

NOTA TÉCNICA N. 16/2018

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ESCLARECIMENTOS SOBRE DISPENSA DE LICITAÇÃO – ART. 24, XXIV DA LEI 8.666/93.

Legislação correspondente:**Lei n. 9637/98****Lei n. 8.666/93**

A presente nota pretende traçar uma breve análise acerca do art. 24, XXIV da Lei n. 8.666/93, o qual prevê hipótese de dispensa de 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”.

Ao que parece, é comum, diante de uma leitura menos atenta, ocorrer equívoco sobre o verdadeiro objeto de dispensa. Demonstrar-se-á que a dispensa não se presta à celebração do contrato de gestão, mas, em verdade, a dos contratos de prestação de serviços dele decorrentes.

O dispositivo ora analisado se refere à dispensa para celebração de contratos de prestação de serviços.

O contrato de prestação de serviços, referido na lei, identifica-se como um contrato administrativo, pelo qual a Administração, por meio de contratação direta ou por licitação, celebra instrumento formal com vistas à realização de um serviço, compreendido na sua forma mais ampla.

As contratações efetivadas pela Administração Pública, como regra, devem se submeter a um processo de licitação, conforme determina o art. 37, XXI, da Constituição da República.

A dispensa de licitação é forma excepcional de contratação e, segundo a definição de José dos Santos Carvalho Filho, “caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório”.

A dispensa, no caso em tela, se dirige à pessoa jurídica formalmente qualificada como Organização Social. Segundo lição de José Eduardo Sabo Paes, essas organizações sociais são assim definidas:

As organizações sociais (OS) são um modelo ou uma qualificação de organização pública não estatal criada dentro de um projeto de reforma do Estado, para que associações civis sem fins lucrativos e fundações de direito privado possam absorver atividades *publicizáveis* mediante qualificação específica de lei.

As organizações sociais objetivam ser um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, mas não constituem uma nova pessoa jurídica; inserem-se no âmbito das pessoas jurídicas já existentes sob a forma de fundações, associações civis e

sociedades civis, todas sem fins lucrativos. Portanto, elas estão fora da Administração Pública, pois são pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

Qualificada como Organização Social, a entidade-fundação, associação ou sociedade estará habilitada a receber recursos financeiros e a administrar bens e equipamentos, e pessoal do Estado. Em contrapartida, para a formação dessa parceria, a OS se obriga a firmar um contrato de gestão com o Poder Público, por meio do qual serão acordadas metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados ao público.

As organizações sociais estão normatizadas na Lei n. 9.637/98, segundo a qual serão assim formalmente qualificadas pelo Poder Executivo as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades se relacionem com as seguintes matérias: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

O art. 2º da referida lei define os requisitos específicos a serem atendidos para a habilitação como uma OS. São os seguintes:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Outro elemento essencial para a compreensão do tema é o contrato de gestão, o qual também possui previsão na Lei n. 9.637/98, entre os arts. 5º e 7º.

Segundo essa lei, o contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a OS “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas” de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Nesse instrumento serão discriminadas as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes envolvidas, ou seja, Administração e OS (art. 6º).

Voltando à lição de José Eduardo Sabo Paes:

Por parte do Poder Público contratante, o contrato de gestão é um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e autonomizada, na medida em que vincula recursos ao atingimento de finalidades públicas.

Por outro lado, no âmbito interno das organizações (estatais ou não estatais) contratadas, o contrato de gestão se coloca como um instrumento de gestão estratégica, na medida em que direciona a ação organizacional, assim como a melhoria da gestão, aos cidadãos/clientes beneficiários de determinadas políticas públicas.

Logo, o contrato de gestão objetiva implementar determinada ação, que integre uma política pública, a ser executada pela OS com recursos repassados pelo Poder Público.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a “intenção do Governo é a de transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades antes desempenhadas por órgãos públicos ou entidades da administração indireta”.

Após os esclarecimentos supramencionados cabe um detalhamento sobre o caso específico de dispensa do art. 24, XXIV da Lei 8.666/93.

Cabe frisar que a interpretação deste dispositivo deu margem a controvérsias doutrinárias. Para alguns, o que se dispensa de licitação é a celebração do contrato de gestão, quando na verdade, como anteriormente referido, o objeto da dispensa é a contratação da prestação de serviços por determinada OS.

Acerca da interpretação do dispositivo, mostra-se adequada a transcrição de trecho do Acórdão n. 421/2004 – Plenário do Tribunal de Contas União:

13. Decorre da norma que, para que uma entidade seja considerada uma Organização Social, não basta que ela seja pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, dedicada às atividades ali especificadas, porque a conformação de uma Organização Social não depende apenas das características intrínsecas apresentadas pela entidade. De acordo com o mandamento legal, além da natureza jurídica e das finalidades indicadas, também faz parte da condição jurídica de Organização Social que a entidade seja formalmente qualificada como tal pelo Poder Público segundo exigências previstas no art. 2º da referida lei.

14. Nesse contexto, também não se deve esquecer que o inciso XXIV do art. 24 da Lei de Licitações menciona um outro requisito concernente à pessoa do contratado: **a dispensa de licitação somente se aplica à organização social qualificada pela mesma esfera de governo do órgão ou entidade contratante.**

(...)

20. Com base nas considerações supra, conclui-se que o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado restritivamente, significando que, se a lei estabelece como requisito para contratação que a pessoa jurídica seja Organização Social, o contratado deve atender essa condição de maneira estrita. Resulta que, sob o mencionado fundamento legal, não é admissível a contratação de pessoa jurídica não detentora do título, ainda que seu regime jurídico ou seus objetivos sejam assemelhados aos das Organizações Sociais. **Por conseguinte, o dispositivo somente poderá ser aplicado nos casos em que a pessoa jurídica a ser contratada tenha sido qualificada como Organização Social, nos termos da Lei nº 9.637/98, pela esfera de governo contratante,** não se admitindo a ulterior subcontratação do objeto em face do caráter personalíssimo da avença.

(...)

21. No que tange ao objeto da contratação, a legislação também traz restrições. A primeira delas se refere à natureza desse objeto, **que é limitada pela lei à prestação de serviços.** Conseqüentemente, não há amparo legal para que a Administração se valha da contratação direta de Organizações Sociais para a execução de obra ou a realização de compras, tomadas na acepção do art. 6º, incisos I e III, da Lei nº 8.666/93. **A segunda restrição trata da espécie de serviços a serem objeto da contratação. Neste caso, não é todo e qualquer serviço que pode ser contratado, visto que a norma autoriza expressamente apenas a contratação daqueles serviços inseridos no âmbito das atividades constantes do contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada na forma dos arts. 5º a 7º da Lei nº 9.637/98.**

(...)

23. Nessa linha de raciocínio, conclui-se que os Serviços Sociais Autônomos somente poderiam ser contratados por dispensa de licitação com base no art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, caso atendam sobretudo aos requisitos contidos nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 9.637/98 e venham a ser formalmente qualificados, por ato do Poder Executivo, como Organizações Sociais nos termos do art. 1º da mesma Lei e, ainda, **caso o objeto da contratação seja relacionado às**

atividades incluídas em contrato de gestão celebrado com a esfera de governo à qual pertence o órgão ou entidade contratante. (grifo nosso)

De acordo com a interpretação conferida pelo TCU, a dispensa será permitida quando atendidos os seguintes requisitos:

- tratar-se de organização social formalmente qualificada na esfera da Administração contratante, segundo exigências previstas no art. 2º da Lei n. 9.637/98;
- tratar-se de prestação de serviços;
- tais serviços estejam inseridos no âmbito das atividades constantes do contrato de gestão.

Ou seja, o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 não se destina a celebração de um contrato de gestão, mas a um contrato de prestação de serviço cujo objeto esteja inserido no âmbito de um contrato de gestão já existente.

Lembre que, na hipótese do inc. XXIV do art. 24, apesar de se tratar de um serviço já contemplado no contrato de gestão, sua realização necessita do devido delineamento acerca de sua adequada prestação, levando-se em conta quantitativos, valores unitários, local de execução, entre outros requisitos legais, além do destaque de recursos orçamentários específicos.

Deve-se pontuar que os contratos de gestão, formalizam ajuste entre a Administração e uma instituição privada sem fins lucrativos que passa a ser qualificada como uma Organização Social (OS). O contrato prevê o repasse para a OS da prestação de determinados serviços públicos não exclusivos, sendo que a seleção dessa entidade deve ser precedida de processo seletivo objetivo.

Então, o objeto da dispensa referida anteriormente visa a contratação direta da OS para prestação de serviços contemplados no contrato de gestão.

Em especial, o TCU defende que a dispensa se dirige à contratação por entidades estranhas ao contrato de gestão, já que aquela que firmou o ajuste com a OS, presume-se, não teria que realizar nova contratação para os serviços já contidos no contrato de gestão.

Portanto, o órgão ou entidade pública não está contratando a OS, por meio do contrato de gestão, para prestar-lhe um serviço na acepção estrita do termo. Está, em verdade, repassando uma função pública a esse ente privado.

Coordenação Jurídica

Telefones: 3115-5922/ 5923

Email: coordenacaojuridica@upb.org.br