

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



PROCESSO nº 0197452-15.2020.8.19.0001

DECISÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de GABRIEL CARVALHO NEVES FRANCO DOS SANTOS, EDMAR JOSÉ ALVES DOS SANTOS, YURI FREDERICO OLIVEIRA FERNANDES, PRISCILA BARBOSA DA SILVA, MARIÂNGELA GARCIA SANTOS DA SILVA, Organização Social de Saúde INSTITUTO DIVA ALVES DO BRASIL (IDAB) e ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Consta da inicial que a investigação realizada no âmbito do procedimento nº 2020.00279635 apurou ilegalidade na contratação, pela Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, por meio do Edital de Seleção SUBEXEC 001/2020, da OSS denominada Instituto Diva Alves - IDAB para a gestão do Hospital Estadual Anchieta, no bojo do processo SEI 080001/006797/2020. Constatou-se que a contratação foi direcionada, desrespeitando os princípios da impessoalidade, da legalidade, da ampla competitividade, da moralidade, da isonomia, da finalidade e da eficiência.

Aduziu que os prazos fixados no Edital de Chamamento foram reduzidos pelo gestor responsável, embora diminutos; em que pese as impugnações ofertadas, noticiando as ilegalidades, a OSS IDAB, sem qualificação técnica para a assunção da atividade objeto do Edital SUBEXEC 001/2020, foi habilitada pela comissão especial de avaliação de propostas, firmando-se o contrato,

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



estipulando-se pagamentos mensais por até seis meses em R\$ 4.636.888,17, valor máximo de investimento de R\$ 5.500.000,00 e valor total para seis meses de R\$ 27.821.329,02, vinculado a termo de referência desprovido de metodologia para composição do custeio prejudicando a análise de economicidade da contratação (IE 06).

No entanto, segundo o autor, a Secretaria Estadual de Saúde decidiu pela nulidade da contratação (processos SEI 080001/010402/2020, 080001/009392/2020 e 080001/009363/2020), retornando à Fundação Saúde a gestão da unidade, bem como abriu sindicância para apurar a conduta dos servidores envolvidos, após manifestação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e de Recomendação Ministerial 20/2020.

Requer, liminarmente, a abstenção de qualquer empenho, liquidação ou pagamento à OS IDAB; apresentação dos autos, no prazo de 90 (noventa) dias, documentos e análise dos custos e dos gastos encetados pela IDAB; suspensão da eficácia das notas de empenho e/ou de liquidação já eventualmente emitidas para execução de despesas originadas do Contrato de Gestão decorrente do Edital SUBEXEC 001/2020; abstenção de realização novos empenhos, liquidações e pagamentos para execução de despesas originadas para execução de despesas originadas do Contrato de Gestão decorrente do Edital SUBEXEC 001/2020. (IE 88)

Brevemente relatados, com o único escopo de apreciação do pleito liminar, DECIDO.

A parte autora apresentou indícios robustos da nulidade da avença impugnada. Dentre os elementos informativos colacionados nesse sentido estão (i) a ausência de estudo avaliando a eficiência e vantajosidade da adoção do modelo de transferência de gestão da unidade à referida OSS; (ii) a confecção de termo de referência desprovido de metodologia para composição de custos e com prazos fixados em desacordo com a lei; (iii) o indigitado direcionamento do certame para favorecimento da OSS em questão, cujas comprovações de desempenho em experiências anteriores se revelavam incompatíveis com o objeto da seleção, tendo sido o texto do edital aparentemente redigido com intuito de direcionar a comprovação da experiência para a área de atuação do instituto selecionado; (iv) além de outras ilegalidades apuradas ao longo do

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



procedimento administrativo, inclusive no pertinente à publicidade da contratação.

Tais indícios são corroborados pelas posturas adotadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e pela própria Administração, uníssonos no sentido do reconhecimento da invalidade do procedimento de chamamento público realizado por meio do Edital SUBEXEC 001/2020, haja vista a aparente restrição da competitividade que lhe é inerente.

Em sede de cognição sumária, também é possível vislumbrar nos elementos informativos coligidos pelo *Parquet* indícios de improbidade na conduta dos agentes públicos que atuaram no procedimento em tela, assim como a má-fé do particular contratado, cuja gestão tinha aparente ciência do direcionamento/favorecimento implementado em seu benefício.

Nesse cenário, é mister pontuar – já nessa fase processual incipiente – que o eventual reconhecimento da nulidade da contratação em foco, ainda que decorrente de improbidade administrativa dolosa, não terá o condão de exonerar a Administração de todo e qualquer pagamento em face de serviços efetivamente prestados pelo particular, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público. Neste particular, merece especial atenção o disposto no art. 59, parágrafo único, da Lei 8666/93:

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

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

Forte no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, a doutrina especializada sustenta o dever estatal de ressarcir o contratado pelo objeto realizado, mesmo nos casos em que o particular concorre para a caracterização da nulidade ou atua de má-fé. Nessas hipóteses, a indenização deve corresponder ao **custo básico daquilo que foi entregue, sem margem de lucro**. É nesse sentido o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO:

Sem embargo, salvo se esteve conluiado com a Administração na ilegalidade, não sendo possível repor o *status quo ante*, terá de ser acobertado pelas

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



despesas que fez em relação ao que a Administração haja aproveitado e incorporado em seu proveito. **O princípio do enriquecimento sem causa abona esta solução, até mesmo nos casos em que tenha havido má-fé.** Este acobertamento deverá ser pelo exato valor a ser pericialmente apurado, e que corresponderia à **vantagem auferida pela Administração,** ainda que o dispêndio do contrato haja sido maior; e, evidentemente, a ele **não assistirá direito a qualquer lucro ou remuneração** por aquilo que empreendeu. Também nessa hipótese não será resguardado dos prejuízos indiretos, ou seja, dos proveitos que acaso haja deixado de auferir em razão da vinculação contratual.” (MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 667 – grifou-se)

MARÇAL JUSTEN FILHO leciona no mesmo diapasão. Se ausente a boa-fé do particular contratado, deve ser **eliminada “qualquer margem de lucro”** do valor da indenização. Confira-se:

(...) ainda que o terceiro não tenha atuado de boa-fé, a proclamação do vício não autoriza que a Administração se invista na titularidade da prestação sem qualquer remuneração ao particular. Isso equivaleria a uma **sanção de confisco,** que não é admitida em nosso direito. Nesse caso, **cabera indenizar o particular, mas com a eliminação de qualquer margem de lucro** - diversamente do que se passará caso se configure a boa-fé do particular. Se houve boa-fé, deve-se indenizar o particular exatamente pelo valor da proposta que formulara, com todos os acréscimos que lhe seriam assegurados se a contratação fosse válida” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 539 – grifou-se)

Também no plano da jurisprudência do STJ – órgão jurisdicional encarregado da uniformização da interpretação da lei federal –, a despeito da existência de alguns arestos que parecem afastar qualquer espécie de indenização em caso de má-fé do particular¹, prevalece a orientação fundada na vedação ao enriquecimento ilícito da Administração. São inúmeros os julgados que preconizam, em hipóteses de má-fé² ou concorrência do contratado para a

¹ Há acórdãos que chegam a afirmar que “*não há o dever de indenizar por parte da administração nos casos de ocorrência de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade*” (AgRg no REsp 1.394.161/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013; consulte-se também: REsp 1.365.600/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 24/05/2019; REsp 1.749.626/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019).

² Há precedentes que adotam tal entendimento mesmo diante de casos de má-fé especialmente grave do particular – como a “*utilização de documento fraudado*” no processo licitatório. A Segunda Turma do STJ já teve a oportunidade de asseverar que “***a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras***

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



invalidação da avença, a necessidade de **ressarcimento "pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro"** (AREsp 1522047/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019; REsp 1.153.337/AC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 24/5/2012; REsp 753.039/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 03/09/2007; REsp 1.238.466/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/09/2011; AgRg no REsp 1.383.177/MA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 26/08/2013; REsp 1.096.917/PE, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 09/10/2009).

Em precedente específico, que versava sobre hipótese absolutamente análoga à presente – "**nulidade contratual**", com suposta concorrência (má-fé) do particular –, a Segunda Turma do STJ assentou, como corolário da proscrição do enriquecimento sem causa, a necessidade de remuneração do contratado "**pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro**", como forma de "**recolocação das partes no estado anterior ao contrato**". Eis a ementa do acórdão:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO DE COBRANÇA. LICITAÇÃO. **NULIDADE. CONCORRÊNCIA DO PARTICULAR.** OBRA EFETIVAMENTE ENTREGUE CONFORME AS ESPECIFICAÇÕES DO EDITAL. **INDENIZAÇÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 49 DO DECRETO-LEI 2.300/86 (ATUAL ART. 59 DA LEI 8.666/93).** 1. Argumenta a autarquia federal que o artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86 (atualmente artigo 59 da Lei 8.666/93) 'estabelece como condição para o dever de indenizar o contratado a não imputabilidade da irregularidade que motivou a nulidade do contrato firmado com a Administração', o que não ocorreu no caso em que foi constatada a participação da contratada na **nulidade contratual em virtude de superfaturamento da obra.** 2. O *caput* da regra geral estabelece para todos os casos de nulidade do contrato administrativo, o retorno ao estado anterior à avença (Art 49. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos) exatamente como ocorre no direito privado (art. 182 do CC/02). O parágrafo único protege o contratante de boa-fé que iniciou a execução do contrato, merecedor, portanto de proteção especial à sua conduta (A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada, contanto que não lhe seja

ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa" (REsp 408785/RN, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 30/06/2003 – grifou-se)

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa). 3. **Em relação ao contratado de má-fé, não lhe é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato - retorno ao estado anterior, prevista no caput do artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86. Esse retorno faz-se com a recolocação das partes no estado anterior ao contrato, o que por vezes se mostra impossível, jurídica ou materialmente, como ocorre nos autos (obra pública), pelo que as partes deverão ter seu patrimônio restituído em nível equivalente ao momento anterior, no caso, pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro.** 4. Recurso especial não provido.” (REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 24/05/2012 – grifou-se)

Portanto, em face de indícios veementes de nulidade da contratação – decorrente de ato supostamente doloso de improbidade e aparente má-fé do particular contratado –, cumpre assegurar, à guisa de coibição de danos iminentes e de difícil reparação ao erário, que os pagamentos atrelados à parcial execução do contrato, em hipótese alguma, excedam o “*custo básico*” do serviço efetivamente prestado. *In casu*, é dever da Administração proceder a uma análise – prévia ao efetivo pagamento – capaz de excluir eventual sobrepreço ocasionado pela ausência de adequada metodologia de composição de custos.

E a premência da medida é ínsita ao requerimento já formulado pela OSS IDAB – e documentalmente comprovado pelo autor – no sentido do pagamento da importância de R\$ 4.636.284,01, a título de repasse contratual mensal.

Destarte, forte nas razões aqui expostas:

I. Defiro o pleito liminar e determino ao Estado do Rio de Janeiro que (i) se abstenha de realizar todo e qualquer empenho, liquidação ou pagamento à OSS IDAB em valor que ultrapasse o “custo básico” do que efetivamente executado e atestado pela Secretaria de Saúde, mediante prévia e idônea análise dos custos e gastos encetados pela organização social, inclusive quanto à respectiva economicidade; (ii) proceda à suspensão da eficácia das notas de empenho e/ou de liquidação já eventualmente emitidas em desacordo com este *decisum*, para execução de despesas originadas do contrato de gestão decorrente do edital SUBEXEC 001/2020; e (iii) apresente nos autos, no prazo de 90 dias corridos, documentos e análise dos custos e dos gastos encetados pela IDAB;

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL



II. Determino a **expedição dos ofícios** requeridos nos itens “B” e “C” de IE 91 e 92, respectivamente;

III. Determino a juntada da petição pendente e **defiro o acautelamento das mídias** mencionadas pelo *Parquet* em cartório;

IV. Em face da natureza sigilosa dos depoimentos colacionados pelo autor, estendo a estes autos o **SIGILO** decretado na seara criminal;

V. Por fim, determino a **notificação** dos requeridos na forma do art. 17, § 7º da Lei 8.429/92, devendo constar dos mandados a "advertência de que não será realizada nova citação" após eventual recebimento da petição inicial, conforme preconizam a doutrina especializada, o enunciado nº 12 da ENFAM e a jurisprudência do Eg. TJRJ (nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais*, 2ª Ed., Malheiros Editores, 2003, pp. 174/175; TJRJ - 0003616-17.2019.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Des. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES - Julgamento: 11/06/2019 - Décima Quinta Câmara Cível; 0018112-22.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Des. CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA - Julgamento: 28/03/2018 - Sétima Câmara Cível; 0064905-24.2014.8.19.0000 - Agravo de Instrumento, Des. JOSÉ CARLOS VARANDA - julgamento: 27/05/2015 - Décima Câmara Cível).

A inobservância das determinações contidas no item “I” ensejará a incidência de multa fixada no valor equivalente ao do pagamento efetuado em desacordo com este *decisum*.

Intimem-se com urgência.

Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2020.

MARCELO MARTINS EVARISTO DA SILVA
Juiz de Direito