DA JUSTIFICATIVA PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DA REDE NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA-RNP, POR INSTITUIÇÕES PÚBLICAS

> "...o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito."
> (Teubner, Günther.In: Direito, sistema e policontextualidade. 2005).

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO

A Assembléia Nacional Constituinte produziu, em outubro de 1988, uma Carta Magna analítica e extensiva, que incorporou diversos princípios, direitos e garantias nunca antes vistos nas constituições anteriores.

A chamada "Constituição Cidadã", que instaurou o Estado Democrático de Direito no Brasil, presenteou a sociedade brasileira com um precioso instrumento para a proteção dos direitos e garantias individuais, bem como dedicou particular atenção à Administração Pública. Entretanto, com a intenção de dificultar os ataques ao erário público e ao mesmo tempo dotar a sociedade de instrumentos capazes de repará-los e coibi-los acabou, por outro lado, promovendo o engessamento do aparelho estatal, através de regras burocráticas rígidas.

Em 1998, a Emenda Constitucional, de Nº 19, promoveu, entre outras, alterações profundas nas bases da Administração Pública brasileira, desviando-se do modelo social criado pelos constituintes para um modelo mais liberal, inspirado em esboços da administração privada.

Dentre as diversas alterações, merece ser ressaltada uma das inovações para o terceiro setor da Administração Pública - a criação da figura da "organização social" – além da modificação da redação do *caput* do artigo 37 para expressar o princípio da eficiência, tornando-o norma plenamente exigível e concretizável.

Desta forma, tornou-se possível a sucessão do Estado Paternalista por um Estado Empresário, mais ágil, mais eficiente, e mais acessível ao cidadão.

Nesse contexto, insere-se o Terceiro Setor, sem a dependência direta do Estado, mas com seu apoio e sua assistência, a simplificação dos procedimentos e tramitação de processos administrativos, uma reeducação para os princípios públicos administrativos, assim como, ampliação dos mecanismos de participação popular na atividade administrativa e de controle social da administração pública, dentre outros.

SOBRE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As Organizações Sociais inserem-se num contexto da Reforma do Estado brasileiro, iniciada na década de 90 e que, pode-se dizer, ainda está sendo implementada.

Conforme a Declaração de Madrid (1998), "o modelo gerencial de Reforma do Estado tem como inspiração as transformações organizacionais ocorridas no setor privado, as quais têm alterado a forma burocrática-piramidal de administração, flexibilizando a gestão, diminuindo os níveis hierárquicos e, por conseguinte, aumentando a autonomia de decisão dos gerentes com vista a tornar a gestão pública mais ágil e flexível frente aos novos desafios de nossa sociedade complexa".

Afirma, em suma, a Declaração: "o governo não pode ser uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial", isto é, pode ser mais ágil e flexível frente às gigantescas mudanças ambientais que atingem a todas as organizações.

Nesse contexto, assume especial importância o Programa Nacional de Publicização (criado pela Lei nº 9.637/1998), implementado pelo Projeto das Organizações Sociais cujo objetivo é permitir a **descentralização das atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos**, nos quais o Estado não atua, a partir do pressuposto que **esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.**

A Lei nº 9.637/98 autoriza o Poder Executivo a qualificar pessoas jurídicas de direito privado, **sem fins lucrativos**, como **Organizações Sociais**, com o objetivo de formação de **parceria para fomento e execução** de atividades nas áreas de **ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico**, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

As Organizações Sociais não constituem um novo ente administrativo, mas qualificação que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que a mesma possa receber determinados benefícios do Poder Público, para a realização de atividades de interesse coletivo de forma mais eficiente.

SOBRE A QUALIFICAÇÃO DA RNP

Neste primeiro momento, cabe discorrer, ainda que de forma breve, sobre a qualificação da RNP, vez que se trata de especificidade da Administração Pública.

A Rede Nacional de Ensino e Pesquisa é uma associação civil, sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social, pelo Governo Federal, através do Decreto nº 4.077, de 9 de janeiro de 2002, tendo concorrido, para tanto, entre outras exigências, a aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como OS, 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.

Dispõe a Lei 9.637/98, em seu artigo 1º:

> *"O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei."*

Tal qualificação tem como objetivo permitir a publicização de atividades no setor de prestação de serviços, não-exclusivos de Estado, ou seja, a **transferência de atividades do setor estatal para o público não-estatal, com o escopo de ganhar em qualidade, pela agilidade e eficiência.**

Assim, as Organizações Sociais são um **"modelo" de organização pública, não-estatal,** destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica.

Constituem, pois, uma inovação institucional, embora não representem uma nova figura jurídica, inserindo-se no marco legal vigente sob a forma de associações civis sem fins lucrativos, estando, portanto, fora da Administração Pública, como pessoas jurídicas de direito privado. Nesta condição, as OS tendem a assimilar características de gestão cada vez mais próximas das praticadas no setor privado, o que representa, entre outras vantagens, a contratação de pessoal nas condições de mercado (sem concurso, pela CLT); a adoção de normas próprias para compras e contratos; e ampla flexibilidade na execução do seu orçamento. Com isso, há um **significativo ganho de agilidade e qualidade na gestão de recursos.**

Neste sentido, o texto abaixo selecionado:

> "*Verifica-se também nas Organizações Sociais um expressivo ganho de agilidade e qualidade nas aquisições de bens e serviços, uma vez que seu regulamento de compras e contratos não se sujeita ao disposto na Lei nº 8.666 e ao SIASG.*(...)".
> (Caderno MARE N º02 da Reforma do Estado: Organizações Sociais. Cap.2.Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 1997).

As OS tornam **mais fácil e direto o controle social**, por meio da participação nos Conselhos de Administração dos diversos segmentos representativos da sociedade civil, não obstante, goze de uma autonomia administrativa muito maior. Em contrapartida, está obrigada a celebrar um Contrato de Gestão, por meio do qual são acordadas metas de desempenho que asseguram a qualidade e a efetividade dos serviços prestados ao público.

SOBRE O CONTRATO DE GESTÃO

Com vistas à formação de **parceria entre a RNP e o** então **MCT**, para os efeitos da Lei 9.637/98, foi firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social um **Contrato de Gestão,** instrumento para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo acima transcrito.

Cabe esclarecer que tal Contrato de Gestão é um compromisso institucional, firmado entre a União, no caso, por intermédio do Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT (atual MCTIC) e a RNP, cujo propósito é orientar para o alcance de objetivos de políticas públicas, mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão, com vistas a atingir uma superior qualidade do serviço prestado ao cidadão.

Desta forma, para o poder público contratante, trata-se de um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e com autonomia, na medida em que **vincula recursos ao atingimento de finalidades públicas**. Por outro lado, no âmbito interno da RNP, tal contrato se coloca como um instrumento de gestão estratégica, na medida em que **direciona a ação organizacional**, assim como a melhoria da gestão, aos cidadãos, beneficiários de determinadas políticas públicas.

Assim, no Contrato de Gestão, é conferida maior liberdade ao contratado, *in casu* à RNP cuja contrapartida é, contudo, associada à maior eficiência. Sua adoção no Direito brasileiro auxilia a concretização do princípio da economicidade e eficiência, inscritos, respectivamente, no *caput* dos artigos 70 e 37 da Constituição Federal.

Não se podem olvidar as Cláusulas 8ª(da fiscalização, do acompanhamento e da avaliação de resultados) e 9ª(da prestação de contas), do Contrato de Gestão, dispostas em consonância com os artigos 9º e 10 da Lei 9637/98, que representam os **mecanismos de controle sobre a utilização de recursos e bens públicos pela Organização Social**, conforme se pode apurar do abaixo transcrito:

> *"Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.*
>
> *Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.*
>
> *§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.*
>
> *§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.*
>
> *§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade".*

SOBRE A LIBERDADE CONTRATUAL CONCEDIDA PELA LEI nº 9.637/98.

A Lei 9.637/98, em seu Capítulo II – das disposições finais e transitórias – no artigo 17, preceitua que a organização social fará publicar, **regulamento próprio** contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Destarte, em 27/11/13, a RNP aprovou, em Reunião Extraordinária do **Conselho de Administração**, seu regulamento estabelecendo as diretrizes a serem adotadas na compra e alienação de bens, e nas suas contratações.

Tal regulamento, em sintonia com Contrato de Gestão, privilegia em seu princípio a máxima do Direito Público e dispõe que "*toda compra e alienação de bens, contratação de obras e serviços obedecerão aos princípios básicos de Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Economicidade e Qualidade, tendo em vista a adequação às finalidades dos bens, obras e serviços necessários ao cumprimento da missão da RNP*".

Para ratificar o acima exposto, segue transcrição parte do voto do Min. Luiz Fux na ADI 1923, no qual se manifesta sobre o assunto:

> *"(...)*
> *Em voto-vista, o Min. Luiz Fux julgou parcialmente procedente o pedido, para conferir interpretação conforme a Constituição aos preceitos impugnados.*
> *Nesse sentido, reputou que o procedimento de qualificação como organização social deveria ser conduzido com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei 9.637/98 ("Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP,*

com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1o, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente").

Afirmou, também, que a celebração do contrato de gestão conduzir-se-ia conforme os mesmos postulados constitucionais, ***assim como as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei 8.666/93, art. 24, XXIV)*** *e outorga de uso de bem público (Lei 9.637/98:"Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão ...§ 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").*

No que se refere aos contratos a serem celebrados pela organização social com terceiros, com recursos públicos, e à seleção de pessoal por essas entidades, aduziu a necessidade de serem realizados de acordo com o art. 37, caput, da CF e ***nos termos de regulamento próprio a ser editado por cada uma delas.***

Por fim, ressaltou o afastamento de qualquer interpretação capaz de restringir o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas."

Cabe ainda ressaltar que, sob a perspectiva de ser contratada, ainda em 1998, a Lei nº 9.648, confirma tal liberdade contratual da OS pela inclusão do inciso XXIV ao art.24 da Lei nº 8.666/93, o qual **dispensa a Administração Pública do procedimento licitatório público nas contratações de prestação de serviços para as atividades previstas no Contrato de Gestão** com as Organizações Sociais, qualificadas nas respectivas esferas de governo.

Trata-se de hipótese expressa de "dispensa" de licitação, conforme transcrição abaixo:

> ***"Art. 24. É dispensável a licitação:***
> *(...)*
> *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."*

Outrossim, há o entendimento de que também é possível fazê-lo fundamentado no art. 25 da lei nº 8666/93, abaixo copiado e colado:

> ***"Art. 25.*** *É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*
>
> ***I*** *- para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

***§ 1o** Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*

***§ 2o** Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis."*

Pela leitura do art.1º da Lei 9.637, abaixo transcrito, é possível verificar as atividades à serem privilegiadas pelas Organizações Sociais:

*"Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao **ensino**, à **pesquisa científica**, ao **desenvolvimento tecnológico**, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei."*

Corroborando o entendimento acima, há no Contrato de Gestão firmado entre o MCT e a RNP, em sua Cláusula Segunda, como um dos objetivos estratégicos a serem alcançados "***promover a disseminação de tecnologias de informação e comunicação**, através da implantação, em nível de produção de novos protocolos, serviços e aplicações, da **capacitação de recursos humanos** e da difusão de informações*".

Ainda neste sentido, a RNP, em seu Contrato de Gestão, e aditivos, para o período de 31/12/2010 a 31/12/2018, firmado em 22/12/2010, "tem como finalidade assegurar a continuidade do fomento das atividades, consubstanciadas no Quadro de Metas e Indicadores de Desempenho, Anexo I ao Contrato de Gestão" entre as quais "Capacitação e Disseminação do Conhecimento - Número de pessoas/hora capacitadas em cursos", a qual é desenvolvida e prestada pela Escola Superior de Redes/RNP.

Cabe ainda esclarecer que a recente IN nº 3/17 do Ministério do Planejamento não retira a força normativa da exceção que consta no art. 24 inc. XXIV, da Lei das Licitações, e por este motivo deve-se ter em mente:

a) que o contrato de prestação de serviço há de guardar pertinência entre o objetivo da organização social e o objeto pretendido pela Administração;

b) que a organização social seja efetivamente responsável pela execução do serviço, sem intermediação de terceiro.

SOBRE A VINCULAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO LEGAL

Quando se cuida, **por exemplo**, da questão referente às licitações públicas e aos contratos administrativos, é importante lembrar que não há espaço para a discricionariedade administrativa com relação à criação de modalidades e indicação do rol de entes vinculados à obrigação de adotar tal procedimento seletivo.

A primeira e relevante restrição à atividade legislativa encontra-se inscrita na própria Constituição Federal que, quando cuida da competência da União para legislar, estatui, em seu art. 22, inciso XXVII, *ipsis verbis*, que:

> *"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
> *(...)*
> *Inciso XXVII.**normas gerais** de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)" (grifo nosso)

Normas gerais, expressão citada no inciso acima transcrito, conforme doutrina especializada, são regras fundamentais e básicas que se voltam a orientar as demais normas regulamentares a serem editadas. Compreendem princípios, definições, modalidades, mas não se estendem a questões procedimentais e de caráter formal, relegados à competência legislativa dos demais entes federados.

Deste modo, não se pode vincular as Os às entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), pois estão submetidas à regulamentação normativa específica a ser ditada em estatuto próprio, onde serão observados princípios de administração pública, a norma geral de licitações e contratações, conforme previsão inscrita no art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição.

Também neste sentido, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, antes ainda da nova redação imprimida pela EC nº de 19, de junho de 1.998, quando se exclui a sua aplicação às empresas estatais, ao dispor sobre o assunto, estatui em seu artigo 1º:

> *"Art. 1º·Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*
> *Parágrafo Único: Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios."*

CONCLUSÃO

As Organizações Sociais são, conforme definição encontrada na doutrina, "*pessoas jurídicas de direito privado, **sem fins lucrativos**, instituídas por iniciativa de particulares, qualificadas para desempenhar serviços sociais, não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante instrumento jurídico, qual seja, contrato de gestão*".

O referido contrato é definido como o "ajuste celebrado com as OS para lhes ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira ou para lhes prestar vários auxílios e lhes fixar metas de desempenho na consecução de seus *objetivos."*

Destarte, a prévia *qualificação* como organização social e a posterior celebração do contrato de gestão não acarretam pelo que se pode perceber, qualquer modificação ou alteração em sua natureza jurídica de direito privado, e não lhe retira a autonomia para atuar, assim como não cria vinculação com procedimentos típicos da área pública, mas apenas atribui-lhe determinadas responsabilidades e encargos que, originalmente, não a vinculavam, todos eles previamente explicitados e indicados no bojo da norma reguladora.

Assim, cumpre à RNP, no cumprimento de sua missão institucional, privilegiar as metas e indicadores estabelecidos no Contrato de Gestão, *in casu*, a capacitação de Recursos Humanos em tecnologia da informação e comunicação.

Desta forma, considerando que a Lei 8.666/93, que regula as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, em seu artigo 24, inciso XXIV, prevê expressamente a **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,** ou de forma alternativa pelo seu artigo 25, pelo exposto, faz nexo que os cursos disseminados pela ESR/RNP sejam contratados, sem a burocracia da Lei acima referida, por qualquer instituição pública interessada na capacitação de seu quadro de Recursos Humanos.

É o nosso Parecer.

Rio de Janeiro, 02 de janeiro de 2020.

Claudia Santos Silva
OAB/RJ133346