

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA**

**PROCESSO Nº 08314e20**

**PARECER Nº 00889-20 (F.L.Q.)**

PARCERIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL. LEI 13.019/2014.

1) Desde que observados os termos dispostos da Lei nº 13.019/2014, em especial as exceções enumeradas no seu art. 3º, reconhece-se a legalidade da formação de parcerias entre a administração pública e as entidades definidas como organizações da sociedade civil, celebradas através de termo de fomento, de colaboração ou acordo de cooperação, com prévio chamamento público, nas áreas de saúde, educação e assistência social.

2) O regime disciplinado na Lei nº 13.019/2014 não se aplica, dentre outros, aos ajustes na área de saúde que visam a participação da iniciativa privada, em complementação aos serviços ofertados pelo Sistema de Saúde Pública (SUS), nos termos no art. 199, §1º, da CF. Nesses casos, a formalização se dá por intermédio dos convênios e contratos administrativos (inteligência dos arts. 24 e 25, da Lei nº 8.080/90).

3) As parcerias firmadas à luz da Lei nº 13.019/2014 não se confundem com os convênios, que, atualmente, apenas são formalizados nas hipóteses enumeradas no parágrafo único, do seu art. 84, não se incidindo, portanto, na hipótese, as regras da Lei nº 8.666/93, em especial, o enunciado disposto no seu art. 116.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA**, Sr. Colbert Martins da Silva Filho, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 08314e20, a respeito das parcerias firmadas entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil (OSC), regidas pela Lei nº 13.019/14, questiona-nos o seguinte:

“a. Com base na definição determinada pela ADI 1.923/DF do Supremo Tribunal Federal do que configura-se como atividade exclusiva do Estado; no *mandamus* positivado pela ADPF 324/DF o qual define como dever do Estado empregar as

soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população; o modelo de gestão compartilhada tratado pelo Tribunal de Contas da União entre o Terceiro Setor e o Estado por meio do Acórdão nº 2.444/2016; e, a orientação normatizada pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia por meio da resolução nº 1.381/18, está CORRETO o entendimento de que é possível e LEGAL a pactuação de ajuste administrativo, com base na lei Federal nº 13.019/2014 entre o Município de Feira de Santana e entidades da Organização da Sociedade Civil para a execução de atividades de relevância pública nas áreas de Saúde, Educação e/ou Assistência Social?

b. Sendo possível e legal, conforme apregoa o Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Contas da União e o próprio Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, o que neste último caso juntamos Parecer Opinativo, a modalidade correta para a seleção de Organizações da Sociedade Civil e seus respectivos projetos e/ou planos de trabalho, desde que respeitadas as exigências da lei no que tange à estratificação de metas e ações; bem como levando-se em consideração que o município de Feira de Santana já possui a devida regulamentação municipal acerca do tema, qual seja, Decreto 11.196 de 21 de agosto de 2019, cópia anexa, exigência do §2º do art. 88 da Lei Federal nº 13.019/2014, é o credenciamento por meio de Chamada Pública dentro do que determina o art. 37 da Constituição Federal?

c. Escolhida a modalidade legal devida a seleção das OSC's e seus respectivos projetos e/ou planos de trabalho, está correto o entendimento, conforme determinado pela ADI 1.923/DF e orientado pelo Acórdão nº 2.444/2016, e, em razão da natureza convenial dos possíveis ajustes administrativos - TERMO DE COLABORAÇÃO ou TERMO DE FOMENTO - de que a Administração Pública Municipal deverá aplicar o art. 116 da Lei Geral de Licitações e proceder o rito da chamada pública prevista na lei Federal nº 13.019/2014?".

Inicialmente, cabe-nos registrar que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, **por força do art. 3º, §4º, da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.**

Ademais, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Feita tal explanação, passa-se a traçar os esclarecimentos necessários sobre as parcerias firmados pelo Estado com o chamado "Terceiro Setor".

Após o advento da Lei nº 13.019/2014, com as alterações produzidas pela Lei nº 13.204/2015, as parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil (OSC), em regime de mútua colaboração, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, serão realizadas, na sua maioria, mediante a

execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalhos inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

Digo na “sua maioria”, porque o regime estabelecido pela citada Lei não se aplica, dentre outras hipóteses listadas no seu art. 3º: a) aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637/1998; b) aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que eles atendam às condições estipuladas na Lei nº 9.790/1990; c) às parcerias celebradas entre a administração pública e os serviços sociais autônomos; d) aos convênios firmados com as entidades filantrópicas, nos termos no art. 199, §1º, da CF/88.

Parceria, de acordo com o art. 2º, inciso III, da Lei 13.019/2014, corresponde ao:

“conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação”.

As parcerias disciplinadas pela Lei nº 13.019/2014 são celebradas entre a administração pública (art. 2º, inciso II) e pessoas jurídicas privadas, genericamente denominadas de “organização da sociedade civil”, que, de acordo com a definição disposta no art. 2º, inciso I, são:

“a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;”.

Pois bem, realizado tal esclarecimento, temos que como condição para a celebração da parceria, a Lei nº 13.019/2014 exige que a Organização da Sociedade Civil seja regida por normas de organização interna que prevejam, expressamente (art.33):

a) objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;

b) que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta;

c) a escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade.

Além dos requisitos listados acima, orienta ainda o art. 33, no inciso V, que é necessário, também, que a organização tenha o seguinte:

“a) no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los;

b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;

c) instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas.”.

Ademais, as parcerias aqui tratadas serão formalizadas pelos seguintes instrumentos: termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação.

Os termos de colaboração e de fomento são instrumentos utilizados pela administração pública para formalizar as parcerias celebradas com Organizações da Sociedade Civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros, para a consecução de finalidades

de interesse público e recíproco, conforme planos de trabalho de iniciativa, respectivamente, da administração pública (arts. 2º, VII e 16, da Lei nº 13.019/2014) ou das próprias Organizações da Sociedade Civil (arts. 2º, VIII e 17, da Lei nº 13.019/2014).

Já o acordo de cooperação, constitui o meio pelo qual são formalizadas parcerias entre a administração pública e as Organizações da Sociedade Civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, que não envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VIII-A, da Lei nº 13.019/2014).

De acordo com o art. 38, da Lei nº 13.019/2014, os referidos instrumentos “somente produzirão efeitos jurídicos após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da administração pública”.

Prestados essas breves considerações iniciais a respeito das parcerias firmadas com as OSC's, passaremos a investigar em que ramos de atividades elas podem ser realizadas.

Diferentemente do quanto dispõem o art. 5º, da Lei nº 9.637/98 e o art. 3º, da Lei nº 9.790/1990, que, embora não estejam em análise, guardam um vínculo íntimo de pertinência com a matéria em tela, já que relativas também ao Terceiro Setor, o Legislador Infraconstitucional, na Lei nº 13.019/2014, não destacou uma norma específica para dispôr a respeito do objeto dos ajustes ali tratados, preferindo citá-lo no bojo de artigos espaçados, conforme abaixo destacado:

“Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

(...)

VI - no caso de **atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social**, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política. (grifo aditado)

“Art. 84-C. Os benefícios previstos no art. 84-B serão conferidos às organizações da sociedade civil que apresentem entre seus objetivos sociais pelo menos uma das seguintes finalidades:

I - **promoção da assistência social**;

II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III - **promoção da educação;**

IV - **promoção da saúde;**

V - promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII - promoção do voluntariado;

VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII - organizações religiosas que se dediquem a atividades de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;

XIII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Parágrafo único. É vedada às entidades beneficiadas na forma do art. 84-B a participação em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas."(grifo aditado)

Da leitura dos artigos transcritos acima, depreende-se que a lei autoriza, desde que preenchidos os requisitos nela fixados, a realização de acordo de cooperação, termos de fomento e de colaboração, entre o Poder Público e a OSC para a execução de atividades nas áreas da saúde, educação e assistência social.

Tais serviços enumerados acima são do tipo “não exclusivos do Estado”, que, segundo o Ministro Luiz Fux, no Voto proferido nos autos da ADIN nº 1.923/DF, correspondem, com lastro no texto constitucional, aos ramos de atividades em que, ao lado do dever de o Estado atuar, o legislador previu a possibilidade de participação da iniciativa privada, diferente dos setores em que a atuação do Poder Público se dá de forma privativa, a exemplo dos serviços públicos industriais (fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações).

Vejamos:

“(…)

Firmadas essas premissas teóricas, deve-se analisar o modo como o texto constitucional alude ao tema em exame na presente ação. Com efeito, a

Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades são deveres do Estado e da Sociedade. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, caput) e à educação (CF, art. 209, caput), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são “livres à iniciativa privada”.

Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, **serviços públicos sociais, em contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. Por força das disposições constitucionais antes mencionadas, o regime jurídico de tal gênero de atividades, quanto à titularidade, configura o que a doutrina contemporânea tem denominado de serviços públicos compartilhados, serviços públicos não privativos, ou serviços públicos não exclusivos: poder público e iniciativa privada podem, simultaneamente, exercê-las por direito próprio, porquanto de titularidade de ambos.** Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, caput, da CF.

Se exercidas tais atividades pelo Poder Público, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente pelos particulares, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de serviço público, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de atividade econômica em sentido estrito, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como atividade econômica de interesse público, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

Esta Corte Suprema já se posicionou sobre o tema, afirmando que os serviços de educação, exemplo típico de serviço público social e não privativo, ainda quando prestados pelo particular por direito próprio, configuram serviços públicos, aderindo, portanto, à primeira corrente mencionada acima. Confira-se o precedente, relatado pelo Min. Eros Grau:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36)



Essas considerações tornam, em primeiro lugar, inaplicável ao caso o art. 175 da Constituição, que prevê a delegação de serviços públicos por permissão ou concessão, sempre condicionada à licitação. Ora, essa regra geral, dirigida aos serviços públicos exclusivos ou privativos – como energia elétrica ou telecomunicações (CF, art. 21, XI e XII, 'b') –, não pode suprimir o âmbito normativo das diversas regras específicas, previstas também na Constituição, com relação às atividades definidas como serviços públicos não privativos. Os dois regimes jurídicos não podem ser confundidos. E é por força de tais regras específicas – arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225, todos da CF –, que o particular atua por direito próprio nessas searas, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que, repita-se, o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar, por serem “livres à iniciativa privada” e/ou “deveres da Sociedade”, respeitadas as balizas que a própria Constituição já impõe quanto ao conteúdo material do regime jurídico dessas atividades.

Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.

Antes, porém, cabe analisar, a alegação de que a Lei das Organizações Sociais representaria um abandono, pelo Poder Público, de seus deveres constitucionais de atuação nos setores elencados no art. 1º da Lei. Não é isto o que ocorre, na realidade. Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

Como regra, **cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral.** Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social.

Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, caput, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIn's nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.



Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social. **E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 – e como de fato vêm sendo –, através da colaboração público-privado.**

**Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a contrario sensu – “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”) e educação (CF, art. 213 – “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades”), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.**

**Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado.** Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

(...)

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado.

Ademais, **a lei não exige que o Estado saia de cena como um vetor necessário. (...) Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade.**” (grifo aditado).”.

Desta forma, é possível a atuação do Poder Público de forma indireta, através do fomento a entidades da iniciativa privada, nas áreas da saúde (art. 199, §2º, da CF/88) e da educação (art. 213, CF/88), por exemplo, não afastando, a possibilidade da Administração, concomitante ao particular, prestar serviços nestas mesmas áreas.

Dizendo de outro modo, nas parcerias regidas pela Lei nº 13.019/14 não há o que se falar em concorrência entre a iniciativa privada e o Estado. A prestação de serviços se dá de forma conjunta, onde o particular pode vir a atuar em complementação aos serviços públicos oferecidos à população, cabendo ao Gestor, de acordo com a orientação delineada na mencionada decisão do E. STF (ADIN nº 1.923/DF): “a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral.”.

Neste ponto, é de extrema importância destacar que o art. 3º, IV, da Lei nº 13.019/2014 expressamente determina que **o regime instituído por esta lei não se aplica às parcerias firmadas na área de saúde que possuem como objeto a participação da iniciativa privada em complementação aos serviços ofertados pelo Sistema de Saúde Pública (SUS), nos termos no art. 199, §1º, da CF.**

E assim não poderia ser diferente, na medida em que **a participação complementar da iniciativa privada, preferencialmente, entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, ao SUS, efetiva-se mediante a celebração de contrato de direito público ou convênio e é regida Lei nº 8.080/90, que, por sua vez, nos arts. 24 a 26, disciplina que esta associação ocorrerá quando as disponibilidades do sistema público não forem suficientes para garantir a cobertura assistencial à população.**

Dada a importância para a compreensão da matéria ora em foco, cite-se os aludidos artigos:

**“Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.**

**Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.**

**Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).**

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§3º (Vetado).

§4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS). (grifos adotados)".

Neste diapasão, pode-se afirmar que a natureza complementar dessa participação decorre da insuficiência na “cobertura assistencial”, ou seja, na oferta de vagas ou leitos. Uma vez configurada a insuficiência da cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Poder Público terá duas alternativas:

- a) fomentar entidades civis sem fins lucrativos que atuem no campo da assistência à saúde, como as instituições filantrópicas, via celebração de convênio ou outro ajuste do gênero;
- b) ou contratar serviços no mercado junto a entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, observando a tabela de preços do SUS.

Tais situações enquadram-se na Portaria MS nº 1.034/2010 (art. 3º, parágrafo único, I e II), que regulamenta as disposições da já citada Lei nº 8.080/1990: o convênio deve ser firmado nos casos de parceria entre o Poder Público e a entidade civil sem fins lucrativos para a prestação de serviços assistenciais à saúde; por sua vez, o contrato é cabível quando o objeto for a compra de serviços de saúde, junto a entidades civis com ou sem fins lucrativos.

Segundo esta Portaria, além das condições técnicas, operacionais e outras exigências fixadas pelos gestores do SUS, as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão seguir os requisitos constantes na Lei nº 12.101/2009, que trata da certificação como entidade beneficente de assistência social.

A Lei nº 12.101/2009, por seu turno, estabelece que a certificação ou sua renovação será concedida à entidade que: tenha regularidade jurídica; comprove a prestação dos serviços assistenciais, com base nas internações e nos atendimentos ambulatoriais realizados; que informe ao SUS a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes usuários (e não usuários) do SUS; registros no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES); submeter-se a avaliações sistemáticas, de acordo com o Programa Nacional de Avaliação de Serviços de Saúde (PNASS); atender as diretrizes da Política Nacional de Humanização (PNH); submeter-se ao Controle Nacional de Auditoria (SNA).

Diante deste arcabouço legislativo, reafirma-se mais uma vez, que a **Lei nº 13.019/2014 não se aplica aos ajustes firmados com OSC que prestam serviços de internações e ambulatoriais, em complementaridade ao SUS. Veja-se que a aplicabilidade do citado diploma legal depende essencialmente da natureza e do objeto do ajuste, além do tipo de atuação que a OSC desempenhará na parceria.**

Com isto, se a OSC presta serviços assistenciais na área de saúde, como internações e atendimentos ambulatoriais, cabem os convênios e contratos, conforme já disposto acima, afastando-se o regime da Lei nº 13.019/2014, já que, nestas circunstâncias, ela atue em complementação aos SUS.

Por outro lado, **nas hipóteses em que a OSC não se configure como prestadora de serviço, atuando em ações classificadas como promoção à saúde, aquelas voltadas para redução de risco à saúde, tais como: prevenção ao câncer, ao vírus da imunodeficiência humana (HIV), às hepatites virais, à tuberculose, à hanseníase, à malária e à dengue; redução da morbimortalidade em decorrência do uso abusivo de álcool e outras drogas; e, prevenção da violência, a parceria firmada com o poder Público será regida pelas normas delineadas na Lei nº 13.019/2014.**

Neste diapasão, e aqui respondendo ao primeiro questionamento do Consultante, **desde que observados os requisitos dispostos na Lei nº 13.019/2014, em especial as exceções enumeradas no seu art. 3º, é possível a realização de acordo de cooperação, termos de fomento ou de colaboração, entre o Poder Público e a**

## **Organização da Sociedade Civil para a execução de atividades nas áreas da saúde, educação e assistência social.**

**Ressalte-se que aos ajustes na área de saúde que visam a participação da iniciativa privada, em complementação aos serviços ofertados pelo Sistema de Saúde Pública (SUS), nos termos no art. 199, §1º, da CF, não são aplicadas as normas dispostas na Lei nº 13.019/2014, já que, nestes casos, a formalização se dá por intermédio dos convênios e contratos administrativos (inteligência dos arts. 24 e 25, da Lei nº 8.080/90).**

Outrossim, antecedendo à formalização das parcerias estabelecidas entre as Organizações da Sociedade Civil e a Administração pública ocorrerá, salvo algumas exceções, o chamamento público. Este, conforme define o art. 2º, inciso XII, da Lei nº 13.019/2014, consiste no:

“procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, 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”.

O art. 24, §1º, da Lei nº 13.019/2014, disciplina que o edital do chamamento público especificará, no mínimo:

I - a programação orçamentária que autoriza e viabiliza a celebração da parceria;  
II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204/2015);  
III - o objeto da parceria;  
IV - as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas;  
V - as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso;  
VI - o valor previsto para a realização do objeto;  
VII - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204/2015);  
a) (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204/2015);  
b) (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204/2015);  
c) (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204/2015);  
VIII - as condições para interposição de recurso administrativo;  
IX - a minuta do instrumento por meio do qual será celebrada a parceria;  
X - de acordo com as características do objeto da parceria, medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos.”.

Com efeito, é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, sendo, entretanto, admitidos, nos termos do §2º, do art. 24:

“I - a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria;  
II - o estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.”.

As demais regras orientadoras do procedimento de chamamento público, tais como, critérios de julgamento, seleção de propostas e etc, estão dispostas nos arts. 26 a 28, da Lei 13.019/2014, de observância obrigatória ao Gestor Público.

Ainda sobre o chamamento público, o legislador criou situações em que tal exigência pode ser dispensada (art.30) ou inexigível (art. 31). Em ambos os casos, a ausência de realização de chamamento público deverá ser justificada pelo Administrador Público.

“Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

- I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;
- II - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;
- III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;
- IV – (VETADO)
- V – (VETADO)
- VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

- I - o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos;
- II - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art.12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.”

Comentando a determinação mencionada acima, a professora Rita Tourinho, em artigo publicado no site “www.direitodoestado.com.br”, intitulado de “O Chamamento Público e os Ajustes Diretos Firmados com Organizações de Sociedade Civil: A interpretação Sistemática da Lei nº 13.019/14”, manifestou-se na seguinte direção:

“(…) Visando uma melhor interpretação da regra em comento, poder-se-ia fazer um paralelo com o art. 26, da Lei nº 8.666/93, exigindo-se que a justificativa apresentada seja acompanhada de elementos que evidenciem não apenas a caracterização da situação de fato ensejadora da formalização direta da parceria e seu enquadramento em qualquer das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, como também, e especialmente, a razão de escolha da organização da sociedade civil, que deve ser amparada em critérios transparentes e impessoais, em homenagem aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade previstos no art. 5º, e a justificativa do valor previsto para a consecução do objeto ajustado.

Por certo que tal paralelo excluirá qualquer dúvida quanto a um dos objetivos da lei, qual seja, garantir a escolha da organização da sociedade civil pautada em critérios objetivos e em harmonia com o interesse público, resguardando a credibilidade dos ajustes estabelecidas com entes privados sem fins lucrativos, que efetivamente atuam em prol da implementação de direitos sociais.”.

É relevante ainda anotar que, em qualquer hipótese (dispensa ou inexigibilidade), o fato de o chamamento público deixar de ser realizado não afasta a aplicação, à parceria, das demais disposições da Lei nº 13.019/2014 (art. 32, §4º).

Logo, e aqui respondendo a segunda pergunta do Consulente, **em atenção aos princípios norteadores da Administração Pública, em especial, o da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia, moralidade, a regra, nas parcerias firmadas com a Administração Pública, pautadas nos ditames da Lei nº 13.019/2014, é que a Organização da Sociedade Civil seja selecionada por meio do chamamento público, com diretrizes objetivas, a fim de selecionar dentre as instituições habilitadas, aquela que melhor atenda aos interesses públicos envolvidos. Todavia, nas situações elencadas nos arts. 30 e 31, da Lei nº 13.019/14, a exigência do chamamento público pode ser dispensável ou inexigível, respectivamente, desde que por ato devidamente motivado pelo Poder Público.**

Realizadas tais noções gerais sobre as parcerias regidas pelas Lei nº 13.019/2014, é ainda de interesse destacar, porque objeto do terceiro questionamento do Consulente



que a elas não se aplicam as normas da Lei nº 8.666/93 e que, a sobredita legislação não versa sobre convênios.

Ressaltou o Legislador, que o art. 116, da Lei nº 8.666/93, aplica-se apenas aos convênios celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a elas vinculadas e, aos convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que tenham por finalidade possibilitar a participação destas, de forma complementar, no Sistema único de Saúde (SUS), conforme previsto no §1º, do art. 199, da CF/88.

Veja-se:

“Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666/93.

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:

- I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;
- II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º .

Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84.

Conforme exposto no art. 84-A destacado acima, a partir da vigência da Lei nº 13.019/2014, **a utilização do instrumento dos convênios restringe-se apenas às hipóteses elencadas no parágrafo único, do seu art. 84.**

Tanto é, que o Decreto Federal nº 8.726/2016, no seu art. 91, § 2º, aqui citado a título exemplificativo, dada a sua abrangência adstrita à Administração Pública Federal, ao regulamentar a situação dos convênios e instrumentos congêneres existentes na data de entrada em vigor da Lei nº 13.019/2014, que possuíam prazo indeterminado ou prorrogáveis por período superior ao inicialmente fixado, determinou ou a sua rescisão ou a substituição por termo de fomento, de colaboração ou por acordo de cooperação:

“Art. 91. Os convênios e instrumentos congêneres existentes na data de entrada em vigor da Lei nº 13.019, de 2014, permanecerão regidos pela legislação em vigor ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária da Lei nº 13.019/2014, e deste Decreto, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

§1º Os convênios e instrumentos congêneres de que trata o caput poderão ser prorrogados de ofício em caso de atraso na liberação dos recursos por parte da administração pública federal, hipótese em que a prorrogação corresponderá ao

período equivalente ao atraso e será regida pela legislação em vigor ao tempo da celebração da parceria.

§2º Nos termos do § 2º do art. 83 da Lei nº 13.019, de 2014, os convênios e instrumentos congêneres com prazo indeterminado ou prorrogáveis por período superior ao inicialmente estabelecido serão, no prazo de um ano, contado da data de entrada em vigor da referida Lei, alternativamente:

I - substituídos por termo de fomento, de colaboração ou por acordo de cooperação, para adaptação ao disposto na referida Lei e neste Decreto, no caso de decisão do gestor pela continuidade da parceria; ou

II - rescindidos, justificada e unilateralmente, pela administração pública federal, com notificação à organização da sociedade civil parceria para as providências necessárias.

(...).”

**Logo, em conformidade com o texto expresso da norma, as parcerias firmadas à luz da Lei nº 13.019/2014 não se confundem com os convênios, que, atualmente, apenas são formalizados nas hipóteses enumeradas no parágrafo único, do seu art. 84, não se incidindo, portanto, na hipótese, as regras da Lei nº 8.666/93, em especial, o enunciado disposto no seu art. 116.**

Por fim, em que pese não tenha sido objeto do questionamento do Consultante, julga-se necessários destacar que, quanto à contabilização dos pagamentos realizados às entidades integrantes do Terceiro Setor nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000, a jurisprudência do C. TCU, no Acórdão nº 2444/2016, em análise desta matéria e, considerando o entendimento do E. STF, na ADI nº 1.923, no sentido de diferenciar os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais e as contratações para terceirização de mão de obra, para fins de aplicação do quanto disposto no art. 18, §1º, da LRF, assim se manifestou:

“(...) 10. Conforme bem anotado pela Semag, de fato, este Tribunal ainda não firmou entendimento explícito sobre a necessidade de contabilização dos pagamentos realizados pela União a organizações sociais contratadas por meio de contrato de gestão, para fins de apuração dos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei Complementar 101/2000 (LRF).

11. Verifico, todavia, que, nos processos em que esta Casa se pronunciou sobre a observância ao art. 20 da LRF, foram consideradas para verificação do atendimento ao limite, além de gastos corriqueiros com pessoal (art. 15, *caput*, da LRF), apenas as despesas com contratação de pessoal por tempo determinado e de mão de obra terceirizada quando caracterizassem substituição de servidores e empregados públicos (Ex.: Acórdãos 2118/2016, 2.884/2015 e 3.239/2013, todos do Plenário).

12. No relatório que embasou o Acórdão 3.239/2013 – TCU – Plenário, acima citado, **restou consignado que a contratação de organizações sociais não se sujeita aos limites com gastos de pessoal impostos pela LRF**, conforme o seguinte trecho:

'Os próprios dirigentes da fundação extinta seriam os dirigentes da OS, razão pela qual a publicização dificilmente apresenta o caráter de fomento a entidades privadas sem fins lucrativos na prestação de serviços de relevância pública, mas sim a busca do poder público por maior flexibilização no gerenciamento de seus próprios serviços, deixando de se sujeitar às regras de concurso público, de licitação, **dos limites com gastos de pessoal da Lei de Responsabilidade Fiscal (LEF) etc.** (destaco).'

13. Não existem, portanto, deliberações desta Corte que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a organizações sociais que celebram contrato de gestão com a União para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

14. Tal cenário se coaduna com a legislação em vigor. Observem-se os dispositivos legais que tratam do assunto:

Lei Complementar 101/2000 (LRF)

'Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

§2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.'

\*\*\*

Lei 13.242/2015 (LDO 2016)

'Art. 105. Para apuração da despesa com pessoal, prevista no art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos.

§1º As despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado a que se refere o **caput**, quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, deverão ser classificadas no GND 1, salvo disposição em contrário constante da legislação vigente.

§2º O disposto no §1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, não se constituindo em despesas classificáveis no GND 1.'

15. Revela anotar que, quando o legislador quis acrescentar situações controversas ao cálculo dos limites com pessoal, ele o fez explicitamente nos normativos legais.

16. Embora seja natural o ímpeto de querer dar soluções para que o que se vê ser um problema, o julgador não deve esquecer-se dos limites da sua competência.

17. **Traçar uma analogia entre terceirização de mão de obra e contratação de organização social, com o intuito de ampliar o alcance do art. 18, §1º, da LRF, ou do art. 105 da LDO 2016, não me parece ser a melhor hermenêutica, pois os dois institutos possuem natureza completamente distintas. O primeiro visa tão somente suprir a contratante de mão de obra, enquanto que o segundo tem a finalidade de transferir determinadas atividades para o setor privado, visando a parceria no atingimento de metas.**

18. (...)

19. Frise-se que dois pontos característicos do contrato de gestão celebrado com as organizações sociais são “a parceria” e o “fomento”, o que o distingue de mera contratação de mão de obra.

20. (...)

21. Por fim, os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados.

22. (...)

23. Mais uma vez, venho salientar que o mal uso do instrumento não deve confundir o intérprete do Direito. Se bem utilizado, o contrato de gestão celebrado com organizações sociais pode e deve trazer benefícios. Foi com esse espírito que o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou na ADI 1.923:

'1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo preconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva'.

24. Destarte, é preciso ter cautela para que esta Corte não crie entraves que a lei não prevê e dificulte a atuação do gestor.

25. O art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 105 da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 (Lei 13.242/2015) **exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregos públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado. Assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal. Se a norma restringe os casos de contabilização dos gastos com terceirização, com maior razão conclui-se que as despesas com contratação de organizações sociais não devem ser computadas para finalidade do art. 19 da LRF.**

26. Conforme decidido pelo Plenário do TCU no Acórdão 2.057/2019 – TCU – Plenário, é de todo recomendável, especialmente em cenário de retração econômica e de insuficiência de recursos, que o gestor público analise todas as opções postas à disposição pela Constituição e pela legislação vigente, de forma a buscar modelos que vão ao encontro do princípio constitucional da eficiência, sempre tendo como objetivo o interesse público e o atendimento dos direitos aos cidadãos.

27. Embora seja necessário fundamentar a opção do modelo de parcerias com organizações sociais, é preciso ter presente que a autonomia do gestor e o livre exercício da opção política do governo democraticamente eleito, nos limites da lei, devem ser levados em consideração no exame pelo órgão de controle, sendo certo que a experiência de outras unidades federativas, bem como estudos e trabalhos que abordem o tema e promovam comparação entre os diversos modelos podem e devem servir de fundamento à decisão do Estado.

28. **Não se pode, todavia, olvidar dos riscos que a utilização abusiva desse instrumento pode acarretar ao equilíbrio fiscal do ente federativo, conforme**

**esmiuçado pela unidade instrutora. Ao não fazer parte dos limites impostos pela lei, as contratações excessivas de organizações sociais para prestação de serviços públicos, seja na área da saúde, ou em qualquer outra seara, podem levar a um colapso financeiro do ente público. Isso porque, ao prestar os serviços por outros meios, os gastos com pessoal do ente público tendem a diminuir, aumentando a margem para atingimento do limite de 60% da receita corrente líquida (RCL). Tal margem pode ser preenchida com aumentos sucessivos da remuneração de servidores e/ou empregados, o que se mostra de difícil reversão. Ao mesmo tempo, as despesas com organizações sociais passam a disputar a parcela de 40% da receita corrente líquida destinada a despesas de custeio, dívida pública e investimentos.**

29. Portanto, diante desses riscos e da omissão da LRF, cumpre ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade e, com base nisso, avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 as despesas com pessoal das organizações sociais.”. (grifo aditado)

Assim, conforme o entendimento acima explicitado, as únicas restrições, até o momento, existentes na legislação, no que toca ao cômputo das despesas no limite de gastos com pessoal, dizem respeito à terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos (art. 18, §1º, da LRF), e a contratação de pessoal por tempo determinado (art. 105, da LDO 2016 – Lei nº 13.242/2015).

De tal sorte, os repasses financeiros do Ente Público para as Organizações da Sociedade Civil não podem ser considerados como despesas de pessoal, para efeito de observância aos limites fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Isso porque tais entidades são, de fato, corresponsáveis pelo desenvolvimento dos programas e empregadora dos profissionais envolvidos nas ações.

Todavia, cabe-nos chamar a atenção do Gestor que, acaso fique demonstrado, na prática, que as parcerias travadas entre a administração pública e as aludidas organizações, mediante os instrumentos já citados neste trabalho, na verdade, constituem contratação de mão de obra em substituição de servidores e empregados públicos, os valores daí decorrentes devem ser computados como “outras despesas de pessoal”, de acordo com o quanto disposto no §1º, do art. 18, da LRF, em que pese, originalmente, não tenha sido formalizado um contrato de terceirização de serviços.

Neste sentido, encontra-se orientação traçada por essa Corte de Contas, na Resolução nº 02/2018, que, expressamente no art. 1º, alínea “d” e §2º, dispõe o seguinte:

“Art. 1º Não serão consideradas para fins de cômputo das despesas com pessoal do Município do Estado da Bahia, as seguintes situações:

(...)

d) as despesas de pessoal com gastos provenientes dos contratos de parcerias concertados entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais do terceiro setor, os chamados “Contratos de Gestão”, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas do ente público” e observem os termos dispostos na Lei Federal nº 9.637/98.

§1º As despesas incorridas com terceirização de atividades finalísticas e permanentes da Administração deverão ser computadas no cálculo da despesa de pessoal, por se tratarem de atividades tipicamente estatais.

§2º Nas despesas com pessoal das organizações sociais, caso seja identificado seu desvirtuamento, o Tribunal de Contas dos Municípios adotará as providências sancionatórias previstas em resolução a ser elaborada no prazo de até 30 dias.

(...)”.

Ressalve-se que, conforme bem salientado pelo Ministro Bruno Dantas, do C.TCU, o Gestor, ao realizar as parcerias com as entidades do Terceiro Setor em estrito cumprimento, no caso, aos ditames da Lei nº 13.019/14, deve ter atenção aos gastos delas decorrentes, para que não haja, com o uso abusivo desse instrumento, um desequilíbrio fiscal do ente federativo, pois, ao não computar tais despesas no limite de 60% disposto no art. 19, da LRF, elas terão que ser contabilizadas nos 40% remanescente, em rateio com outras despesas diferentes das de pessoal, tais como, de custeio, dívida pública e investimentos.

Diante de tudo o quanto exposto, podemos concluir os seguintes pontos:

01) Desde que observados os requisitos dispostos na Lei nº 13.019/2014, em especial as exceções enumeradas no seu art. 3º, é possível a realização de acordo de cooperação, termos de fomento ou de colaboração, entre o Poder Público e a Organização da Sociedade Civil para a execução de atividades nas áreas da saúde, educação e assistência social.

**Destaca-se que aos ajustes na área de saúde que visam a participação da iniciativa privada, em complementação aos serviços ofertados pelo Sistema de Saúde**

**Pública (SUS), nos termos no art. 199, §1º, da CF, não são aplicadas as normas dispostas na Lei nº 13.019/2014, já que, nestes casos, a formalização se dá por intermédio dos convênios e contratos administrativos (inteligência dos arts. 24 e 25, da Lei nº 8.080/90);**

02) Em atenção aos princípios norteadores da Administração Pública, em especial, o da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia, moralidade, a regra, nas parcerias firmadas com a Administração Pública, pautadas nos ditames da Lei nº 13.019/2014, é que a Organização da Sociedade Civil seja selecionada por meio do chamamento público, com diretrizes objetivas, a fim de selecionar dentre as instituições habilitadas, aquela que melhor atenda aos interesses públicos envolvidos. Todavia, nas situações elencadas nos arts. 30 e 31, da Lei nº 13.019/14, a exigência do chamamento público pode ser dispensável ou inexigível, respectivamente, desde que por ato devidamente motivado pelo Poder Público.

03) Em conformidade com o texto expresso da norma, as parcerias firmadas à luz da Lei nº 13.019/2014 **não se confundem com os convênios, que, atualmente, apenas são formalizados nas hipóteses enumeradas no parágrafo único, do seu art. 84, não se incidindo, portanto, na hipótese, as regras da Lei nº 8.666/93, em especial, o enunciado disposto no seu art. 116.**

04) As despesas advindas dos instrumentos de parceria firmados com base na Lei nº 13.019/2014 não entram no câmpulo dos gastos com pessoal. Todavia, o Gestor deve ter cautela para que não haja, com o uso abusivo desse instrumento, um desequilíbrio fiscal do ente federativo, pois, ao não computar tais despesas no limite de 60% disposto no art. 19, da LRF, elas terão que ser contabilizadas nos 40% remanescente, em rateio com outras despesas diferentes das de pessoal, tais como, de custeio, dívida pública e investimentos;

05) Acaso fique demonstrado, na prática, que as aludidas parcerias travadas entre a administração pública e tais organizações, mediante os instrumentos já citados neste



trabalho, na verdade, constituem contratação de mão de obra em substituição de servidores e empregados públicos, os valores daí decorrentes devem ser computados como “outras despesas de pessoal”, de acordo com o quanto disposto no §1º, do art. 18, da LRF, em que pese, originalmente, não tenha sido formalizado um contrato de terceirização de serviços.

É o parecer.

Salvador, 03 de junho de 2020.

**Flávia Lima de Queiroz**

**Chefe da DACJ**