Valor: R$ 1.000,00 | Classificador:
Mandado de Segurança (CF, Lei 12016/2009)
PLANTÃO 2º GRAU
Usuário: - Data: 22/06/2019 14:32:39

Cuida-se de mandado de Segurança impetrado pela FUNDAÇÃO UNIVERSITÁRIA EVANGÉLICA–FUNEV, Av. Brasil nº3700, Cidade Universitária, Anápolis-GO- Cep: 75.083-440, CNPJ sob o nº 07.776.237/0001-08. Presidente, Dr. Cicilio Alves de Moraes, brasileiro, casado, médico, inscrito no CPF: nº 060.829.471-34, C.I. N º 3722 CRM-GO, neste ato representada pelo seu representante legal, através dos advogados, com documento procuratório incluso, vem, respeitosamente, A COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR–INAUDITA ALTERA PARS conforme lhes autoriza o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009; além dos dispositivos do Código de Processo Civil aplicáveis à espécie, contra ato do Sr. ISMAEL ALEXANDRINO JÚNIOR–SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE DE GOIÁS, ou quem legalmente o substitua, sito Rua SC1, nº 299 Parque Santa Cruz -Goiânia/GO- CEP: 74 860-270, ao fundamento de que foi excluída do processo de chamamento por não constituir Organização social em saúde, alegando que o procedimento para tal declaração já se encontra findo (que motivou sua exclusão), tão só no aguardo de assinatura do decreto do executivo. Comprova o alegado, através de documentos, ora não é de razovel compreensão que se exclua um pretendente, uma proposta a mais, possibilitando melhor escolha, tão somente por não possuir no momento da oferta de proposta a condição, sendo de razoável entendimento que a mesma comprove o requisito quando de eventual assinatura de contrato, convênio ou quaisquer outros copromissos, mesmo porque a condição bastante, já esta de vista (aguardando assinatura do governador), razão pela qual defiro o pedido para decretar a revogação do ato coator e permitir a participação da entidade impetrante nas demais fases do certame, com a abertura e julgamento de sua proposta de trabalho, ficando sob judice sua participação, até julgamento final do presente. Expeça-se a ordem.

Promovam-se as notificações necessárias e demais termos legais.

Goiânia, data e hora digitais

Maurício Porfírio Rosa

Plantonista

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Documento Assinado e Publicado Digitalmente em 22/06/2019 12:53:13
Assinado por MAURICIO PORFIRIO ROSA
Validação pelo código: 10433563090309450, no endereço: https://projudi.tjgo.jus.br/PendenciaPublica

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS.

FUNDAÇÃO UNIVERSITÁRIA EVANGÉLICA – FUNEV, Av. Brasil nº3700, Cidade Universitária, Anápolis- GO- Cep: 75.083-440, CNPJ sob o nº 07.776.237/0001-08. Presidente, Dr. Cicilio Alves de Moraes, brasileiro, casado, médico, inscrito no CPF: nº 060.829.471-34, C.I. N º 3722 CRM-GO, neste ato representada pelo seu representante legal, pelos advogados abaixo assinados, documento procuratório incluso (doc. 01), com escritório profissional no endereço grafado, onde recebem as comunicações de estilo, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA

COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR – *INAUDITA ALTERA PARS*

conforme lhes autoriza o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009; além dos dispositivos do Código de Processo Civil aplicáveis à espécie, contra ato do **Sr. ISMAEL ALEXANDRINO JÚNIOR– SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE DE GOIÁS,** ou quem legalmente o substitua, sito Rua SC1, nº 299 Parque Santa Cruz - Goiânia/GO - CEP: 74860-270, como segue :

DOS FATOS

1. No caso presente, tramita perante a Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, o Instrumento de Chamamento Público nº 01/2019 - PROCESSO: 201900010008114, que tem como objeto Seleção de organização social para celebração de Contrato de Gestão objetivando o gerenciamento, a operacionalização e a execução das ações e serviços de saúde, em regime de 24 horas/dia, no Hospital Estadual de Urgências de Anápolis Dr. Henrique Santillo - HUANA, localizado à Avenida Brasil Norte, nº 3631 – Cidade Universitária – Anápolis - GO, por um período de 48 (quarenta e oito) meses, contados a partir da publicação de seu resumo na imprensa oficial, podendo ser prorrogado sempre que houver interesse das partes, estando o presente Edital regido pela Lei Estadual nº 15.503/2005 e suas alterações, Resolução Normativa nº 013/2017 do Tribunal de Contas do Estado de Goiás e suas alterações, e subsidiariamente à Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações.

2. Inobstante o entendimento pessoal da entidade impetrante que a Lei nº 8.666/93 deveria ser utilizada somente de forma subsidiária no referido procedimento administrativo, temos que o Instrumento de Chamamento Público é sim um edital, e o edital é a base de uma licitação, de um concurso, certame, ou qualquer forma de escolha que a administração pública adote, de forma a respeitar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e isonomia, impostos à Administração Pública por força do artigo 37 caput da Constituição Federal, sendo que a nulidade de referido documento, gera a nulidade do procedimento administrativo e até mesmo de eventual contrato administrativo decorrente, com responsabilização pessoal dos entes políticos.

2. Temos que, consoante artigo 49, parágrafo segundo da Lei nº 8.666/93: *"A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei."*

3. Porém, ocorre que referido edital de chamamento público contém cláusulas que no entender da impetrante são abusivas e ilegais, além de atentar contra o princípio da isonomia e da

impessoalidade, insculpidos na Constituição Federal, além de ferir os princípios da Administração Pública, as quais se não sanadas tempestivamente, ocasionarão a nulidade de todo o presente procedimento.

4. Neste sentido, verifica-se que no dia 14/05/2019 ocorreu a publicação da Ata de Abertura de Sessão Pública de habilitação das entidades concorrentes, sendo que, nessa sessão, ficou INABILITADA a entidade impetrante.

5. A Comissão Interna de Chamamento Público decidiu pela inabilitação da Entidade impetrante, pelo seguinte fundamento:

"A Fundação Universitária Evangélica (FUNEV) não apresentou o Decreto de Qualificação como Organização Social em Saúde no Estado de Goiás, conforme preceitua o art. 1º, caput, da Lei 15.503/05, bem como o item 4.1 do Edital, que traz a qualificação em saúde como uma condição para participação no certame." (grifo nosso)

6. Ocorre que, os argumentos lançados pela Comissão no sentido de inabilitar a impetrante não se sustentam, razão pela qual foi manejado o competente recurso administrativo, pelos seguintes motivos:

1. CUMPRIMENTO DAS NORMAS E PRAZOS LEGAIS PELA FUNDAÇÃO UNIVERSITÁRIA EVANGÉLICA-FUNEV.

A Entidade impetrante é qualificada como Organização Social no Estado de Goiás desde 2011, por meio do Decreto n. 7.240 (doc. anexo).

Assim, na data de 02/04/2019, a impetrante pleiteou através do processo 201900001002763 a qualificação como Organização Social em Saúde à Secretaria de Estado da Casa Civil (doc. anexo), nos termos da Lei n. 15.503/05:

Art. 1º A qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como organizações sociais dar-se-á por meio de decreto do Chefe do Executivo:

(...)

§ 2º A qualquer tempo, as entidades interessadas em se qualificarem como organizações sociais poderão pleitear a expedição do respectivo título, mediante requerimento devidamente instruído à Secretaria de Estado da Casa Civil.

§ 3º No procedimento de que trata o § 2º deste artigo, o órgão ou a entidade da área correspondente deverá manifestar-se, de maneira concisa e objetiva, ***em prazo não superior a 15 (quinze) dias corridos,*** *acerca da capacidade técnica da entidade na área em que se pretende qualificar como organização social, cabendo, por conseguinte, à Procuradoria-Geral do Estado o exame dos demais requisitos necessários para a concessão do respectivo título.* (Grifei).

No curso do processo de qualificação, a Gerência de Auditoria e Processamento e Informação da SES, emitiu o Parecer n. 190, no qual foi reconhecida a capacidade técnica da Entidade. O Secretário de Saúde manifestou-se favorável à qualificação (Despacho n. 2934/2019-GAB, doc. anexo).

Em que pese o cumprimento dos requisitos legais, a Advocacia Setorial da Casa Civil emitiu o Parecer ADSET N. 50/2019 e manifestou-se pelo indeferimento do pleito.

Em face da decisão proferida, a Entidade impetrante interpôs perante a Procuradoria Geral do Estado, que por meio do Despacho 683/2019 (doc. 4), opinou pelo deferimento da qualificação da impetrante como Organização Social na área da Saúde.

Diante disso, 17/05/19 a Advocacia Setorial, por meio do Despacho 401/2019ADSET - 12317, reconheceu que o processo de qualificação encontra-se maduro o suficiente para a edição do ato de qualificação como organização social na área da saúde, razão pela qual remeteu os autos à Superintendência de Legislação, Atos Oficiais e Assuntos Técnicos para as providências pertinentes quanto à edição do Decreto (doc. anexo).

Atualmente, o processo encontra-se no Núcleo Executivo da Secretaria Geral aguardando somente a expedição e assinatura do Decreto do Chefe do Executivo (doc. anexo), DESDE O DIA 21/05/2019, ou seja, a mais de 30 (trinta) dias.

In casu, do histórico acima exposto, verifica-se que a Recorrente cumpriu com todos os atos de sua competência, dentro do prazo legal, à medida que o requerimento de qualificação fora protocolado perante à Secretaria de Estado da Saúde em 02/04/2019, isto é, antes mesmo da publicação do Edital de Chamamento Público.

Por outro lado, já ultrapassado o prazo de 15 dias corridos, a análise não fora concluída pela Casa Civil, em evidente afronta ao §3º do art. 1º da Lei 15.501/05. Denota-se, portanto, que o Decreto de qualificação não encontra-se expedido em razão da morosidade estatal, fato que a Entidade impetrante não deu causa e por ele não pode ser penalizada.

2. EXCESSO DE FORMALISMO PELA COMISSÃO INTERNA DE CHAMAMENTO PÚBLICO.

A Lei n 15.503/05 dispõe que o Poder Público estimulará a qualificação de maior número de entidades como organização social:

Art. 1º A qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como organizações sociais dar-se-á por meio de decreto do Chefe do Executivo:

§ 1º O Poder Público Estadual estimulará a qualificação como organização social do maior número possível de entidades de direito privado, com a finalidade de, mediante a constituição de banco cadastral, proporcionar, por ocasião da celebração de ajustes de colaboração, maior concorrência entre os interessados e garantir que a melhor escolha seja feita pela Administração estadual.

Tal previsão prestigia a maior competitividade entre as Entidades, de modo que o processo de contratação com o Poder Público deverá obedecer aos ditames legais/formais que o regem.

Paralelamente, impõe-se que ao cumprir as normas, não haja formalismo excessivo e desnecessário por parte do Poder Público, sob pena de exclusão de propostas que representam a melhor opção para a Administração.

Nesse sentido, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. 2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes. 3. Segurança concedida. (DJ 07/10/2002, 1ª Seção: MS nº 5.869/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ). (Grifei).

Assim sendo, as normas deverão ser aplicadas em observância ao Princípio da Razoabilidade e ao bom senso na interpretação das leis vigentes.

Face ao exposto, tendo em vista que a Fundação Universitária Evangélica-FUNEV atendeu os requisitos constantes na Lei 15.503/05, bem como que o Decreto de qualificação como organização na área da saúde ainda não fora expedido em razão da morosidade por parte do Sr. Governador do Estado, ilegal e arbitrária a exclusão da Entidade impetrante, devidamente habilitada, para participação no certame.

Ressalta-se que o processo de qualificação (201900001002763) está em trâmite na Casa Civil e aguarda tão somente o ato do Governador do Estado, que desde 21/05/2019 aguarda tal providência. A Comissão Interna de Chamamento Público, inclusive, poderia realizar diligências ou consultas a fim de confirmar a expedição da qualificação da impetrante.

7. Ocorre que, inobstante todos os argumentos jurídicos e documentos coligidos, entendeu a comissão interna de chamamento público manter a decisão de inabilitação da entidade impetrante, e recomendar ao Sr. Secretário de Estado da Saúde, ora autoridade coatora, que inabilite a entidade impetrante.

8. Conforme se verifica, o Sr. Secretário da Saúde acatou as sugestões da comissão e manteve a decisão de inabilitar a entidade impetrante, desconsiderando todos os argumentos e fundamentos expostos pela mesma.

9. Verifica-se que despacho da autoridade coatora, Sr. Secretário da Saúde foi expedido em 18/06/2019, publicado no dia 19/06/2019, véspera do feriado de corpus christi (20/06/2019), e já anuncia para o dia 24/06/2019, às 14 hs, o seguimento do certame, com a abertura dos envelopes de “Proposta de Trabalho”.

10. No caso em comento, a entidade impetrante está sendo penalizada duplamente pela Administração Estadual, uma por que já é qualificada como Organização Social desde 2011, conforme comprovado.

11. Agora, quando pleiteou antes mesmo da publicação do edital de chamamento público sua qualificação especifica, teve parecer favorável da própria autoridade coatora, o Sr. Secretário da Saúde, e procedida a análise jurídica pela douta Procuradoria Geral do Estado – PGE, teve parecer favorável, e somente não está ainda qualificada por desídia do Sr. Governador do Estado, que tem o processo de qualificação com minuta do Decreto pronto a colher somente sua assinatura desde 21/05/2019, não o faz, violando assim as disposições legais e prejudicando da entidade impetrante.

12. Neste sentido, faz-se necessário trazer à lume as lições proferidas pelo Ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto-vista no julgamento da ADI 1923-DF, onde o Supremo Tribunal Federal analisa a constitucionalidade da chamada "Lei das Organizações Sociais – Lei Federal nº 9.637/98", onde assim disse:

"(...) Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput).

(...)

44. Deste modo, a qualificação, que, como dito, caberia em tese a qualquer interessado, só pode ser indeferida por critérios comprovadamente objetivos e impessoais, fixados em harmonia com o que prega o art. 20 da Lei, cuja configuração in concreto seja demonstrada por razões fundamentadas nos autos de processo administrativo, preservando-se, assim, o alerta do Procurador-Geral da República no sentido de que o procedimento de qualificação "deve atender a juízos racionais do agente público" (fls. 447). É este o conceito de discricionariedade que, in casu, deve ser extraído da Constituição, sem que de qualquer forma se configure, por essa linha, violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, justamente as bases axiológicas da regra constitucional da licitação. Portanto, não há violação à Constituição pela ausência de licitação no procedimento de qualificação, já que se trata, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzido sempre com a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública." (grifo nosso)

13. No caso em comento, está havendo pela autoridade coatora uma burla ao princípio constitucional da legalidade, na medida em que, edita um ato de inabilitação da entidade impetrante a participar do chamamento público por mero capricho e arbitrariedade da própria Administração.

14. No caso presente, está a autoridade coatora a violar o princípio *"Nemo auditur propriam turpitudinem allegans",* que significa pura e simplesmente que: NINGUÉM PODE SE BENEFICIAR DA PRÓPRIA TORPEZA, o que traduzindo para a aplicação fática, conforme se impõe em todas as searas do direito e até da vida em sociedade, significa que nenhuma pessoa pode fazer algo incorreto, praticar um ato ilícito, ou descumprir uma regra de conduta, imposta pelas normas legais, e depois alegar tal conduta em proveito próprio.

15. Tomando-se por base a lei de licitações, haja vista que esta norteia o regramento do Chamamento Público em evidência, tem-se que a mesma veda terminantemente a aplicação de qualquer cláusula ou condição que restrinja ou frustre o caráter competitivo do certame, senão vejamos o que preleciona o art. 3º e seu inc. I do § 1º, in verbis:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 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; (grifamos)

16. Por tudo o que se expôs, a prevalecer o entendimento equivocado da autoridade coatora, restará evidenciado o caráter restritivo do Chamamento Público em voga, pois tal situação impede a competitividade do certame às Organizações Sociais da área de saúde com sede em Goiás.

17. Ainda citando o voto do Ministro Luiz Fux, ao proferir seu voto-vista no julgamento da ADI 1923-DF:

"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 idéia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, caput)." (grifo nosso)

DO CABIMENTO DO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA

Dispõe o artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal: *"conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."*

Em que pese não ter a Lei de Licitações incidência direta sobre o presente procedimento, porém, deverá ser atentado pela autoridade coatora para o que prescreve o artigo 37, inciso XXI, primeira parte da Carta Magna, *"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, (...)"*.

O princípio constitucional da igualdade também encontra-se resguardado no 'caput' do artigo 5º do diploma Constitucional: *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)".*

Desta forma, a ora Impetrante, como participante do Chamamento Público, tem direito no referido certame, ao atendimento do princípio de igualdade, ao atendimento dos ditames legais aplicáveis à contratação (princípios civilistas, Lei nº 8.666/93, Constituição Federal), o que não se observou no presente caso, justificando a impetração do presente Mandado de Segurança.

Conforme Parecer do professor Adilson Abreu Dallari, publicado no Boletim de Licitações e Contratos de junho/94 :

"A doutrina pátria é rica na delimitação do tema. Segundo o saudoso professor Hely Lopes Meirelles: "Mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado por lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei nº 1.544/51, art. 1º)". (Mandado de Segurança ..., 18ª ed. atual. por Arnoldo Wald, São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 22/23).

Regulamenta-o principalmente a Lei nº 1.533/51, estando seu conceito contido no art. 1º. Larga é a utilização do chamado "remédio heróico" contra atos ilegais da Administração Pública, no conceito extensivo de ato de autoridade.

Para José Afonso da Silva: "Mandado de segurança é (...) um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 391).

Pontue-se a clássica advertência do professor Celso Agrícola Barbi: "O conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende a um modo de ser de um direito subjetivo no processo; a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos" (Do Mandado de Segurança, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 87, grifos do autor).

Nas licitações, inobstante a exaustiva delimitação legal (Leis nos 8.666/93 e 8.987/95) das oportunidades de impugnação e recursos, a serem solucionados no âmbito administrativo, nota-se uma grande incidência de mandados de segurança.

O cumprimento dos princípios constitucionais delineados no art. 37 da Constituição Federal é a orientação basilar subjacente às Leis nos 8.666/93 e 8.987/95 para correção e legitimidade dos procedimentos licitatórios. Destacam-se dois princípios: o da legalidade, no "aplicar a lei de ofício" (comentado pelo ínclito Seabra Fagundes em seu clássico O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, São Paulo, p. 3), e o da moralidade administrativa (analisado pelo Ministro José Augusto Delgado em percuciente artigo: "O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988", Revista Ciência Jurídica, vol. 44, 1992, p. 60).

O licitante possui inúmeros direitos que podem, eventualmente, ser relegados no curso do certame. Assiste-lhe o direito básico líquido e certo ao regular cumprimento do rito processual da licitação, bem como ao resultado eficaz desta.

O rito seqüencial do procedimento é rigorosamente previsto nos arts. 43, 51 e 109 da Lei nº 8.666/93, salientando o art. 43, que explicita a fase externa. Esta constitui o "procedimento" propriamente dito. Abrange o aviso do edital, a habilitação, os ritos de recebimento, julgamento e classificação de propostas, a adjudicação e a homologação, com seus respectivos tempos de ancoragem para impugnação e recurso.

O competidor poderá lançar mão da impugnação prévia das regras editalícias (art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/93); fiscalizará com olhar de lince a documentação dos demais concorrentes e detectará as menores falhas em suas propostas; interporá recursos administrativos com efeito suspensivo (art. 109)

tanto na fase de habilitação quanto na de classificação, sabidamente estanques e preclusivas (arts. 43, § 1º; 45, § 5º; e 109, § 2º); e fará denúncias ao Tribunal de Contas (art. 113, § 1º).

Ainda poderá, talvez, fornecer informações ao Ministério Público, para provocar sua iniciativa (art. 101); e, se suas reivindicações encontrarem repercussão em algum segmento da população, juntar-se-á a outros cidadãos para intentar ação popular (art. 5º, LXIII, da CF e Lei nº 4.717/65).

A par dessas providências legalmente previstas, algum concorrente poderá veicular pela imprensa matérias favoráveis à sua imagem e à sua pretensão. Certas empresas tentarão talvez valer-se de influências políticas e lobbies de toda sorte.

Concomitantemente, ou ao final de todo o procedimento, poderá recorrer ao "remédio heróico", ou seja, ao mandado de segurança.

Na hipótese de obterem êxito os reclamos apresentados por concorrentes, em qualquer dos pontos permitidos do processo, estes conduzirão basicamente a três alternativas por parte da Administração: a) alterar ou mudar o edital (art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93); b) revogar o procedimento, por motivo de fato superveniente; c) anular o procedimento, por motivo de ilegalidade (justa causa, Súmula nº 473 do STF), observado o devido processo legal (art. 49 da Lei nº 8.666/93, combinado com o art. 53 da Lei nº 9.784/99.

O STJ, em recente decisão, alerta que o devido processo legal, na licitação, torna-se efetivo Pela "... obediência à ordenação e à sucessão das fases procedimentais consignadas na lei e do edital de convocação, sendo inalterável através da mera comunicação interna aos licitantes" (MS nº 5.755, DJ de 3.11.98, p. 7. Vide, ainda, MS nº 94.001.117, BLC – Boletim de Licitações e Contratos, janeiro 1999, p. 37; Geraldo Brindeiro, "O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito", RTDP 19, 1997, p. 49).

A explicitar a índole determinística da fase externa (procedimento), registre-se elucidativa orientação do STJ em recente acórdão:

"No processo licitatório a comissão está subordinada ao princípio de que seus julgamentos são de natureza objetiva, vinculados aos documentos apresentados pelos licitantes e subordinados a critérios de rigorosa imparcialidade. Não há como se prestigiar, em um regime democrático, solução administrativa que acena pela imposição da vontade pessoal do agente público e que se apresenta como desvirtuadora dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da transparência e da

verdade" (STJ, MS nº 5.287–DF, DJ de 9.3.98 e BLC – Boletim de Licitações e Contratos, março 1998, p. 122)."

Em se tratando de atos praticados no âmbito de procedimento administrativo, a medida judicial cabível é o Mandado de Segurança, eis que é direito líquido e certo de todo participante que o certame se desenvolva de acordo com os ditames legais aplicáveis à espécie.

Conforme preconiza o artigo 5º, 'caput' da Constituição Federal; *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)".*

Com isso, é vedada qualquer atitude que contrarie o dispositivo acima; como discriminação.

Disto conclui-se que o princípio da legalidade é de grande importância em nosso ordenamento jurídico, devendo ser defendido e aplicado sempre.

Ocorre que, 'in casu' em apreço, tal preceito não foi observado, caracterizando expresso cerceamento ao direito de ampla participação, com claro direcionamento do certame a limitar, de forma ilegal, o número de concorrentes, o que não pode ser aceito.

É visível a ilegalidade.

Consoante preceitua Hely Lopes Meirelles1; *"administração pública é o conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral; é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade."*

Continua o ilustre doutrinador2; *"administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública."*

3*"A natureza da administração pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo : o bem comum da coletividade administrada."*

DA CONCLUSÃO

Do acima exposto observa-se que esta autoridade nominada coatora está utilizando-se de exigências para limitar a participação de entidades já qualificadas como Organizações Sociais no Estado de Goiás, e ainda, impedindo que a entidade coatora continue no certame, mesmo tendo obtido parecer favorável à sua qualificação especifica, por parte da autoridade coatora e da Procuradoria Geral do Estado, e está sem a finalização do processo de qualificação por única e exclusiva desídia do Sr. Governador do Estado, o que é flagrantemente contrário à legislação vigente, eis que denota a intenção do Poder Público no tocante a negativa de ampla participação de concorrentes.

[1] Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros editores, p. 60

[2] Meirelles, Hely Lopes, ob. Cit., p. 79

[3] Meirelles, Hely Lopes, ob. Cit., p. 80

De acordo com o Professor Cirne Lima4; *"o fim, e não a vontade do administrador domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra temente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito. No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade."*

Neste diapasão é que torna-se necessária a realização de um procedimento de escolha da entidade, que, segundo preconiza o douto Hely Lopes Meireles5 se trata *" do procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse"*.

O procedimento de escolha de entidade para celebração do contrato de gestão se realiza através de várias modalidades; previstas legalmente, sendo que visa única e exclusivamente atender ao bem comum da comunidade em questão; proporcionando, com a participação de várias entidades concorrentes, que o melhor serviço seja contratado pelo melhor custo.

Entretanto, para que tal objetivo seja atingido, perfaz-se necessário que a Administração Pública observe a aplicação dos princípios inerentes ao da licitação; que são : procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital, julgamento objetivo, probidade administrativa, adjudicação compulsória.

Todos estes princípios são importantes; sendo que um procedimento administrativo de escolha de entidade para celebração de contrato de gestão desrespeitando qualquer deles, será tido como nulo.

[4] Lima, Rui Cirne; Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, p. 19

[5] Meirelles, Hely Lopes; ob. Cit., p. 247

Igualdade entre os concorrentes é, consoante preconiza o douto Hely Lopes Meireles; *"princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais. O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo."*

Continuando com a lição do doutrinado citado: *"A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) -, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivelem no julgamento."*

Conforme Celso Ribeiro Bastos6, "in" Comentários à Constituição do Brasil; preconiza que : *"a igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde não seja impositiva".*

Segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro7; *"O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais."*

Neste mesmo sentido, vem a jurisprudência pátria, como exemplificado a seguir :

[6] Bastos, Celso Ribeiro; Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, p. 170

[7] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; Direito Administrativo, editora Atlas, p. 295

"Licitação – Edital – Anulação – Exigência violadora do princípio da igualdade, restringindo o caráter competitivo do procedimento – Cláusula discriminatória – Artigos 37, inciso XXI, da Constituição da República, e 3º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei Federal n. 2.300, de 1986. A REGRA GERAL NA LICITAÇÃO É A PARTICIPAÇÃO DO MAIOR NÚMERO POSSÍVEL DE LICITANTES, DEVENDO O EDITAL SER PARCIMÔNIO E CRITERIOSO AO FIXAR REQUISITOS, POIS SÃO PROIBIDAS AS CONDIÇÕES IMPERTINENTES, INÚTEIS E DESNECESSÁRIAS. (TJSP, Ap. 225.567-1, 3ª Ccív., v.u., j. 25-4-95, Rel. Des. Alfredo Migliore, LEX-JTJ 172/109)"

Assim, depreende-se que a legislação é clara no sentido de que a única regra a interferir na seleção da proposta vencedora de um certame é a da mais vantajosa para o órgão licitante, tendo-se por afastada qualquer exigência que expresse qualquer tipo de rigorismo inútil.

Novamente utilizando-se dos ensinamentos de Hely Lopes Meireles8; *"Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo."*

Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino9 assim preceituam; *"O princípio da legalidade significa exatamente isto : somente será legítimo, correto, válido, aceitável, regular, qualquer ato administrativo, incluso no procedimento licitatório, se obedecer ele, com inteiro rigor o roteiro dado pela lei. Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado, e o significado da afirmação é precisamente o de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja : nenhuma liberdade tem esse último de agir discricionariamente segundo sua escolha ou seu gosto particular; mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei."*

[8] Meirelles, Hely Lopes; ob. Cit. 156

[9] Rigolin, Ivan Barbosa e Bottino, Marco Tullio; Manual Prático das Licitações, editora Saraiva, p. 105/106

Neste sentido, os artigos da Lei de Licitações :

"Artigo 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

Artigo 4º - Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único - O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Artigo 82 - Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar."

Também a Constituição Federal assim prevê :

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

"Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)".

Como ensina Hely Lopes Meirelles10; *"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.*

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autorize. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe."

Um Edital que não obedeça aos princípios acima descritos contraria aos princípios e regras da Lei de Licitações, sendo nulo, hipótese esta retratada no caso em análise.

De acordo com ensinamentos de Marçal Justen Filho11, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos; *"Não se admitem requisitos que, restritos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado. Deve-se considerar a atividade principal e essencial a*

[10] Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros editores, páginas 82/83

[11] Filho, Marçal Justen, ob. Cit., p. 345

ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. Isso não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes. São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação".

"Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório, exigências autorizadas na Lei. Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas."

Continua Hely Lopes Meirelles12 ; *"Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infrigência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei."*

Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em quatro regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador : legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. A legalidade, como princípio de administração (art. 37, 'caput' da CF), 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. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal.

Cabalmente demonstrado que a inabilitação da entidade impetrante do certame decorrente do edital de Chamamento Público em discussão deve ser anulada/nulificada e mantida a mesma nesta seleção.

[12] DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, RT, 12ª ed., São Paulo, p. 132.

DA URGÊNCIA DO CASO

DO PEDIDO DE LIMINAR

Consoante a ensinamento do douto Humberto Theodoro Júnior, Processo Cautelar; *"o 'fumus boni iuris' corresponde à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado".*

Ainda, conforme entendimento do professor citado; *"Para obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela".*

Segundo Lopes da Costa; *"o dano deve ser provável e fundado, devendo ser analisado objetivamente".*

O 'fumus boni juris' encontra-se demonstrado no corpo deste 'mandamus'.

Já o princípio do 'periculum in mora' se apresenta uma vez que a data para a abertura dos envelopes de proposta técnica pelas entidades encontra-se designada para o dia 24 de junho – segunda-feira, às 14:00 horas.

Assim, ***a Impetrante requer, 'inaudita altera pars', em caráter de urgência, a determinação para a revogação do ato administrativo que excluiu a entidade impetrante do certame, determinando que a sua proposta de trabalho seja conhecida.***

Caso assim não entenda este juízo, ***requer a suspensão/paralisação imediata do Chamamento Público tratado, até final decisão deste Mandado de Segurança***, quando este procedimento deverá ser adequado, com a exigência ilegal ser anulada/nulificada integralmente, adequando-se o edital cerne das normas constitucionais e aos preceitos legais, conforme amplamente demonstrado neste 'mandamus'.

Alternativamente, caso estes pedidos somente venham a ser apreciados após a abertura do certame, requer que a liminar seja concedida no sentido de suspender os demais atos do certame até o final julgamento.

DO PEDIDO

ISTO POSTO, é a presente para requerer que V. Exa :

a) a revogação do ato coator e permissão para participação da entidade impetrante nas demais fases do certame, com a abertura e julgamento de sua proposta de trabalho;

b) caso assim não se entenda, que seja procedida a suspensão/paralisação imediata do Chamamento Público nº 001/2019 tratado, até final decisão deste Mandado de Segurança, quando o edital e eventuais atos subseqüentes deverão ser anulados/nulificados integralmente;

c) ao final sejam as providências acima revertidas em caráter definitivo, com a conseqüente determinação de revisão/anulação dos atos administrativos em apreço, adequando-os conforme fundamentação neste Mandado de Segurança;

d) se digne a determinar a intimação da autoridade Impetrada, no endereço constante do campo qualificatório deste ‘mandamus’, para que preste as informações necessárias no prazo legal, bem como a intimação do Ministério Público, para que profira seu parecer;

e) INDICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA VINCULADA - Nos termos do artigo 6º da Lei nº 12.016/2009, indica como a pessoa jurídica que a autoridade coatora integra como sendo o ESTADO DE GOIÁS, representado em juízo pela Procuradoria Geral do Estado de Goiás, através do Senhor Procuradora Geral do Estado – JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, sito na Praça Dr. Pedro Ludovico Teixeira, n.º26 - Centro - Goiânia/GO - Cep:74.003-010.

Dá-se ao feito, para efeitos fiscais, o valor de R$ 1.000,00 (hum mil reais).

Goiânia, 22 de junho de 2019.

JUSCIMAR PINTO RIBEIRO

OAB/GO nº 14.232