

À COMISSÃO ESPECIAL DE SELEÇÃO DESIGNADA PELO EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 007/2021 PARA SELEÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

O INSTITUTO DIVA ALVES DO BRASIL, já qualificado na presente seleção, vem à presença desta colenda Comissão Especial de Seleção, através de seu Diretor Presidente Sr. Marcelo Vitor Remor, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao DE CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 007/2021, nos termos do art. 41, §1º da Lei Federal nº 8.666/93, requerendo desde já seu regular recebimento e, posteriormente, total provimento pelos motivos de natureza fática e jurídico que ora passa a aduzir.

1. DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. SELEÇÃO PÚBLICA REGIDA CONFORME OS PARÂMETROS DA LEI FEDERAL 8.666/93. INCIDÊNCIA DE MODALIDADE LICITATÓRIA PARA SELEÇÃO. LEI MUNICIPAL Nº 2.534/2014. DECRETO MUNICIPAL Nº 57/2014. LEGALIDADE. PRAZO MÍNIMO DE 10 DIAS. INOBSERVÂNCIA

Primeiramente, destaca-se que as parcerias entre a Administração Pública e o terceiro setor são atualmente regulamentadas apenas por três leis federais, a depender do tipo de entidade do terceiro setor: **a) Lei Federal nº 9.637/1998**, que trata das Organizações Sociais que sejam 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. Para este tipo de entidade, a parceria será o contrato de gestão; **b) Lei Federal nº 9.790/1999** para parcerias entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, cujo instrumento de repasse é o termo de parceria; **c) Lei Federal nº 13.019/2014** para as organizações da sociedade civil que não se enquadrarem nas hipóteses anteriores, com as quais poderá o Poder Público celebrar termo de colaboração e termo de fomento.

Com relação a formalização de parcerias perante o Estado, Leonardo Coelho Ribeiro¹ aduz que o Estado busca “por meio de parcerias consensuais, fazê-lo junto com entidades do Terceiro Setor que tenham sido criadas enfocando certo propósito de interesse público buscado em concreto, e possam, assim, se encarregar de sua execução de uma forma mais participativa e próxima da sociedade civil, melhor refletindo seus anseios. Neste cenário é que se situam os ajustes celebrados entre o Estado e as entidades da sociedade civil integrantes do Terceiro Setor, também conhecido como o espaço público não estatal”.

Assim, considerando o *status* de entidade sem fins lucrativos do IDAB, constata-se a possibilidade de dois regimes jurídicos aplicáveis para viabilizar a contratação do Instituto pelo ente municipal: a formalização de um Contrato de Gestão (Organização Social) ou de um Termo de Colaboração (Organização da Sociedade Civil).

Com relação **ao regime aplicável às organizações sociais**, a Lei Federal nº. 9.637/98 dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito federal, sendo esta a legislação que deve ser observada como parâmetro não obrigatório para este tipo de qualificação quando nas esferas municipais e estaduais. No caso, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal devem editar legislações próprias para regular a relação jurídica com suas O.S e, assim, devem ser ressaltadas as especificidades de cada legislação local.

Em outras palavras, a Lei Federal nº 9.637/98 não é uma lei nacional, cujas normas gerais seriam aplicáveis aos Estados e Municípios, tanto assim que ela não faz menção ao assunto, como ocorre, por exemplo, com a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93, art. 1º, parágrafo único). A Lei Federal nº. 9.637/98 pode servir como modelo para os Estados e Municípios, com as adaptações indispensáveis às suas peculiaridades, em especial no que diz respeito aos serviços que entendam convenientes que sejam prestados pelo setor privado, entretanto, o modelo federal não é obrigatório e compete a cada ente federado editar sua própria legislação aplicável às organizações sociais que atuarão em parceria com a administração pública.

Nesse sentido, o Município de São Pedro da Aldeia editou a Lei Municipal nº 2.534/2014, a qual rege a qualificação e contratação das Organizações Sociais no âmbito municipal. Com relação à seleção, a Lei Municipal estabelece a incidência da Lei Federal nº. 8.666/93, nos seguintes termos:

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei entende-se por Contrato de Gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social, com

¹ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório do Terceiro Setor e a disciplina das parcerias entre Organizações da Sociedade Civil e o Poder Público. IN: *Revista brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 95-110, jul./set. 2015.

vistas à celebração de parceria entre as partes, para fomento e execução de atividades relativas às áreas citadas no art. 1º;
[...]

§ 2º. **O processo de seleção** das Organizações Sociais dar-se-á nos termos do **art. 24, inciso XXIV, da Lei Federal 8.666**, de 21 de junho de 1993, com processo de seleção devidamente regulamentado pelo Poder Executivo.
[...]

Art. 22 - Os requisitos específicos de qualificação das Organizações Sociais, **bem como sua forma de seleção e demais regras**, serão **estabelecidos em Decreto** a ser publicado no prazo de sessenta dias a contar da publicação desta Lei.

Nesse contexto, veja-se o que dispõe o Decreto Municipal nº 57/2014, alterado pelo Decreto Municipal nº 166/2021, acerca do processo seletivo:

Seção II

Da Convocação Pública

Art. 9º A formalização do Contrato de Gestão será precedida, necessariamente, da publicação no Boletim Informativo do Município de São Pedro da Aldeia de Convocação Pública para Parcerias com Organizações Sociais, da qual constará:

II - indicação da data-limite para que as Organizações Sociais qualificadas manifestem, expressamente, seu interesse em firmar o Contrato de Gestão;

Art. 11 A data-limite referida no Inciso II do art. 9º não poderá ser inferior a 10 (dez) dias, contados da data da publicação da Convocação Pública no Boletim Informativo do Município de São Pedro da Aldeia / RJ.

Parágrafo Único. No dia seguinte à data-limite deverá ser publicada em site oficial, a relação das entidades que manifestaram interesse na celebração do Contrato de Gestão, quando houver.

Art. 12 Caso não haja manifestação de interesse por parte das Organizações Sociais regularmente qualificadas, a Secretaria interessada em firmar a parceria poderá repetir o procedimento de convocação, quantas vezes forem necessárias.

Art. 13 Na hipótese de uma única Organização Social manifestar interesse na formalização do Contrato de Gestão, objeto da Convocação, e desde que atendidas as exigências relativas à proposta de trabalho, o Poder Público poderá celebrar com esta entidade o Contrato de Gestão.

Com fundamento nos dispositivos acima colacionados, percebe-se que a legislação municipal condiciona a **apresentação de propostas dentro de um prazo mínimo de 10 dias**, a

contar da data de publicação do edital do certame. Contudo, no caso concreto, o Edital foi publicado no dia 2 de dezembro de 2021 e a data para apresentação das propostas definida para o próximo dia 10 de dezembro de 2021. Ora, obviamente, não há 10 dias entre a data de publicação do edital e o prazo estabelecido para a apresentação de propostas, razão pela qual constata-se o descumprimento da legislação municipal.

Considerando os dispositivos legais acima destacado, percebe-se que a legislação municipal exige a realização de certame público para seleção da organização social que formalizará perante o poder público o respectivo Contrato de Gestão, sendo tal previsão condizente com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal - STF. No julgamento da ADI nº 1.923/DF, o STF não apenas reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Federal nº 9.637/1998, como igualmente dirimiu as questões que ensejavam dúvidas quanto às normas de direito público aplicáveis às Organizações Sociais que possuam Contrato de Gestão com a Administração Pública. Assim, veja-se trecho da ementa transcrita abaixo:

[...] CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL.

[...] 12. **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. 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, **impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública** (CF, art. 37, caput). (STF - ADI: 1.923 DF, Redator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 16/04/2015, Tribunal Pleno)

Nesse sentido, observa-se que a decisão exarada em sede de controle abstrato e, assim, com eficácia *erga omnes*, determina a exigência de seleção pública para formalização de eventual Contrato de Gestão entre a organização social já qualificada e a administração pública. Portanto, a inobservância do princípio da impessoalidade na seleção pode ensejar a aplicação do art. 10, inciso VIII da Lei Federal nº 8.429/1992, uma vez que este dispositivo legal é direcionado exclusivamente à etapa do processo de seleção da própria entidade privada sem fins lucrativos que irá firmar vínculo administrativo com o poder público, ou seja, do chamamento público editado pela Administração Pública para que as entidades sem fins lucrativos apresentem suas propostas:

Art. 10. **Constitui ato de improbidade** administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; [...]

Ademais, dentre os princípios constitucionais taxativamente expressos que regem todos os entes federados e todos os órgãos da administração pública, destaca-se em virtude de sua aplicabilidade direta neste caso, o princípio da legalidade. Enquanto para os particulares tal princípio se consubstancia numa garantia, para o administrador consiste em um limite de atuação, isto significa dizer que, segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, não pode o Poder Público, agir segundo as vontades e vicissitudes do administrador, antes, toda decisão deve ser lastreada por um comando legal, sem o qual, resta configurada a malversação do administrador.

Nesta seara racional, é plausível transcrever os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, senão vejamos, *in verbis*:

[...] A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso [...]

Partilhando dos mesmos ensinamentos e pontuando com sabedoria, são os verbetes do Administrativista Diógenes Gasparini, o qual assim relata:

[...]O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular [...]

Coroando a tese em comento, é extremamente necessário mencionar os ensinamentos do Insuperável Jurista José dos Santos Carvalho Filho, o qual assinala com propriedade sobre o tema em comento, conforme veja-se, *verbum ad verbum*:

[...] O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita [...]

Assim, resta demonstrada a total inadequação do prazo estabelecido pelo Edital de chamamento público nº 007/2021, **razão pela qual pugna-se pelo reconhecimento da ilegalidade apontada e, ato contínuo, republicado o edital estabelecendo os prazos compatíveis com a própria legislação municipal.**

Outrossim, o próprio Edital de chamamento público nº 007/2021 se trata de uma republicação do Edital de chamamento público nº 006/2021 e, assim, já deveria ter ocorrido a devolução dos prazos nos termos da legislação, conforme passa a demonstrar a seguir.

2. DA IMPUGNAÇÃO AOS PRAZOS PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS DEFINIDOS PELO EDITAL. REPUBLICAÇÃO DE EDITAL. REDUÇÃO DE PRAZOS INCOMPATÍVEL COM A OBRIGAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS PRAZOS. PRECEDENTES

Em síntese, uma vez que o Edital de chamamento público nº 007/2021 se trata de uma republicação, deveria ser realizada a devolução de todos os prazos aos licitantes. A alteração dos prazos realizados por este Edital em comparação ao Edital anterior, além de ilegal e incompatível com a legislação municipal, igualmente é contrário aos termos da Lei Federal nº 8.666/93. Veja-se:

Art. 21. **Os avisos contendo os resumos dos editais** das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, **deverão ser publicados com antecedência**, no mínimo, por uma vez:

II - **no Diário Oficial** do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º **O aviso publicado conterà** a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º **O prazo mínimo até o recebimento das propostas** ou da realização do evento será:
[...]

II - **trinta dias** para:

- a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;
- b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

§ 3º **Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da** última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

§ 4º **Qualquer modificação no edital exige divulgação** pela mesma forma que se deu o texto original, **reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido**, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Ora, os dispositivos acima destacados são bastante claros, em especial, o §4º. Decerto, uma vez que o Edital de chamamento público nº 007/2021 se trata de uma republicação que altera substancialmente os termos do Edital de chamamento público nº 006/2021, deveria ser reaberto/devolvido o prazo estabelecido para a apresentação das propostas. Considerando que o prazo inicialmente previsto pelo Edital 006/2021 era o dia 14/12/2021, não poderia o Edital nº 007/2021 ter reduzido este prazo para o dia 10/12/2021, uma vez que a redução impossibilita a regular devolução de prazo estabelecida pela legislação.

Igualmente, veja-se a jurisprudência pacífica dos tribunais pátrios:

A mudança de configuração do objeto licitado demanda a realização de nova estimativa de preço e a reabertura dos prazos para apresentação de propostas. (TCU - Acórdão 2174/2012-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Alteração Outros indexadores: Orçamento estimativo, Proposta, Apresentação, Objeto da licitação, Prazo Publicado: - Informativo de Licitações e Contratos nº 119)

No caso de **alteração de edital de licitação capaz de afetar as propostas dos licitantes deve haver a republicação do instrumento convocatório, com a reabertura do prazo correspondente.** (TCU - Acórdão 6613/2009-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Alteração Outros indexadores: Prazo, Formulação, Proposta, Republicação, Apresentação)

É necessária a republicação do edital de licitação e a conseqüente reabertura de prazo para apresentação de novas propostas mesmo na situação em que tenha sido excluída exigência de qualificação técnica e todos os licitantes tenham sido individualmente comunicados da modificação. (TCU - Acórdão 1608/2015-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Alteração Outros indexadores: Exigência, Republicação, Exclusão, Princípio da publicidade, Qualificação técnica Publicado: - Boletim de Jurisprudência nº 89 de 20/07/2015)

A alteração do instrumento convocatório que comprovadamente afete a formulação das propostas determina a reabertura de prazo de apresentação. (TCU - Acórdão 378/2011-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ ÁREA: Licitação | TEMA: Edital de licitação | SUBTEMA: Alteração Outros indexadores: Prazo, Formulação, Proposta, Apresentação)

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - RETIFICAÇÃO DO EDITAL - NOVAS EXIGÊNCIAS - SEM ALTERAÇÃO NO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS - O processo licitatório, como exigência obrigatória na Administração Pública, tem objetivos de proporcionar a realização do negócio mais vantajoso para a Administração Pública e de assegurar, em condições de igualdade, a participação dos administrados nos negócios que pretende realizar com particulares - O edital vincula os licitantes e a Administração Pública - O edital torna público o processo licitatório, fixa o seu objeto, bem como as condições para a participação dos interessados e o cumprimento do objeto, a modalidade e o tipo da licitação - Embora se admita a possibilidade de retificação do instrumento convocatório, o Poder Concedente deve reabrir o prazo para possibilitar os interessados se adequarem ao novo edital. (TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10000205172901001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 17/12/2020, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/12/2020)

Necessária observação ao princípio da razoabilidade, pois, mesmo em se tratando de procedimento administrativo o regramento do princípio basilar do direito se faz necessário, evitando assim nulidade dos atos administrativos, deixando claro o contraditório e ampla defesa, pois, o devido processo legal é demonstrado em todos os atos da gestão pública, restando clarividente de acordo com os preceitos legais apontados, bem como as evidências levantadas acima.

Logo, resta claramente demonstrada a necessidade de reconhecimento da ilegalidade apontada, devendo a administração pública municipal realizar nova alteração para adequar o prazo para apresentação das propostas em consonância com a legislação federal e municipal e, conseqüentemente, reabrir/devolver todos os prazos.

2. CONCLUSÃO

Assim, diante do exposto, **requer o impugnante:**

- a) o recebimento regular desta impugnação, uma vez que tempestivamente apresentada;

- b) Seja **declarado e reconhecido o total provimento das impugnações** realizadas e, conseqüentemente, alterada a data para apresentação das propostas, nos termos da legislação federal e municipal, bem como a reabertura, devolução de todos os prazos, nos termos do art. 21, §4º da Lei de Licitações.

Nestes termos, pede deferimento.

Maceió/AL, 9 de dezembro de 2021.



Marcelo Vitor Remor
Diretor Presidente do IDAB