PREFEITURA NITERÓI SAÚDE

COMISSÃO ESPECIAL DE SELEÇÃO

Processo de Seleção Pública de entidade qualificada como Organização Social para a celebração de Contrato de Gestão, com vistas ao planejamento, gerenciamento e execução de ações e serviços de saúde no Hospital Getulio Vargas Filho (HGVF)

Julgamento de Impugnação ao
Edital de Seleção Pública n.º: 001/2018

Impugnante: Instituto de Desenvolvimento Institucional e Ação Social (IDEAIS)

Impugnação **PARCIALMENTE DEFERIDA**

A Organização Social Impugnante requer, em síntese, a exclusão de trechos dos itens 4.2, 4.8, 5.1, “d”, a exclusão ou reformulação de despesas permitidas no item 5.1, “e” do Instrumento Convocatório, a exclusão do item 1, parágrafo terceiro e do item 2 do Anexo A do Termo de Referência (Programa de Trabalho), e, ainda, a supressão dos incisos VI e XXXI da Cláusula Quarta do Anexo III (Minuta de Contrato de Gestão).

Os argumentos expendidos na Impugnação que ora se analisa merecem prosperar parcialmente, pelos fundamentos que se passa a expor.

PREFEITURA NITERÓI SAÚDE

1. DA IMPUGNAÇÃO AOS ITENS 4.2 E 4.8 DO EDITAL DE SELEÇÃO PÚBLICA N.º 001/2018:

2. DO MÉRITO

2.1 DA ILEGALIDADE DAS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NOS ITENS 4.2 e 4.8

Os Itens 4.2 e 4.8 do Edital exigem como condição à participação do certame a ausência de impedimentos à participação em processos seletivos, nos seguintes termos:

> 4.2. **Ausência de qualquer impedimento à participação em processos seletivos realizados pela Administração Pública**, a exemplo da aplicação das penas de suspensão temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de qualquer

2

ente federado cujos efeitos ainda vigorem **ou eventual rejeição das prestações de contas apresentados por força de Contratos de Gestão ou outras espécies de Convênios celebrados com entes públicos, com fulcro nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, na forma do Anexo VIII- Declaração de Inexistência de Penalidade.**

4.8 Além dos documentos mencionados acima, as Organizações Sociais participantes deverão apresentar, no dia e hora designados para a sessão pública de recebimento dos envelopes, fora de qualquer envelope, ao Presidente da Comissão Especial de Seleção, declaração de que não foram aplicadas penalidades de suspensão temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, bem como o **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de qualquer ente federado cujos efeitos ainda vigorem ou eventual rejeição das prestações de contas apresentados por força de Contratos de Gestão ou outras espécies de Convênios celebrados com entes públicos, com fulcro nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93**, na forma do Anexo VIII - Declaração de Inexistência de Penalidade.

A inteligência do citado art. 87 da Lei nº 8.666/93 impõe que a aplicação das penalidades administrativas que impedem a participação em certames públicos, **depende de prévio processo administrativo que tenha**

3

PREFEITURA
NITERÓI
SAÚDE

por objeto a aplicação das penalidades descritas no citado artigo, **garantida a ampla defesa e contraditório** do contratado, verbis:

> *Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, **garantida a prévia defesa**, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*
> *I - advertência;*
> *II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*
> ***III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;***
> ***IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.***

Proc. 9023 001
Data/Hora 10 07 15
Fls. 05
Rub.

Obviamente que a "eventual rejeição das prestações de contas apresentadas por força de Contratos de Gestão" não enseja o impedimento de contratar com a Administração Pública, como tenta fazer crer o Edital.

A "eventual rejeição das prestações de contas" pode motivar a deflagração de processo administrativo prévio para aplicação de penalidades do art. 87 onde, repise-se, reste garantido a ampla defesa e o

por objeto a aplicação das penalidades descritas no citado artigo, **garantida a ampla defesa e contraditório** do contratado, verbis:

> *Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, **garantida a prévia defesa**, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*
> *I - advertência;*
> *II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*
> ***III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;***
> ***IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.***

Proc. 9023 001
Data/Hora 10 07 15
Fls. 05
Rub.

Obviamente que a "eventual rejeição das prestações de contas apresentadas por força de Contratos de Gestão" não enseja o impedimento de contratar com a Administração Pública, como tenta fazer crer o Edital.

A "eventual rejeição das prestações de contas" pode motivar a deflagração de processo administrativo prévio para aplicação de penalidades do art. 87 onde, repise-se, reste garantido a ampla defesa e o

4

PREFEITURA
NITERÓI
SAÚDE

contraditório, mas jamais o impedimento sumário à participação no procedimento licitatório, por ausência de base legal.

A não aprovação de contas não caracteriza penalidade impeditiva de participação de seleção pública, sob pena de subversão da ordem constitucional e legal, violadora da legalidade, impessoalidade, publicidade, ampla defesa e contraditório.

A exigência da forma prescrita no dispositivo legal (art. 87) garante a publicidade do ato, inclusive com a inscrição no SICAF da penalidade eventualmente aplicada, ao passo em que a mera rejeição de contas é de impossível aferição, tornando a sua aplicação absolutamente impertinente e ilegal.

Eventuais participantes do procedimento deflagrado podem ter mantido inúmeros contratos de gestão e, eventualmente, terem contas rejeitas de forma parcial ou integral, mas que não tenham resultado na aplicação de penalidade administrativa do art. 87, o que legalmente não impediria sua participação.

Nesse sentido, não há como a Comissão aferir se todos os participantes eventualmente tiveram ou não contas aprovadas ou rejeitas em todos os contratos de gestão que mantém ou mantiveram em cada Ente da Federação. Bastaria a proponente omitir tal informação que a Comissão jamais teria o conhecimento da eventual penalidade aplicada, resultando no estabelecimento de um critério despiciendo.

Com isso, tem-se que a exigência imposta pelo item 4.2 do Edital, *data máxima vênia*, restringe a competitividade e viola de sobremaneira o dispositivo legal do art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93, o qual veda a fixação de

critérios impertinentes que possam de alguma forma restringir ou violar a impessoalidade e comprometer o caráter competitivo:

> Art. 3º **A licitação destina-se a garantir o observância do princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos 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.
>
> § 1º **É vedado aos agentes públicos:**
>
> I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes **ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de [illegible] de 1991; (Redação dada pela Lei nº [illegible], de [illegible] 2010)

Não estando respaldado em Lei, e não sendo possível sua verificação pela Comissão, a exigência imposta frustra a impessoalidade e o caráter

competitivo do certame, violando o art. 87 e 3º da Lei nº 8.666/93, merecendo, *data máxima vênia*, sua imediata exclusão.

Alega a Impugnante, no que diz respeito aos itens 4.2 e 4.8 do Edital de Seleção Pública, que a *"eventual rejeição das prestações de contas apresentadas por força de Contrato de Gestão"* não enseja impedimento de contratar com a Administração Pública, como previsto no instrumento convocatório. Sobre o ponto, cabem as seguintes considerações.

Esclareça-se, inicialmente, que o propósito da exigência é o de evitar que a FMS concedente celebre Contrato de Gestão com entidades de terceiro setor cujo desempenho, em experiências anteriores, tenha se revelado insatisfatório, em razão do não atendimento das metas fixadas, e/ou que não tenham aplicado adequadamente o recurso público recebido. A exigência, portanto, é corolário inarredável dos princípios da moralidade e da eficiência previstos no artigo 37 da Constituição Federal, os quais devem orientar a Administração Pública na escolha dos particulares que serão beneficiados com fomento estatal para o desempenho de atividades públicas, em especial em áreas sensíveis como a saúde, as quais não admitem interrupção.

O argumento de que a restrição contida no instrumento convocatório ora impugnado não teria suporte em lei de modo algum procede. Primeiramente porque o estabelecimento dos requisitos mínimos para a admissão e participação na disputa compete com exclusividade à Administração, sendo esta uma decisão discricionária do ente promotor do certame, que somente não pode inserir no edital de convocação exigências excessivas, insuficientes ou desarrazoadas. Se, de um lado, os critérios de admissibilidade eleitos não podem alijar da competição quem aparentemente demonstre condições de executar o objeto, por outro lado, não podem permitir a participação de quem já demonstrou outrora não deter capacidade ou idoneidade para desempenhar atividade pública similar a que será executada, o que seria temerário e contraproducente.

Ao contrário do que sugere a OS, não há na lei um rol taxativo das exigências de admissibilidade que podem ou não ser adotadas. Muito ao revés, a Constituição Federal (artigo 37, XXI) deixa a critério do administrador público a decisão sobre as exigências que devem ser incluídas em procedimentos de seleção em geral, desde que se mostrem razoáveis e justificadas, por entender que é o gestor quem detém a expertise técnica e o conhecimento sobre a necessidade administrativa a ser atendida.

A exigência ora questionada é plenamente justificável, por excluir do certame apenas aquelas Organizações Sociais que não demonstrem condições mínimas de executar o objeto do Contrato de Gestão, por não terem logrado fazê-lo devidamente em oportunidade anterior, cabendo à Administração cercar-se, por força do que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de todas as cautelas no sentido da garantia do satisfatório cumprimento, por parte dos particulares com quem venha a estabelecer parceria, das obrigações do futuro ajuste. Como já dito, apenas se inadmite exigências excessivas ou inadequadas, que restrinjam indevidamente o universo de participantes ou que não guardem pertinência com o objeto a ser executado, não sendo esta de modo algum a hipótese em questão, consoante aqui esclarecido.

Ao contrário, a adoção da específica exigência demonstra prudência por parte da FMS concedente e confere efetividade aos comandos constitucionais da moralidade e eficiência, os quais são de observância obrigatória pela Administração Pública, independentemente de qualquer intermediação legal.

Ademais, de acordo com entendimento amplamente dominante em sede jurisprudencial e doutrinária, o dogma da legalidade como vinculação da Administração Pública à lei formal deve ser superado pela ideia de juridicidade, isto é, pela compreensão de que a atividade administrativa tem como parâmetro o ordenamento jurídico como um todo, de modo que a eventual ausência de uma lei infraconstitucional para disciplinar a sua atuação não pode

obstar a realização de seus deveres constitucionais. Afinal, se a Administração está obrigada por força da Constituição, ao alcance de determinados fins, deve, mesmo na falta de lei, ela mesma criar as condições propícias à consecução dos resultados constitucionalmente desejados. Assim, se a Constituição impõe à Administração Pública a escolha da melhor proposta, deve a Administração adotar critérios de participação que excluam, *prima facie*, da disputa OS que já se mostraram inaptas em ocasiões pretéritas.

A OS afirma, ainda, que a Comissão Especial de Seleção não teria condições de verificar se todos os participantes tiveram as suas contas aprovadas ou rejeitadas em todos os contratos de gestão que mantêm ou mantiveram com outros parceiros, públicos ou privados. Aduz, também, que eventuais proponentes poderiam omitir tal informação, visto que a Comissão não teria condições de aferir, com relação a todas elas, eventual rejeição das contas apresentadas.

Ora, tal argumento vai de encontro à boa-fé que se presume/espera dos participantes. Além do mais, as OS participantes devem preencher a Declaração de Inexistência de Penalidade (Anexo VII do Edital), arcando com as consequências da prestação de informações inverídicas ou inexatas. Assim, caso prestem declaração falsa ou que não corresponda à realidade, cometerão crime previsto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 8.666/93), podendo ainda ser excluídas do certame a qualquer momento, caso se apure a ocorrência do ilícito.

Ressalte-se, ainda, a título de esclarecimento, que a penalidade somente será considerada para fins de impedimento de participação no presente procedimento de seleção pública quando a decisão de rejeição de contas tiver transitado em julgado na esfera administrativa e não houver qualquer decisão no âmbito judicial favorável à OS, liminar ou definitiva, em sentido contrário à decisão administrativa.

Assim, para que não restem dúvidas acerca do alcance do impedimento, retifica-se o edital no ponto, acolhendo-se **em parte** a impugnação apresentada, para que passe a constar a seguinte redação, retificando-se ainda o Anexo VII (Modelo de Declaração de Inexistência de Penalidade):

Onde se lê:

" 4.2. Ausência de qualquer impedimento à participação em processos seletivos realizados pela Administração Pública, a exemplo da aplicação das penas de suspensão temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de qualquer ente federado cujos efeitos ainda vigorem ou eventual rejeição das prestações de contas apresentadas por força de Contratos de Gestão ou outras espécies de Convênios celebrados com entes públicos, com fulcro nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, na forma do Anexo VIII- Declaração de Inexistência de Penalidade."

Leia-se:

" 4.2. Ausência de qualquer impedimento à participação em processos seletivos realizados pela Administração Pública, a exemplo da aplicação das penas de suspensão temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de qualquer ente federado cujos efeitos ainda vigorem ***ou eventual*** **decisão de rejeição da** ***prestação de contas final que*** **tiver transitado em julgado na esfera administrativa e não houver qualquer decisão no âmbito judicial favorável à OS, liminar ou definitiva, em sentido contrário à decisão administrativa***, por força de Contratos de Gestão ou outras espécies de Convênios celebrados com entes públicos, com fulcro nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, na forma do Anexo VIII- Declaração de Inexistência de Penalidade."*

Onde se lê:

"4.8 Além dos documentos mencionados acima, as Organizações Sociais participantes deverão apresentar, no dia e hora designados para a sessão pública de recebimento dos envelopes, ***fora de qualquer envelope,*** *ao Presidente da Comissão Especial de Seleção, declaração de que não foram aplicadas penalidades de suspensão temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de qualquer ente federado cujos efeitos ainda vigorem ou eventual rejeição das prestações de contas apresentadas por força de Contratos de*

Gestão ou outras espécies de Convênios celebrados com entes públicos, com fulcro nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, na forma do Anexo VIII - Declaração de Inexistência de Penalidade."

Leia-se:

"4.8 Além dos documentos mencionados acima, as Organizações Sociais participantes deverão apresentar, no dia e hora designados para a sessão pública de recebimento dos envelopes, ***fora de qualquer envelope,*** *ao Presidente da Comissão Especial de Seleção, declaração de que não foram aplicadas penalidades de suspensão temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de qualquer ente federado cujos efeitos ainda vigorem* ***ou eventual*** **decisão de rejeição da *prestação de contas final que* tiver transitado em julgado na esfera administrativa e não houver qualquer decisão no âmbito judicial favorável à OS, liminar ou definitiva, em sentido contrário à decisão administrativa***, por força de Contratos de Gestão ou outras espécies de Convênios celebrados com entes públicos, com fulcro nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93, na forma do Anexo VIII - Declaração de Inexistência de Penalidade."*

Onde se lê:

ANEXO VII

Modelo de Declaração de Inexistência de Penalidade

(Obs: Utilizar preferencialmente papel timbrado da Entidade)

_____, inscrita no CNPJ sob o n.º _____, sediada na _____, neste ato representada pelo seu representante legal, o (a) Sr. (a) _____, inscrito(a) no CPF sob o n.º _____, portador(a) da cédula de identidade n.º _____, expedida por _____, DECLARA, sob as penas da Lei, que não foram aplicadas penalidades de suspensão temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de qualquer ente federado cujos efeitos ainda vigorem ou eventual rejeição das prestações de contas apresentadas por força de Contratos de Gestão ou outras espécies de Convênios celebrados com entes públicos, com fulcro nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93.

Leia-se:

ANEXO VII

Modelo de Declaração de Inexistência de Penalidade

(Obs: Utilizar preferencialmente papel timbrado da Entidade)

_____, inscrita no CNPJ sob o n.º _____, sediada na _____, neste ato representada pelo seu representante legal, o (a) Sr. (a) _____, inscrito(a) no CPF sob o n.º _____, portador(a) da cédula de identidade n.º _____, expedida por _____, DECLARA, sob as penas da Lei, que não foram aplicadas penalidades de suspensão temporária do direito de participar de licitação e impedimento de contratar com a Administração Municipal, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública de qualquer ente federado cujos efeitos ainda vigorem ***ou eventual*** **decisão de rejeição da *prestação de contas final que* tiver transitado em julgado na esfera administrativa e não houver qualquer decisão no âmbito judicial favorável à OS, liminar ou definitiva, em sentido contrário à decisão administrativa***, por força de Contratos de Gestão ou outras espécies de Convênios celebrados com entes públicos, com fulcro nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666/93.*

PREFEITURA NITERÓI SAÚDE

2. DA IMPUGNAÇÃO AO ITEM 5.1, “D” e “E” DO EDITAL DE SELEÇÃO PÚBLICA N.º 001/2018

2.2 DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA CONTIDA NO ITEM 5.1 “d” e “e”

Conforme pode ser inferido do item 5.1, alíneas “d” e “e”, não serão admitidas despesas operacionais da Contratada diversas, restringindo-se a:

> *d) Demonstrativo dos eventuais custos operacionais adicionais que serão despendidos na gestão do HFGV junto com sua Proposta Econômica, de forma a comprovar que o valor previsto na Planilha de Despesa é necessário e suficiente para cobrir o aumento dos custos operacionais da OS em virtude da Gestão do HFGV, não podendo ser incluídos na Proposta eventuais custos operacionais fixos ou eventuais da entidade que não estejam diretamente relacionados à execução do contrato de gestão ou que a OS deva suportar independentemente de qualquer outro ajuste, **a exemplo de eventual aluguel da sede da entidade**;*
>
> *e) Admite-se o custeio com recursos repassados pela FMS de despesas tais como: internet, transporte, telefone, consumo de água e luz, serviços contábeis e de advocacia, desde que previstas e justificadas no Plano de Trabalho, no valor proporcional diretamente vinculado à execução do Contrato de Gestão;*

Ora, os custos operacionais da Contratada como ALUGUEL, RECURSOS HUMANOS, EQUIPE DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO, EQUIPE FINANCEIRA, EQUIPE DE COMPRAS, EQUIPE TÉCNICA, LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS, INSUMOS, TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS, DENTRE OUTROS, são imprescindíveis e necessários ao alcance da finalidade prevista em Edital e devem ser permitidos.

A impossibilidade expressa do utilização da verba destinada às despesas operacionais da Contratada para o custeio do ALUGUEL, por exemplo, inviabiliza a execução do contrato, pois ONDE A CONTRATADA ESTABELECERÁ SUA EQUIPE ADMINISTRATIVA? ONDE ALOCARÁ SEUS EQUIPAMENTOS, ARQUIVOS, DOCUMENTOS CONTÁBEIS, DENTRE OUTROS? Cumpre relembrar que a Contratada não dispõe de fins lucrativos, ou seja, não possui “recursos próprios” para o oferecimento gratuito de tais despesas.

O impeditivo expresso, obviamente, incompatibiliza-se com a natureza do ajuste, o qual impede qualquer “lucro” ou “superávit” com o mesmo. Desta forma, considerando de natureza convenial do Contrato de Gestão, as despesas operacionais da Contratada devem ser ressarcidas, inclusive o aluguel, pois não se pode admitir ônus à organização social, sob pena de enriquecimento ilícito do Município.

Diante do exposto, requer desde já a supressão das alíneas acima transcritas, pois absolutamente incompatíveis com a natureza especial da avença e execução do contrato.

Em relação à restrição contida no item 5.2, “d”, do Instrumento Convocatório, a Impugnante alega que a impossibilidade de utilização da verba destinada às despesas operacionais para custeio de aluguel da **sede** administrativa da entidade inviabiliza a execução do contrato de gestão, uma vez que a OS, por não ter fins lucrativos, não possui recursos próprios para o pagamento de tal despesa, requerendo a supressão da vedação do Edital. Tal pretensão, *data maxima venia*, não merece acolhida.

Isso porque a Organização Social, na qualidade de entidade de terceiro setor, deve ser capaz de desenvolver as atividades para as quais foi constituída independentemente de ser ou não contemplada com fomento estatal. Caso contrário, a existência da OS restaria condicionada à celebração de convênios, contratos ou outras espécies de ajustes com o Poder Público, o que, na prática, a equipararia a uma verdadeira entidade estatal dependente, desnaturando, assim, a sua condição de entidade de Terceiro Setor, não integrante da Administração Pública.

Dessa forma, o Poder Público somente deve arcar com os custos adicionais que a entidade de Terceiro Setor vier a suportar em decorrência da execução do objeto pactuado.

As despesas fixas da OS, que ela teria independentemente do estabelecimento de qualquer parceria público-privada, não podem ser custeadas com recursos provenientes do contrato de gestão, já que, na qualidade de pessoa jurídica, a OS tem necessariamente despesas de manutenção e custeio que pré-existem a qualquer contrato/convênio e que continuarão a existir após a dissolução do pacto, e que, portanto, devem ser custeadas por elas, com recursos próprios, oriundos de seus mantenedores e/ou do desenvolvimento de atividades específicas que lhe propiciem renda. Tais despesas, a exemplo de eventual aluguel da sede onde sempre atuou, devem ser custeadas pela OS e não pelo Poder Público concedente.

Do contrário, se estaria admitindo que a OS só tem condições de existir enquanto estiver recebendo recursos públicos, vale dizer, enquanto estiver sendo fomentada pelo Estado, o que desvirtua a sua natureza não estatal. As OS nada mais são do que organizações não governamentais sem fins lucrativos (o título de OS não desqualifica a entidade como ONG, apenas a habilita a celebrar contrato de gestão com o Poder Público), que atuam autônoma e paralelamente ao Estado em áreas de relevante interesse público, contribuindo com o Poder Público na oferta de serviços de cunho social à população.

Dito de outro modo, as entidades qualificadas como Organizações Sociais não perdem a sua natureza jurídica original de associações civis, fundações privadas etc. Organização Social é simplesmente o título por elas recebido que possibilitará a celebração do contrato de gestão.

A restrição, portanto, ao custeio de eventual aluguel da sede da entidade deve ser mantida, rechaçando-se a impugnação quanto a esse aspecto.

Com relação ao pedido de ampliação das despesas permitidas no item 5.1, “e”, do Edital, cumpre ressaltar que o referido item traz apenas um **ROL EXEMPLIFICATIVO** de despesas operacionais que podem ser custeadas com recursos repassados pela FMS, cabendo a cada proponente apresentar justificadamente os custos adicionais em que incorrerá em função da execução do Contrato, o que repercutirá diretamente na Proposta Econômica, influindo, portanto, na competição.

As OS participantes poderão apresentar outras espécies de custos operacionais além daqueles que são citados a título exemplificativo no edital, desde que devidamente justificada a sua pertinência com a execução do objeto do contrato de gestão, não havendo assim necessidade alguma de alteração do edital no ponto, pois a pretensão da impugnante já se encontra satisfeita.

PREFEITURA NITERÓI SAÚDE

3. DA IMPUGNAÇÃO AO ITEM 1 DO ANEXO A (PROGRAMA DE TRABALHO) DO EDITAL DE SELEÇÃO PÚBLICA N.º 001/2018

2.3 DA ILEGALIDADE CONTIDA NO "ANEXO A" – PROGRAMA DE TRABALHO. Item 1 – Dimensionamento de Pessoal

O "Anexo A – Programa de Trabalho" apresenta ilegalidades que podem comprometer a fiel execução do Contrato, como no parágrafo adiante transcrito da página 40:

> *"[...] Fica vedado à proponente incluir valores mínimos no cálculo dos encargos sobre a folha de pagamento para custos variáveis decorrentes de eventos futuros e imprevisíveis, tais como quantidade de vale transporte, auxílio doença etc.* ***ficando a contratada com a responsabilidade de prover o quantitativo necessário para atender a legislação vigente.***"

O Contrato de Gestão, como já ressaltado anteriormente, não admite "lucro" ou "superávit" à Contratada, devendo todas as despesas serem ressarcidas e devidamente contempladas em Contato, de natureza conversial (não há contraposição de interesses).

A Administração não pode tentar impor ônus financeiro à Contratada no âmbito do Contrato de Gestão, como expresso no texto acima transcrito. **A responsabilidade por essas despesas é da FMS, tomadora final dos serviços, a quem incumbe arcar com todos os custos inerentes à prestação do serviço público de saúde. Estes custos, no presente caso, são absolutamente indelegáveis, configurando ilegalidade a tentativa de outorgar o referido ônus a sua Contratada.**

9228 2018
10/07/18

10 9

Em outras palavras, o que o parágrafo acima transcrito quer dizer é que, em havendo custos extraordinários com vistas à manutenção da saúde e pleno atendimento no HGVF, estes deverão ser custeados pela Contratada, eximindo a FMS da responsabilidade pelo custeio dessas despesas.

Por óbvio que tal prática não encontra amparo na legislação vigente, configurando, por outro lado, enriquecimento sem causa da Administração.

Com isso, requer a supressão do parágrafo acima, por afrontar diretamente a legalidade e denotar claro tentativa de enriquecimento sem causa da Administração.

Procede a alegação da Impugnante de que o item 1 do Programa de Trabalho, ao imputar à OS o ônus financeiro decorrente de eventuais despesas extraordinárias que venham a afetar o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Gestão, onerando-o, não deve ser mantido nos termos em que redigido.

Muito embora o contrato de gestão com OS não possua natureza de contrato, mais se aproximando da figura jurídica dos convênios – haja vista a unidade de propósitos entre todos os envolvidos, que atuam em prol de um único e mesmo objetivo –, aplicam-se a tais negócios jurídicos as disposições da Lei 8.666/1993 que tutelam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, por perfeitamente compatíveis com as parcerias públicos privadas que envolvem repasse de recursos públicos para a execução de serviços públicos de índole social em regime de cooperação.

Com efeito, os meios de fomento disponibilizados pelo ente estatal ao particular devem ser adequados e suficientes para o alcance das metas traçadas, sendo proscrito ao particular apropriar-se de eventuais excedentes operacionais em seu proveito ou de seus associados e à Administração concedente locupletar-se em detrimento do parceiro privado. Daí a necessidade de se manter uma correspondência harmônica entre os meios de fomento ofertados e as metas a serem cumpridas, como forma de se garantir o alcance dos resultados pretendidos. Em havendo o rompimento de tal equilíbrio, deve haver o resgate do *status quo ante*, com o retorno dos interessados à situação de equivalência inicial.

Em um contrato de gestão com OS não há como o parceiro-privado suportar eventual defasagem entre as metas a cumprir e os repasses a receber, uma vez que o valor de repasse é estimado levando-se em consideração os custos efetivos de execução do objeto, sem excedentes,

inexistindo assim margem de lucro “a queimar”, capaz de fazer face ao prejuízo.

Destaque-se ainda que o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pode aproveitar tanto à Administração contratante, quanto ao particular contratado. No caso de contrato de gestão com OS a ruptura do equilíbrio comprometerá o próprio interesse público primário na adequada prestação do serviço, sendo, portanto, **DEVER do PODER PÚBLICO velar, todo o tempo, pelo equilíbrio, e DIREITO DA OS a sua manutenção.**

Logo, despesas extraordinárias poderão ensejar reajustamento contratual.

Todavia, eventuais despesas extraordinárias derivadas da necessidade de incremento do número de profissionais previsto originalmente na proposta vencedora deverão ser previamente aprovadas pela Comissão Técnica de Acompanhamento e Avaliação do Contrato de Gestão (CTAA) e devidamente justificadas pela OS contratada, até mesmo para que se evite burla ao processo seletivo, ampliando-se os custos com recursos humanos originalmente previstos na proposta vencedora, sem que tal necessidade decorra de eventos imprevisíveis e extraordinários que sejam ainda supervenientes à apresentação da oferta.

Destarte, acolhe-se a impugnação para esclarecer não ser possível atribuir-se à Organização Social que venha a sagrar-se vencedora no certame custos eventuais e extraordinários com mão de obra, aos quais não tenha dado causa, como acima esclarecido, podendo o acréscimo dar margem à revisão contratual, desde que observados os requisitos legais e editalícios.

No entanto, tais despesas deverão ser previamente submetidas à aprovação da CTAA, sob pena de a OS ter de suportar afinal o custo adicional não autorizado.

Com base no acima exposto, a Comissão Especial de Seleção decide alterar a redação do parágrafo terceiro do item 1 do Programa de Trabalho ora impugnado, nos seguintes termos:

Onde se lê:

"Fica vedado à proponente incluir valores mínimos no cálculo dos encargos sobre a folha de pagamento para custos variáveis decorrentes de eventos futuros e imprevisíveis, tais como quantidade de vale transporte, auxílio doença etc, ficando a contratada com a responsabilidade de prover o quantitativo necessário para atender a legislação vigente."

Leia-se:

"O aumento da despesa com pessoal, para além do previsto no Plano de Trabalho, depende de autorização expressa e por escrito da FMS, só sendo admitida em hipóteses excepcionais e imprevisíveis de aumento da demanda, devidamente justificada."

A Comissão Especial de Seleção aproveita ainda o ensejo para, de ofício, corrigir erro material verificado pela ao analisar a presente Impugnação, no parágrafo imediatamente anterior ao impugnado, que passará a ter a seguinte redação:

Onde se lê:

"A planilha acima traz uma previsão do quantitativo de pessoal, podendo a OS apresentar quantitativo diferente que entender ideal para o bom funcionamento do hospital visando atingir as metas contratuais."

Leia-se:

"A OS deverá apresentar, seguindo o modelo de planilha acima, o quantitativo de pessoal que entender ideal para o bom funcionamento do hospital, visando a atingir as metas contratuais e respeitada a legislação aplicável. O número de profissionais deverá ser compatível com o fluxo de atendimento do HGVF, conforme estimado no Termo de Referência, sob pena de a proposta ser

considerada inexequível.”

Destaque-se que o erro ora apurado não traz qualquer prejuízo para a disputa em igualdade de condições. De todo modo, considerando as demais impugnações dirigidas ao Edital e o acolhimento de parte delas, haverá necessidade de republicação do edital na íntegra, com consequente reabertura dos prazos nele previstos, incluindo o prazo para apresentação das propostas pelas OS que venham a manifestar interesse em participar do presente processo de seleção.

PREFEITURA NITERÓI SAÚDE

4. DA IMPUGNAÇÃO AO ITEM 2 DO ANEXO A (PROGRAMA DE TRABALHO) DO EDITAL DE SELEÇÃO PÚBLICA N.º 001/2018

2.4 DA ILEGALIDADE CONTIDA NO "ANEXO A" – PROGRAMA DE TRABALHO, Item 2 – Regras a serem observadas para o repasse:

As regras para o recebimento do Repasse também impõem obrigações absolutamente ilegais, como a entrega da senha eletrônica da Contratada para acesso ao site da Receita Federal do Brasil, à funcionário indicado pela Presidência da FMS, ou mesmo o desconto no repasse dos valores destinados ao pagamento do FGTS e INSS, para que a FMS os realize diretamente em nome da Contratada, conforme abaixo transcrito:

> *1. A Organização Social contratada, para garantir o cumprimento das obrigações fiscais, trabalhistas e previdenciárias, deverá:*
> *2. Provisionar mensalmente os valores para o pagamento das férias + 1/3, 13o salário e verbas rescisórias, inclusive o valor proporcional à indenização compensatória sobre o FGTS, aos*

10

> *colaboradores da contratada, em conta poupança vinculada específica;*
> ***3. Autorizar, no momento da assinatura do contrato, a FMS a fazer o desconto nos repasses relativos às verbas trabalhistas, quando estes não forem adimplidos;***
> ***4. Autorizar, no momento da assinatura do contrato, a FMS a fazer o desconto nos repasses e realizar os pagamentos das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos;***
> ***5. Viabilizar, no prazo de 60 dias da assinatura do contrato, o acesso de servidores da FMS indicados pela Presidência, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil, como objetivo de verificar a regularidade no pagamento de suas obrigações fiscais, trabalhistas, sociais e previdenciárias;***

As ilegalidades perpetradas nos assentamentos acima transcritos não deixam dúvida de que tais dispositivos não se compatibilizam com a Lei. Obrigar à Contratada a entregar sua senha, ou reter o valor devido que deve ser repassado à contratada, não são métodos legais para a efetivação dos repasses financeiros.

As regularidades financeiras podem ser aferidas de outras formas que não dependem da "entrega de senha" ou "retenção e pagamento direto" das verbas destinadas ao FGTS e INSS.

Há certidões que podem ser apresentadas, documentos que podem ser requisitados, mas a senha, esta é pessoal e não deve ser divulgada para

11

quem quer que seja, assim como os repasses e recolhimentos que devem ser efetivados pelos seus legítimos devedores.

Pautado nestas razões, requer a exclusão dos parágrafos acima, em razão de sua latente ilegalidade.

No que diz respeito ao item 2 do Programa de Trabalho, a Impugnante aduz que a retenção parcial do valor a ser repassado pela FMS para quitação de verbas trabalhistas e de contribuições previdenciárias porventura não adimplidas, bem como a disponibilização de senha pessoal para viabilizar o acesso da FMS aos sistemas da Previdência Social e da Receita Federal não constituem métodos legais de fiscalização do cumprimento das obrigações sociais e trabalhistas originadas dos contratos de trabalho que venham a ser mantidos pela OS.

Em relação à previsão de desconto no valor de repasse com vistas ao pagamento das verbas trabalhistas e das contribuições previdenciárias porventura inadimplidas pela OS parceira (subitens 3 e 4 do Item 2 do Programa de Trabalho), cumpre esclarecer que a prática tem por escopo simplesmente assegurar o cumprimento à legislação do trabalho e previdenciária, evitando a formação de passivo trabalhista e eventual responsabilização futura da FMS beneficiária dos serviços por inadimplemento injustificado da contratante direta da mão de obra.

Trata-se de medida perfeitamente consentânea com o ordenamento jurídico, na medida em que objetiva impedir que a inadimplência da OS relativamente às suas obrigações cause prejuízo ao erário, onerando-o duplamente. Isso porque no valor de repasse já estão embutidos todos os custos de mão de obra, de modo que eventual inadimplemento da OS não se justifica. A retenção ou desconto não possui qualquer viés punitivo ou sancionatório, constituindo medida puramente acautelatória e preventiva, que busca resguardar o erário face à conduta antijurídica praticada pela OS com potencial de lesar direitos dos trabalhadores e gerar futura responsabilização patrimonial do ente público.

Não se pode olvidar que, quando a OS proponente apresenta a sua proposta econômica, nela já estão incluídos os valores correspondentes a todos os encargos trabalhistas e sociais dos empregados envolvidos na

execução do ajuste, o que significa dizer que, se a FMS concedente vier a ser responsabilizada, ainda que subsidiariamente, por eventual inadimplemento da OS, estará “pagando” duas vezes pelo mesmo serviço, o que afronta o mais elementar sentimento de justiça e impõe à sociedade, indiretamente, ônus excessivo e indevido. A sociedade civil é que, afinal, arcará com o custo do inadimplemento.

Ademais, estaria o empregador inadimplente enriquecendo ilicitamente, uma vez que embutiu na sua proposta valor referente aos encargos trabalhistas e sociais decorrentes das contratações, recebendo tais valores da Administração, não tendo, no entanto, efetuado os pagamentos e recolhimentos devidos. Assim, caso afinal a Administração seja responsabilizada pelos encargos, a OS enriquecerá ilicitamente, sendo exatamente essa a hipótese que se busca evitar com a previsão ora impugnada.

Em suma, a previsão de retenção é medida profilática e salutar, protetiva da Administração Pública e da própria coletividade. Vale registrar que a medida vem sendo adotada largamente, sem qualquer contestação, em contratos e convênios administrativos que envolvam disponibilização de mão de obra para a execução, em proveito diretamente da sociedade e indiretamente do Poder Público, de serviços e atividades de competência deste último.

Digno de nota a recente decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União reconhecendo a PLENA VALIDADE DA ADOÇÃO DA PROVIDÊNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Por sua relevância, transcreve-se abaixo trecho da referida decisão:

> REPRESENTAÇÃO. CEAGESP. PREGÃO PRESENCIAL. COLETA SELETIVA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS. CONCESSÃO DE CAUTELAR. OITIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA. 1. É legal retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços

continuados com dedicação de mão de obra, para fazer frente ao descumprimento de obrigações trabalhistas. 2. A possibilidade de retenção parcial tem como fundamento os "poderes implícitos", princípio basilar de hermenêutica constitucional, segundo o qual a outorga de competência a determinado ente estatal importa no deferimento implícito, a esse mesmo ente, dos meios necessários à sua consecução. 3. Retenção parcial não constitui sanção, mas medida preventiva e acautelatória, destinada a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações trabalhistas cause prejuízo ao erário. 4. Somente é possível retenção de valores devidos à contratada, por descumprimento de obrigação contratual acessória, nos casos em que o ente estatal possa ser responsabilizado por essas obrigações, que não é o caso do descumprimento de obrigações comerciais e fiscais stricto sensu, nem da inadimplência de obrigações trabalhistas relativas a empregados não dedicados exclusivamente ao contrato. 5. Retenção integral dos pagamentos à contratada só é admissível nas hipóteses de inadimplemento de obrigações trabalhistas com valores superiores aos devidos pela Administração e de desconhecimento do montante inadimplido. 6. À exceção da hipótese de inadimplemento em valores superiores aos devidos à Administração, retenção integral não pode dar-se por prazo indeterminado, para não caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Como regra, deve ser mantida por prazo suficiente para quantificação das obrigações não adimplidas, após o que deverá ser convertida em retenção parcial. 7. É lícita a previsão contratual de aprovisionamento, em conta vinculada, de valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, prevista no art. 19-A, I, da IN/SLTI/MP 6/2013, haja vista tratar-se de procedimento de pagamento de valores devidos, e como tal, livremente pactuável pelas partes. 8. Não é ilícita a previsão contratual de retenção parcial de faturas em montantes correspondentes aos valores reclamados judicialmente pelos empregados da prestadora de serviços, haja vista que tais valores não apresentam, necessariamente, correspondência com os efetivamente devidos pela empresa. (Processo: 033.728/2015. Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. Data da sessão: 09/12/2015)

Aliás, nem sequer se consegue entender o motivo pelo qual a disposição restou impugnada, uma vez que a OS Impugnante **não apresenta qualquer justificativa para a exclusão dos itens em questão, estando a sua petição neste ponto inepta**. Não se pode deixar de registrar a estranheza causada por esta específica impugnação, até mesmo porque a medida resguarda a própria OS vencedora de uma responsabilização trabalhista futura, que pode inclusive inviabilizar a sua participação em outros processos seletivos, sendo, portanto, a ela também benéfica.

Dessa forma, a Comissão Especial de Seleção entende pela rejeição deste capítulo da impugnação e manutenção dos subitens ora questionados.

Quanto à exigência de fornecimento de senha, entende-se realmente dispensável, pois há outros meios de a FMS concedente averiguar o efetivo cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias pela OS convenente. O próprio Edital prevê a apresentação mensal de prestação de contas pela entidade parceira, na qual devem constar obrigatoriamente os comprovantes de cumprimento das obrigações a encargo da OS, podendo ser perfeitamente dispensada esta formalidade, sobretudo porque a senha é pessoal.

Acolhe-se, assim, o pedido de supressão do subitem 5 do item 2 do Programa de Trabalho.

PREFEITURA NITERÓI SAÚDE

5. DA IMPUGNAÇÃO AO INCISO VI, DA CLÁUSULA QUARTA, DA MINUTA DO CONTRATO DE GESTÃO DO EDITAL DE SELEÇÃO PÚBLICA N.º 001/2018

2.5 DAS ILEGALIDADES CONTIDAS NO CONTRATO

2.5.1 CLÁUSULA QUARTA
"Das atribuições, obrigações e responsabilidades da OS"
Inciso VI

O inciso VI da Cláusula Quarta do Contrato de Gestão prevê que a OS não poderá contratar profissionais de saúde, inclusive médico, por meio de pessoa jurídica, verbis:

> *"VI – A OS não poderá contratar médicos ou outros profissionais de saúde por meio de pessoa jurídica."*

Não obstante a norma impressa no Edital, a mesma incompatibiliza-se com a Lei Federal nº 13.429/17 e ADI nº 1.923-5/DF, que garantem a possibilidade de contratação via pessoa jurídica e outorgam autonomia à OS na escolha da forma de execução do Contrato de Gestão.

Ceifar esses dois direitos, impondo uma contratação via CLT, vai de encontro às finalidades do Contrato de Gestão, de onde espera-se eficiência, redução de custos e o melhor alcance das finalidades públicas.

12

Cumpre observar, também, que há categorias profissionais que não se disponibilizam a serem contratados por CLT, como é o caso dos Anestesistas, o que causaria uma impossibilidade de execução dos serviços.

Quanto à categoria dos cirurgiões, vale ressaltar que o HGVF só realiza cirurgias eletivas, ou seja, aquelas agendadas com antecedência. Com isso, a contratação de cirurgiões médicos via Pessoa Jurídica pode representar até 70% (setenta por cento) de redução de custos, se comparado com a contratação de cirurgiões através da CLT.

Assim, diante da ilegal imposição prevista em Contrato, que inviabilizará a eficiente execução contratual, requer desde já a procedência do recurso para a exclusão do inciso VI da Cláusula Quarta do Contrato.

O IDEIAS questiona, também, a impossibilidade de contratação de médicos ou outros profissionais de saúde por meio de pessoa jurídica, prevista no inciso VI, da Cláusula Décima Quarta, da Minuta do Contrato de Gestão.

Impende informar que inexiste qualquer irregularidade na vedação de contratação pela OS de médicos ou outros profissionais de saúde por meio de pessoa jurídica, tendo a FMS optado por vetar esta forma de contratação em razão dos riscos a ela inerentes.

Ainda não há consenso, nem em âmbito doutrinário, nem em âmbito judicial, acerca da licitude da terceirização de atividade-fim, prevalecendo o entendimento de que a contratação de trabalhadores para a prestação de serviços ligados às atividades-fim do tomador, por intermédio de pessoas jurídicas fornecedoras de mão-de-obra ou ainda das quais tais profissionais sejam sócios (hipótese conhecida como “pejotização”), é ilegal.

Daí a opção válida da FMS por não admitir tal modalidade de contratação relativamente aos profissionais de saúde que serão contratados pela OS, pois, tratando-se de contrato de gestão que tem por escopo transferir à entidade parceira a administração de estabelecimento hospitalar e a execução dos serviços de saúde nele prestados, evidente que as funções desempenhadas por tais profissionais relacionam-se à atividade-fim desenvolvida no Hopital objeto da delegação. Em suma, dadas as especificidades do contrato de gestão que se pretende celebrar, é razoável presumir que todo o profissional de saúde que venha a ser contratado pela OS estará inserido na área-fim de atuação do Hospital.

No entanto, considerando o perfil assistencial do Hospital e os serviços por ele oferecidos, é possível vislumbrar hipóteses em que as atividades do profissioal de saúde não serão desempenhadas com pessoalidade, subordinação e habitualidade, casos em que estará afastada possível

caracterização de vínculo empregatício, tornando-se, assim, despicienda a contratação destes profissionais pelo regime celetista, o que acabaria onerando o erário desnecessariamente.

Assim, nos casos em que não estiverem presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, isto é, nas hipóteses em que os profissionais desempenharem funções em caráter eventual, transitório ou acidental, não se vislumbram impedimentos a sua contratação por meio de pessoa jurídica. Todavia, relativamente aos profissionais da área da saúde que, de acordo com a proposta apresentada, vierem a desempenhar as suas funções com pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação, mantém-se a proibição prevista no edital, cabendo a cada OS participante formular a sua proposta levando em consideração tal distinção e explicitando a forma de contratação de cada profissional em sua proposta.

Dessa forma, a Comissão Especial de Seleção acolhe parcialmente o pedido da OS, retificando a redação do inciso VI, da Cláusula Quarta, da Minuta de Contrato de Gestão, que passará a constar no instrumento convocatório nos seguintes termos:

Onde se lê:

"VI – A OS não poderá contratar médicos ou outros profissionais de saúde por meio de pessoa jurídica."

Leia-se:

"VI – A OS não poderá contratar médicos ou outros profissionais de saúde por meio de pessoa jurídica, ***exceto médicos ou outros profissionais de saúde para o desempenho de funções eventuais e transitórias****."*

PREFEITURA NITERÓI SAÚDE

6. DA IMPUGNAÇÃO AO INCISO VI, DA CLÁUSULA QUARTA, DA MINUTA DO CONTRATO DE GESTÃO DO EDITAL DE SELEÇÃO PÚBLICA N.º 001/2018

2.5.1 CLÁUSULA QUARTA
"Das atribuições, obrigações e responsabilidades da OS"
Inciso XXXI

Outra ilegalidade presente no Contrato que acompanha o Edital, refere-se à limitação remuneratória dos profissionais:

> XXXI – Limitar a remuneração dos administradores, gerentes, diretores ou empregados da OS, aí incluídas quaisquer vantagens pecuniárias, ao teto remuneratório aplicável ao Chefe do Executivo Municipal, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei n.º 2.854/11, excepcionados de tal limitação apenas as férias e adicionais pagos em razão de condições especiais de trabalho, como horas extras, adicional noturno e adicional de insalubridade;

Proc. SEI 9228 - 2018
Data 12 - 07 - 18
Fls. 14

Todavia, o dispositivo contratual viola frontalmente o entendimento do **E. Supremo Tribunal Federal**, nos autos da **ADI nº 1.923-5**, que com clareza incontestável, firmou o pacífico entendimento acerca da remuneração dos empregados das Organizações Sociais:

> **ADI 1.923-5**
> **EMENTA**
> 16. **Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente.**

O entendimento da Corte Constitucional acerca da matéria, refuta, de plano, a vinculação pretendida no inciso XXXI da Cláusula Quarta do Contrato.

A Ementa do julgado não deixa dúvidas quanto a plena e absoluta liberdade remuneratória a que os contratados da Organização Social estão sujeitos, livre de base legal, não incidindo a regra do art. 37, X da CF/1988.

A tentativa do Edital, data máxima vênia, objetiva justamente a vinculação da remuneração dos profissionais privados a parâmetros de servidor público (salário do Chefe do Executivo, previsto em Lei), emergindo flagrante INCONSTITUCIONALIDADE na exigência contratual.

Diante do exposto, impugna o dispositivo contratual por nítida inconstitucionalidade.

Proc. SEI 9228 - 2018
Data 10 - 07 - 18
Fls. 15

4

A entidade do Terceiro Setor, por fim, afirma que a limitação da remuneração dos profissionais contratados para execução do objeto do Contrato de Gestão ao teto remuneratório aplicável ao Chefe do Executivo Municipal, prevista no inciso XXXI, da Minuta de Contrato de Gestão, supostamente violaria o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) firmado no julgamento da ADI n.º 1.923-5.

Diferentemente do que alega a OS, o STF na mencionada decisão em momento algum considera inconstitucional a limitação da remuneração paga aos profissionais contratados pelas organizações sociais ao teto previsto no texto constitucional para o funcionalismo público em geral, tendo apenas afirmado inexistir vedação ao pagamento em patamar superior ao limite constitucional.

Afinal, segundo a Teoria dos Poderes Implícitos, *quem pode o mais, evidentemente, pode o menos*.

Portanto, não há qualquer ilegalidade no edital em limitar a remuneração dos administradores, gerentes, diretores ou empregados da OS ao teto remuneratório aplicável ao Chefe do Executivo Municipal.

Por todo o exposto, resta PARCIALMENTE DEFERIDA a presente impugnação.

Niterói, 13 de julho de 2018.

_____

RAMON LORENZO FARELL SANCHEZ
PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE SELEÇÃO