

PARECER JURÍDICO

PARECER Nº 1143/2023 – COJUR/SME

PROCESSO Nº P260451/2023

INTERESSADO: Coordenadoria de Desenvolvimento da Educação e Gestão Pedagógica (CODEPE/SME).

Ementa: Direito Administrativo. Celebração de Contrato de Gestão. Chamada Pública. Seleção de Organização Social. Análise jurídica prévia. Aprovação.

I - DO RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de Chamada Pública, tendo como objeto a *“Seleção de entidade qualificada como organização social no Município de Sobral, sem fins lucrativos, para a celebração de Contrato de Gestão destinado ao Gerenciamento Pedagógico das Unidades de Ensino do Município de Sobral e atividades de formação continuada do Magistério, ficando o contratado responsável pela gestão, administração das operações e projetos a ele vinculados, conforme especificações constantes no Termo de Referência”*.

Os autos foram regularmente formalizados e encontram-se instruídos com os seguintes documentos, no que importam à presente análise:

- a) Solicitação de abertura do procedimento;
- b) Requisição da CODEPE/SME e autorização do Secretário Municipal da Educação;
- c) Justificativa;
- d) Termo de Referência e Justificativa de Preços;
- e) Propostas Comerciais, coletadas pelo setor requisitante, *in casu*, a CODEPE/SME;
- f) Termo de Referência
- g) Minuta do Edital da Chamada Pública, acompanhado dos respectivos anexos;

Na sequência, o processo foi remetido a esta Coordenadoria Jurídica, para a análise prévia dos aspectos jurídicos da minuta de edital elaborada.

Este Parecer, portanto, tem o escopo de assistir a SME no controle interno da legalidade dos atos administrativos praticados na fase preparatória da chamada pública.

É o relatório. Passemos a análise jurídica.

II – DA DELIMITAÇÃO DO ESCOPO DA ANÁLISE JURÍDICA

De antemão, saliento que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos **exclusivamente jurídicos** da consulta, **excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica, econômica e financeira, inclusive quanto ao detalhamento do objeto do ajuste, suas características, requisitos e especificações, próprios do mérito da Administração, e, portanto, alheios às atribuições desta Coordenadoria.**

Vejamos o que revela o artigo 8º do Decreto Municipal nº 2354, de 14 de fevereiro de 2020, que aprova o regulamento da Secretaria Municipal da Educação de Sobral.

Art. 8º Compete à Coordenadoria Jurídica (COJUR):

I - realizar análise jurídica de processos e assuntos administrativos que tramitam na Secretaria;

II - realizar estudos quanto à adoção de medidas de natureza jurídica em decorrência da legislação e jurisprudência existentes, nos assuntos pertinentes a Secretaria;

III - prestar atendimento e consulta ao público acerca dos processos e documentos que se encontram localizados na Secretaria;

IV - elaborar e examinar projetos de lei, decretos e atos inerentes aos serviços da Secretaria;

V - manter atualizado o repositório de jurisprudência e de legislações, especialmente as relativas às atividades da Secretaria;

VI - garantir a uniformização das atividades jurídicas no âmbito da Secretaria;

VII - articular-se com a Procuradoria Geral do Município com vistas ao cumprimento e execução dos processos judiciais e dos atos normativos de interesse da Secretaria;

VIII - acompanhar a participar de audiências em âmbito administrativo, mediante notificação, bem como as judiciais, de acordo com requisição da Procuradoria Geral do Município;

IX - elaborar relatório de suas atividades, quando solicitado;

X - participar do planejamento da SME, em articulação com a direção superior, a gerência superior, assessorias e demais coordenadorias;

XI - coordenar e monitorar as atividades relativas à área jurídica, no âmbito da SME;

XII - analisar e validar informações, minutas de portarias, decretos, leis, pareceres, pronunciamentos jurídicos, editais de licitação, convênios e contratos firmados pela SME;

XIII - executar outras atividades correlatas na esfera de sua competência.

Dentro da estrutura interna da Coordenadoria Jurídica da SME existe a Célula de Processos Licitatórios, que é responsável em auxiliar juridicamente, o (a) Coordenador (a) Jurídico (a) da pasta, emitindo, de forma conjunta, os pareceres jurídicos referente à matéria de licitações. Vejamos o que dispõe o art. 11 do Decreto Municipal nº 2354/2020:

Art. 11. Compete à Célula de Processos Licitatórios:

I - verificar a regularidade e legalidade dos procedimentos licitatórios e contratações internas;

II - analisar os editais relacionados às aquisições internas;

III - emitir pareceres jurídicos e despachos acerca da regularidade dos procedimentos licitatórios e contratações internas;

IV - acompanhar toda a fase externa junto à Central de Licitações, inclusive analisando juridicamente os recursos administrativos, impugnações e pedidos de esclarecimento, relativos aos procedimentos internos;

V - realizar estudos quanto à adoção de medidas de natureza jurídica em decorrência da legislação e jurisprudência existentes relacionadas aos procedimentos licitatórios;

VI - analisar os procedimentos internos de dispensa e de inexigibilidade de licitação;

VII - analisar juridicamente os processos de adesão às atas de registros de preços, quando a Secretaria seja o órgão interessado.

Convém sublinhar que parte das observações expendidas por esta assessoria jurídica não passam de recomendações, com vistas a salvaguardar a autoridade administrativa assessorada, e não vinculá-la. Caso se opte por não as acatar, não haverá, necessariamente, ilegalidade no proceder, mas assunção de risco. Nesta hipótese, a autoridade deverá motivar sua decisão.

Ressalte-se que a autoridade consulente e os demais agentes envolvidos na tramitação processual devem possuir competência para a prática dos atos atinentes ao feito, cabendo-lhes aferir a exatidão das informações constantes dos autos, zelando para que todos os atos processuais sejam praticados por aqueles que detenham as correspondentes atribuições.

Neste sentido, revela o MS 24.631-6:

“É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. 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. Mandado de segurança deferido. (STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008)”.

Por outro lado, o prosseguimento do feito sem a correção de questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, apontadas como óbices a serem corrigidos ou superados, são de responsabilidade exclusiva do ente público assistido.

Presume-se, outrossim, que o setor requisitante, a autoridade consulente/ordenador de despesas tenha competência para praticar os atos da pretendida contratação, zelando ainda para que todos os atos processuais sejam praticados somente por aqueles que detenham as correspondentes atribuições.

III – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

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 o contrato de gestão que regula essa parceria, estabelecendo as condições do seu desenvolvimento"¹.

Nesse sentido mesmo sentido, CARVALHO PINTO 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" (PINTO, 2005, p. 284).

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) para viabilizar o alcance dos objetivos estabelecidos.

Acerca da qualificação de entidades como organização social no Município de Sobral, o art. 1º da Lei Municipal nº 261/2000, *in verbis*, assim autorizou:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a qualificar como Organizações Sociais, as entidades constituídas sob a forma de fundação, associação ou sociedade civil, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam relacionadas com as áreas social, educacional, ambiental, de desenvolvimento científico e tecnológico, cultural, esportiva e de saúde, atendidas as condições estabelecidas nesta Lei

¹LINS, Bernardo Wiídi. Organizações sociais e contratos de gestão. 2ª ed. Rio de Janeiro; Lumen Júris, 2018. p. 152.

No tocante a forma que a organização social será selecionada para satisfazer os interesses da Administração, há entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da ADI nº 1.923/DF, no qual ficou assentado o seguinte entendimento:

“[...]

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, desporto 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 exige, 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.” (grifos nossos)

Assim, vemos que a realização de chamada ou chamamento público, 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, através de dispensa de licitação, fundamentada no art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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.

No tocante à escolha do procedimento de seleção da O.S, o Tribunal de Contas da União (TCU) também possui o entendimento de que é o chamamento público o procedimento cabível. Vejamos:

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 1852/2010-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

[...]

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 Filho:

"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." (JUSTEN FILHO, 2005, p. 25-26)

No caso em epígrafe, vemos que a Secretaria da Educação deste município visa selecionar organização social, na área de educação, para apresentação de proposta de trabalho e posterior assinatura de contrato de gestão para o Gerenciamento Pedagógico das Unidades de Ensino do Município de Sobral e atividades de formação continuada do Magistério, assegurando ao contratado a responsabilidade pela gestão, administração das operações e projeto a eles vinculados.

Com isso, vislumbra-se a realização de chamada pública, tendo em vista a necessidade de dar oportunidade a todas as organizações sociais qualificadas no âmbito desta municipalidade apresentarem seus respectivos planos de trabalho e propostas, obedecendo, assim, ao princípio da publicidade e impessoalidade, previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, acarretando em uma vantagem a Administração, já que tal disputa fará com que se contrate o objeto do contrato de gestão pelo menor preço global.

Ademais, ressalto que compete ao setor requisitante apresentar as justificativas para o feito, a pesquisa mercadológica estimativa da chamada pública, e a garantia que a SME possui recursos orçamentários para a contratação, além dos critérios pedagógicos aos quais serão selecionadas, de forma impessoal, a organização social.

Vale ressaltar, para arrematar este ponto, que a metodologia de cálculo do valor estimado da contratação é de inteira responsabilidade do setor requisitante (**CODEPE/SME**), não cabendo a esta Coordenadoria Jurídica adentrar no mérito da referida questão técnica.

Assim, no tocante a pesquisa de preços contida no presente processo, conclui-se que à assessoria jurídica não compete pesquisar os preços praticados pelo mercado nem aferir se estão corretos, haja vista que existe, na estrutura organizacional da SME, o respectivo setor

requisitante, que faz a coleta de preços bem como analisa minuciosamente as propostas recebidas dos fornecedores, conforme Justificativa de Preços e Mapa Comparativo em anexo. A Lei nº 8.666/93 definiu, objetivamente, a competência da Assessoria Jurídica no seu art. 38, inciso VI e parágrafo único, sem qualquer menção à realização de pesquisa de preços, nem, em verdade, seria tarefa compatível com o domínio dos conhecimentos em que atuam profissionais do Direito.

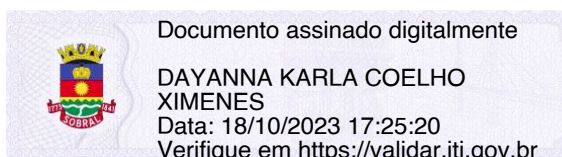
IV – DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base nos documentos e informações até aqui colacionados, ressalvados os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e as ponderações de conveniência e oportunidade, próprios do mérito da Administração, e, portanto, alheios às atribuições desta Coordenadoria Jurídica, **concluo pela viabilidade jurídica**, desde que obedecidos os pontos trazidos neste parecer.

Ressalto que o exame jurídico em tela se baseou nas informações técnicas produzidas pelo setor requisitante da SME e nos documentos que integram o presente caderno processual. Assim, releve-se que a motivação, as justificativas, os cálculos e os demais dados técnicos informativos são de inteira responsabilidade da **Coordenadoria de Desenvolvimento da Educação e Gestão Pedagógica (CODEPE/SME)**.

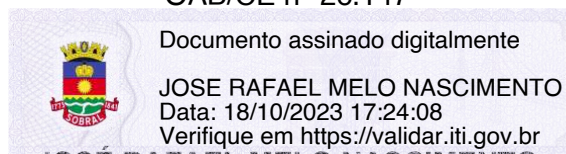
Pelo exposto, sugere-se a remessa do feito à autoridade superior para considerações. Empós, remeta-se os autos à Central de Licitações do Município de Sobral (CELIC), para que se providencie as medidas processuais ulteriores cabíveis, com o fim precípua de cumprir o seu objeto.

Salvo melhor juízo, é o parecer.



Documento assinado digitalmente
DAYANNA KARLA COELHO
XIMENES
Data: 18/10/2023 17:25:20
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

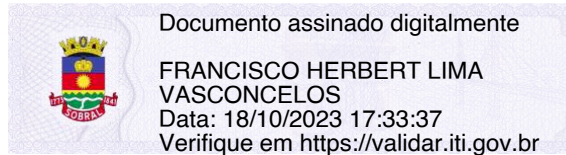
DAYANNA KARLA COELHO XIMENES
Coordenadora Jurídica da SME
OAB/CE nº 26.147



Documento assinado digitalmente
JOSE RAFAEL MELO NASCIMENTO
Data: 18/10/2023 17:24:08
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>
JOSÉ RAFAEL MELO NASCIMENTO
Gerente da Célula de Processos Licitatórios
Coordenadoria Jurídica da SME
OAB/CE nº 40.288

DESPACHO:

De acordo com o Parecer nº 1143/2023 – COJUR/SME.



FRANCISCO HERBERT LIMA VASCONCELOS
Secretário Municipal da Educação