

## **TERCEIRIZAÇÃO/CONTRATUALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO**

O debate em torno da execução de serviços públicos de forma direta ou por meio da contratação de pessoa jurídica de direito privado, seja ela entidade sem finalidade lucrativa ou empresa que atua no mercado, deverá marcar os próximos anos. A situação dos entes federados atingiu o ápice do comprometimento orçamentário e financeiro de gastos com pessoal e o engessamento já ocorre nos Estados e em inúmeros Municípios.

A questão não se limita apenas à impossibilidade de continuar operando desta forma em vista dos limites do orçamento e do financeiro, mas também da ineficiência do setor público, cada vez menos eficaz na execução de políticas públicas básicas, essenciais.

Somente para citar três grandes áreas, a saúde, educação e segurança entram em colapso há bastante tempo. Evidente que há insuficiência de recursos, mas os motivos são maiores do que simplesmente dinheiro. Trata-se dos modelos de gestão que vêm se repetindo ao longo de décadas e se mostram esgotados completamente.

Do ponto de vista financeiro, o Estado, *latu sensu*, destina a maior parte do que arrecada justamente para o pagamento de pessoal, em toda a estrutura de gerenciamento do poder público, que envolve os três poderes da Federação e os demais órgãos, estatais e serviços que são teoricamente prestados com a cobertura do contribuinte.

O engessamento provocado por situação anacrônica e sem perspectiva de solução a curto e médio prazos, indicam a aproximação do verdadeiro caos nas finanças e na oferta de serviços para a população. Enquanto cresce a demanda, aumenta o gasto do Estado com pessoal e reduz a eficiência operacional de todo o sistema. Uma equação impossível de resolver se não houver mudanças estruturais.

A terceirização de serviços públicos tem sido a forma moderna do Poder Público prestar serviços à população, buscando atingir maior grau de eficiência e eficácia. A atuação direta em diversas áreas da gestão tem se mostrado inexitosa, com resultados pífios e que não atendem ao interesse da comunidade.

Terceirização tem sido um termo demonizado, especialmente pela Justiça do Trabalho, que buscou se imiscuir indevida e ilegalmente no âmbito do Poder Público, atuando de forma abusiva nas relações jurídico-administrativas e criando verdadeiras atrocidades nas decisões. No entanto, o termo que melhor se compatibiliza com a execução de serviços por terceiros, que não é especificamente o ente público de forma direta, pode ser qualificado como contratação pura e simples, ou contratualização.

Na prática é a forma como o poder público escolhe a melhor ferramenta para prestar os serviços que são de sua obrigação para com a população.

Segundo a doutrina dominante no Direito Administrativo, os serviços públicos, quanto ao modo, podem ser prestados pela Administração direta, por seus próprios servidores, ou executados por particulares, mediante concessão, permissão ou autorização dos serviços enumerados constitucionalmente e *de contratos de prestação de serviços do ente federado, bem como por meio de convênios, termos de parceria, termos de fomento e colaboração, relações com consórcios e relação direta com empresas mediante processo licitatório.*

O próprio Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967, em seu artigo 10, parágrafo 7º, já previa "*a possibilidade de a Administração desobrigar-se da execução de tarefas executivas, mediante a execução indireta, mediante contrato.*" Posteriormente, o Decreto-Lei 2.300 de 21.11.86, previu também a locação de serviços. Atualmente, a Lei 8.666/93, no seu artigo 10, permite que as obras e serviços sejam realizados por execução direta ou indireta, esta última sob o regime de empreitada ou tarefa.

Onde é que se pode terceirizar, então? Praticamente tudo, com exceção do Prefeito e dos demais agentes políticos eleitos ou nomeados, que comandam o ente federado. O restante detém espaço para ser realizado por terceiros. **A saúde**, por exemplo, não é um serviço público que demanda execução direta, eis que a própria Constituição Federal previu a colaboração de entidades privadas.

Em outras áreas consideradas de vital interesse público, os serviços podem ser igualmente terceirizados, como o **ensino e a educação**. Desde que cumpridas as normas regulamentares de cada setor, não há porque se considerar um crime a tentativa da Administração buscar adequar-se à realidade da crise financeira e da ineficiência do setor público.

Aliás, a ineficiência tem sido um tema muito decantado ao longo dos anos, sem que ninguém tenha adotado postura mais crítica e que aprofundasse o debate em torno da matéria. Somente tem-se falado, apontado e detectado eventual possível problema com a execução direta e com o grau elevado de comprometimento da folha, mas nada tem sido feito de forma concreta. Nada.

Outro fator importante diz respeito à autonomia do Município (e dos Estados) em regular a prestação dos seus serviços. A Constituição Federal permite que a municipalidade tenha margem de manobra suficientemente possível para encaminhar a solução de seus problemas.

Observados os princípios legais, como legalidade, impessoalidade e economicidade, **o Município deve executar sua tarefa como ente público da maneira que melhor lhe convier**. A terceirização, por evidente e óbvio, visa não somente a redução das despesas, mas a busca de resultados verdadeiros e não paliativos. Isso significa a desnecessidade da criação de mais cargos públicos, com todos os consequentes privilégios e direitos adquiridos ao longo do tempo.

Importante destacar que o casamento concurso público/estabilidade do servidor, não deu certo pelo menos no âmbito do poder executivo. O país e seus entes federados se tornaram presas dos gastos com pessoal e não fazem nada mais do que administrar a folha ao longo do exercício. E grande parte sequer conseguem fazer essa gestão, pois não há mais recursos para a cobertura do singelo pagamento da folha.

Ora, a terceirização/contratação consiste no fato de uma empresa, ou ente público, transferir a terceiros atividades que podem ser perfeitamente executados longe das vistas do Administrador, visando reduzir os custos operacionais e aumentar a eficiência de seus serviços. Trata-se de uma alternativa válida, regular e legal para a flexibilização das relações jurídico-sociais inerentes ao papel do Estado.

Diante das dificuldades financeiras do Poder Público, especialmente o Municipal, não resta outra alternativa que não a viabilização de fórmulas possíveis de sobrevivência. É imperativo reconhecer que o Regime Jurídico dos Servidores, através do seu Estatuto, possui um caráter paternalista e discriminatório, na medida em que concede uma série de vantagens adicionais em relação aos demais trabalhadores da iniciativa privada.

E os processos devem ser revisados para a mudança do foco. Não se pode mais mirar exclusivamente os meios de execução dos serviços, se foram feitos por servidor do quadro, se foram feitos por contratados temporários ou, ainda, se foram feitos por outros que não vinculados por cargo ou emprego público. Os órgãos de controle precisam modernizar sua visão de como funciona a máquina estatal, pois, se mantido o mesmo procedimento atual, em breve não haverá mais nada o que fiscalizar.

A mudança do foco, tendo como objetivo o resultado das ações empreendidas pelo poder público, é absolutamente necessária e é fator de sobrevivência a curto prazo do erário. E diversas premissas são observadas quando se trata de contratar terceiros para executar políticas públicas.

### **Procedimento Licitatório**

A licitação, exigida por norma constitucional, é procedimento obrigatório em grande parte da terceirização dos serviços públicos, tendo sempre em vista a escolha da oferta mais vantajosa e ao mesmo tempo facultar a igualdade de acesso à contratação com a

Administração. Celso Antônio Bandeira de Mello é claro, dizendo que a Administração é obrigada a "*proceder a uma licitação a fim de que se apresentem os interessados, selecionando-se aquele que oferecer condições mais vantajosas*".

Logicamente, nem tudo é licitado pela via da concorrência mediante a publicação de editais. Os contratos e convênios possuem previsão legal para que, dentro do processo licitatório, sejam inseridas as justificativas e procedimentos para a inexigibilidade e/ou dispensa da referida concorrência. Mas tudo isso com a observância da previsão legal.

### **Princípio da Economicidade**

Ao lado da obediência aos princípios arrolados no "*caput*" do art. 37 da Constituição Federal, tais como a legalidade, a moralidade, a publicidade e a impessoalidade, impõe-se o da *economicidade* (art. 70 CF/88), também a reger a Administração Pública.

O princípio tem fundamental importância a justificar a terceirização no desejo da Administração de reduzir/otimizar suas despesas pela realização direta dos serviços. Importa, por isso, a necessidade de inexistirem os cargos públicos com os seus titulares, na ocasião da terceirização dos mesmos. Do contrário, o Poder Público teria que arcar duplamente, ou seja, os servidores continuariam a ser remunerados além dos gastos dependidos com a prestadora de serviços.

Não há, obviamente, a obrigação da Administração prestar seus serviços somente através de servidores estatutários/concursados. O Município existe para servir a todos os contribuintes e não apenas àqueles que detenham cargos públicos. Para efeitos de licitação, serviço é toda atividade prestada à Administração para o atendimento de suas necessidades ou de seus administrados, de acordo com o artigo 6º, inciso II, da Lei n.º 8.666/93:

**Art. 6º Para fins desta Lei, considera-se:**

**II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais."**

Portanto, a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, além de não representar afronta à disposição constitucional, está prevista expressamente em nossa Lei Maior. Assim, realizados os serviços terceirizados através de contratos administrativos, efetivamente ocorre uma economia significativa no custo dos serviços prestados.

A repercussão econômica da terceirização de serviços em algumas áreas é expressiva, com custos significativamente menores daqueles executados diretamente.

A contratação de servidores para exercerem cargos públicos pressupõe o pagamento de salários, mas ainda direitos estatutários como, férias acrescidas de 1/3, adicionais por tempo de serviço, insalubridade, periculosidade, penosidade, ajudas de custo, anuênios ou triênios, licenças prêmio, auxílio alimentação, auxílio funeral, auxílio natalidade, auxílio reclusão, descanso para amamentar, despesas com transporte, diárias, gratificação natalina, licença para tratamento de saúde, licença para tratamento de interesse particular, licença paternidade, licença maternidade, licença por afastamento do cônjuge, licença por motivo de doença em pessoa da família, salário família, seguridade do servidor, aposentadoria com vencimentos integrais, pensão vitalícia..., e a **já conhecida ineficiência**.

A terceirização ainda traz à administração a comodidade nas relações laborais, tendo em vista que o poder público fica desincumbido da substituição do servidor faltoso, em permanente licença saúde, e outras situações que embaraçam a atividade na sua plenitude, transferindo tais problemas à empresa ou entidade contratada para a efetiva prestação dos serviços e cumprimento do contrato.

### **Formas Legais Existentes – Terceirização Pública**

**Empresa Pública** - Pessoa Jurídica de Direito Privado. Patrimônio próprio, receita própria, independência administrativa, adotando o regime jurídico típico das pessoas jurídicas de direito privado no que diz respeito às relações civis, comerciais, tributárias e trabalhistas. Porém, elevado grau de ineficiência, pois 100% de seu capital é público (estatal). O país tem centenas de exemplos de estatais que não funcionam adequadamente.

**Sociedade de Economia Mista** - Direito Privado, sob forma de sociedade anônima. Possui ações majoritárias do Poder Público. Criação autorizada por lei específica, com patrimônio próprio, autonomia financeira, administrativa que desempenha atividade econômica, financeira ou prestação de um serviço. É constituída necessariamente na modalidade de sociedade anônima, podendo ter a participação do capital privado (capital misto), desde que 51% do capital votante fique nas mãos da entidade pública criadora. Está definida no artigo 5º, III do Decreto-Lei 200/67, como “*entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou a entidades da Administração indireta*”.

**Autarquia** – Pessoa jurídica de direito público. Serviço autônomo para atividades de Administração Pública. Também 100% público, com as amarras do poder público. Utiliza todos os mecanismos e procedimentos da administração direta.

**Fundação** - Pessoa jurídica de direito privado, mas criada pelo Poder Público. Autonomia e gerência dinâmica. 100% público. Tem orçamento próprio, corpo funcional que deve ser concursado, autonomia financeira dentro do seu orçamento, procedimentos legais de

licitação, de acordo com a Lei 8.666/93 e está submetida a controle pelo Tribunal de Contas do Estado. **Celso Bandeira de Mello**, afirma que *a Fundação é um gênero do qual a Fundação Pública e a Privada são espécies.*

### **Formas Delegadas de Terceirizar – Para Terceiros**

**Concessão** – É a forma mais complexa, mas mais longa. Necessária autorização legal e licitação. A autorização legal delimita a amplitude do contrato com o vencedor do processo licitatório. Transferência formal da execução de determinado serviço público ou patrimônio estatal. A concessão não transfere a propriedade ou titularidade permanente, apenas a execução do serviço, com exclusividade ou não, bem como o uso de bem público por tempo certo. O edital deve conter definições claras de seus objetos, custos, responsabilidades, prazos etc.

Essa modalidade requer a assinatura de termo de concessão onde serão efetivadas todas as obrigações referentes a cada parte, numa espécie de contrato. Assim, o documento dará segurança jurídica, tanto ao concedente, como ao concessionário, disciplinando as relações entre ambos.

**Permissão** - A permissão é concedida por ato unilateral da Administração ao permissionário que tenha capacidade para seu desempenho. Discricionária e precária, pode admitir condições e prazos na execução dos serviços, de modo a assegurar o retorno dos investimentos pelo lado dos permissionários e garantia de continuidade dos serviços por prazo razoável, pelo lado dos usuários.

A *permissão* não gera privilégios, nem garante exclusividade. A partir da Constituição de 1988, também a *permissão* passou a exigir a licitação como instrumento de seleção do permissionário. No entanto, dependendo dos serviços, prazos, amplitude e essencialidade, a lei poderá autorizar diretamente contratos e convênios para tal finalidade.

**Autorização** - Concedida por ato unilateral da Administração, embora os requisitos sejam mais simplificados e seus objetos mais precários. Não se obriga ao princípio da licitação, dada a precariedade de seu objeto. É controlada pela Administração, a quem compete a fixação das regras, tarifas ou outras formas de controle. Os serviços autorizados nesta modalidade não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas. É a modalidade mais apropriada para a delegação dos serviços de táxi, uso temporário de patrimônio público, execução de serviços de curta duração ou em caráter emergencial.

### **Terceirização de Serviços e Mão-de-Obra (*Diferenças*)**

**Serviço** - Delegação ou contratação de empresa ou profissional com empresa individual, para a prestação de determinado serviço ao Município. O objeto é todo o serviço prestado e não apenas uma parte: a mão de obra. São diferenças tênues, mas importantes. **A relação de contrato deve ser para o serviço como um todo e não apenas para mão de obra.**

Ex.1: Recolhimento do lixo. O contrato deve prever a execução de todo o trabalho, incluindo a coleta (pessoas), o transporte (caminhão) e o destino. Sem participação efetiva do Município, exceto na fiscalização do termo ajustado.

Ex. 2: Contratação de Serviços Médicos - O contrato deve prever a compra dos serviços executados pela empresa (CNPJ), com o objeto de o mesmo estar voltado exclusivamente para esta prestação de serviços.

As terceirizações por contrato estão previstas no art. 37, XXI da CF/88:

**XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade...**

Como também na Lei 8666/93, art. 10, que diz:

**Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:**

**I - execução direta;**

**II - execução indireta nos seguintes regimes:**

- a) empreitada por preço global;**
- b) empreitada por preço unitário;**
- c) vetado;*
- d) tarefa;**
- e) empreitada integral."**

### **Dos Princípios da Administração**

Do ponto de vista da arguição de afronta aos princípios constitucionais relativos ao ingresso no serviço público, por primeiro cabe ressaltar que **aquilo que a Constituição veda, clara e expressamente, é a investidura em cargo público sem a prévia aprovação em concurso**. Por óbvio, assim dispendo, o legislador constitucional não pretendeu criar para a Administração Pública - e efetivamente não criou - o dever de prestar seus serviços tão-somente através de servidores concursados.

Tanto isso é verdade que, não só a Constituição Federal, mas também as Constituições das Unidades Federadas e Leis Orgânicas Municipais preveem expressamente a prestação de serviços públicos, diretamente, ou, através de licitação, sob regime de concessão, permissão **ou terceirização**, devendo garantir-lhes a qualidade, tudo a evidenciar que a Administração Pública deve procurar a alternativa que melhor consulte aos interesses da comunidade.

Inegável, pois, que a intenção do legislador, ao criar o mandamento constante do inciso II do art. 37 da Lei Maior, foi de moralizar a forma de investidura em cargos públicos, não de reservar a execução dos serviços públicos apenas aos funcionários contratados diretamente pelo setor estatal.

Ao contrário, é de todo desejável que tais serviços, sempre que possível, **sejam transferidos a terceiros**, sob a forma permissão ou concessão, ou sob as vestes da terceirização/contratação, com vistas à melhoria da eficiência do aparelho administrativo e à redução de seus custos.

De efeito, o interesse individual do cidadão de acessar um cargo público por meio de concurso (*interesse menor*) não pode se sobrepor ao interesse coletivo da sociedade e do contribuinte em ver atendidas suas necessidades de serviços públicos de forma mais eficiente e a menor custo (*interesse maior*).

### **Consórcios - Público ou Privado**

Os consórcios obtiveram significativo avanço com a edição da Lei Federal 11.107, de 6 de abril de 2005. Tornaram-se uma grande alternativa para execução de serviços e diversas aquisições de forma conjunta, no sentido de estabelecer ações coletivas para situações de interesse comum.

O consórcio público é uma modalidade de contrato celebrado pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para a realização de objetivos de interesses comuns, dentro dos limites estabelecidos no art. 241 da Constituição Federal. A redação dada pela Emenda 19/98, autoriza a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Podem constituir o consórcio público tanto a associação de entes da administração pública, assumindo a forma de uma associação pública, quanto pessoas jurídicas de direito privado. Na primeira modalidade, o consórcio público adquire personalidade jurídica de direito público, integrando a administração indireta de todos os entes da Federação, regidos, portanto, pelas normas do direito público.



Na segunda modalidade, o consórcio adquire personalidade jurídica de direito privado, mediante requisitos da legislação civil. O objeto do consórcio público é a gestão associada de serviços públicos. Para Hely Lopes Meirelles, o conceito de serviço público é *"todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado"*.

Semelhante é o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que considera serviço público *"toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a **exerça diretamente ou por meio de seus delegados**, com objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público"*.

Apesar das variações existentes, nota-se que há uma base comum a todos: importa numa ação estatal que visa a satisfação de necessidades coletivas. Esta ideia parece ser, portanto, o pressuposto básico a ser observado na instituição de consórcios - qualquer caso concreto de prestação estatal que vise à satisfação de necessidades coletivas pode ser gerido de forma consorciada, segundo os princípios da Lei 11.107/05.

Assim, válida a criação de consórcios públicos para prestação de serviços na área da saúde, na área da educação, de saneamento (*usinas intermunicipais de tratamento e reciclagem de resíduos urbanos, estações intermunicipais de tratamento de água e esgoto, etc*), dos transportes coletivos, de fornecimento de energia elétrica, de iluminação pública, entre outros tantos possíveis.

Esses exemplos ilustram a grande força realizadora do instituto do consórcio público. Em todos eles, a gestão consorciada irá permitir a otimização do uso de recursos, com conseqüente ampliação da oferta e melhoria da qualidade dos serviços prestados pelos consorciados. Poderá também contribuir para diminuir o problema da escassez de investimentos em algumas das áreas citadas. Saneamento básico é uma delas.

Adicionalmente, a Lei em comento estabelece limites especiais para a realização de concorrências e dispensa de licitação e cria uma hipótese de dispensa de licitação na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidades da sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados no contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. Além dessas mudanças, ela modifica o art. 26 e faz uma emenda aditiva ao art.112, ficando, esse último, com a seguinte redação:

**Art. 112 Quando o objeto do contrato interessar a mais de uma entidade pública, caberá ao órgão contratante, perante a entidade interessada, responder pela sua boa execução, fiscalização e pagamento.**

**§ 1º Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados.**

O legislador preocupou-se, portanto, em criar mecanismos que tornam mais atraente a gestão consorciada de serviços públicos, especialmente no tratamento das questões de logística.

### **Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP**

Autorizadas pela Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, e regulamentadas pelo Decreto nº 3.100 de 30 de junho de 1999, essas Organizações possuem como objetivo principal fortalecer o Terceiro Setor, que constitui hoje uma orientação estratégica em virtude da sua capacidade de gerar projetos, assumir responsabilidades, empreender iniciativas e mobilizar pessoas e recursos necessários ao desenvolvimento social da comunidade.

No chamado Terceiro Setor estão incluídas organizações que se dedicam à prestação de serviços nas áreas de saúde, educação e assistência social, à defesa dos direitos de grupos específicos da população, ao trabalho voluntário, à proteção ao meio ambiente, etc.

Embora nos últimos anos as ações sociais desse tipo tenham adquirido maior visibilidade, ainda são pouco reconhecidas e valorizadas. O conhecimento e a prática acumulados pelas organizações da sociedade civil em seu trabalho com grupos sociais vulneráveis e na experimentação de formas inovadoras de enfrentamento dos problemas sociais não têm sido devidamente reconhecidos pelos Municípios.

Por trás da Lei 9.790, de 23 de março de 1999, existe a avaliação de que o olhar público da Sociedade Civil detecta problemas, identifica oportunidades e vantagens colaborativas, descobre potencialidades e soluções inovadoras em setores da sociedade que o olhar do Estado não pode, nem deve penetrar.

Enfim, a Ação Pública da Sociedade Civil é capaz de mobilizar recursos, sinergizar iniciativas, promover parcerias em prol do desenvolvimento humano e social sustentável, de uma forma que o Estado jamais pôde ou poderá fazer.

O Termo de Parceria, na Lei das OSCIP, foi criado para dar maior agilidade operacional para a formalização Termo de Ajuste. Tais procedimentos não serão, portanto, obrigatoriamente, aqueles previstos na Lei das Licitações, como se verifica no art. 116 da norma.

### **Organização Social – OS – A Melhor Alternativa**

Talvez a forma mais completa de execução indireta dos serviços públicos que podem ser delegados ou contratados junto a terceiros.

Autorização através da Lei Federal nº 9.637, de 15/05/98 e das normas municipais, com semelhante conteúdo legislativo. Trata-se da estratégia central do Plano Diretor da Reforma do Estado. Seu propósito é permitir e incentivar a produção não-lucrativa pela sociedade de bens ou serviços públicos não-exclusivos de Estado.

Denominado terceiro setor (de serviços não-lucrativos), tem sido uma marca no novo modelo de administração pública, baseado em alianças entre Estado e sociedade, para atenuar disfunções operacionais daquele, bem como para maximizar os resultados da ação social em geral.

#### **Características:**

**Objetivos** - Dinamizar a prestação dos serviços públicos, especialmente em áreas como saúde, pesquisa e ensino, com execução das políticas públicas por meio de entidades privadas, ágeis e resolutivas, com a manutenção do controle pelo Estado/Município;

**Qualificação** – Somente poderão ser qualificadas como Organização Social as entidades sem fins lucrativos;

**Comando** – Deve possuir a participação mínima de 40% a 50% do Município junto ao Conselho de Administração, o que determina alteração dos estatutos da entidade, a fim de que haja efetivamente controle estatal sobre os repasses financeiros;

**Legalidade** - Qualificação da entidade autorizada por lei municipal e efetivada por meio de decreto do Poder Executivo;

**Operacionalização** – A execução dos projetos ocorre através de Contrato de Gestão entre a entidade e o Município, onde é traçado o plano de trabalho para um exercício e firmado o contrato, com obrigações claras para ambas as partes. Na prática, o Município terceiriza para si mesmo a execução de determinadas políticas públicas, tornando mais ágil e eficiente a aplicação dos recursos da comunidade;

**Recursos** - Transferência total ou parcial do orçamento de cada área do Município;

**Pessoal** - Contratação direta pela CLT ou por RPA, observados critérios próprios de seleção. Não há concurso, muito menos estabilidade. A legislação autoriza expressamente a cedência de servidores estatutários para a entidade;

**Material** - Equipamentos, área física e materiais podem ser cedidos pelo Município à entidade, mediante termo de permissão de uso. A autorização está na lei municipal, bastando tão somente a efetivação do inventário e o termo de permissão;

**Licitação** - Dispensada de licitação de acordo com o art. 24, XXIV da Lei 8.666/93. Ponto importante para a agilização de áreas como saúde pública, especialmente na aquisição de medicamentos e na contratação de especialidades médicas e exames complementares.

As O.S. se prestam perfeitamente à execução de diversas ações na área da saúde, especialmente quanto às contratações e desenvolvimento de Programas de Agentes Comunitários de Saúde e do Programa de Saúde Familiar, PACS e PSF, mas especialmente para a administração de Hospitais.

Seria temerário ao Gestor contratar de forma definitiva os profissionais para exercer atividades nas unidades hospitalares ou na execução dos programas federais PACS e PSF, na medida em que, ao longo dos anos, os recursos podem ser reduzidos ou então os projetos cancelados ou extintos. Os Municípios, neste caso, não teriam condições orçamentárias e financeiras para a manutenção integral dos programas, porquanto os técnicos e profissionais da área da saúde possuem um elevado custo.

**Os O.S. são perfeitamente ajustadas ao gerenciamento das mais diversas áreas da saúde, em especial o hospital da comunidade, onde o Município poderá comandar a unidade de atenção hospitalar, sem incorporar para dentro do poder público todas as ações, contratos, contabilidade e processo de aquisição. A O.S. mantém a entidade privada e firma uma relação com o Município através do contrato de gestão.**

### **Organização Social – Contrato de Gestão**

Efetivamente tem ocorrido uma grande confusão quando se trata de terceirização, delegação de competência, parcerias e contratos de gestão, envolvendo setores da sociedade civil organizada, seja através de ONGs ou mesmo de OSCIPs.

Os eventuais problemas que sistematicamente se têm verificado ao longo dos últimos anos encontram sua origem em entidades privadas, muitas de natureza filantrópica, mas que firmam termos de convênio, contratos ou de parcerias com a Administração Pública sem que haja um efetivo controle dos recursos aplicados.

Tais entidades preservam sua total independência estatutária e operacional, executando as tarefas que lhe são atribuídas por força de um determinado convênio ou contrato, de acordo com as suas conveniências próprias e características, sem qualquer intervenção ou interferência do Poder Público.

As Organizações Sociais são totalmente diferentes em relação às demais formas de participação privada na execução de políticas públicas, em especial na área de saúde. Trata-se de uma entidade que, embora de caráter filantrópico, sem fins lucrativos e privada, mantém-se sob o domínio operacional do ente público municipal que contrata a gestão de uma determinada área específica, a fim de tornar o sistema mais eficaz e eficiente.

Não apenas o início de sua própria existência, mas especialmente sua manutenção e morte, estão intimamente ligadas à vontade estatal, ou seja, do Município que qualifica, através de decreto do Executivo, uma entidade sem fins lucrativos, como Organização Social.

Tal situação não equivale dizer que há uma transferência para a sociedade civil de poderes inerentes à própria essência do Poder Público. A autonomia da entidade nada mais representa do que uma nova técnica de gestão, que tem permitido ao Município prestar serviços essenciais à comunidade local, sem assumir determinadas inconveniências, especialmente aquelas relativas aos regimes estatutários de servidores, com as conseqüentes e intermináveis previsões de benefícios de toda ordem, que eleva de forma permanente e incontrolável os gastos com pessoal.

Representa desta forma, muito mais do que simples entidades de colaboração com o Poder Público, incorporando mecanismos atinentes aos organismos da administração indireta de governo.

De acordo com as informações contidas no Plano Diretor de Reforma Administrativa do Governo Federal, *“as organizações sociais constituem uma das formas mais inovadoras e de maior relevância, no sentido de aprimorar o funcionamento do Estado, propiciando-lhe uma atuação eficiente e livre de vícios, inserindo-se a iniciativa no Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, que prevê a absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, dos serviços públicos sociais não-exclusivos, com eliminação das causas da deficiência de sua prestação por parte da máquina administrativa, como o notório mau uso do dinheiro público, as falhas de gestão, o agigantamento da atividade meio em detrimento da atividade fim, o empreguismo desnecessário, a burocratização excessiva, além da acomodação de servidores estáveis...”*

Tais manifestações foram seguidas pelo Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ilmar Galvão, na análise da medida cautelar da ADIN 1923, com a afirmação textual de que:

“De ver-se, primeiramente, que os artigos 196 e 197 da CF se limitam a impor ao Estado o dever de garantir o direito de todos à saúde, mediante a implantação de ‘políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.’”

E prossegue o Ministro, acompanhado à unanimidade dos demais pares do STF: “Não impõe ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça deste modo; tampouco eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, com p revisto no artigo 199, caput e § 1º.

Veja-se, portanto, que é indiscutível a legalidade e a constitucionalidade das ações em saúde executadas pela entidade sem fins lucrativos, qualificada no âmbito político-administrativo municipal como Organização Social. Configuram-se como entes criados, mantidos e controlados pelo Estado, porque destinadas ao desempenho de atividades de interesse público, e de caráter essencial.

Esta relação instalada de desenvolvimento de atividades de responsabilidade do Estado e que são exercidas pela Organização Social, ocorrem por meio de contratos de gestão, diferentemente de convênios ou contratos convencionais utilizados em situações de bilateralidade dos interesses. No caso em exame, os objetivos são comuns e visam tornar mais eficientes e eficazes o uso do dinheiro público.

Para bem entender a afirmativa, pode-se tomar como exemplo a Constituição atual, especificamente na parte relativa à saúde. No artigo 196, está prevista a saúde como "*dever do Estado*", ou seja, a saúde como **serviço público próprio do Estado**. No artigo 199 está dito que "**a assistência à saúde é livre à iniciativa privada**", ou seja, a saúde aí não é prevista como serviço público (já que não atribuída ao Estado), mas como atividade livremente aberta à iniciativa privada.

O contrato de gestão é um importante instrumento de ação do poder público, sob a forma de parceria com a iniciativa privada. Neste caso, o contrato fixa igualmente programa a ser cumprido pela entidade que atua como paraestatal, em colaboração com o Poder Público, recebendo ajuda financeira para esse fim.

## **Fundamentos Legais**

Após a edição de lei municipal, o enquadramento dos estatutos da entidade à legislação local e o decreto de qualificação da entidade, firma-se o Contrato de Gestão entre as partes, com base em programa de trabalho anual, ficando estabelecida a realização de atividades executivas pela O.S., tudo em conformidade com o planejamento previamente traçado pela Secretaria Municipal da Saúde.

Ou seja, delega-se, de forma controlada e fiscalizada através de um contrato previsto na **Constituição Federal**, parte das ações em saúde, mais especificamente voltadas aos procedimentos ambulatoriais e dos programas de saúde da família e agentes comunitários de saúde.

Assim, tem-se, de forma inequívoca, que os procedimentos a serem adotados pela municipalidade observam a Constituição Federal, em seu art. 37, § 8º, a legislação federal e a norma local. Portanto, plenamente legal a assinatura do contrato de gestão para executar políticas públicas.

A Suprema Corte do país, em extensa decisão na ADIN 1935, consolidou posição já manifestada por outros Tribunais, mas que sempre gerou dúvidas nos juízos de primeira instância. A partir da análise dos votos dos Julgadores, pode-se concluir facilmente o alegado acima, extraindo-se algumas passagens da deliberação dos Eminentes Ministros da Corte:

*De ver-se, primeiramente, que os artigos 196 e 197 da CF se limitam a impor ao Estado o dever de garantir o direito de todos à saúde, mediante a implantação de 'políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

*Voto do Ministro Ilmar Galvão – Relator*

.....

*Consequentemente, não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante a colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais.*

*Voto Ministro Sepúlveda Pertence*

*Coloco-me nos limites definidos pelo voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Quer dizer, considero essas entidades no âmbito da saúde como entidades de cooperação como Poder Público. Enquanto qualificadas como organizações sociais, elas poderão celebrar contratos de gestão e serviços relativos à saúde com o Poder Público.*

*Voto do Ministro Néri da Silveira*

*Este novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado.*

*Voto Ministro Gilmar Mendes*

*Não impõe ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça deste modo; tampouco eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, com p revisto no artigo 199, caput e § 1º.*

*As novéis entidades terão seus objetivos traçados em contrato de gestão, elaborado com observância dos princípios previstos no art. 37, caput, e, sendo organizados como entidades de direito privado, não estarão sujeitas à norma do inciso II do referido artigo, que só exige concurso para investidura em cargo ou emprego público. Em nenhum lance estabelecem os mencionados dispositivos o dever do Estado realizar essas atividades por meio de órgãos da Administração Direta, o que significa que poderá fazê-lo por meio de entidades para isso por ele constituídas, como são as organizações sociais.*

*Voto Ministro Ilmar Galvão - Relator*

Portanto, há alternativas concretas para encaminhar soluções de longo prazo aos maiores problemas atualmente na pauta dos Municípios. Basta apenas analisar a situação local e adotar os procedimentos corretos, de acordo com a legislação existente, sem o temor dos órgãos de fiscalização, que devem adequar-se aos novos tempos e à modernidade dos modelos de gestão.

### **Terceirização Ensino – Educação Infantil e Pré-Escola**

A fase da educação infantil está dividida em dois segmentos: **creche** (crianças de 0 a 3 anos) e **pré-escola** (crianças de 4 a 6 anos incompletos). É tratada na Seção II, do capítulo II da LDB, nos seguintes termos:

**Art. 29 A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem com finalidade o desenvolvimento integral da criança até os seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.**



A questão é de natureza constitucional e legal. No título destinado a cuidar da ordem social, através da disposição contida no artigo 205, *caput*, da CF, o legislador constituinte reforça que a educação constitui direito a ser promovido e incentivado de forma prioritária pelo Estado, inobstante **o dever da família**.

Ao detalhar no artigo 208 da Constituição Federal, o dever estatal para com a educação, determina ser ele efetivado, dentre outras medidas, através da garantia de atendimento em **creches e pré-escolas** às crianças entre zero a seis anos de idade.

**Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:**

**IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.**

Verifica-se que a Constituição Federal previu, de maneira inequívoca, a educação como sendo dever primordial do Estado, e mais, que neste dever está incorporada a garantia de atendimento em creches e pré-escola a todas as crianças compreendidas da faixa etária entre 0 (zero) e 6 (seis) anos de idade e que de tal serviço necessitarem.

No plano infraconstitucional, o legislador ordinário cuidou de corroborar a obrigação do Estado para com a educação, em especial, a educação infantil. O artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), explicita estar englobado neste dever a necessidade de se adotar as providências necessárias com vistas a conferir o acesso a creches e pré-escolas para crianças entre zero e seis anos.

**Art. 54 É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:**

**IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.**

Da mesma forma, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), prevê como obrigação do Estado prover o direito de acesso aos meios educacionais, estando aí incluído o acesso a creches e pré-escola.

**Art. 4º O dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:**

**IV – atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade.**

Entretanto, embora seja previsão e haja prioridade neste campo de atuação do serviço público, há fatores limitantes que não podem ser desconsiderados, como o orçamento municipal e a legislação federal que trata a matéria.

**O Plano Nacional de Educação** fixa prazo de **10 (dez) anos** para que gestores ampliem o número de vagas na rede pública. **O referido plano estabelece que até 2024, 50% das crianças de 0 a 3 anos devem estar matriculadas em creches.**

Ainda, dentro da linha de implementação do plano nacional de educação, o art. 88 prevê que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios** adaptarão sua legislação educacional e de ensino às disposições desta Lei no prazo máximo de um ano, a partir da data de sua publicação”

Já no anexo do Plano Nacional, as metas foram fixadas tendo como destaque a chamada **meta 1**, que significou “Universalizar, até 2016, o atendimento escolar da população de 4 e 5 anos, e ampliar, **até 2024**, a oferta de educação infantil de forma a **atender a 50% da população de até 3 anos.**”

Ou seja, o exercício das atividades que envolvem a educação infantil e o ensino básico cabe ao ente municipal, que pode executar da forma que melhor se adequar a situação gerencial, orçamentária, financeira e estrutural. Inexiste uma determinação específica de procedimentos a serem adotados pelo Município, mas já se pode descartar completamente a realização de concurso público para preenchimento de cargos na administração.

A execução de políticas públicas de competência de cada ente da federação é uma imposição constitucional, conforme as atribuições de cada esfera de Poder. Contudo, a forma como será implementado determinado serviço à comunidade depende exclusivamente de dois fatores: a lei e a iniciativa do Poder Executivo.

Nenhum outro Poder, órgão, entidade ou qualquer situação externa poderá substituir o gestor municipal e suas prerrogativas constitucionais para o exercício pleno do ato administrativo em relação ao governo local. Cabe exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo determinar como melhor poderá efetivar o alcance de medidas governamentais para beneficiar a população.

Aos demais poderes e órgãos, não lhes é dado o direito de interferência indevida, pois cada um está legitimado para agir de acordo com a previsão constitucional, não podendo extrapolar a sua competência, como tem ocorrido com frequência inaceitável frente ao executivo.

Neste sentido, a contratação de serviços externos ao Município é medida que se adequa perfeitamente ao caso concreto. Também chamada de **terceirização**, o Poder Público deve fazer uso do disposto no art. 30, I, da CF/88, bem como dos demais dispositivos que consagram a autonomia gerencial, administrativa e orçamentária, para executar suas políticas da forma como entender melhor. Evidentemente, tudo alicerçado na lei, mas dentro da conveniência e oportunidade de cada Poder.

No caso, a educação infantil deve ser tratada no âmbito da execução indireta, pelo estabelecimento de relações contratuais do poder público com o particular, conforme as normas que regem tais contratos ou convênios. O art. 30, da LDB, prevê claramente que os serviços desta natureza podem ser realizados por creches privadas ou assemelhados, senão vejamos:

**Art. 30 A educação infantil será oferecida em:**

**I – creches ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;**

**II – pré – escolas para crianças de quatro a seis anos de idade**

A educação infantil, como dever do Estado, pode ser ofertada em instituições específicas — creches para crianças até três anos e pré-escolas para crianças de quatro e seis anos — em jornada diurna de tempo parcial ou integral, por meio de práticas pedagógicas cotidianas.

A educação infantil, cuja matrícula na pré-escola é obrigatória para crianças de quatro e cinco anos, deve ocorrer em espaços institucionais, coletivos, não domésticos, **públicos ou privados**, caracterizados como estabelecimentos educacionais e submetidos a múltiplos mecanismos de acompanhamento e controle social.

**As instituições de educação infantil podem ser públicas ou privadas.** As públicas são criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo poder público local, (LDB, art. 19, inciso I). As instituições privadas são mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (LDB, art. 19, inciso II) e se organizam em dois grupos:

**I - as particulares com fins lucrativos, e**

**II - as comunitárias, confessionais e filantrópicas sem fins lucrativos definidas da seguinte forma:**

a) instituições comunitárias: constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de professores e alunos, que incluam em sua entidade mantenedora representantes da comunidade (LDB, art. 20, inciso II);

b) instituições confessionais: constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem à orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior (LDB, art. 20, inciso III);

c) instituições filantrópicas: constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, de direito privado, e possuem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas). Todas as instituições de educação infantil localizadas em um município, tanto as públicas quanto as privadas, integram o respectivo sistema de ensino estadual, distrital ou **municipal** (LDB, art. 18, incisos I e II).

No caso em exame, o Município deve buscar a assinatura de parcerias com as mais diversas formas de execução da política de educação, utilizando-se de entidades da sociedade organizada para atuarem juntamente com o poder público, numa parceria permanente nesta área de serviços essenciais.

Segundo Canotilho, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais deverá estar dentro de uma *‘reserva do possível’* e da sua dependência dos recursos econômicos, posto que *“a elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito”*. Inegável que a limitação dos recursos públicos deve ser considerada como verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais da ordem postulada, bem como o fato de que as limitações orçamentárias são fatos concretos.

Assim, os Municípios devem buscar **formas alternativas** para viabilizar a execução de políticas de interesse coletivo, dentro das condições orçamentárias e operacionais que estão disponíveis. Neste sentido, a solução encontrada para equacionar uma demanda de elevada monta, e que tem sido prioridade da legislação, deve ser definida pelo ente municipal.

Nesta linha de entendimento, a solução poderá ser efetivada mediante algumas alternativas.

### **Formas de Execução**

A forma de disponibilização de tais serviços depende exclusivamente da visão executiva do Município e seu gestor. A construção de prédio público, formação de consórcio público, prestação direta de serviços por ente público, devem ser descartadas por representar custos impagáveis e a formação de verdadeiros elefantes brancos que se tornam ineficazes com o passar de curto espaço de tempo.

A relação deve ser estabelecida com entidades sem fins lucrativos ou filantrópicas, que já desenvolvem trabalhos desta natureza ou semelhantes, mediante a realização de **convênios e parcerias**. No edital para a escolha da ou das entidades, serão fixados os critérios técnicos e operacionais pertinentes.

### **Convênios Lei 8.666/93, art. 116**

O Município poderá realizar convênios, precedidos de processo licitatório, nos termos do art. 116, cujo conteúdo diz:

**Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.**

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente **plano de trabalho proposto pela organização interessada**, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - etapas ou fases de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas.

De igual forma, como as entidades que trabalham com a matéria são organizações da sociedade civil, aplica-se a previsão da Lei 13.019/14, na firmatura do Termo de Colaboração, pois a atividade é de competência e responsabilidade do Poder Público, que se vale das entidades privadas para a execução desta política pública.

Nesta linha, conforme dispõe o artigo 42 da Lei 13.019/14, as parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração.

Art. 42. **As parcerias serão formalizadas mediante** a celebração de **termo de colaboração**, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, **que terá como cláusulas essenciais:**

I - a **descrição do objeto** pactuado; II - as obrigações das partes; III - quando for o caso, o **valor total e o cronograma de desembolso**; IV - (revogado); V - a contrapartida, quando for o caso, observado o disposto no § 1º do art. 35; VI - a **vigência** e as hipóteses de prorrogação; VII - a **obrigação de prestar contas com definição de forma, metodologia e prazos**; VIII - a forma de **monitoramento e avaliação**, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos termos previstos no § 1º do art. 58 desta Lei; ...XV - o livre acesso dos agentes da administração pública, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondente aos processos, aos documentos e às informações relacionadas a termos de colaboração ou a termos de fomento, bem como aos locais de execução do respectivo objeto; ... XIX - a **responsabilidade exclusiva da organização** da sociedade civil pelo **gerenciamento administrativo e financeiro** dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal; XX - a **responsabilidade exclusiva da organização** da sociedade civil pelo pagamento dos **encargos** trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução.

As inovações da lei na verdade são apenas a consolidação de atos que eram praticados ou exigidos pelos órgãos de controle quando da auditoria de tais relações ou de investigação no uso dos recursos públicos. Sobressaem destas circunstâncias a definição de um objeto claro e ao mesmo abrangente, capaz de englobar de forma clara quais os atos serão executados, projetos, ações e demais questões inerentes. A especificação passa a ser fundamental no cotejo do objeto acordado.

Em seguida, valor, cronograma de desembolso e prazo de vigência igualmente se constituem imposição obrigatória para o termo. O desembolso deve levar em conta as fases, parcelas, meses de execução do projeto ou da proposta, com valores liberados de acordo com a efetiva realização dos atos.

**Mas são os incisos VI e VII do art. 24 da lei que devem merecer a atenção especial dos administradores, muito embora não seja uma inovação, mas é a consolidação da necessidade de fixar, mediante um plano de trabalho, a fiscalização do tudo que é acertado, por meio da prestação de contas e da avaliação dos resultados obtidos com a relação.**

Não basta mais apenas aplicar recursos públicos de forma legal para a execução de programas e projetos sociais, educacionais ou culturais. A partir da nova lei, tais valores devem ser bem aplicados, **com eficiência, com finalidade clara, buscando-se o resultado a que se propõe o plano de trabalho e a intenção da relação firmada.** Sai de cena as questões meramente formais e entra em jogo a operação, a execução de fato e as pertinentes comprovações.

Desta forma, cabe a entidade e ao Município a elaboração de um projeto consistente, com metas a serem alcançadas e, mais do que isso, com a realização efetiva de tais projetos, comprovando os resultados práticos, não mais apenas formais. Neste sentido, a responsabilização pessoal do dirigente da entidade que recebe os recursos tem o mesmo sentido da responsabilidade do gestor que repassa.

Até a edição da Lei 13.019/14, somente cabia ao gestor público responder pelos valores repassados a um determinado projeto. A partir de agora, o dirigente que firma o termo terá idêntica atribuição de execução e fiscalização dos montantes utilizados. A divisão da carga fiscalizatória pode representar um avanço no processo, pois compromete sobremaneira todos os agentes diretivos envolvidos na melhor forma de condução do projeto.

O caso se presta para utilização do art. 16 da norma referida acima, com o Termo de Colaboração:

**Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros**

A iniciativa, tendo em vista tratar-se de uma política pública de responsabilidade do Município, determina a adoção do já mencionado **Termo de Colaboração**, onde a administração local formula o necessário e imprescindível **plano de trabalho** para ser executado na parceria com a entidade selecionada, mediante processo licitatório, na modalidade ‘chamamento público’, previsto no art. 24 da lei.

Tal procedimento **somente poderá ser dispensado** (art. 30) nos casos de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias; guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança; **ou atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas** pelo órgão gestor do respectivo ente federado.

É **inexigível** (art. 31), ainda, a realização de chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se **as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica**. Assim, como os casos apresentados não se enquadram em nenhuma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de chamamento público, deverá a administração proceder a sua realização nos termos estabelecidos pelos artigos 23 a 32 da lei 12.019/14.

Realizado o chamamento público, ou justificado a sua ausência por **dispensa ou inexigibilidade**, analisar-se-ão os requisitos para a celebração do Termo de Colaboração. Neste sentido, o regramento está no art. 35 da Lei 13.019, *verbis*:

Art. 35. A celebração e a formalização do **termo de colaboração** e do termo de fomento dependerão da adoção das seguintes providências pela administração pública:

I - realização de chamamento público, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei; II - indicação expressa da existência de **prévia dotação orçamentária** para execução da parceria; III - demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a **capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil** foram avaliados e são compatíveis com o objeto; IV - **aprovação do plano de trabalho**, a ser apresentado nos termos desta Lei; V - emissão de **parecer de órgão técnico da administração pública**, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito:

a) do **mérito da proposta**, em conformidade com a modalidade de parceria adotada; b) da **identidade e da reciprocidade** de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta Lei;

A legislação prevê a necessidade de ampliação da **transparência** na execução da relação e do uso dos recursos públicos. Assim, caberá às organizações manter as informações sobre a **prestação de contas** da relação permanentemente na internet, podendo ser através das redes sociais, como *facebook*, com o *link* para o site da Prefeitura e este para a prestação de contas integral do objeto conveniado.

Mas a questão mais importante que envolve esta parceria e a relação estabelecida entre o poder público e as entidades, diz respeito a necessidade de ampliar o funcionamento da estrutura de atendimento à comunidade, **no tocante ao alcance da atenção sócio educacional para as crianças de zero a seis anos**, dentro do projeto da primeira infância assistida pela família e pela sociedade, bem como pelo ente municipal, no caso que lhe compete. Além disso, impõe-se a necessidade de **acompanhamento permanente das atividades e ações praticadas pelas parcerias**, embora esse trabalho deva ser feito igualmente quando a relação é direta do poder público.

Neste sentido, o edital de licitação para a firmatura do Termo de Colaboração, deve ter previsto a criação de um sistema de cooperação mútua e de atingimento de finalidade recíprocas dos partícipes, seja em estabelecimentos pertencentes ao Poder Público ou na entidade privada parceira. Neste sentido, conforme o plano de trabalho anexo ao edital, devem ser previstas:

- a) Necessidade de estrutura física, salas de aula, metragem quadrada de espaço, alocação do número de crianças por sala ou espaço pré-definido;
- b) Número de crianças, faixa etária correspondente ao objeto conveniado e o valor per capita ou por vaga a ser definido previamente pelo Poder Público. Não haverá disputa de valores no mercado, mas o planilhamento prévio por parte da administração, lançando o edital já com o montante a ser pago pelo Município por cada criança/aluno atendido, conforme a carga horária pertinente;
- c) Cronograma de desembolso conforme a execução mensal das atividades da parceria, mediante a emissão de atestados técnicos de acompanhamento pedagógico e assistencial, bem como os fiscais de cumprimento do plano de trabalho e dos demais pontos contidos no termo assinado entre as partes;

Nunca é demasiado repetir acerca da necessidade de acompanhamento da relação conveniada ou pelo termo de colaboração, pois a situação diz respeito à educação infantil e também ao processo educacional de zero a três anos, como ainda, de três a seis anos incompletos, que podem ser executados da forma como acima referido.





Estas algumas boas possibilidades de execução de políticas públicas por meio da chamada terceirização, que não mais é do que contratação de serviço para atender à população.

Porto Alegre, 05 de dezembro de 2018.

**CDP – Consultoria em Direito Público**  
**Gladimir Chiele – OAB/RS 41.290**