AUDITORIA GERAL |
| 312 | Despacho: ANALISE(ENCAMINHAR P/) |
| 27/12/2017 18:06 | Órgão Destino: S/SUBG/CDI/GAT-2 GERENCIA DE ATENDIMENTO A DEMANDAS DE CONTROLE EXTERNO |
| 311 | Despacho: DOCUMENTO (ENCAMINHAR) |
| 18/09/2017 10:00 | Órgão Destino: S/SUBG/SCGOS SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACAO DE CONTRATOS DE GESTAO COM ORGANIZACOES SOC |

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| Pág. 1 de 32 | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 | 20 | 21 | 22 |
| 23 | 24 | 25 | 26 | 27 | 28 | 29 | 30 | 31 | 32 | | | | | | | | | | | | | |

Voltar >>>