

*Parecer e Pedido de Providências. Coordenadoria de Entidades do 3º Setor. Irregularidade de Constituição e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário – IBAP – RJ.*

Luiz Fabião Guasque

**Coordenadoria de Entidades do 3º Setor.  
Providências Decorrentes de Controle Finalístico  
de Atividades Realizado em 12/11/2013, e Publicado  
no Site do Ministério Público do Estado do Rio de  
Janeiro.**

**PARECER e Pedido de Providências.**

Irregularidade de constituição e funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário – IBAP – RJ. Qualificação como Organização Social, nos termos da Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012, em contraste com a competência legislativa privativa da União para legislar sobre: “normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades” (art. 22, inciso XXVII da C.R.). Escolha para qualificação como Organização Social e posterior contratação sem processo licitatório. Objetivos da entidade fora das hipóteses casuísticas da Lei Federal nº 9.637/1998, que como expressão de competência privativa da União determina que: as “atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”, (art. 1º). Objetivos fora dos parâmetros legais fixados na lei federal de competência privativa da União. Inconstitucionalidade da Lei estadual em contraste com a Constituição da República. Inconstitucionalidade também da lei estadual em contraste com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que impõe procedimento licitatório no seu art. 77, inciso XXV: *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições e de pagamentos a todos os concorrentes*. Necessidade de controle por ação direta no Tribunal de Justiça do Estado e no Supremo Tribunal Federal. Distribuição à Promotoria de Tutela com atribuição para a matéria. Pedido de Providências.

Exmo. Sr. Procurador-Geral,

Em virtude de visita às instituições sem fins lucrativos que figuram na relação do nosso site, constatei a irregularidade e funcionamento do Instituto Brasileiro de Administração Pública e Apoio Universitário – IBAP-RJ, pelos fundamentos jurídicos alinhados, razão do requerimento das providências ao final formuladas.

### **A Inconstitucionalidade da Lei Estadual.**

Estabelece o art. 22, inciso XXVII da Constituição da República, quando trata da competência privativa da União:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI<sup>1</sup>, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;*

Dentro desta expressão “normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades” se insere a criação de Organizações Sociais, disciplinadas pela Lei Federal nº 9.637 de 15 de maio de 1998, que: “dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais e dá outras providências”.

A criação destas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações Sociais ou como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público é disciplinada pelas Leis Federais números 9.637/1998 e 9.790/1999, e representa novas modalidades de descentralização do Estado para a sociedade civil organizada, e por constituírem exceção, suas possibilidades devem ser interpretadas restritivamente, bem como sua constituição e funcionamento devem seguir os princípios da Administração Pública descritos no art. 37 da Constituição da República: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Nesse sentido, a lei federal como expressão de competência privativa da União, restringe a possibilidade de qualificação de Organizações Sociais apenas para aquelas: “cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”, conforme estabelecido no seu art. 1º:

---

<sup>1</sup> 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.

Art. 1º – O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas *ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*, atendidos aos requisitos previstos nesta lei.

Tratando-se de *competência privativa*, este modelo não pode ser alterado no Estado membro, que apenas pode regulamentar essas hipóteses, *sem criar outras*.

Afirma-se isso, pela singela razão de que é esta a fundamental diferença entre a competência legislativa privativa e a concorrente prevista na Constituição da República dentro do nosso modelo federativo de divisão de competências, onde o exercício da primeira compete apenas à União para aquelas matérias e objetivos que estabelece, e a outra, para exercício em concurso com os Estados e o Distrito Federal.

Note-se, que a própria lei federal, como expressão desta competência legislativa privativa cria o “Programa Nacional de Publicização”.

Determina o art. 24 da Constituição da República:

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

Tratando-se de competência concorrente, as normas da União podem ser acrescidas de outras hipóteses de interesse dos Estados ou do Distrito Federal, pois o parágrafo primeiro deste artigo determina que: “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

Isto não ocorre na competência privativa, pois nesta hipótese, existe uma reserva de matéria em relação à competência legislativa da União, posto que privativa.

Embora fale em “normas gerais” no inciso XXVII do art. 22, sua natureza privativa, tem como sentido teleológico apenas de possibilitar a *regulamentação dos procedimentos aos demais entes federados*, ao contrário da competência legislativa concorrente, que autoriza a *complementação das regras gerais estabelecidas pela União, desde que não confrontem com as mesmas*.

Nesse sentido, quando a União edita a lei federal no exercício da sua competência privativa, ficam delimitadas as hipóteses que vinculam o Estado e o Distrito Federal quando realizam contratações.

Se a qualificação de uma Organização Social para desenvolver projeto do Estado membro é uma delas, esta exceção só pode seguir o modelo da lei federal que é expressão da competência privativa da União.

Nesse sentido, a Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012 contrasta com a divisão de competências estabelecida na Constituição da República, pois: “dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais, *no âmbito da geração de emprego e renda*, mediante contrato de gestão, e dá outras providências”.

Desta forma, claramente invade a esfera de competência legislativa privativa da União, ao prever modalidade de criação de Organização Social *para atuar em área não autorizada pela lei federal*.

Esta a 1ª irregularidade de constituição do IBAP-RJ, posto que tem como fundamento lei estadual, por esta razão, inconstitucional.

### **A previsão de dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços.**

Estabelece o art. 24 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, com nova redação determinada pela Lei nº 9.648/1998:

Art. 24 – É dispensável a licitação:

XXIV – *para a celebração de contratos de prestação de serviços com as Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.*

Mesmo que criada a Organização Social dentro dos parâmetros legislativos da competência privativa da União estabelecida na Constituição da República, a qualificação para constituir-lhe a situação jurídica de O.S. deve seguir a regra geral da licitação, ou seja, concurso por edital para escolher as organizações sem fins lucrativos com “natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação”, (conforme a letra “a” do art. 2º, do inciso I da Lei nº 9.637/1998<sup>2</sup>), para serem qualificadas como Organizações Sociais.

Esta exigência, já prevista no art. 37 XXI da Constituição da República, é repetida na Constituição do Estado do Rio de Janeiro no seu art. 77, inciso XXV, no que respeita a contratação dos serviços da associação civil sem fins lucrativos:

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

XXV – *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições e de pagamentos a todos os concorrentes, com previsão de atualização monetária para os pagamentos em atraso, penalidades para os descumprimentos contratuais, permitindo-se, no ato convocatório, somente as exigências de qualificação técnica, jurídica e econômica – financeira indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

*Esta a regra geral a que se submete a associação civil sem fins lucrativos, para ser qualificada como Organização Social, o que não foi observado, como se constata pela publicação dos atos de constituição no Diário Oficial em anexo.*

<sup>2</sup> Art. 2º – São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social.

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

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

Nesse sentido, a Lei Estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2012, ao estabelecer a possibilidade de constituição de Organização Social para prestar serviço ao Estado, *sem licitação*, contrasta com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que impõe este procedimento para a escolha da entidade.

Uma vez escolhida a entidade após o certame público, serão realizadas as alterações estatutárias para adequá-la aos ditames da lei federal, e após, celebrado o contrato de gestão para o desenvolvimento dos projetos do Poder Público.

Feito isso, *poderá aí sim, realizá-los, sem necessidade de licitação como possibilita a Lei Federal nº 8.666/1993.*

Se não bastasse, da simples leitura do estatuto do IBAP-RJ, bem como dos atos de sua qualificação publicados no Diário Oficial, se infere claramente:

1º – ausência de participação em processo de licitação para qualificação de entidades que se habilitem a funcionar como OS, com base em lei do Estado do Rio de Janeiro;

2º – *inobservância da exigência da lei federal no que respeita a natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação*, o que se constata pela simples leitura das finalidades do IBAP-RJ, descritas no seu estatuto nos arts. 5º, incisos I a XXII e 6º, onde no seu *caput* traz a possibilidade residual de “exercer todas as atividades que julgar convenientes”, além de outras descritas nos incisos de I a VII do mesmo artigo.

### Conclusão:

Por estas razões, o IBAP-RJ pode ser descrito, como o que é denominado no âmbito do 3º setor, como uma “ empresa chapa branca”, posto que:

1. Criada pelo próprio governo do Estado do Rio de Janeiro, à revelia da lei federal no que diz respeito a matéria, ou melhor, ao objeto da atividade;
2. Constituição sem certame licitatório aberto a outras entidades sem fins lucrativos, em afronta ao comando ao art. 77, inciso XXV da Constituição do Estado do Rio de Janeiro;
3. Face a ilegalidade e inconstitucionalidade de sua constituição, presta serviços sem licitação, o que lhe confere uma viabilidade econômica estupenda, haja vista que recebeu só neste ano de 2013 R\$ 22 milhões de reais da Secretaria de Trabalho e Renda do Estado do Rio de Janeiro, conforme informado pela mesma, (Entidade Repasses Estado – 2013 – Secretarias com repasse), e publicado no sítio do Ministério Público do Rio de Janeiro (ONGs de Parceria).

### “Programas

1. Projeto de Apoio aos Centros Públicos de Emprego, Trabalho e Renda. Engloba 66 postos de atendimento.

2. Rio Poupa Tempo – Centros de Prestação de Serviços Públicos Centralizados para Carteira de Trabalho; Seguro Desemprego, abrangendo cerca de 180 tipos de serviços que vão desde a 2ª via da carteira de trabalho, até atendimento de PROCON etc.

Tem 3 unidades de atendimento: Central; Cantagalo (Ipanema) e Carioca.

Beneficiários.

1. 85 mil pessoas/mês em média aproximada.

2. 280 mil pessoas/mês em média aproximada”.

Fora isso, “ realiza um contrato com a União através do Instituto Nacional de Cardiologia, COM DISPENSA DE LICITAÇÃO”.

**Estamos aguardando a informação da Receita Federal sobre a regularidade fiscal do IBAP-RJ, haja vista expedição de ofício nesse sentido.**

Constatado isso, em decorrência do projeto de transparência do 3º setor que está sendo implantado no âmbito desta Coordenadoria, sugiro a V. Exa. as seguintes providências:

1. Cópia de todo este procedimento e remessa, por distribuição, a Promotoria de tutela coletiva da capital;
2. Mesma providência para a Assessoria de Direito Público para a análise sobre o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei estadual nº 6.339 de 6 de novembro de 2013, por afronta a preceito do art. 77, inciso XXV da Constituição do Estado do Rio de Janeiro;
3. Mesma providência, visando a representação de inconstitucionalidade ao Procurador Geral da República, face a invasão da lei estadual à competência legislativa privativa da União;
4. Ciência ao ilustre Sub Procurador de Direitos Humanos e 3º Setor Dr. Ertulei Laureano Matos, bem como ao Subcoordenador das Promotorias de Tutela Coletiva da capital, Dr. Frederico Albernaz, a ambos por e-mail, com cópia anexa deste parecer e pedido de providências.
5. Em virtude de estarmos aguardando a comunicação da Divisão de Fiscalização da Fazenda Nacional, sobre a regularidade fiscal do IBAP-RJ, faça-se cópia deste procedimento para a juntada das informações faltantes. Após voltem.

Cumpra-se.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2014.

**LUIZ FABIÃO GUASQUE**

Procurador de Justiça  
Coordenador de Entidades do 3º Setor