Notícia de fato: 1.28.000.000614/2020-15.

Despacho

01. Trata-se de notícia de fato na qual se apura a legalidade do chamamento Público Emergencial efetuado pela Secretaria de Estado da Saúde Pública do Rio Grande do Norte/SESAP-RN, publicado no Diário Oficial do Estado sob o nº 14.636, de 01/04/2020. Referido edital tem como objeto a contratação de organização social ou Instituição Filantrôpica, mediante dispensa de licitação, no valor de $37.112.400,00 (trinta e sete milhões, cento e doze mil e quatrocentos reais) para implementação e gestão de um hospital de campanha, a ser construído no Arena das Dunas/RN.

02. Sobre o tema importante deixar consignado,  **que o Decreto Federal número 5.554/2005 impõe a exigência de licitação, como regra geral, ainda que a contratação seja de organização social ou entidade filantrópica, nos termos da lei 8.666/93:**

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos **que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.**

**§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da** [**Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002,**](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm) **e do regulamento previsto no** [**Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005,**](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm) **sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.**

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

§ 3º Os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenentes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

§ 4º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no [art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm#art26..) devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

03. Por outro lado, **o STF, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido na ADI** 1923**, apenas para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao artigo 24, XXIV da Lei nº 8.666/1993, incluído pela Lei nº 9.648/1998, para que: *(i)* o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/1998; *(ii)* a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; *(iii)* as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/1998, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; *(iv)* os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; *(v)* a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e *(vi)* para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas.**

04. O voto condutor do Ministro Luiz Fux obtemperou o seguinte:

“Em primeiro lugar, **deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como contratação no sentido próprio do termo**. É que não ocorre, em tal hipótese, a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina e conforme já ressaltado pelo voto do ilustre Min. Relator. Ao contrário, **a qualificação consiste em uma etapa inicial, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população**. **Essa prestação, mais à frente, será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), é a qualificação da entidade como organização social**. (...)

37. **Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). Por essa via, informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional**. No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais.

[...] 39. Assim, o fato de o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 condicionar à discricionariedade do Poder Executivo o deferimento da qualificação não conduz à violação da Constituição. **Seria de fato inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais.**

**40. Contudo, tal dispositivo só pode ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no caput do art. 37 da CF, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade dos atos do poder público.**

(...) **Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio**. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado.

(...)

47. **Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações** (CF, art. 37, XXI). **Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais**. **Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no caput do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da impessoalidade, expressão da isonomia (art. 5º, caput), e da publicidade, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, caput)**.

48. Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. **Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitere-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão**.

[...] 50. **Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a celebração do contrato de gestão com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública**.

51. **Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais**. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma 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. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de microempresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 preveem outros casos de dispensa, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

[...] 54. **De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados**, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n 8.666/93.

55. Por fim, ainda no tema das licitações, cabe apreciar se as Organizações Sociais, em suas contratações com terceiros fazendo uso de verbas públicas, estão sujeitas ao dever de licitar. **As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, caput), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública**. **No entanto, o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca a impessoalidade**. [...]” (sem grifos no original).

05. Portanto, o STF conferiu interpretação conforme do art. 24, XXIV, da Lei 8666/93, exigindo que a contratação de organização social ou entidade filantrópica deva obedecer os critérios objetivos de moralidade, impessoalidade, probidade, publicidade, economicidade e eficiência. Nesses termos, a ação foi julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, no sentido de “: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, 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 nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”

06. A seu turno, o decreto Federal número 6.170/2007 estabeleceu os parâmetros para o chamamento púbico de organizações sociais e demais entidades filantrópicas, nos seguintes termos:

Art. 4o  A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.                   [(Redação dada pelo Decreto nº 7.568, de 2011)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7568.htm#art1)

§ 1o  Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.                      [(Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7568.htm#art1)

§ 2o  O Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade da administração pública federal poderá, mediante decisão fundamentada, excepcionar a exigência prevista no **caput** nas seguintes situações:                   [(Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7568.htm#art1)

I - nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento;                     [(Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7568.htm#art1)

II - para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou                       [(Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7568.htm#art1)

III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.                   [(Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7568.htm#art1)

Art. 5º O chamamento público deverá estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do convenente para a gestão do convênio.        [(Vigência)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6170.htm#art19.)

Art. 6~~º~~  Constitui cláusula necessária em qualquer convênio ou contrato de repasse celebrado pela União e suas entidades:                  [(Redação dada pelo Decreto nº 8.244, de 2014)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8244.htm#art1)      [(Produção de efeito)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8244.htm#art2)

I - a indicação da forma pela qual a execução do objeto será acompanhada pelo concedente; e                   [(Incluído pelo Decreto nº 8.244, de 2014)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8244.htm#art1)      [(Produção de efeito)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8244.htm#art2)

II - a vedação para o convenente de estabelecer contrato ou convênio com entidades impedidas de receber recursos federais.                   [(Incluído pelo Decreto nº 8.244, de 2014)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8244.htm#art1)       [(Produção de efeito)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8244.htm#art2)

Parágrafo único.  A forma de acompanhamento prevista no inciso I do **caput** deverá ser suficiente para garantir a plena execução física do objeto.                 [(Redação dada pelo Decreto nº 8.244, de 2014)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8244.htm#art1)       [(Produção de efeito)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8244.htm#art2)

07. Dessa forma, nada impede o chamamento público de organização social ou entidade filantrópica para assunção de obra ou serviço público com prazo definido, obedecendo todas as normas estabelecidas para garantir que o gestor preserve: a) a impessoalidade e publicidade, evitando o direcionamento do certame; b) a probidade e economicidade, expressadas em mecanismos de controle que inibam o superfaturamento ou sobrepreço da obra ou serviço; c) eficiência, elidindo que a gestão realize contratação de obra ou serviço desnecessária ou mal alocadas.

08. Por outro lado, diante da pandemia do COVID-19, foi editada a Lei Federal número 13.979/2020, cujo artigo 4º prevê a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, nos seguintes termos:

Art. 4º  É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.         [(Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm#art1)

§ 1º  A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§ 2º  Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no [§ 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art8§3), o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 3º  Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.          [(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm#art1)

09. Em 04.04.2020, o Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do RN firmaram Termo de Ajustamento de Conduta com o Estado do RN, exatamente, com o objetivo de garantir a higidez do chamamento público. Dessa forma e em cumprimento à clausula 8.1[[1]](#footnote-1), paragrafo único do TAC e em em consideração a situação de emergência em face a pandemia COVID-19, e como medida **PREDOMINANTEMENTE** PREVENTIVA de fiscalização, DETERMINO o seguinte:

1) que seja oficiada à SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO do RN, dando-lhe ciência do presente despacho, solicitando ainda que informe: I - a fonte dos recursos indicados no chamamento nº 14.636, de 01.04.2020, informando se há alocação de recursos federais e o meio estabelecido para obtê-los; II - a justificação dos preços nela estabelecidos; III – demonstração da necessidade da contratação, considerando informações da possível existência de leitos em outras unidades hospitalares que estariam subutilizadas;

2) Oficie-se à CGU para que realize o acompanhamento do chamamento nº 14.636, de 01.04.2020 da Secretaria DE SAÚDE DO ESTADO do RN, em caso de existência de recursos públicos federais, remetendo o seu resultado.

Natal-RN, 04 de abril de 2020.

**Fernando Rocha de Andrade**

**Procurador da República**

1. Parágrafo único: o MINISTÉRIO PÚBLICO manterá procedimento de acompanhamento para fiscalizar a execução do contrato, do chamamento e do presente termo de compromisso, a fim de garantir sua lisura e plena execução, devendo os gestores e beneficiários colaborarem com a sua instrução. [↑](#footnote-ref-1)