

Análise das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público à luz da Lei de Licitações Públicas

Túlio César Pereira Machado Martins

Bacharel em Direito pela UFMG. Bacharelado em Gestão de Finanças Públicas e Auditoria Governamental pela Uemg. Especialista em Direito Tributário pela Puc Minas. Especialista em Controle Externo e Avaliação da Gestão Pública pela Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo/Puc Minas. Oficial de Controle Externo do TCEMG.

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais no que tange à forma de escolha das organizações da sociedade civil de interesse público pela administração pública, bem como a forma de contratação com os recursos repassados a estas entidades, avaliando, em ambos os casos, a necessidade ou não de se realizar procedimento licitatório nos moldes estabelecidos pela Lei n. 8.666/93.

Palavras-chave: Oscip. Termo de parceria. Licitação. Concurso de projetos.

1 Introdução

O excessivo crescimento do Estado no início da década de 70 e o intenso processo de globalização desencadearam a crise fiscal do Estado, caracterizada por déficit público elevado e insolvente, além de elevada dívida pública interna e externa (ALÉM; GIAMBIAGI, 2011).

O modelo de Estado garantidor e intervencionista foi, aos poucos, perdendo espaço, demandando novas medidas para solucionar a ineficiência administrativa em cumprir todas as atribuições que o Estado chamou para si, diante dos custos elevados e da baixa qualidade dos serviços (BRESSER-PEREIRA, 1998).

A percepção social de que o problema estatal residia na morosidade do modelo burocrático demanda uma atuação mais flexível e dinâmica por parte do Estado, iniciando o modelo de gestão

pública gerencial, que recebe essa denominação por incorporar conceitos de gerenciamento próprios de empresas privadas, com o compromisso de ser flexível, eficiente e desburocratizado e, com isso, adaptado à realidade do Estado.

Nesse contexto, ganha relevância o terceiro setor, espaço de participação democrática direta dos cidadãos nos assuntos públicos. Como bem esclarece Ferraz, Regadas e Pires:

[...] o primeiro setor é o Estado, representado por entes políticos (prefeituras municipais, governos dos Estados e presidência da República), além de entidades a estes ligadas (ministérios, secretarias, autarquias, entre outras), que obedecem caráter público e exercem atividades públicas.

O segundo setor é o mercado (empresas), composto por entidades privadas que exercem atividades privadas, ou seja, atuam em benefício próprio e particular, em busca do lucro.

O terceiro setor é aquele composto pelas organizações privadas, sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, em âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil (FERRAZ, REGADAS; PIRES, 2008, p. 144).

Embora alguns autores entendam que a denominação *terceiro setor* não represente adequadamente as organizações que o compõem¹, a expressão, segundo a divisão clássica, identifica o espaço de fusão entre a esfera privada e a esfera estatal, ocupado pelas organizações privadas sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, em âmbito não governamental.

Essa característica intermediária permite a essas instituições a prestação de serviços de interesse social, que verdadeiramente seriam de competência primitiva do Estado, mas que, por sua crise institucional, acaba por ter suas ações substituídas pelas atividades desenvolvidas por entidades do Terceiro Setor (SOUZA, 2005, p. 165).

O terceiro setor é composto por organizações de formação bastante distinta, podendo-se identificar três grandes grupos: de vantagens recíprocas, de serviços remunerados pelo usuário e de interesse público, estes também conhecidos como setor público não estatal. Embora a expressão pareça paradoxal, os conceitos de público e estatal não se confundem, já que o conceito de estatal está relacionado à estrutura formal do Estado e o conceito de público envolve aquilo que é de interesse coletivo em sentido amplo. Assim, entidades como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) e os conselhos gestores de políticas públicas, não estão inseridas na estrutura formal do Estado e, portanto, são não estatais; contudo, pertencem ao setor público, uma vez que atuam em atividades voltadas ao interesse geral.

¹ Ciconello critica a utilização da denominação terceiro setor em sentido amplo, por acreditar que tal expressão “traz uma idéia de indiferenciação, unidade, convergência, consenso. Contudo, sabemos que na realidade a sociedade civil organizada no Brasil, que foi construída ao longo de séculos, é extremamente diversa, plural e heterogênea.” (CICONELLO, 2004, p. 52).

A administração pública delega a essas entidades as atividades tidas como não exclusivas para que possa canalizar os recursos estatais na realização das atividades exclusivas de Estado. Segundo delineado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, importante marco na transformação da administração pública brasileira:

A estratégia de transição para uma administração pública gerencial prevê, ainda na dimensão institucional-legal, a elaboração, que já está adiantada, de projeto de lei que permita a “publicização” dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de “organizações sociais” (BRASIL, 1995).

A ideia da publicização envolve a descentralização dos serviços públicos para a sociedade civil organizada e a conseqüente desestatização, permitindo ao Estado redimensionar sua estrutura para prestar os serviços de forma mais eficiente, sendo importante que desempenhe a função de fomentador das atividades não exclusivas. Mazza ensina que:

A Administração Pública incentiva o desenvolvimento das atividades do terceiro setor em razão do alcance social dessa atuação. O estímulo a tais entidades enquadra-se na função administrativa denominada fomento, que juntamente com os serviços públicos e o poder de polícia formam o conjunto das três atividades precípua da Administração Pública moderna. (MAZZA, 2011, p. 155).

Assim, a atuação estatal no fomento de atividades não exclusivas é, antes de tudo, uma obrigação do Estado, que deixa de executá-las diretamente. Nesse sentido, Rocha leciona que:

O fomento é uma atividade administrativa e como tal é levada a cabo pela Administração Pública com o propósito de alcançar determinadas finalidades, que lhe são próprias; **tais finalidades são de interesse público e referem-se à satisfação das necessidades coletivas e a obtenção dos fins do Estado;** a atividade administrativa de fomento, contudo, não procura alcançar direta e imediatamente tais fins, mas procura que esses fins sejam satisfeitos pela atividade dos particulares, mediante a proteção e a promoção dessas atividades com o emprego de diferentes meios excluída qualquer forma de intervenção coativa; a determinação concreta das atividades particulares que devem ser fomentadas é uma questão política de conveniência e oportunidade, que escapa ao campo estritamente jurídico; a atividade dos particulares é prestada por própria decisão destes, que aparecem, assim, como colaboradores da Administração Pública em razão de uma participação voluntária (ROCHA, *apud* HIGA, 2010, p. 17-18). (grifo nosso).

Com o aperfeiçoamento dos mecanismos de publicização, o terceiro setor aumentou consideravelmente. Como ressalta Szazi, o crescimento iniciado na década de 90, se deu não só em termos de entidades ou recursos movimentados, como também em complexidade de atividades, “de modo que os seus atores e conselheiros jurídicos cotidianamente se deparam com novas questões e, por vezes, inesperadas lacunas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais” (SZAZI, 2004, p. 5).

Segundo relação disponível no site do Ministério da Justiça², existem 5.923 entidades qualificadas como Oscip na esfera federal, sendo que destas, 458 tem sede em Minas Gerais. Já para realizar termos de parceria com o Estado de Minas Gerais são 181 entidades, sendo 23 destas qualificadas nos últimos dois anos.³

O aumento excessivo do número de organizações qualificadas requer maior cautela dos fiscais do termo de parceria e dos órgãos de controle, pois nem todas as associações, ainda que sem fins lucrativos, têm vocação pública.

Diante da complexidade e relevância do tema, oportuno analisar os conceitos jurídicos de Oscip e de termo de parceria, seus desdobramentos práticos, para, então, verificar o posicionamento manifestado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre o tema.

2 Conceito legal de Oscip

Segundo disposto na Lei Nacional n. 9.790/99, em seu art. 1º:

Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

A denominação Oscip não representa uma nova espécie de pessoa jurídica, mas uma mudança de qualificação de uma entidade já existente, mediante cadastro junto ao poder executivo.

A entidade ser sem fins lucrativos não implica, necessariamente, ser de finalidade pública. Por isso, o legislador definiu taxativamente, no art. 3º da Lei n. 9.790/99, quais as finalidades são consideradas interesse público para fins de qualificação da entidade como Oscip, evitando maiores controvérsias. Segundo referido artigo, a instituição necessita ter entre os seus objetivos sociais pelo menos uma das seguintes finalidades:

- I - promoção da assistência social;
- II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V - promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

² Relação de entidades qualificadas como Oscip pela União disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ0FA9C8DBITEMIDE0BCB31421184407BADA442DFB11BDDCPTBRNN.htm>>.

³ Relação de entidades qualificadas como Oscip pelo Estado de Minas Gerais disponível em: <http://www.planejamento.mg.gov.br/governo/choque/oscip/arquivos/entidades_qualificadas.pdf>.

- VII - promoção do voluntariado;
- VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Diante das finalidades elencadas pela lei, Ciconello (2004) avalia como avanço no tratamento do que seja interesse público, pois acrescentou novas demandas sociais, que não eram levadas em conta na definição clássica. Assim, o autor conclui que o artigo em análise:

[...] abarca tanto os tradicionais campos de atuação das organizações sem fins lucrativos (educação, saúde e assistência social) quanto os novos campos de atuação, como a promoção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, promoção de direitos estabelecidos, voluntariado e construção de novos direitos etc. (CICONELLO, 2004, p. 60).

Além de possuir as finalidades públicas destacadas, as Oscips, para serem assim qualificadas, devem atender a uma série de requisitos legais, como não se dedicar a atividades comerciais, partidárias ou alguma das atividades elencadas no art. 2º da Lei n. 9.790/99.

A determinação de que seja uma instituição sem fins lucrativos não significa que a entidade não possa ser lucrativa; significa, apenas, que o lucro deve ser integralmente revertido para seu patrimônio, não podendo haver distribuição de lucros aos sócios. Além disso, nos casos em que a lei exige prestação gratuita de serviços, como na promoção da saúde e da educação, não pode a organização financiar suas atividades com recursos obtidos pela cobrança dos usuários, sob pena de perder a qualificação. Nesse sentido, o Tribunal de Contas mineiro já manifestou que:

[...] entende-se por promoção gratuita da saúde a prestação destes serviços realizada pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público mediante financiamento com seus próprios recursos. Registra-se, outrossim, que **não são considerados recursos próprios aqueles gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física ou jurídica, ou obtidos em virtude de repasse ou arrecadação compulsória.** Ademais, o condicionamento da prestação de serviço ao recebimento de doação, contrapartida ou equivalente não pode ser considerado como promoção gratuita do serviço.

[...]

Do exposto, é possível averiguar que somente as entidades que oferecem a promoção gratuita da saúde podem atuar em regime de colaboração com o Poder Público, nos moldes estabelecidos pela lei de regência. (Consulta n.

732.243, Rel. Cons. Eduardo Carone Costa, Sessão do dia 01/08/2007 (grifo nosso).

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o tema foi tratado pela Lei n. 14.870/03 e regulamentado pelo Decreto Estadual n. 44.914/08 que dispõe sobre os procedimentos de solicitação da qualificação, concedida pelo Secretário de Estado do Planejamento e Gestão, a celebração do termo de parceria, os prazos, o processo seletivo para a escolha da Oscip, a prestação de contas, os controles e o fomento da atividade. Da análise dos dispositivos percebe-se que pouco se inovou em relação à sistemática federal.

Importante observar que, segundo entendimento encampado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, para a qualificação de Oscips pelos Estados e Municípios, é necessário haver legislação específica por esses entes federados, delimitando as áreas de atuação e os requisitos para a qualificação que melhor se ajustem a sua realidade, sem, contudo, descumprir a norma geral.⁴

Importante observar, ainda, que a Lei n. 9.790/99, ao regular as Oscips, diferentemente do que ocorre na Lei n. 9.637/98, que trata das organizações sociais, não estabeleceu os tipos de fomento que poderão ser realizados pelo Estado. Assim, entende-se que, nos termos de parceria podem ser previstas apenas as modalidades de fomento comuns a todas as entidades paraestatais, diretos (transferências voluntárias, auxílios-financeiros e subvenções) e indiretos (isenções fiscais e subsídios), sem haver qualquer tipo de renúncia aos deveres constitucionais por parte do Estado, atuando o terceiro setor complementarmente. Sobre o tema, Higa ensina que:

[...] o caráter complementar da atividade desenvolvida pelo particular na consecução de interesses públicos, sem o emprego de coação e objeto de fomento pelo Estado é essencial para que não haja confusão entre o campo reservado ao poder de polícia e ao serviço público pela Lei Fundamental e aquele destinado à atividade de fomento, como se tem verificado com a edição de diplomas legais que autorizam até mesmo, por exemplo, o recebimento pelas organizações sociais de bens e servidores públicos para o desenvolvimento de suas atividades, em total afronta aos dispositivos constitucionais. (HIGA, 2010, p. 23).

3 Aspectos Jurídicos do Termo de Parceria

Segundo o art. 9º, da lei nacional de Oscips, termo de parceria é:

instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

⁴ “Por óbvio, uma vez que se entende ser a Lei n. 9.790/99 estabelecadora de normas gerais, não poderiam os Municípios, Estados e Distrito Federal dispor acerca de inovações às regras nesta lei estabelecidas - podem, isto sim, destrinchar requisitos e procedimentos a fim de que a norma possa ser aplicada de maneira mais adequada à sua própria realidade local”. (Consulta n. 716.238, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, Sessão do dia 27/11/2008).

Por determinação legal, nos termos de parceria obrigatoriamente devem constar objeto, estipulação de metas e resultados a serem atingidos, com os respectivos prazos de execução e a previsão expressa de quais os critérios serão utilizados para avaliação.

Esse instrumento de ajuste entre o setor público e as Oscips tem vigência limitada, podendo ser fixado prazo superior ao exercício fiscal, prorrogável caso o objeto do termo não tenha sido efetivamente concluído e, ainda, desde que presentes excedentes financeiros disponíveis com a organização.

A doutrina majoritária reconhece nos termos a natureza próxima à dos convênios, vez que não há interesses contrapostos, embora o convênio tenha sido originalmente concebido para formalizar acordos internos ao setor público (BARBOSA, 2004). Além disso, como já ressaltado, tais entidades, obrigatoriamente, não têm fins lucrativos, daí porque o termo de parceria não pode ser visto como contrato.

Conforme elucida o Conselheiro Antônio Carlos Andrada:

[...] muito embora se compreenda o termo de parceria como um ajuste de natureza aproximada aos convênios, não há que se imputar a esses instrumentos absoluta correspondência à figura dos convênios. Trata-se de instrumento jurídico de natureza peculiar, apenas assemelhada, em alguma medida, aos convênios administrativos (Consulta n. 716.238, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, Sessão do dia 27/11/2008).

Como principais distinções entre termo de parceria e os convênio, Higa (2010) aponta as seguintes:

- a) nos termos de parceria, necessariamente, um dos partícipes tem que ser uma entidade qualificada como Oscip;
- b) além da fiscalização do órgão do poder público, os termos de parceria estão sujeitos ao controle dos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo;
- c) os resultados atingidos com a execução do termo de parceria devem ser encaminhados à autoridade competente do relatório conclusivo sobre a avaliação procedida, sem prejuízo dos mecanismos de controle social previstos na legislação;
- d) para a contratação dos bens e serviços pertinentes ao termo de parceria, a Oscip estabelece regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Barbosa faz importante apontamento afirmando que: “[...] o uso do convênio, quando cabível o contrato, não pode ser considerado mero erro de forma, uma vez que o regramento de ambos é bastante diverso e a ação dos órgãos de controle é menos intensa no convênio”. (BARBOSA, 2004, p. 30).

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos termos de parceria. Não se trata de mero erro formal a celebração de termo de parceria quando outro instrumento contratual deveria ter sido celebrado, podendo configurar burla à necessidade de licitação ou à necessidade de concurso público.

Especificamente sobre a burla à necessidade de licitação, Santos identifica dois pontos de conflito sobre o tema:

O primeiro diz respeito à escolha, por parte da Administração Pública, do ente da sociedade civil qualificado como Organização Social ou como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para estabelecer o liame jurídico de parceria mediante celebração de termo de parceria ou de contrato de gestão. O segundo enfoque de análise necessária diz respeito às contratações a serem realizadas pelas entidades do Terceiro Setor que tiverem firmado contrato de gestão ou termo de parceria com a Administração Pública, necessária para dar cumprimento aos misteres administrativos assumidos. (SANTOS, 2007, p.302).

Assim, considerando as peculiaridades dos termos de parceria e das Oscips, analisar-se-á a seguir a aplicabilidade do regime geral de licitações nesses casos.

4 A escolha da Organização por licitação

Preceitua o art. 37, XXI, da Constituição da República de 1988 que:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, é obrigatório realizar procedimento licitatório para contratações públicas, somente havendo exceção a essa regra nos casos em que configuradas as hipóteses legais de exceção - dispensa ou inexistência.

O art. 24 da Lei de Licitações prevê três hipóteses de contratação direta de entidades sem fins lucrativos: pesquisa e ensino (inciso XIII); associação de portadores de deficiência (inciso XX); e organizações sociais (inciso XXIV).

A hipótese do inciso XXIV do referido artigo foi introduzido pela Lei n. 9.648/99, possibilitando a realização de contratação direta de entidades qualificadas como organizações sociais, visando à celebração de contratos de serviços, por meio da celebração de contrato de gestão. Parte da doutrina sustenta que as Oscips estariam enquadradas na hipótese de dispensa do art. 24, inciso XXIV, da Constituição da República de 1988, afirmando que o termo organizações sociais foi utilizado de maneira ampla. Seguindo esse entendimento, a Lei Estadual n. 14.870/03, em

seu art. 21, equipara as Oscips às organizações sociais para efeito de aplicação da hipótese de dispensa de licitação.

Contudo, os conceitos de organização social e Oscip não se confundem. Essa constatação é evidente no art. 2º, IX, da Lei n. 9.790/99, onde constam as organizações sociais entre as instituições que não podem ser classificadas como Oscip. Como ressalta o Conselheiro Antônio Carlos Andrada: “A dispensa de licitação criada pela lei estadual precitada é absolutamente artificial, porquanto faz equiparar tratamento a entidades de natureza e modo de criação distintos, cujos critérios de qualificação também se diferem”. (Consulta n. 716.238, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 27/11/2008). Assim, não seria possível realizar contratação direta com base nesse artigo.

Há quem defenda, ainda, que por ser muito próximo ao convênio não seria exigível licitação para escolha da entidade, podendo o administrador, caso julgue conveniente, realizar concurso de projetos.

Há que se atentar, entretanto, que a pretensa discricionariedade que se deu ao administrador público pelo caput do art. 23 do Decreto n. 3.100/99 e pelo caput do art. 31 do Decreto n. 44.914/08 não foi de, ao seu talante, contratar com qualquer OSCIP, sem que seja realizado um procedimento de seleção prévio. No mínimo, deverá ele, segundo esse dispositivo, realizar concurso de projetos. (Consulta n. 716.238, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 27/11/2008).

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União tem entendido reiteradamente que a lei não obriga ao administrador realizar processo de seleção, podendo haver contratação direta.

É certo que o ajuste a ser firmado entre um órgão público e uma Oscip é o termo de parceria, nos termos da Lei n. 9.790, de 1999. Ocorre que não há nessa lei, nem no decreto que a regulamenta (Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999), qualquer disposição que obrigue os órgãos e entidades da Administração Pública a instaurar procedimento licitatório, nos termos da Lei n. 8.666, de 1993, para selecionar as Oscips interessadas em firmar o referido termo de parceria.

O que o Decreto n. 3.100, de 1999, prevê, nos termos de seu art. 23, é a realização, de forma discricionária pelo gestor, de concurso de projetos pelo órgão estatal interessado em construir parceria com Oscips para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria. Embora seja bastante recomendável a instauração desse procedimento - que privilegia os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade -, não há como exigir que os gestores públicos promovam licitação para selecionar Oscips, visto que o ordenamento jurídico não traz esse tipo de mandamento. (Acórdão n. 1006/2011-Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar, sessão do dia 20/04/2011) (grifo nosso).

[...] embora pudesse ser considerada a medida mais prudente e adequada aos princípios da Administração Pública, não poderia ser tomada como o único caminho a ser seguido pelo aplicador da norma (Decreto 3.100/1999), haja

vista que, enquanto não alterado o decreto regulamentador da parceria, são possíveis os dois caminhos, ou seja, o da seleção de projetos e o da contratação direta (Acórdão 3125/2010 – Plenário. Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, sessão do dia 24/11/2010) (grifo nosso).

Outra corrente defende que deverá ser realizada licitação sempre que houver concorrência e a formalidade dos procedimentos não impeça a satisfação do interesse público. Medauar, com raciocínio que pode ser aproveitado aos termos de parceria adverte que:

se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação ou se abrir a possibilidade de conveniar sem licitação, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá ensejo para burla, acobertada pela acepção muito ampla que se queira dar aos convênios. (MEDAUAR, 2006, p. 228).

Violin (2006) afirma que, embora se defenda que os convênios e termos de parceria, via de regra, não necessitam de licitação prévia, caso haja mais de um interessado em situação de igualdade, não poderá o administrador simplesmente escolher sua entidade preferida. Nessa situação, em respeito aos princípios da moralidade, da isonomia e da publicidade, a administração deve realizar processo de escolha, com divulgação da intenção de firmar parceria, e seleção por meio de critérios pré-definidos.

Embora a qualificação como Oscip seja uma espécie de “pré-qualificação” para a celebração de termos de parceria, isso não significa que não possa haver concorrência, devendo haver, no mínimo, a seleção por concurso de projetos.

Assim, diante das vantagens da celebração do termo de parceria em relação aos convênios, maior razão ainda para se realizar procedimento licitatório. Nesse sentido, a Corte de Contas mineira tem se posicionado pela obrigatoriedade da realização de procedimentos licitatórios, a não ser nos casos de dispensa e inexigibilidade previstos na Lei Geral de Licitação.

Assim, a não-obrigatoriedade de licitação deve ser vista com reservas, salvo nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação: ou seja, realizar licitação é a regra. Ademais, a desnecessidade de realizar licitação para celebrar termos de parceria há que ser considerada com parcimônia, tendo em vista, especialmente, o montante de recursos que são repassados a essas entidades e a necessidade de se apurar de forma minudenciada a sua capacidade para gerir e cumprir o objeto e plano de trabalho pactuados.

[...] como pressupostos à assinatura deste termo de parceria, a matéria deverá estar devidamente regulamentada em âmbito municipal. Além disso, em não se configurando as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, nos termos da Lei n. 8.666/93, há que se realizar licitação para contratação com tais entidades, sob pena de malferimento dos princípios que regem a Administração Pública. (Consulta n. 716.238, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 27/11/2008) (grifo nosso).

[...] a forma de contratação e o regime de execução e controle das atividades da Oscip devem ter previsão na legislação municipal, devendo ser feita licitação ou formalizado procedimento de dispensa ou inexigibilidade, se for o caso, para a contratação da entidade parceira. (Consulta n. 716.238, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 27/11/2008).

Além disso, conforme disposto no art. 116 da Lei de Licitações: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. Assim, a Lei Geral de Licitações deve ser aplicada na seleção de entidades para celebração de termos de parceria naquilo que for compatível com o instrumento contratual, principalmente o arcabouço principiológico.

5 A necessidade de as Oscips licitarem para a aquisição de bens e serviços

Estabelece a Lei n. 9.790/99, em seu art. 14, que:

A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.

Contudo, na esfera federal, o Decreto n. 5.504/05, estabelece claramente que as Oscips devem observar a Lei Geral de Licitações:

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.

[...]

§ 5º **Aplica-se o disposto neste artigo** às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, e às **entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**, na forma da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria. (grifo nosso).

Essa exigência não parece razoável, em primeiro porque decreto não é instrumento válido de inovação jurídica, não podendo alterar ou revogar lei, devendo, portanto a regra da Lei n. 9.790/99 ser observada. Em segundo porque o terceiro setor, ainda que imbuído de importante função pública e que utilize recursos públicos para a sua realização, não goza dos poderes extroversos do Estado, para dar efetividade ao regime licitatório modelado na Lei Geral de Licitações.

Conforme divulgado no Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos n. 3 do Tribunal de Contas da União:

Existem direitos potestativos inseridos na Lei n. 8.666/93 que são competências privativas de entes que integram a administração pública, tais como: aplicação de multas, rescisão unilateral de contratos e declaração de inidoneidade de licitantes. Essas prerrogativas, que privilegiam o princípio da supremacia do interesse público, não se conferem a entidades privadas. Com base nesse entendimento, o Plenário determinou à Fundação Instituto de Hospitalidade (Oscip) que, quando da gestão de recursos públicos federais recebidos mediante transferências voluntárias, observe os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, além da cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato, de acordo com o art. 11 do Decreto n. 6.170/2007. Em seu voto, o relator ressaltou o entendimento esposado no voto revisor que fundamentou o Acórdão n. 1.777/2005-Plenário, no sentido de não se aplicar *in totum* os dispositivos da Lei n. 8.666/1993 a entes privados que administrem recursos públicos federais, como é o caso das Oscips. (Acórdão n. 114/2010. Rel. Min. Benjamin Zymler, sessão do dia 03/02/2010) (grifo nosso).

Assim, bastante razoável o disposto no art. 14 da Lei n. 9.790/99, para a criação de um regime próprio de licitação. Ademais, as organizações do terceiro setor não estão elencadas no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 8.666/93⁵.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas mineiro já se manifestou pela obrigatoriedade de se realizar licitação pelo terceiro setor:

[...] as ONGs, qualificadas com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público pelo Ministério da Justiça, não se submetem ao regramento comum da Lei 8.666/93, mas ao especial da Lei 9.790/99 e do Decreto 3.100/99. Todavia convém asseverar que, considerando a regra do art. 116 da Lei n. 8.666/93, de utilização subsidiária, aplicam-se, no que couber, as disposições dessa lei aos convênios, acordos, ajustes e instrumentos congêneres, inclusive ao Termo de Parceria por ser ele um instrumento similar aos convênios (Consulta n. 683.832, Rel. Cons. Moura e Castro, sessão do dia 04/02/2004).

Esse parece ser o melhor tratamento da questão, pois, como exposto, os particulares não dispõem das prerrogativas próprias do Estado, para garantir a efetividade das licitações.

Jurksaitis (2011) critica a tentativa de enquadramento de todas as contratações públicas nos moldes da Lei Geral de Licitações e afirma que:

É um equívoco olhar para o mundo das contratações públicas através das lentes da 8.666. Desde há muito, qualquer inovação no campo das licitações encontra forte resistência por conta dessa visão enviesada e distorcida. Foi assim com o pregão, com as parcerias público-privadas e com as empresas estatais.

⁵ “Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

A Constituição não criou um regime jurídico único para as licitações. A União tem competência para inovar nessa matéria, sem, necessariamente, incidir em inconstitucionalidade. [...] Não podemos continuar presos a um modelo legal de contratações públicas ineficiente e desatualizado, que não garante a probidade e, ainda, dificulta a realização de bons negócios pela Administração Pública. (JURKSAITIS, 2011) (grifo nosso).

Isso não significa, contudo, que a Lei Geral de Licitações deva ser ignorada, vez que apresenta mecanismos que podem ser aproveitados pelos particulares para a boa gestão dos recursos públicos.

Para dar cumprimento às atribuições recebidas por força de termo de parceria ou de contrato de gestão, as entidades do Terceiro Setor eventualmente podem ter a necessidade de contratar terceiros utilizando recursos públicos repassados pelo Estado. **Parece não haver a possibilidade de descumprimento do princípio licitatório em relação a tais contratações. Não se sustenta que as entidades do Terceiro Setor estejam subordinadas à lei de licitações, eis que não arroladas no art. 1º da Lei n. 8.666/93. No entanto, às entidades do Terceiro Setor que exerçam parcela de função pública e realizem a gestão de recursos públicos não se deve dar tratamento exclusivo de direito privado, o que de fato foi reconhecido pelas leis n. 9.790/99 e n. 9.637/98, respectivamente nos arts. 14 e 17. (SANTOS, 2007, p. 301) (grifo nosso).**

Ademais, a própria Lei n. 9.790/99, em seu art. 4º, inciso I, prevê que as entidades devem observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência em suas atividades. A revogação parcial do regime privado pelo arcabouço principiológico de direito público visa atender a boa prestação dos serviços de finalidade pública, principalmente quando financiados por recursos públicos.

6 O interesse público e o dever de prestar contas

O acompanhamento e a fiscalização do objeto do termo de parceria compete ao órgão da administração pública afeto à área cuja atividade tenha sido fomentada para atuação da Oscip. Além disso, a entidade estará sujeita ao controle exercido pelo Ministério Público Estadual, pela Assembleia Legislativa com o auxílio do Tribunal de Contas e pelos conselhos de políticas públicas⁶ nas correspondentes áreas de atuação, que exercerão o controle social, pronunciando-se antes da celebração do termo de parceria, acompanhando e fiscalizando a execução do objeto pactuado.

Como as Oscips atuam em áreas importantes da sociedade, o art. 17 da Lei n. 9.790/99⁷, garante o livre acesso aos dados das organizações, possibilitando um efetivo controle social.

⁶ Art. 11 da Lei n. 9.790/99 – A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

⁷ “O Ministério da Justiça permitirá, mediante requerimento dos interessados, livre acesso público a todas as informações pertinentes às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público”.

Ao órgão parceiro compete averiguar a correta aplicação dos recursos recebidos e, principalmente, o adimplemento do objeto do termo de parceria, analisando o relatório de execução do objeto entregue ao final de cada período avaliatório, comparando as metas propostas com os resultados alcançados e os gastos previstos com os realizados, bem como a prestação de contas entregue ao final da vigência do termo de parceria, avaliando as operações patrimoniais e os resultados alcançados pela entidade.

As organizações da sociedade civil, por atuarem em prol de um interesse público, agem e captam recursos em nome de uma causa pública. Assim sendo, atuam como mandatárias desse interesse e devem assegurar aos diversos atores envolvidos que seus recursos e suas atividades estão sendo geridos de forma eficiente e eficaz, ou seja, estão atingindo os resultados pretendidos e com qualidade. Diferentemente das organizações com fins lucrativos cujo objetivo maior é atingir lucros e a prestação de contas de seus resultados econômicos é voltada para seus investidores, as organizações da sociedade civil, por atuarem na esfera pública, devem prestar contas a diversos atores: ao Estado, que tem, entre suas responsabilidades, a função de zelar pelo bem público e concede benefícios e incentivos fiscais para sua atuação; aos doadores, que aportam dinheiro na causa; aos seus membros, que, no caso das associações, se organizaram em torno da causa e a sociedade em geral que inclui desde seus beneficiários ou qualquer outro cidadão que esteja interessado uma vez que é seu direito de zelar pelo bem público (COSTA, 2005, p. 14).

Além disso, deve constar no estatuto da entidade as formas como as contas serão prestadas, constando as auditorias que serão realizadas, inclusive externas independentes, se for o caso, e como será a aplicação de recursos públicos recebidos, especialmente de termos de parceria, o que não significa redução da responsabilidade da fiscalização direta do órgão gestor.

[...] cumpre ao órgão estatal parceiro verificar e deter consigo documentação, em geral, que ateste a regularidade do procedimento de qualificação da Oscip, se foram atendidos todos os requisitos constantes em lei para obtenção do título; o procedimento de seleção da Oscip, independentemente de ter se dado por meio de licitação, inexigibilidade ou dispensa, desde que regularmente formalizados; a formalização do termo de parceria, com o respectivo plano de trabalho e cronograma de desembolso de valores; o competente regulamento da Oscip para compras e contratações de serviços, com o comprovante de sua publicação; ao final de cada exercício, o relatório de execução do termo de parceria, com o quadro comparativo entre metas propostas e resultados alcançados; ao final do termo de parceria, o relatório conclusivo da Comissão de Avaliação sobre as atividades da Oscip e a execução de seu plano de trabalho. [...]. É de se esclarecer que caberá ao Tribunal de Contas acompanhar a fiscalização da execução do termo de parceria que, obrigatoriamente, deve ser feita pelo órgão estatal parceiro sobre a Oscip. Ou seja, a fiscalização imediata do termo de parceria cabe ao parceiro estatal. (Consulta n. 716238. Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 27/11/2008)

Por apresentar uma série de vantagens aos modelos comuns e uma proposta voltada para resultados, o legislador criou mecanismos mais severos de responsabilidade do que os impostos aos convênios, prevendo responsabilidade solidária dos responsáveis pela fiscalização, *in verbis*:

Art. 12. Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária. (grifo nosso).

Poderá ocorrer, inclusive, a indisponibilidade e sequestro de bens caso haja indícios de malversação de bens ou recursos públicos:

Art. 13. Sem prejuízo da medida a que se refere o art. 12 desta Lei, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.(grifo nosso).

Costa elucida que:

Por atuar em nome de causas de interesses públicos, é legítimo que a fiscalização da gestão, tanto financeira quanto da organização como um todo, deva ser exercida pela sociedade em geral. O fato de o poder público já exercer a fiscalização não exclui o dever e direito do cidadão de monitorar as atividades das entidades.

A transparência das informações, através de sites, publicações e disponibilização a qualquer cidadão que tenha interesse em apreciar, é a melhor forma de ampliar o controle social das entidades, garantindo maior credibilidade ao setor. (COSTA, 2005, p. 37).

O controle sobre os convênios concentra-se na forma de aplicação dos recursos, não priorizando a avaliação dos resultados. Nos termos de parceria há a previsão expressa de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultado (art. 10, parágrafo 2º, inciso III, da Lei n. 9.790/99) (BARBOSA, 2004, p. 42).

Assim, deve ser realizado, além do controle financeiro (movimento de dinheiro e bens) e patrimonial, o controle operacional (eficiência, eficácia e economicidade) e de mérito (resultados).

Diante de todas essas formas de controle, os escândalos recentes, amplamente divulgados pela mídia, refletem não sintomas de fragilidade do instrumento contratual, mas de falhas na aplicação das ferramentas de controle e da análise das responsabilidades.

7 Conclusões

Diante de todo exposto, conclui-se que:

- A realização de termos de parceria com entidades qualificadas como Oscip representa uma saída para as dificuldades gerenciais e financeiras. Contudo, o instrumento deve ser utilizado com cautela, já que a menor formalidade na contratação pode facilitar desvios de recursos públicos.
- Para Estados ou Municípios que desejem realizar termos de parceria, é necessário legislação própria que discipline a matéria.
- A escolha das Oscips, independentemente da classificação jurídica que se dê ao termo de parceria, deve ser realizada por meio de processo seletivo, sempre que seja possível a competição, seja licitação ou simplesmente seleção de projetos. Segundo entendimento do Tribunal de Contas mineiro, a escolha deve ser, necessariamente, precedida de licitação, a menos que seja o caso de dispensa ou inexigibilidade, em consonância com a doutrina majoritária.
- A hipótese de dispensa do art. 24, XXIV, da Lei Geral de Licitações, trata apenas das organizações sociais, qualificação que não engloba as Oscips, não sendo possível a equiparação prevista na Lei Estadual n. 14.870/03, em seu art. 21.
- Segundo entendimento exarado pela Corte de Contas mineira, as Oscips não se submetem ao regime da Lei Geral de Licitações para a contratação de bens e serviços com o dinheiro repassado por meio de termo de parceria.
- Entende-se que a edição de regulamento próprio (art. 14 da Lei n. 9.790/99) é constitucional, o que não significa dizer que as Oscips devam ignorar os princípios licitatórios, ou não observar a Lei Geral de Licitações como norte para a confecção de cláusulas contratuais e formas de seleção de propostas, por exemplo.
- Os termos de parceria, além do controle de conformidade, devem ser rigorosamente monitorados quanto a seus resultados.
- Os escândalos recentes envolvendo Oscips não representam falha do modelo, mas a necessidade de seu aprimoramento, principalmente na atuação do controle e melhor utilização dos recursos atribuídos pela lei, como a responsabilização solidária do fiscal do termo de parceria e a decretação da indisponibilidade e o sequestro dos bens.

Referências

- ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fabio. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- BARBOSA, Maria Nazaré L. *Os termos de parceria como alternativa aos convênios - aspectos jurídicos*. In SZAZI, Eduardo (Org.) *Terceiro setor – temas polêmicos 1*. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 25-44.
- BICALHO, Alécia P. N. GONÇALVES, A. B. Organização administrativa brasileira. In: Carlos Pinto Coelho Motta (coord.). *Curso prático de direito administrativo*. 3. ed., ver. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 103
- BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, 45, São Paulo, CEDEC, 1998, p. 49-96.
- CICONELLO, Alexandre. O conceito legal de público no Terceiro Setor. In SZAZI, Eduardo (Org.) *Terceiro setor – temas polêmicos 1*. São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 45-66.
- COSTA, Daniela P. Prestação de contas. In SZAZI, Eduardo (Org.) *Terceiro setor – temas polêmicos 2*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 13-44.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERRAZ, Leonardo de Araújo; REGADAS, Joana Maciel Oliveira; PIRES, Maria Helena. Terceiro Setor: aspectos relevantes das organizações da sociedade civil de interesse público e o controle externo pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 66, n.1, jan./mar. 2008.
- HIGA, Alberto S. *Terceiro setor: da responsabilidade civil do estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- JURKSAITIS, Guilherme J. *Existe licitação para além da lei 8.666/93?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144231,41046-Existe+licitacao+para+alem+da+lei+8666+93?>> Acesso em: 1 nov. 2011.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor. In: Oliveira, Gustavo Justino de. *Terceiro Setor: Empresas e Estado - Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SILVANO, Ana Paula Rodrigues. Terceiro Setor. In: SILVANO, Ana Paula Rodrigues. *Fundações Públicas e Terceiro Setor*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SOUZA, Leandro M. de. Terceiro Setor e cooperativas sociais. In: SZAZI, Eduardo (Org.) *Terceiro setor – temas polêmicos 2*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p.162-196.

SZAZI, Eduardo (Org.) *Terceiro setor – temas polêmicos 1*. São Paulo: Peirópolis, 2004.

VIOLIN, Tarso C. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Abstract:

This paper aims to analyze decisions of the Audit Court of Minas Gerais regarding the choice, by the government, of public-interest organization of civil society, as well as the form of contracts with the funds transferred to these entities, evaluating both cases, whether or not to conduct the bidding process in the manner established by Law n. 8.666/93.

Keywords: Oscip. Partnership contract. Bidding to select project.