

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE IPECAETÁ

PROCESSO Nº 08924e19

PARECER Nº 01187-19

T.P.B. Nº 39/2019

PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS). CONTRATOS DE GESTÃO. LEI Nº 9.637/1998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO DE FUNCIONÁRIOS DA OS. NÃO INCIDÊNCIA NO CÔMPUTO DE GASTOS COM PESSOAL DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL.

1) Reconhece-se a legalidade da formação de parcerias entre a Administração Pública e as entidades definidas como organizações sociais, celebradas através de contratos de gestão, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas de Estado” e observem os termos dispostos na Lei nº 9.637/1998.

2) De acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a previsão de dispensa de licitação disposta no artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993 estende-se também à escolha da organização social que formará o contrato de gestão com a Administração Pública.

3) As despesas com o pagamento de funcionários das organizações sociais não entram no cômputo dos gastos com pessoal da Administração Municipal.

4) Acaso fique demonstrado, na prática, que as parcerias travadas entre a Administração Pública e as organizações sociais, mediante contratos de gestão, 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 artigo 18, §1º, da LRF, em que pese, originalmente, não tenha sido formalizado um contrato de terceirização de serviços.

A Procuradora Geral do **MUNICÍPIO DE IPECAETÁ**, Dra. Thalita Silva Reis, por intermédio do Ofício nº 11/2019, endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 08924e19, questiona-nos:

“1- Como se posiciona o Tribunal de Contas dos Municípios (TCM) do Estado da Bahia, **sobre a celebração dos contratos de Gestão regidos pela Lei nº 9.637/98.**

2- Posicionamento diante da afirmativa do TCU: ‘... **da omissão da LRF, cumpre ao Congresso Nacional ..., 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**’.

3- Como o TCM/BA se posiciona diante da postura do TCU: **“a contratação de organizações sociais apenas para servirem de intermediárias de mão de obra, tal fato não é motivo legítimo para que o instrumento seja tratado como se terceirização fosse o mesmo.”.**

4- Qual o entendimento do TCM/BA acerca da: Constitucionalidade de Contratação de Organizações Sociais por Dispensa de Licitação;

5- Modalidade de Contratação de Gestão Hospitalar por Organizações Sociais: Dispensa ou Licitação;” (destaques no original)

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

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

Dito isso, a princípio, cumpre tecer algumas considerações a respeito das parcerias firmadas pelo Estado com o chamado “Terceiro Setor”.

Pois bem; 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, em regime de mútua colaboração, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, deverão ser realizadas, em sua maioria, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em Termos de Colaboração, em Termos de Fomento ou em Acordos de Cooperação.

Utiliza-se a expressão “em sua maioria”, porque o regime estabelecido pela citada Lei não se aplica, dentre outras hipóteses listadas no seu artigo 3º:

- a) aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637/1998;
- b) aos convênios e contratos firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, nos termos no artigo 199, §1º, da Constituição Federal;
- c) aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que atendidas as condições estipuladas na Lei nº 9.790/1990; e
- d) às parcerias celebradas entre a Administração Pública e os serviços sociais autônomos.

Tem-se, pois, que os contratos de gestão pactuados com organizações sociais, objeto dos questionamentos formulados, continuam disciplinados pelas regras dispostas na Lei nº 9.637/1998.

Contrato de gestão, de acordo com o artigo 5º da citada Lei nº 9.637/1998, é o instrumento utilizado na parceria firmada entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social (entidade de interesse social e utilidade pública), para fomento e execução de atividades direcionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Deve constar do seu bojo, de forma discriminada, as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes envolvidas, que, na oportunidade da sua confecção, observarão tanto os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade quanto aos requisitos enumerados nos incisos I e II do artigo 7º da Lei nº 9.637/1998:

“Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução,

bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.”

Com a finalidade de viabilizar o cumprimento das metas dispostas no contrato de gestão, poderão ser destinados às organizações sociais recursos orçamentários e bens públicos, assim como, se houver necessidade, é facultada a cessão especial de servidor público, com ônus para o órgão de origem. Sobre a matéria, vale reproduzir o teor dos artigos 12 a 14 da Lei nº 9.637/1998:

“Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.”

Ultimada a contratação, deve a Administração fiscalizar a execução e o cumprimento do contrato de gestão nos moldes disciplinados pela Lei pertinente.

No particular, esta Corte de Contas editou a Resolução nº 1.269/2008, acrescentada pela Resolução nº 1.290/2010, que, dentre outras providências, estabeleceu, no seu artigo 2º, VI, a necessidade de “Lei Municipal autorizadora de celebração de Contrato de Gestão e de Termo de Parceria”.

Logo, **reconhece-se a legalidade da formação de parcerias entre a Administração Pública e as entidades definidas como organizações sociais, celebradas através de contratos de gestão, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas de Estado” e observem os termos dispostos na Lei nº 9.637/1998.**

Prestados tais esclarecimentos, acrescente-se que boa parte da doutrina e da jurisprudência pátrias defendem a tese de que, apesar da denominação “contrato de gestão”, a natureza jurídica da avença firmada entre a Administração Pública e as organizações sociais aproxima-se mais de convênio.

Isso porque, nesse caso, os interesse dos participantes caminham na mesma direção. Ou seja, tanto a Administração Pública quanto o particular almejam o mesmo objetivo, não havendo contraposição de interesses.

De acordo com a lição do professor José dos Santos Carvalho Filho, na sua obra “Manual de Direito Administrativo”, *Lumen Juris* Editora, 17ª edição, página 225:

“De acordo com a lei reguladora, essas entidades celebram com o Estado ajuste específico denominado de **contrato de gestão** – instrumento que formaliza o vínculo jurídico entre os pactuantes, estabelece os objetivos do ajuste e define os direitos dos signatários. Em que pese a denominação constante da lei, o ajuste não estampa propriamente um 'contrato', assemelhando-se muito mais, em razão de sua fisionomia e objeto, à modalidade de **convênio** – este sim, instrumento compatível com o **regime de parceria** que serve de núcleo para aquele negócio jurídico. Exatamente em virtude dessa natureza real é que o Estatuto afastou o regime de competição próprio das licitações e incluiu as contratações como mais uma hipótese de dispensa.” (destaques no original)

Com base nessa argumentação, somado ao quanto disposto no artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993, defense-se a possibilidade de se firmar contrato de gestão com dispensa de licitação, desde que observados os princípios constitucionais (artigo 37, *caput*, da CF).

O citado artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que é dispensável a licitação, “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”.

Da sua leitura, extrai-se, de forma incontroversa, que a dispensa abrange contratos de prestação de serviços relacionados com as atividades previstas no contrato de gestão, provocando dúvidas, todavia, a respeito da possibilidade de se contratar diretamente a própria organização social no contrato de gestão.

José dos Santos Filho, na obra anteriormente mencionada, página 225, assevera que a dispensa estende-se também à escolha da organização social que celebrará o contrato de gestão com a Administração Pública, sob os seguintes fundamentos:

“Deve atentar-se, entretanto, para o fato de que são dois os tipos de contratos a que se refere o dispositivo: um deles é o próprio contrato de gestão, que vincula o ente público à organização social; outro é o contrato de prestação de serviços, visando ao cumprimento de atividades ligadas àquele primeiro ajuste. A dispensa de licitação teve por foco esta última modalidade de contratos e a hipótese apresenta motivo de fácil compreensão: vinculando-se o Estado à organização social para os fins não-econômicos por ele alvitados, não haveria mesmo espaço para que licitasse entre terceiros os serviços decorrentes do contrato, visto que tais serviços são justamente aqueles para os quais a organização social é direcionada. Quanto ao contrato de gestão em si, a dispensa de licitação decorre do próprio sistema implantado na lei reguladora e espelha corolário natural desse tipo de negócio jurídico: a uma, porque se cuida de ajuste de caráter social e, a duas, porque retrata regime de parceria, incompatível com o processo de licitação. Assim, a Administração é livre para escolher a organização social com a qual celebrará o contrato.”

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em “Direito Administrativo”, 21ª edição, Editora Atlas, em que pese defenda, inicialmente, a necessidade de licitação para a escolha da entidade, após a edição do Decreto nº 6.170/2007, que estabelece normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, reconheceu que, embora a licitação possa ser realizada, “(...) ela deixou de ser

obrigatória, bastando a cotação prévia de preços no mercado e a observância dos princípios referidos no artigo 11 do novo Decreto” (página 474).

O E. Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar, dentre outros pontos, sobre a constitucionalidade do artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993, no julgamento da ADI 1923/DF, em 16.04.2015, conferiu interpretação conforme a Constituição ao citado dispositivo, como também à Lei nº 9.648/1998, no sentido de que os contratos de gestão, em razão da natureza de convênio que ostentam, estão fora da incidência da regra disposta no artigo 37, XXI, da CF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA

O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

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.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “*são deveres do Estado e da Sociedade*” e que são “*livres à iniciativa privada*”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de *controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “*organização social*”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, **não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).**

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de *credenciamento*, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da *impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. **A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, esporte e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.**

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, **impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).**

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. **O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.**

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”. (destaques no original e aditados)

O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 952.899-DF, que teve como Relator o Exmo. Ministro José Delgado, também entendeu que:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. O contrato de gestão administrativo constitui negócio jurídico criado pela Reforma Administrativa Pública de 1990.

2. A Lei n. 8.666, em seu art. 24, inciso XXIV, dispensa licitação 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.

3. Instituto Candango de Solidariedade (organização social) versus Distrito Federal. Legalidade de contrato de gestão celebrado entre partes.
4. Ausência de comprovação de prejuízo para a Administração em razão do contrato de gestão firmado.
5. A Ação Popular exige, para sua procedência, o binômio ilicitude e lesividade.
6. Recurso especial improvido.

(...)

Sou filiado à corrente doutrinária no sentido de que:

- a) o contrato de gestão no serviço público não exige, para a sua elaboração, licitação, por ser celebrado com organizações sociais para prestação de serviços;
- b) a dispensa de licitação para firmação de contrato de gestão está amparada no art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93;
- c) em se tratando de ação popular, há necessidade de se comprovar a existência de lesão ao patrimônio público;
- d) a finalidade dos contratos de gestão é conceder maior autonomia à Administração Pública.

Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso especial.” (destaques no original)

Logo, de acordo com interpretação conferida pela doutrina e pelos Tribunais Superiores, **a previsão de dispensa de licitação disposta no artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993 estende-se também à escolha da organização social que formará o contrato de gestão com a Administração Pública.**

Com bem frisado pelo E. STF, a desnecessidade do processo licitatório não exime o Gestor Público de observar os “(...) princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados”.

A dispensa ocorre por ato discricionário do Agente Público que, diante do caso concreto e dentre as hipóteses que a Lei permite, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido e a conveniência de se contratar diretamente.

Sobre o tema em questão, a Consultoria fornecida pelo portal jurídico especializado em licitações e contratos, www.zenite.com.br, elucida que:

“os casos de dispensas não devem ser confundidos com aqueles em que a licitação é impossível de ser realizada (inviabilidade absoluta de competição).

Constituem, de fato, situações em que a realização de licitação é uma faculdade e não obrigação, e isto, consoante já referido, justifica-se por razões de interesse público.”

Ressalte-se, porque oportuno, que o processo administrativo da dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993 e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se, também, a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no artigo 38 da referida Lei de Licitações e Contratos.

Ademais, o Agente Público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, sob pena de incidir no crime tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa".

Como se vê, cabe ao Gestor agir com muita cautela ao dispensar uma licitação, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação direta sem amparo na previsão legal quanto nas oportunidades em que não observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (artigo 26 da Lei nº 8.666/1993).

Pontue-se, por conseguinte, que, se o fornecedor ou o prestador de serviços concorrer com a ilegalidade, também será punido com pena semelhante à atribuída ao Administrador Público.

No que se refere à contabilização dos pagamentos realizados às entidades integrantes do Terceiro Setor nos limites de despesas com 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 1923/DF, 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 artigo 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.' (destaco)

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.

(...)” (destaques no original e aditados)

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 (artigo 18, §1º, da LRF), e a contratação de pessoal por tempo determinado (artigo 105 da LDO 2016 – Lei nº 13.242/2015).

De tal sorte, **os repasses financeiros do Ente Público para as organizações sociais (contratos de gestão) 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 empregadoras dos profissionais envolvidos nas ações.**

Nesse sentido, a Instrução nº 02/2018 deste Tribunal de Contas orienta que:

“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.

(...)” (destaque no original)

Todavia, cabe chamar a atenção do Gestor que, **acaso fique demonstrado, na prática, que as parcerias travadas entre a Administração Pública e as aludidas organizações, mediante contratos de gestão, 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 artigo 18, §1º, da LRF, em que pese, originalmente, não tenha sido formalizado um contrato de terceirização de serviços.**

Ressalve-se que, conforme bem salientado pelo Exmo. 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 9.637/1998, 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% (sessenta por cento) disposto no artigo 19 da LRF, elas terão que ser contabilizadas nos 40% (quarenta por cento) remanescentes, em rateio com outras despesas diferentes das de pessoal, tais como, de custeio, dívida pública e investimentos.**

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

- 1) Reconhece-se a legalidade da formação de parcerias entre a Administração Pública e as entidades definidas como organizações sociais, celebradas através de contratos de gestão, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas de Estado” e observem os termos dispostos na Lei nº 9.637/1998;
- 2) De acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a previsão de dispensa de licitação disposta no artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993 estende-se também à escolha da organização social que formará o contrato de gestão com a Administração Pública;
- 3) As despesas com o pagamento de funcionários das organizações sociais não entram no cômputo dos gastos com pessoal da Administração Municipal. 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% (sessenta por cento) disposto no artigo 19 da LRF, elas terão que ser contabilizadas nos 40% (quarenta por cento) remanescentes, em rateio com outras despesas diferentes das de pessoal, tais como, de custeio, dívida pública e investimentos; e
- 4) Acaso fique demonstrado, na prática, que as aludidas parcerias travadas entre a Administração Pública e tais organizações, mediante contratos de gestão, 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 artigo 18, §1º, da LRF, em que pese, originalmente, não tenha sido formalizado um contrato de terceirização de serviços.

É o parecer.

Salvador, 19 de junho de 2019.

Thayana Pires Bonfim
Assistente Jurídico