

**PROCESSO Nº 01.01.017101.016802/2021-91 – SES/AM**

**DOCUMENTO Nº 00101.010503/2021-98**

**INTERESSADA:** Instituto Nacional de Desenvolvimento Social e Humano - INDSH

**ASSUNTO:** Realização do 7º Termo aditivo do Complexo Hospitalar Zona Norte, substituindo plano de trabalho anterior, enviado por meio do ofício nº 840/2021-DEX/CHNZ.

**PARECER Nº 1.651/2021 – ASJUR/SES-AM**

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSULTA. CONTRATO DE GESTÃO DE Nº 001/2019. PRORROGAÇÃO. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 57, II DA LEI 8.666/93. RECOMENDAÇÕES

**Ao Gabinete do Secretário de Estado de Saúde,**

Chegam a esta Assessoria Jurídica os autos do processo em epígrafe, para análise e parecer, acerca da possibilidade de celebração de termo aditivo que visa alterar os Anexos Técnicos I - Descrição de Serviços; II - Sistema de Repasse e III - Indicadores de Qualidade e excluir o Item V - Cronograma de Implantação Inicial do Anexo I do Contrato de Gestão de nº 001/2019-SUSAM, celebrado entre esta Secretaria de Saúde e o INDSH – Instituto Nacional de Desenvolvimento Social e Humano, que tem por objeto o gerenciamento, a operacionalização, das ações e execução dos serviços de saúde no Complexo Hospitalar Zona Norte, em conformidade com o Plano de Trabalho e seus Anexos.

Impõe-se salientar que, visando a segurança jurídica e maior eficiência da gestão de documentos no âmbito desta SES-AM, esta ASJUR elaborará sua análise jurídica com base tão somente nos documentos e demais informações que instruem os autos digitais constantes no Sistema de Gestão Eletrônica de Documentos - SIGED.

**É o relatório. Passo a opinar.**

**II - Da fundamentação Jurídica**



Preliminarmente, considera-se conveniente a consignação de que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe.

Destarte, incumbe a este setor prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na conveniência e oportunidade dos atos praticados pela Administração Pública, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Desta feita, em análise à instrução processual, bem como à legislação, ora em vigência, passamos a expor o que segue.

Inicialmente, cabe conceituar o instrumento Contrato de Gestão, que pode ser entendido com um compromisso institucional firmado entre a Administração Pública Direta e cada entidade a ela subordinada, incluídos nesse rol as Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, inclusive entidades da própria Administração Direta, bem como as Organizações Sociais, e estão expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, no art. 37, §8º, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

**§8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:**

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.”

Dessa forma, com a finalidade de estabelecer laços com as entidades privadas filantrópicas, a União editou a Lei federal nº 9.637/98, que disciplina a qualificação de **entidades como organização social e celebração de contratos de gestão para o desempenho de atividades nas áreas** de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e **saúde** (art. 1º, Lei federal nº 9.637/98).



Portanto, o contrato de gestão, ainda que como manifestação de intervenção privada no domínio público, nada mais seria, no particular, que o instrumento firmado pelo Poder Público com a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parcerias (art. 5º, Lei federal nº 9.637/98).

Não se tratando a lei federal nº 9.637/98 de norma de caráter nacional, até porque a competência da União para editá-la, nos termos do art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal, somente alcançaria matérias de licitação e contratação, passaram os demais entes federados a legislar sobre a função de fomento público, com a edição de disposições normativas acerca das atividades abrangidas, requisitos para a qualificação das entidades e celebração dos contratos de gestão, o que ocorreu no Estado do Amazonas através da Lei Estadual nº 3.900, de 12 de julho de 2013, regulamentada pelos Decretos 34.039, de 04 de Outubro de 2013 e pelo Decreto 34.219 de 25 de Novembro de 2013.

Já acerca da natureza jurídica dos contratos de gestão, convém ressaltar que, apesar de não ser assunto pacífico na doutrina, os mesmos são considerados espécie do gênero contratos administrativos, o que permite concluir que os contratos de gestão sujeitam-se aos mesmos princípios e regras dos contratos administrativos, no que couber.

Portanto, o contrato de gestão, ainda que como manifestação de intervenção privada no domínio público, nada mais seria, no particular, que o instrumento firmado pelo Poder Público com a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parcerias (art. 5º, Lei federal nº 9.637/98).

Ainda que denominado pelo legislador federal de “contrato”, percebe-se que, à evidência, ostenta o “contrato de gestão” a natureza de ajuste convencional, em razão, sobretudo, da convergência de interesses dos parceiros público e privado, já que em tais ajustes não há submissão de um interesse próprio a um sacrifício para a obtenção de benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio. Ao contrário, são comuns e coincidentes os interesses pactuados pelos cooperantes.



Todavia, considerando as inúmeras omissões nas normas jurídicas sobre parcerias estatais com o terceiro setor, em especial no que toca à falta de regras que coordenassem o melhor controle do processo de transferência da gestão de certas atividades públicas, conduziram a que, em nome de princípios de segurança jurídica, houvesse aplicação subsidiária das normas da Lei de Licitações e Contratos aos ajustes de cooperação, conforme disposto no artigo 116 da Lei nº 8.666/93<sup>1</sup>.

Assim, ao celebrar contrato de gestão com uma entidade privada filantrópica qualificada como organização social, esta, em razão de vínculo contratualizado (leia-se convencional) com o Poder Público, não se transforma em prestadora de serviço administrativo, porque, como visto, o vínculo que une aqueles dois entes possui natureza colaborativa, de cooperação, tendo por base o fomento público, pelo que, não por acaso, o legislador nacional excepcionou a aplicação generalizada da Lei de Licitações aos ajustes de natureza convencional: **a subsunção dar-se-á no que couber.**

Dessa forma, analisando inicialmente o contrato primitivo, especificamente sua Cláusula 5, "Das Alterações", constata-se que o referido contrato poderá ser alterado, mediante revisão das metas e dos valores financeiros inicialmente pactuados, e também do perfil assistencial da unidade de saúde, com inclusão ou exclusão de novas especialidades médicas, desde que prévia e devidamente justificada, mediante parecer favorável da **Comissão de Acompanhamento do Contrato** e autorização da autoridade competente.

Quanto ao preenchimento dos citados requisitos, verifica-se que, após a reunião técnica realizada no dia 11/08/2021, nesta SES-AM a necessidade de alteração contratual advém da necessidade de atualização do plano de trabalho anterior, conforme ofício nº 843/2021-DEX/CHZN acostado no presente processo.

Quanto à necessidade de parecer prévio favorável da Comissão de Acompanhamento do Contrato, requisito este também satisfeito, conforme manifestação de fls. 316/319.

---

<sup>1</sup> 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.



Deste modo, vê-se que os pressupostos contratuais para a alteração do ajuste primitivo foram respectivamente atendidos.

Quanto ao teor do termo aditivo, verifico que a minuta busca alterar, corretamente, o plano de trabalho anterior e seus respectivos anexos técnicos I, II e III.

Contudo, cabe mencionar os efeitos do termo em comento, o qual terá validade de 90 (noventa) dias a contar de 01/07/3032 até a data 30/09/2021, produzindo efeitos retroativos.

Faz-se mister ressaltar que o Contrato de Gestão primitivo continuará vigente nos termos já pactuados, em nada modificando a data de encerramento do presente contrato de gestão.

A Gerência de Execução Orçamentária do Fundo Estadual de Saúde apresentou demonstrativo de impacto orçamentário às fls. 237/238, salientando a existência de impacto orçamentário no atendimento do pleito, no entanto, cabe salientar despacho de ordem do excelentíssimo Secretário de Estado de Saúde à fl. 241 o qual autorizou a suplementação do valor programado mensalmente/anualmente a fim de atender a demanda em sua totalidade.

Logo, sendo os anexos técnicos partes integrantes do contrato de gestão, conforme Cláusula 1.1, entendo por bem a necessária readequação desses instrumentos.

Assim, feitos os breves esclarecimentos acerca dos contratos em gestão, passamos a análise da prorrogação pleiteada.

### **II.I - Da prorrogação contratual e alteração do plano de trabalho**

Diante das lacunas generalizadas existentes nos diversos diplomas normativos que envolvem as parcerias do Estado com entidades do Terceiro Setor, principalmente no que diz respeito à falta de regras que coordenasse melhor o controle do processo de transferência da gestão de certas atividades públicas, e em nome de princípios de segurança jurídica, orienta-se a aplicação subsidiária da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993) aos ajustes de cooperação, no que couber, quando o caso envolver convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres (art. 116, *caput*).



Ocorre que, o mero fato de um ajuste ser “contrato”, ainda que impropriamente denominado como tal, não seria bastante para justificar a aproximação dos contratos de prestação de serviços administrativos de que trata a Lei Federal nº 8.666/93 aos ajustes de colaboração, designadamente o contrato de gestão, porque de comum entre eles há apenas duas coisas: o caráter convencional e a presença, como parte, de alguma entidade estatal.

Assim, podemos concluir que a aplicação da Lei de Licitações e Contratos aos vínculos de parceria, somente terá lugar quando os dispositivos legais da Lei Geral de Licitações não imponham restrições indevidas ao desenvolvimento e aprofundamento das relações de parceria.

Nesse sentido, ao analisarmos o caso em tela, o qual tem como objeto a celebração de aditivo readequar o plano de trabalho e seus respectivos anexos técnicos, vislumbramos a existência de questionamento técnico-jurídico sobre a matéria, isso ocorre pois os efeitos do instrumento a ser acordado entre as partes produzirá efeitos *ex tunc*, assim, o 7º termo aditivo produzirá efeitos a partir da data de 01/07/2021, conforme item 3 da minuta contratual.

Nesse sentido, cabe mencionarmos a não incidência do art. 57, inc. II da lei 8.666/93, o qual possui a seguinte redação:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

Embora a lei de licitações discorra sobre prorrogação contratual, cabe salientar o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, assim, torna-se forçoso expor o entendimento emanado do acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, *in verbis*:

ACÓRDÃO AC – CON N. 00009/2013 – TCM/GO – PLENO

Processo n.: 16432/12 Interessado: Município de Goiânia - FMS Assunto: Consulta Consultante: Secretário Municipal de Saúde – Elias Rassi Neto Relator: Conselheiro Substituto Vasco C. A. Jambo

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDA o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, pelos membros integrantes de seu Colegiado, diante das razões expostas pelo Relator na Proposta de Decisão n. 114/2013 – GABVJ:



1. Conhecer da presente consulta, uma vez preenchidos os pressupostos legais previstos no art. 31 da Lei nº 15.958/2007 e art. 199 do Regimento Interno do TCM/GO;

2. Responder os questionamentos do consulente nos seguintes termos:

**2.1. A limitação temporal prevista no art. 57, II da Lei nº 8.666/93 não incide nos contratos de gestão que encerram relação de fomento para o exercício de atividades de interesse público, em razão da sua natureza colaborativa. Pela mesma razão, também não incide a limitação de acréscimos e supressões prevista art. 65, § 1º, Lei nº 8.666/93 nos contratos de gestão.** Todavia, devem ser observadas certas exigências legais, a saber:

2.1.1. Além de obediência aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Carta Magna, nos termos do art. 7º da Lei 9.637/98, no **contrato de gestão deverá estar especificado o programa de trabalho proposto pela organização social, as metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, que variarão de acordo com o objeto do ajuste**, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

2.1.2. Além disso, deverá haver a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções (art. 7º, II da Lei 9.637/98);

2.1.3. A vigência do ajuste e os limites de despesa decorrentes estão sujeitos à anualidade da lei orçamentária, sendo que, no caso de vigência fixada para além de um exercício, deverá, necessariamente, haver previsão no plano plurianual, consoante disposto no §1º do art. 167 da Constituição Federal.

2.2. Nos contratos de prestação de serviços firmados entre a Administração e a entidade privada qualificada como organização social, inclusive para as atividades contempladas no contrato de gestão, figurando a Administração como tomadora do serviço, em relação sinalagmática, incidem as limitações dos art. 57, II, e art. 65, § 1º, da referida Lei, por se tratar propriamente de contrato administrativo. (grifamos)

Assim, pode-se extrair o entendimento de que a limitação temporal especificada no art. 57, inc. II da lei nº 8.666/93 não incide sobre o presente contrato de gestão, bem como os limites percentuais de aditivos e supressões do art. 65 da lei mencionada.

Ainda podemos extrair do julgado acima que o prazo de execução variará de acordo com o objeto do contrato de gestão, assim, pelo próprio propósito de criação das organizações sociais e pelas peculiaridades de cada contrato, é plausível que o seu prazo de vigência não esteja adstrito aos termos do art. 57, inc. II da lei de licitações, logo, a vigência dependerá do objeto estabelecido no instrumento contratual celebrado entre as partes.



Salientamos que a variação do prazo de vigência não afasta os princípios norteadores da administração pública previstos no Art. 37 da Carta Constitucional Brasileira.

Sobre a cláusula 2 da minuta a ser celebrada entre as partes, a qual trata da execução dos serviços, bem como os resultados esperados, extrai-se do presente caderno processual que não trata-se de alteração em sentido estrito dos anexos técnicos do contrato primitivo, mas sim, de simples inclusão de termos específicos voltados ao perfil assistencial COVID-19.

De igual modo, a modificação do valor de repasse mensal não constitui alteração propriamente dita, mas como um novo aditivo específico, com cláusulas e mecanismos específicos, com regras próprias e com vigência específica.

Logo, conclui-se que os recursos orçamentários para realização dos serviços acordados no contrato de gestão devem ser previstos em termo aditivo, uma vez que os acréscimos e supressões previstos na lei nº 8.666/93 não se adaptam ao contrato de gestão, conforme entendimento jurisprudencial já exposto. Assim, entende-se que os contratos de gestão não são submissos diretamente aos dispositivos da lei 8.666/93, exceto naquilo que lhe couber, de forma subsidiária.

Portanto, entende-se pela continuidade do feito, bem como sua celebração, esclarecido que em razão da natureza colaborativa dos contratos de gestão, semelhantes ao convênio, inaplicáveis as limitações previstas nos arts. 57 e 65, §1º da lei de licitações e contratos.

## **CONCLUSÃO**

Pelo exposto, considerando os argumentos jurídicos aqui apresentados, **não vislumbramos óbice à alteração pretendida**, uma vez que a mesma encontra-se em conformidade com a legislação pátria, o entendimento jurisprudencial e a doutrina majoritária sobre o tema analisado.





Registre-se, todavia, que a celebração do referido instrumento insere-se no juízo de oportunidade e conveniência do Administrador, motivo pelo qual o Gestor da Pasta deverá deliberar sobre o pleito.

É o entendimento, salvo melhor juízo.

À superior consideração.

**Manaus, 13 de agosto de 2021.**

*(assinado digitalmente)*

**THIAGO SOUZA DE SOUZA**

Assessoria Jurídica – ASJUR/SES-AM

OAB/AM nº 8.093

WSL

**De acordo:**

*(assinado digitalmente)*

**LÍDIA NAYARA ELIS RABELO DE OLIVEIRA**

Assessoria Jurídica – ASJUR/SES-AM

OAB/AM nº 13.156

