



PARECER JURÍDICO N. 785/2023

REQUERENTE: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE E MEIO AMBIENTE

PROTOCOLO N.: 203301/2023 – (14/11/2023 - 14h. e 17 min).

Trata o presente expediente de pedido de Parecer Jurídico, em relação à possibilidade de contratação da **ASSOCIAÇÃO TAQUARIENSE DE SAÚDE - CNPJ 31.922.196/0001-03**, tendo como objeto a operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços na área da saúde, junto ao Hospital São José, a fim de organizar e agilizar os processos, visando tornar a prestação de serviços mais funcional e com maior qualidade de resultados, com previsão de repasse de recursos ao Hospital São, ainda no exercício de 2023, levando em consideração o período de 15 de novembro à 31 de dezembro de 2023, totalizando a importância de **R\$ 1.274.907,74 (um milhão duzentos e setenta e quatro mil novecentos e sete reais e setenta e quatro centavos)**.

José Harry Saraiva Dias, Secretário Municipal de Saúde e Meio Ambiente, justifica a contratação, através do Memorando N. 98/2023, nos seguintes termos:

“Por meio do presente expediente administrativo solicita-se a Vossa Excelência, se for de seu interesse, seja celebrado Contrato de Gestão, objetivando a operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços na área da saúde, junto ao Hospital São José, a fim de organizar e agilizar os processos, visando tornar a prestação de serviços mais funcional e com maior qualidade de





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

resultados, através da execução por intermédio da Associação Taquariense de Saúde, inscrita no CNPJ n.º 31.922.196/0001-03, com Estatuto arquivado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos no Registro das Pessoas Jurídicas de Taquari, representada por seu Presidente, Sr. Cláudio Ehlers Bastos, inscrito no CPF n.º 488.569.750-68.

Note-se que a Associação respectiva já realiza a gestão sugerida desde Novembro de 2018 -, sendo a ÚNICA Associação na cidade qualificada como Organização Social, forte no que dispõe a Lei n.º 4.152, de 17 de Outubro de 2018 c/c o Decreto n.º 3.666, de 08 de Novembro de 2018 -, normas estas que fazem parte integrante do presente Memorando.

Oportuno considerar, inclusive, que por meio da Portaria n.º 877, de 25 de Novembro de 2022, fora concedido a ATS, pelo Ministério da Saúde – Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS); o certificado referido é alcançado pelo Ministério da Saúde à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecida como Entidade Beneficente de Assistência Social, com a finalidade de prestação de serviços na Área de Saúde, cumpridas as condições definidas pela legislação. A obtenção do CEBAS possibilita às entidades a isenção das contribuições sociais, em conformidade com a Lei nº 8.212 de 24/07/1991 e a celebração de convênios/contratos com o Poder Público (o que desde já se requer).

À época da primeira contratação -, e é importante que se ressalte -, que o instrumento que deu azo a avença entre as partes fora celebrado com supedâneo legal no Art. 24, inciso XXIV da Lei n.º 8.666/93, - dispensando-se a licitação em face das particularidades que a contratada detinha ante a sua composição (o que prossegue, nessa oportunidade).

Outrossim, necessário considerar que durante esse quinquênio, os Planos Operativos e Convênios que discriminaram os serviços prestados por força contratual, foram sujeitos ao crivo do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, não havendo um apontamento sequer em decorrência desta relação contratual -, corroborando sua lisura e legalidade desde o nascedouro.

Consta que no final de 2018, por meio de uma denúncia anônima, o TCE-RS propôs uma Ação Cautelar de Contas contra o Município em decorrência da contratação da ATS, o que fora indeferido por aquele douto Tribunal e arquivado, a posteriori, ante a esquizofrenia jurídica da pretensão de quem o fez.

Desta feita, incontestemente que a continuidade da prestação do serviço merece ser acatada por esta gestão, em se considerando -, além de todos os pormenores elencados no curso dessa peça -, a





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

capacidade constatada por essa Secretaria e pelo próprio Conselho Municipal de Saúde, sobre a qualidade técnica e administrativa dos serviços prestados pela Associação Taquariense de Saúde – ATS.

Acosta-se, outrossim, cópia do contrato vigente, além de documentação pertinente que dá suporte as afirmações tecidas na presente peça.

Cordialmente, é o que se requer.”

Inicia-se o parecer fazendo um pequeno histórico sobre o Hospital São José e a Associação Taquariense de Saúde. O Hospital São José pertence ao Município de Taquari, por força da Lei nº 3.036, de 22 de outubro de 2009, que autorizou a aquisição do imóvel, bem como todos os móveis, utensílios e equipamentos médico-hospitalares que guarneciam o Hospital São José, que há época era propriedade da Sociedade Educação e Caridade, com sede na cidade de Porto Alegre, RS, inscrita no CNPJ sob nº 92.812.049/0001-67.

Hoje o referido nosocômio é administrado pela Associação Taquariense de Saúde (ATS) – CNPJ N. 31.922.196/0001-03, por força do Contrato N. 096/2018, originário do Processo de Dispensa N. 017/2018, o qual tem por objeto a execução de serviços no Hospital São José, sendo a referida associação de pessoa jurídica de direito privado, que tem como atividade principal o desenvolvimento de atividades em saúde pública.

A Associação Taquariense de Saúde – CNPJ N. 31.922.196/0001-03 prevê que toda receita é destinada única e exclusivamente ao patrimônio da própria instituição, no caso, sem a finalidade de acumulação de capital, bem como não remunera, nem concede vantagens ou benefícios por qualquer forma ou título, a seus diretores, conselheiros, associados, instituidores ou equivalentes, portanto, trata-se de associação filantrópica sem fins lucrativos:

Art. 6º. A associação poderá receber:
(...)





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

§1º. Toda e qualquer receita deverá ser aplicada no objetivo da Associação, bem como os saldos apurado no balanço.

§2º. A Associação não remunera, nem concede vantagens ou benefícios por qualquer forma ou título, a seus diretores, conselheiros, associados, instituidores ou equivalentes.

Além do mais, o objetivo precípua da Associação Taquariense de Saúde é desenvolvimento de atividades em saúde pública, através de atendimento básico e hospitalar; distribuição de produtos farmacêuticos, análises laboratoriais e outros necessários ou complementares, conforme se depreende do art. 4º do Estatuto Social.

Art. 4º. A Associação Taquariense de Saúde, pessoa jurídica de direito privado, tem como finalidade principal o desenvolvimento de atividades em saúde pública, através de atendimento básico e hospitalar; distribuição de produtos farmacêuticos, análises laboratoriais e outros necessários ou complementares ao bom funcionamento ao bom funcionamento dos objetivos que lhe são inerentes, como também o atendimento em geral de saúde pública, abrangendo ações preventivas e curativas.

A referida associação é qualificada como organização social por força do Decreto n.º 3.666, de 08 de novembro de 2018 e por meio da Portaria n.º 877, de 25 de novembro de 2022, fora concedido a ATS, pelo Ministério da Saúde – Secretaria de Atenção Especializada à Saúde, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS); o certificado referido é alcançado pelo Ministério da Saúde à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecida como Entidade Beneficente de Assistência Social, com a finalidade de prestação de serviços na Área de Saúde, cumpridas as condições definidas pela legislação. A obtenção do CEBAS possibilita às entidades a isenção das contribuições sociais, em conformidade com a Lei nº 8.212 de 24/07/1991 e a celebração de convênios/contratos com o Poder Público.

A Constituição Federal possibilita que as instituições privadas participem de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, nos termos do art. 199, § 1º.:





Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

No mesmo sentido a Lei Orgânica do Município de Taquari, expressamente autoriza que as instituições privadas poderão participar de forma complementar, do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Art. 125. O Município integra, com a União e o Estado, com os recursos da seguridade social, o Sistema Único Descentralizado da Saúde, cujas ações e serviços públicos na sua circunscrição territorial são por ele dirigidos, com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 2º As instituições privadas poderão participar de forma complementar, do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

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.

O regime estabelecido pela citada Lei não se aplica, dentre outras hipóteses listadas no seu art. 3º:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;

(...)

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;



Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

(...)

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999;

(...)

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

Assim, os contratos de gestão pactuados com as Organizações Sociais devem ser disciplinados pelas regras dispostas na Lei nº 9.637/98.

O 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.





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

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, 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.

Ultimada a contratação, a Administração deverá fiscalizar a execução e o cumprimento do contrato de gestão nos moldes disciplinados na Lei Municipal 4.152, de 17 de outubro de 2018, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Município de Taquari.

Logo, há de se reconhecer a legalidade da formação de parcerias entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais, celebradas através de contrato de gestão, desde que não realizem, na prática, "atividades exclusivas de Estado" e observem os termos dispostos na Lei nº 9.637/98.





A doutrina e jurisprudência pátrias defendem a tese de que, apesar da denominação de “contrato de gestão”, a natureza jurídica da avença firmada entre a Administração Pública e as Organizações Sociais aproxima-se mais da hipótese de convênio.

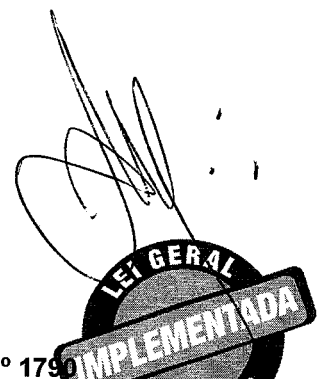
Isto porque, nesse caso, os interesses dos participantes caminham na mesma direção. Ou seja, tanto a Administração Pública quanto o particular almejam o mesmo objetivo, não havendo contraposição de interesses.

De acordo com a lição do Professor José dos Santos Carvalho Filho: **“...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.”** (Carvalho Filho, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo” 17ª edição, p. 225).

Com base nesta argumentação, somado ao quanto disposto no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/63, defende-se a possibilidade de se firmar contrato de gestão com dispensa de licitação, desde que observados os princípios constitucionais (art. 37, caput, da CF/88).

O citado art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, 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:

Art. 24. É dispensável a licitação:





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

(...)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Da sua leitura, extrai-se de forma incontroversa que a dispensa abrangerá 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 o particular no contrato de gestão.

De acordo com o já citado Mestre José dos Santos Filho, 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 àqueles 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 alvitrados, 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, em que pese defenda inicialmente a necessidade de





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

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”**.

O E. Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar, dentre outros pontos, sobre a constitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, no julgamento da ADI 1923/DF, em 16.04.2015, conferiu interpretação conforme à Constituição ao citado dispositivo, como também à Lei nº 9.648/98, no sentido de que os contratos de gestão, em razão da natureza de convênio que ostentam, estão fora da incidência da regra disposta no art. 37, XXI, da CF/88:

EMENTA: 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 6 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.





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

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 prevalentes 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,





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2015-2016

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 7 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).





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

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.





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

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 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e 9 impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

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.”
- grifo nosso -

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 952.899-DF, Relator Ministro José Delgado, comunga do mesmo entendimento exposto acima:

“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;





Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

TAQUARI

Administração 2013-2016

- 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."*

Logo, diante da interpretação conferida pela doutrina e pelos Tribunais Superiores, a previsão de dispensa de licitação disposta no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, estende-se também à escolha da Organização Social que formará o contrato de gestão com a Administração Pública.

A dispensa ocorre por ato discricionário do agente administrativo que, diante do caso concreto e dentre das hipóteses em que a lei permite, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido, a conveniência de se contratar diretamente, situação 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, por 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 art. 26, da Lei nº 8.666/93:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;***
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;***
- III - justificativa do preço.***





IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO - no caso em tela, dispensa-se a caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública, por não se tratar de dispensa com base no art. 24, inciso IV da Lei de Licitações.;

RAZÃO DA ESCOLHA DO FORNECER - a razão da escolha do fornecer vem justificada no Memorando 498/2023, quando o Secretário da Saúde e Meio Ambiente, assim relata: *“Destá feita, incontesteste que a continuidade da prestação do serviço merece ser acatada por esta gestão, em se considerando –, além de todos os pormenores elencados no curso dessa peça -, a capacidade constatada por essa Secretaria e pelo próprio Conselho Municipal de Saúde, sobre a qualidade técnica e administrativa dos serviços prestados pela Associação Taquariense de Saúde – ATS.”*

- **DOCUMENTO DE APROVAÇÃO DOS PROJETOS DE PESQUISA** – resta prejudicado, já que não se enquadra no objeto da contratação.

- **JUSTIFICATIVA DO PREÇO** – quanto a justificativa do preço a mesma deverá ser demonstrada para seguimento do presente contrato, uma vez que da análise do expediente.

Foi juntado aos autos dotação orçamentária suficiente para cobrir o custo da contratação, sendo o parecer favorável para o ato de dispensa de licitação, conforme estabelece o art. 38, VI da Lei supra citada, desde que venha autos **justificativa do preço, com base no art. 26, inciso III, da Lei 8.666/93 com a finalidade de embasar os valores lançados no plano operativo.**

Ao Setor de Licitações para que proceda os atos de Dispensa de Licitação em conformidade com o art. 26 da Lei de Licitações.



Município de Taquari

Estado do Rio Grande do Sul

Tá mudando.
Tá melhorando.

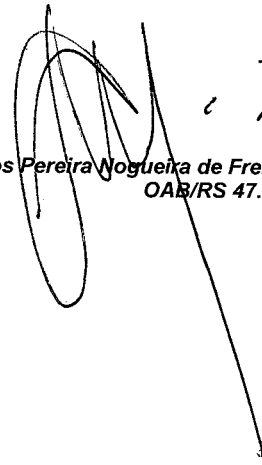
TAQUARI

Administração 2013-2016

O presente exame se deu mediante solicitação e enfoca apenas aspectos legais, com base nos elementos e documentos fornecidos pelo solicitante (notas fiscais de aquisição de insumo), sob o ângulo jurídico, não se aprofundando em outras áreas que não a do Direito, não sendo, portanto, objeto de análise os aspectos técnicos referentes à contratação, metas, planilhas, pois desbordam do âmbito de competência desta assessoria jurídica, sendo a presente manifestação, portanto, de caráter estritamente jurídico, não tendo o condão de cancelar opções técnicas eleitas por qualquer integrante da Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade administrativa, escoimando ainda, qualquer responsabilidade de seu signatário conforme o art.2º, § 3º da Lei n. 8.906/94 e entendimento do STJ no RHC: 39644 RJ 2013/0238250-5.

Este é o parecer, salvo melhor Juízo, uma vez que o mesmo é meramente opinativo de caráter não vinculativo.

Taquari, RS, 23 de novembro de 2023.


Marcos Pereira Nogueira de Freitas
OAB/RS 47.583

