

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA DE RIACHÃO DAS NEVES

PROCESSO N° 08943e19

PARECER N° 01221-19 (F.L.Q.)

PARCERIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ORGANIZAÇÃO SOCIAL E OSCIP. LEIS N°S 9.637/1998 E 9.790/1990. INTERVENÇÃO INDIRETA DO PODER PÚBLICO. ATIVIDADE DE FOMENTO. ATUAÇÃO CONJUNTA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF. ADIN N° 1.923/DF. Reconhece-se a legalidade da formação de parcerias entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais e OSCIP, celebradas, respectivamente, através de contrato de gestão e termo de parceria, desde que não realizem atividades exclusivas de Estado e observem os termos dispostos das Leis n°s 9.637/1998 e 9.790/1990. 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 decisão do E. STF (ADIN n° 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.”.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE RIACHÃO DAS NEVES**, Sr. Miguel Crisóstomo Borges Neto, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o n° 08943e19, acerca das parcerias firmadas pela Administração Pública com as Organizações Sociais (OS) e com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), questiona-nos o seguinte:

“a) há vedação pelos municípios quanto à contratação de Organização Social ou OSCIP para execução de atividades relacionadas à saúde, à educação e à assistência social?

b) há obrigação de os municípios realizarem concurso público tendo um Contrato de Gestão ou Termo de Parceria em vigor?”.

Argumenta o Consultante, dentre outros pontos, que “se a celebração do Contrato de Gestão ou de Termo de Parceria é voltado para a prestação de um serviço público, a exemplo da educação, saúde e assistência social, não haveria sentido em se exigir do Poder Público a contratação de servidores para a execução das atividades a serem exploradas pelas entidades do terceiro setor”.

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos ao Consultante que, 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.

Inicialmente, traçaremos breves linhas a respeito das parcerias firmadas pelo Estado com o chamado “Terceiro Setor”.

Após o advento da Lei 13.019/2014, com as alterações produzidas pela Lei nº 13.204/2015, as parcerias entre a Administração Públicas e as Organizações da Sociedade Civil, 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, §2º, da CF/88.

Assim, os contratos de gestão pactuados com as Organizações Sociais e os termos de parcerias com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP continuam disciplinados pelas regras dispostas, respectivamente, nas Leis nº 9.637/98 e 9.790/99.

Contrato de gestão, de acordo com o art. 5º, da citada Lei nº 9.637/98, é o instrumento utilizado na parceria firmada entre o Poder Público e entidade qualificada como Organização Social (entidade de interesse social e utilidade pública), para o 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 no 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, moralidade, impessoalidade, publicidade e economicidade, quanto aos requisitos enumerados nos incisos I e II, do art. 7º, da Lei nº 9.637/98:

“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, as Organizações Sociais poderão receber recursos e bens provenientes do Poder Público, assim como, se houver necessidade, ocorrerá a cessão especial de servidor

público, com ônus para o órgão de origem. Disciplinando a matéria, encontram-se os arts. 12 a 14, da Lei nº 9.637/98:

“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 juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.”

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

A seu turno, no que concerne aos termos de parceria, a Lei nº 9.790/1999 disciplina os seus requisitos, ao tempo em que dispõe sobre a qualificação das pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP.

De acordo com a ilustre Doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em *“Direito Administrativo”*, 21ª edição, Editora Atlas, 2008, página 474, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público:

“Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de **termo de parceria**.” (destaques no original)

Importante registrar que a concessão do título de OSCIP depende do preenchimento de requisitos previstos em Lei a ser editada por cada Ente da Federação, fato que não impede Estados e Municípios de firmarem ajustes com OSCIP's qualificadas como tais pela União, nos moldes do quanto disposto na Lei Federal nº 9.790/1999.

Do mesmo modo, o art. 23, do Decreto 3.100/1999, que regulamenta a Lei nº 9.790/1999, estabelece a regra do concurso de projetos para a realização de parceria entre o Poder Público e OSCIP, donde se extrai que Estados e Municípios que venham a tratar da matéria também devem estabelecer o procedimento a ser utilizado, de modo a garantir a observância ao princípio da impessoalidade.

Nesse mesmo sentido, vale trazer a lume os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na supracitada obra, página 477:

“Com relação aos Estados e Municípios, não tem aplicação obrigatória a Lei nº 9.790. Da mesma forma que os títulos de utilidade pública e organização social, para serem outorgados, dependem de lei de cada ente da federação, também a qualificação de Oscip está sujeita à mesma exigência. União, Estados e Municípios exercem o fomento em suas respectivas áreas de atuação. Cada qual tem competência própria para estabelecer os requisitos para essa finalidade, que não têm que ser iguais aos da lei federal. Isto, contudo, não impede Estados e Municípios de firmarem ajustes com as Oscips qualificadas pela União.

(...)

Quanto à escolha da Oscip com a qual o Poder Público vai fazer a parceria, o Decreto nº 3.100 permite o concurso de projetos. Estados e Municípios que venham a disciplinar a matéria por lei devem prever o procedimento a ser utilizado, de modo a garantir igualdade de oportunidades a todos os possíveis interessados.”

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, diante de tudo o que foi dito anteriormente, reconhece-se a legalidade da formação de parcerias entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais e OSCIP, celebradas, respectivamente, através de contrato de gestão e termo de

parceria, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas de Estado” e observem os termos dispostos nas Leis nº’s 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente.

No que se refere às “atividades exclusivas de Estado”, o Ministro Luiz Fux, no Voto proferido nos autos da ADIN nº 1.923/DF, com lastro no texto constitucional, destaca a existência de 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), como também, ramos de atividades em que, ao lado do dever de o Estado atuar, o legislador previu a possibilidade de participação da iniciativa privada:

“(…)

13. 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”.

14. 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.

15. 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.

16. 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)

17. 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.

18. 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.

19. 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.

20. 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.

21. 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.

22. 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.**

23. **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.**

24. 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.

(...)

28. 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.

29. 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, segundo entendimento exposto acima, 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 afasta a possibilidade da Administração, concomitante ao particular, prestar serviços nestas mesmas áreas.

Dizendo de outro modo, nas parcerias regidas pelas Leis nº's 9.637/98 e 9.790/99, 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.”

Por fim, em que pese não tenha sido objeto do questionamento do Consultente, 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 maiores políticas preponderantes 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 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 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.

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 9.637/98, 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) Reconhece-se a legalidade de formação de parcerias entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais e OSCIP, celebradas, respectivamente, através de contrato de gestão e termo de parceria, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas de Estado” e observem os termos dispostos nas Leis nº’s 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente;

02) Nas parcerias regidas pelas Leis nº’s 9.637/98 e 9.790/99, 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 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.”.

03) As despesas advindas dos contratos de gestão não entram no cômputo 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;

04) 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.



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

É o parecer.

Salvador, 17 de junho de 2018

Flávia Lima de Queiroz

Chefe da DACJ