

Parecer Consultivo/LFBA nº 012/2011 Brasília, 17 de outubro de 2011.
Ao Presidente da Federação Nacional dos Médicos - FENAM

M.D. Dr. Cid Célio Jayme Carvalhaes

EMENTA: Projeto de Lei 1934/2011 – normas gerais de licitação e contratação de atividades de atenção a cidadania pela administração pública do setor de ensino e de saúde, institui o Termo de Parceria Social nas áreas da Saúde e Educação, e dá outras providências. Desconformidade com a própria Lei Federal nº 9.790/99 e com o disposto no § 2º do art. 199 da Constituição da República.

1 – Introdução

Versa o presente parecer, acerca do questionamento oriundo dessa respeitável instituição sindical de grau superior, formulado pelo Ofício 346/2011, de 03 de outubro de 2011, quanto à licitude dos termos do Projeto de Lei nº 1934/2011, que institui normas gerais de licitação e contratação de atividades de atenção a cidadania pela administração pública do setor de ensino e de saúde, institui o Termo de Parceria Social nas áreas da Saúde e Educação, e dá outras providências.

É o relatório.

2 – Fundamentação

Dito isto, cumpre sobrelevar que por se tratar de um projeto de lei, proposição ainda não incorporada a Ordem Jurídica Nacional, que estabelece normas gerais, a presente peça opinativa limitar-se-á a uma análise de aspectos

constitucionais e legais, sem prejuízo de uma posterior aferição sobre a concreção, quando de sua regulamentação por lei local.

Nesse diapasão, a sistemática eleita no caput do art. 37 é de que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**, bem como na dicção do inciso XXI do mesmo dispositivo, **ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desse modo, observadas as exceções apostas nos art. 24 e 25 da Lei de Licitações 8.666/93, em princípio a regra geral é que a contratação perante a Administração Pública seja sempre antecedida do competente certame, a fim de atender inclusive aos preceitos encartados no art. 37 da Constituição da República.

Todavia, na evolução do próprio conceito emanado do art. 34 da Lei 8.666/93, que estabelecia a manutenção por parte da Administração, de registros cadastrais para efeito de habilitação de fornecedores de bens e serviços, propiciando maior agilidade há outras situações diretamente atreladas ao projeto de lei *sub*

oculis e que guardam manifestas peculiaridades intrínsecas dissociadas da competitividade emanada do procedimento licitatório.

Diz-se isto porque, com a interpretação relativamente dissociada do art. 175, que é atrelado a atividade econômica, o art. 199 da Carta Política que trata da Assistência à Saúde, emana claro comando normativo, ao predizer que as instituições privadas poderão participar de forma complementar no sistema único de saúde, tendo preferência as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, **sendo vedada contudo, qualquer destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos**, *in verbis*:

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.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Na esteira da interpretação legislativa do comando acima adveio a Lei Federal nº 9.637/98, sobre a **qualificação de entidades como organizações sociais**, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e outras providências.

Daquele texto logo se extrai a qualificação da entidade sem fins lucrativos (art. 1º) previsão do Contrato de Gestão (art. 5º) como instrumento dessa suposta parceria, e a destinação de

recursos orçamentários necessários ao cumprimento do contrato de gestão(§ 1º do art.12).

Importante frisar que o referido texto, mormente seus artigos 18 a 22, foram vergastados, por intermédio da ADIN 1.923, distribuído na Suprema Corte, onde foram alicerçados os argumentos na seguinte ordem:

(i) ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (CF, arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225): a transferência de responsabilidade pela atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. A Lei das OS's, porém, na ótica dos autores da ADIN, acaba transferindo recursos, servidores e bens públicos a particulares, o que configuraria verdadeira substituição da atuação do Poder Público. Essa fraude à Constituição interfere

imediatamente no regime da atividade a ser prestada: enquanto exercida pelo Poder Público, a natureza seria de *serviço público*, submetida, portanto, ao regime de direito público; quando prestada pelo particular, tal atividade seria *atividade econômica em sentido estrito*, prestada sob regime de direito privado. Deste modo, a criação das OS's configuraria apenas uma tentativa de escapar do regime jurídico de direito público;

(ii) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput): a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS's seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública, dando margem à prática de arbitrariedades em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS's deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas;

(iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175): por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, prevêem que tais entidades editarão *regulamentos próprios* para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a *permissão de uso de bem público* poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (Art. 24, XXIV) para que o Poder Público contrate a OS para a *prestação de serviços* relacionados às "*atividades contempladas no contrato de gestão*", o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art. 175, caput);

(iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169): a Lei das OS's prevê que a própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII). Caberá, ainda, ao contrato de gestão estabelecer limites e critérios para as despesas com pessoal (art. 7º, II). Tais normas desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais;

(v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, caput e § 4º): na cessão de servidores públicos à OS, não caberá, segundo a Lei, a incorporação à remuneração de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, § 1º). Por consequência, essas verbas não seriam levadas em conta "*para fins de cálculo dos proventos de inatividade*", ferindo o direito à integralidade e à paridade dos inativos;

(vi) insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74): o caput do art. 4º da Lei, ao listar as "*atribuições privativas do conselho de administração*", conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; e

(vii) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129): o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições.

Ainda por mera instrução vale destacar trecho do voto do Exmo. Ministro Luiz Fux, ao dissociar as modalidades de serviço público, conforme segue:

17. Essas considerações tomam, 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.

Após voto de relatoria do Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, que apesar de reconhecer a licitude de atuação das Organizações Sociais determinou a observância dos trâmites ao disposto no art. 37 e fiscalização do uso das verbas públicas ali alocadas perante o TCU e Ministério Público, dando parcial procedência ao pedido, solicitou vistas o Exmo. Ministro Marco Aurélio, estando os autos até então, conclusos.

Por conseguinte, adveio a Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, instituindo e disciplinando o Termo de Parceria, bem como outras providências.

Feita a sucinta, mas necessária remissão legislativa sobre o tema, é dever ressaltar que o Projeto de Lei nº 1934/2011, em seu art. 1º inclui em seu rol de partícipes, além das entidades sem finalidades lucrativas, as empresas privadas, ambas previamente **credenciadas**.

De certo que a figura do credenciamento como visto uma clara evolução do então cadastro previsto na lei de licitações é figura que guarda suas especificidades, podendo citar-se a ausência de exclusão entre os participantes como sua principal característica ensejadora.

O Professor Marçal Justen Filho¹ tem proveitoso comentário acerca do tema, ao predizer que *“Nas situações de ausência de competição, em que o credenciamento é adequado, a Administração não precisa realizar licitação. Sob um certo ângulo, verifica-se a inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição. Na verdade, a inviabilidade de competição consiste, no caso, na ausência de exclusão entre possíveis interessados.”*

¹ Filho, Marçal Justen, Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª edição, pág. 50, Editora Dialética.

Ocorre que o art. 2º do Projeto de Lei em comento menciona o Termo de Parceria Social na área de Saúde e Educação, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre a Administração Pública do setor de Saúde e de Educação e as entidades credenciadas, na forma do art. 1º desta Lei, pelo prazo de um ano, para atividades de atenção à cidadania.

Não bastando, o parágrafo 2º do art. 3º, estabelece planos operativos, cuja finalidade de garantir agilidade, qualidade e economicidade ao objeto central do contrato, os quais não poderão ultrapassar o prazo de três meses entre o recebimento do recurso e a realização completa da obra ou serviço.

O parágrafo 3º do mesmo dispositivo, firma que o aporte de valores para viabilizar tais planos não ultrapassará, em cada um deles, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e somente poderá ser realizado novo plano após a aprovação das contas pelo poder público e os respectivos conselhos.

Aqui, já se vislumbra manifesta antinomia. É que a Lei 9.790/99, ao criar o **Termo de Parceria**, possibilitou sua formalização **tão somente** com as ditas “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público”, consoante redação encartada em seu art. 9º, repisado abaixo:

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

Ora, a exemplo das Organizações Sociais, inauguradas pela Lei 9.637/98, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, são entidades sem fins lucrativos, consoante leitura do art. 1º, da Lei Federal 9.790/99, conforme segue:

Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, **sem fins lucrativos**, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que **não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.**

Note-se que essa conceituação ganha reforço no rol tanto do arts. 2º e 3º que tratam das entidades que podem ou não ser qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público:

Art. 2º **Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:

I - as sociedades comerciais;

II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;

IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;

V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;

VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;

VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;

VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

- IX - as organizações sociais;
- X - as cooperativas;
- XI - as fundações públicas;
- XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
- XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

- I - promoção da assistência social;
- II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V - promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII - promoção do voluntariado;
- VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

O projeto de lei *in casu*, não pode, como não tem, o condão de revogar a legislação anterior que instituiu o Termo de Parceria, haja vista que como sua ementa propõe trata tão somente de regras complementares de matéria já tratada.

Há então que se ter como lúcido, que as empresas, como mencionadas no art. 1º do Projeto de lei 1934/2011, mesmo que credenciadas, não poderiam firmar o aludido Termo de Parceria Social.

E por muito menos receber aporte de recursos, quer seja a título de auxílio ou subvenção já que, como visto alhures, é expressamente vedado pelo § 2º do art. 199 da Constituição da República Federativa do Brasil, o que de plano configura manifesta inconstitucionalidade do texto aqui cotejado.

3 - Conclusão

O presente tema ainda carece de um posicionamento definitivo por parte da Excelsa Corte, na referida ADIN 1923, onde o enfrentamento da atuação das Organizações Sociais nas atividades próprias de “Estado”, quer seja por contratos ou por convênios, sofre pesado vergaste, e terá repercussões imediatas nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Contudo, não obstante a isso, o referido Projeto de Lei 1934/2011, ao prever a possibilidade de que empresas privadas com fins lucrativos formalizem o Termo de Parceria Social, exacerbou sua finalidade e divorciou-se dos ditames da própria

Lei Federal 9790/99, que instituiu o aludido formato cooperativo.

Não bastasse, ao firmar que essas empresas poderiam inclusive receber aporte de recursos mesmo que seja para o cumprimento dos planos operativos, enveredou por manifesta ofensa ao disposto no § 2º do art. 199 da Constituição da República.

No que colocamo-nos a disposição para quaisquer outros esclarecimentos.

Marco Antônio Bilibio Carvalho

OAB/DF 5.980

Thais Maria Riedel de Resende Zuba

OAB/DF 20.001

Luiz Felipe Buaiz Andrade

OAB/DF 24.775