



PARECER Nº 33/2020

Processo nº: P096163/2020

Origem: Secretaria Municipal do Planejamento, Orçamento e Gestão – SEPOG

Assunto: Consulta sobre formalização de contrato de gestão após a seleção de Organização Social por meio de Chamada Pública.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE GESTÃO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. REALIZAÇÃO DE CHAMADA PÚBLICA. PROCEDIMENTO DE SELEÇÃO ADEQUADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, §4º, DA LEI MUNICIPAL Nº 8.704/03. ADI 1.923/DF. DISPENSA DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO SENDO POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE CHAMADA PÚBLICA. PROCEDIMENTOS DISTINTOS. JURISPRUDÊNCIA DO TCU E DO TCE/CE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º DA LEI MUNICIPAL Nº 8.704/03 C/C A LEI FEDERAL Nº 8.666/93.

Aportou nesta Procuradoria o Ofício GSE n.º 0798/2020 (fls. 02) encaminhado pela Secretaria Municipal do Planejamento, Orçamento e Gestão - SEPOG, versando sobre consulta acerca da "(...) *necessidade de manifestação da Procuradoria Geral do Município, após realização de chamamento público para a celebração de Contrato de Gestão firmado com Organização Social, no tocante à dispensa de licitação.*

A despeito da exiguidade do texto da consulta, extrai-se de sua leitura e compreensão que o órgão de origem interessado na sua formulação intenciona obter resposta acerca da necessidade desta casa proceder a análise da formalização da celebração do contrato de gestão, após a conclusão de procedimento de chamada pública para seleção de entidade qualificada como organização social, por compreender que tal situação enquadra-se como dispensa de licitação a ensejar a



observância das normas municipais que tratam da análise de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação por parte da Procuradoria Geral do Município.

Este é o relatório. Passa-se à análise jurídica da consulta.

De início, faz-se imperioso realizar breves comentários sobre o instituto denominado Contrato de Gestão e sua natureza jurídica.

Idealizado inicialmente no Direto Francês *como meio de controle administrativo ou tutela sobre as suas empresas estatais. Mas, antes disso, o contrato de gestão já era utilizado como meio de vincular a programas governamentais determinadas empresas privadas que recebiam algum tipo de auxílio por parte do Estado*¹, no Brasil, o contrato de gestão concebido como uma espécie de compromisso firmado pelo Poder Público com entidade qualificada como organização social somente surgiu na década de 1990, com a constatação do esgotamento do modelo de atuação do Estado e da necessidade de implementação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado com vistas a contribuir para o aprimoramento e aperfeiçoamento da gestão pública *mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão, com vistas a atingir uma superior qualidade do produto ou serviço prestado ao cidadão.*²

Nesse ambiente de crise e de necessidade de redefinição do papel do Estado frente à crescente demanda de serviços que lhe foram outorgados pela Carta de 1988, foi sancionada pela União a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que criou o Programa Nacional de Publicização e dispôs sobre a qualificação de entidades privadas como organizações sociais, bem como o instrumento (contrato de gestão) que possibilita a vinculação entre o Poder Público e tais entidades para o fomento a prestação de serviços de interesse público não exclusivos.

Portanto, na visão de Bernardo Wildi Lins, *“o contrato de gestão é o instrumento jurídico pelo qual se efetivam as parcerias entre o Estado e as Organizações Sociais. É*

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **CONTRATOS DE GESTÃO. CONTRATUALIZAÇÃO DO CONTROLE ADMINISTRATIVO SOBRE A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E SOBRE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.** Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm>. Acessado em 16/04/2020.

² Brasil. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado / Secretaria da Reforma do Estado Organizações sociais. / Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 2), pg 36



o contrato de gestão que regula essa parceria, estabelecendo as condições do seu desenvolvimento³”.

Nesse sentido mesmo sentido, CARVALHO PINTO⁴ define o contrato de gestão como:

*"parceria necessária ao fomento (...) e à **execução das atividades já mencionadas** (...) A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes visando a objetivos de interesse comum. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se com convênio. (Grifei)*

Esse modelo de parceria, visando a plena eficiência, fixa compromissos bilaterais: de um lado, determinando metas a serem alcançadas pela Organização Social parceira; de outro, o suporte estatal (transferência de recursos financeiros, v. g.) para viabilizar o alcance dos objetivos estabelecidos.

Acompanhando o modelo adotado no âmbito federal, o Município de Fortaleza sancionou lei própria disciplinando em âmbito local os requisitos para a qualificação de entidades como organização social, o Programa Municipal de Publicização e a Comissão Municipal de publicização.

Destacamos, aqui, que a própria legislação municipal trata de conceituar o Contrato de Gestão nos mesmos moldes abordados acima, senão, veja o que dispõe o artigo 5º, §1º, da Lei Municipal nº. 8.704/03:

Art. 5º - Omissis

§1º - Para efeitos desta, entende-se por Contrato de Gestão, o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social, com vistas à formação de parceria entre

³ LINS, Bernardo Wildi. *Organizações sociais e contratos de gestão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 152.

⁴ PINTO, Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 284).



Prefeitura de **Fortaleza**



as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º, caput, desta Lei.

Após sucessivas alterações desde sua edição (13/05/2003), o citado diploma foi modificado, por último, pela Lei Ordinária nº 10.868, de 29 de março de 2019, que dentre as mudanças promovidas contemplou a possibilidade de realização de chamada pública como procedimento para seleção de organização social visando a celebração de contrato de gestão, *in verbis*:

Art. 5º - Omissis

§ 2º O Contrato de Gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a Organização Social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da Organização Social.

§ 3º O Contrato de Gestão deverá ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao órgão ou entidade da administração pública municipal supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

*§ 4º **A escolha da Organização Social para celebração do Contrato de Gestão, quando houver mais de 1 (uma) entidade qualificada para prestar o serviço objeto da parceria, será realizada por meio de publicação de Edital de Chamada Pública, que detalhará os requisitos para participação e os critérios para seleção dos projetos nos termos do regulamento. (Grifei)***

Esta derradeira alteração veio consagrar na legislação municipal o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI 1.923/DF, no qual ficou assentado o entendimento de que em se tratando de contrato de gestão não "(...) *cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio (...)* Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, **impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da**



Prefeitura de
Fortaleza



licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF (...). (grifo nosso)

Com relação a natureza jurídica, ponto ainda de extrema controvérsia doutrinária, seguimos o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923/DF, no sentido de que o contrato de gestão enquanto ajuste de colaboração firmado pelo Poder Público com entidade qualificada como organização social assume feições semelhantes de convênio.

Volvendo ao cerne da presente consulta entende este parecerista que a realização de chamada ou chamamento público, conforme previsto na Lei Municipal, constitui procedimento regular, objetivo e autônomo que garante, **desde que observados os princípios constitucionais estatuídos no caput do art. 37 da CF/88**, a seleção impessoal de entidade qualificada como organização social a respaldar, ao final deste, a celebração de contrato de gestão com a entidade selecionada.

Esse também é o entendimento extraído de alguns julgamentos proferidos pelo Tribunal de Contas da União – TCU quando da análise de processos acerca da presente matéria, senão, veja-se a partir da jurisprudência evidenciada a seguir:

Acórdão 3239/2013-Plenário

Enunciado: A escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade.

Acórdão 1852/2015-Plenário

Enunciado: A escolha de organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do



processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, quando for o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade (art. 7º da Lei 9.637/1998 e art. 3º c/c art. 116 da Lei 8.666/1993).

Acórdão 2057/2016-Plenário

Enunciado: A contratação de organizações sociais para prestação de serviços públicos de saúde, mediante contratos de gestão, deve observar as seguintes orientações:

a) apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados;

b) do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão;

c) a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993;

(...)



Prefeitura de
Fortaleza



A doutrina também comunga desse entendimento, que visa, sobretudo, afastar a arbitrariedade na escolha da Organização Social que irá firmar Contrato de Gestão com a Administração Pública, garantindo, assim, maior isonomia e objetividade ao procedimento de seleção. Nesse sentido, veja, a seguir, o que afirma Marçal Justen Filho⁵:

*"Outra é a questão da seleção das organizações sociais para firmar contratos de gestão (...) **É imprescindível adotar processo objetivo de seleção dos interessados relativamente ao contrato de gestão.** Suponha-se, por exemplo, que a Administração intencione outorgar aos particulares a gestão de um educandário. **Não é possível que seja escolhida arbitrariamente uma organização social - mantida, por exemplo, pelo chefe político local. Os princípios de isonomia e da chamada 'indisponibilidade do interesse público' continuam a disciplinar a atividade estatal. Logo, deverá facultar-se a possibilidade de disputa pelo contrato de gestão, selecionando-se a melhor proposta segundo critérios objetivos pré-estabelecidos.**"*
(Grifo nosso)

Nesse ponto, destacamos que a legislação municipal guardou estrito respeito ao entendimento supra, prevendo no art. 5º, §4º, da Lei Municipal nº 8.704/03, exposto de forma literal anteriormente, a publicação de Edital de Chamada Pública para realizar a escolha de Organização Social para celebração de Contrato de Gestão.

Portanto, diante de todo o exposto até aqui, é de importância fundamental frisar que o chamamento público é procedimento adequado, de acordo com a doutrina e a jurisprudência consolidada, para seleção visando a celebração de contrato de gestão com Organização Social qualificada pela Administração Pública.

⁵JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 25-26.



Recorrendo mais uma vez aos ensinamentos de Bernardo Wildi Lins⁶, veja o que afirma o já citado doutrinador:

“Nesse cenário existem três posicionamentos com amparo na doutrina: há os autores para quem a celebração do contrato de gestão deve ser precedida de procedimento licitatório, como qualquer contrato administrativo comum, há aqueles que creem dispensável a licitação pública, podendo a Organização Social ser contratada de forma direta; existem, por último, os que acreditam que, ainda que não seja obrigatória a realização de licitação pública para a celebração da parceria, é necessária a promoção de procedimento administrativo para a seleção da entidade, em observância aos princípios regentes da atividade administrativa, notadamente o princípio da isonomia. (Grifo nosso)

Não obstante não figurar como modalidade de licitação, a realização de chamada pública reveste-se como um procedimento legítimo e adequado que assegura de forma pública, objetiva e impessoal, desde que observando os princípios do *caput* do art. 37 da CF, à celebração de contrato de gestão com organização social sendo dispensado a formalização e instrução de procedimento de contratação direta por dispensa de licitação após a realização de Chamada Pública.

Nesse ponto, é obrigação destacar que o entendimento supra não afasta a possibilidade jurídica da dispensa de licitação, prevista no art. 6º da Lei Municipal nº 8.704/03⁷, para celebração de Contrato de Gestão com Organização Social, pelo contrário, tal posicionamento corrobora a jurisprudência da Corte Suprema de Contas (TCU) e se alinha à doutrina majoritária.

⁶ LINS, Bernardo Wildi. *Organizações sociais e contratos de gestão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 181- 183.

⁷ Art. 6º. Fica a Administração Pública Municipal, direta, autárquica e fundacional nos termos da legislação federal aplicável à espécie, dispensada da realização de procedimento licitatório para a celebração dos Contratos de Gestão com as Organizações Sociais qualificados no âmbito deste Município.



Prefeitura de
Fortaleza



Veja que os enunciados dos Acórdãos do TCU evidenciam que o chamamento público será o procedimento de seleção da Organização Social para celebrar Contrato de Gestão “*sempre que possível*”, ou seja, não sendo possível a realização do chamamento público, nos termos do art. 5º, §4º, da Lei Municipal nº 8.704/03, poderá a Administração Pública, com pleno amparo legal, a celebrar a avença por meio de dispensa de licitação. Apoiando esse entendimento, veja a assertiva de Bernardo Wildi Lins⁸:

“... o entendimento pela necessidade da realização de prévio procedimento de seleção não impede a eventual celebração de parcerias de forma direta, desde que obedecidos os requisitos legais específicos... aplicando-se, supletivamente, as normas relativas à dispensa e inexigibilidade de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993.” (Grifei)

Seguindo esse entendimento, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará já se manifestou sobre o tema no sentido de que a celebração de Contrato de gestão com organização social pode se dar pelo chamamento público “ou” pela dispensa de licitação, ou seja: faz-se, claramente, uma distinção entre os procedimentos.

Veja, em seguida, trecho do Parecer Prévio nº 01/2018⁹, que trata das contas do governo do Estado do Ceará:

36. À Secretaria do Planejamento e Gestão que atente para a necessidade de seleção da organização social a ser contratada mediante chamamento público ou dispensa de licitação, observando-se, nesse último caso, as determinações do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

⁸ LINS, Bernardo Wildi. *Organizações sociais e contratos de gestão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 188.

⁹TCE-CE. PROCESSO Nº: 03171/2018-5NATUREZA: CONTAS DO GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ. EXERCÍCIO: 2017. RESPONSÁVEL: CAMILO SOBREIRA DE SANTANA – GOVERNADOR. RELATOR: CONSELHEIRO ERNESTO SABOIA DE FIGUEIREDO JÚNIOR.



Prefeitura de **Fortaleza**

Assim, diante de todo o exposto e em resposta a presente consulta entende-se que **uma vez realizado o procedimento de Chamada Pública com observância máxima às legislações pertinentes, principalmente à Lei Municipal nº 8.704/03, o Decreto Municipal nº 12.426/08 e Lei 8.666/93, revela-se desnecessária a formalização e instrução de procedimento de dispensa de licitação e o consequente envio para análise por parte desta Procuradoria uma vez que aquele procedimento revela-se como meio suficiente e adequado para a celebração do contrato de gestão com Organização Social de forma autônoma.**

Contudo, não sendo possível realizar o procedimento de seleção supra, fica a Administração Pública autorizada, com pleno amparo legal, a celebrar a avença por meio de dispensa de licitação, devendo, neste caso, estar atenta às disposições normativas contidas na Lei Federal nº 8.666/93 e no Decreto Municipal nº 13.659/15.

Cumprе ressaltar que o presente parecer é peça meramente opinativa, não vinculando o administrador em sua decisão (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08, STF¹⁰).

É o parecer, salvo melhor entendimento.

À consideração do Excelentíssimo Procurador Geral do Município.

Fortaleza (CE), 16 de abril de 2020.

**JOAO PAULO DE
SOUZA BARBOSA
NOGUEIRA:79529810
300**

Assinado de forma digital por
JOAO PAULO DE SOUZA
BARBOSA
NOGUEIRA:79529810300
Dados: 2020.04.17 09:19:17
-03'00'

João Paulo de Souza Barbosa Nogueira
Procurador Assistente
OAB/CE 16.970

¹⁰ Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que “salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”