



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

CYNTHIA COUTO E SILVA

**A PARTICIPAÇÃO DE OSCIPS EM LICITAÇÕES
PÚBLICAS: DESNATURAÇÃO DA ENTIDADE OU
FONTE DE AUTO-SUSTENTABILIDADE?**

FORTALEZA
2010

CYNTHIA COUTO E SILVA

**A PARTICIPAÇÃO DE OSCIPS EM LICITAÇÕES
PÚBLICAS: DESNATURAÇÃO DA ENTIDADE OU
FONTE DE AUTO-SUSTENTABILIDADE?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Universidade Federal do Ceará (UFC),
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Bruno Cunha Weyne.

**Fortaleza
2010**

CYNTHIA COUTO E SILVA

**A PARTICIPAÇÃO DE OSCIPS EM LICITAÇÕES
PÚBLICAS: DESNATURAÇÃO DA ENTIDADE OU
FONTE DE AUTO-SUSTENTABILIDADE?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Bruno Cunha Weyne (Orientador).
Universidade Federal do Ceará.

Prof. Gustavo César Cabral.
Universidade Federal do Ceará.

Prof. Vinícius Mattos Magalhães.
Universidade Federal do Ceará.

A meus pais, Alberto e Dina.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, que em sua infinita bondade permitiu que este momento ímpar acontecesse.

A meus pais e minha irmã, por todo o amor que me dedicaram desde sempre, pela atenção carinhosa ao longo de toda minha trajetória acadêmica e pelo apoio e torcida no caminho a ser trilhado.

Ao querido Sérgio, pelo companheirismo constante, pelo apoio incondicional e pela amável presença, que tanto me ilumina.

Ao Professor Bruno Cunha Weyne, por todas as orientações, pela constante disponibilidade em ajudar e por seu exemplo como educador.

Aos Mestrandos e Professores, Gustavo César Cabral e Vinícius Mattos Magalhães, por terem aceitado gentilmente o meu convite para avaliar este trabalho.

A minha família como um todo, que tanto me ajudou e encorajou nesta caminhada, incluído nisto uma segunda família, Beviláqua Cavalcante, que através do seu carinho e apoio permanente, tornaram-se essenciais na minha vida.

Aos meus amigos, Camila Leal, Matheus Melo, Davi Matos e Priscila Marques, que, durante estes quatro anos, só bem me fizeram.

Aos amigos, Areti, Daniele, Elmadan, Gabriela, Grace, Ives, Monique, Natália, Pedro, Sávio, Theogenes e Tiago, companheiros nas grandes utopias, nas alegrias e nas tristezas.

A George da Silva Santos, amigo, companheiro de trabalho e grande professor, que orientando e ajudando na elaboração de idéias e apontamentos de tal monografia, somou valor inestimável em minha trajetória acadêmica.

À Universidade Federal do Ceará (UFC), por ter fomentando importante conhecimento jurídico, por ter me apresentado grandes amigos, proporcionado momentos inesquecíveis, bem como por ter ampliado minha compreensão sobre justiça.

“Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres es conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”.

Los Mandamientos del Abogado,
Juan Eduardo Couture Etcheverry

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça”.

Os Mandamentos do Advogado,
Juan Eduardo Couture Etcheverry

RESUMO

Este trabalho científico tem como escopo a análise das recorrentes participações das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) em licitações, tendo em vista a notável divergência entre os doutrinadores quanto à legalidade desta interação. Inicialmente, explana-se sobre as referidas organizações e o terceiro setor, tendo como suporte para tanto quatro temáticas para a sua melhor compreensão, quais sejam: a reforma administrativa e o seu impulso para crescimento do terceiro setor; a regulamentação das OSCIPs através da Lei 9.790/99; o controle interno e externo destas entidades; e o seu processo de desqualificação. No segundo capítulo, o objetivo é o estudo da licitação pública. Esta foi analisada, no presente trabalho, de forma segmentada: primeiramente, sua regulamentação; em seguida, seus princípios norteadores, fases, casos de dispensa e, por fim, as consequências dos possíveis vícios ou condutas ilegais em seu procedimento, qual sejam, a anulação, a revogação, os recursos administrativos e as sanções penais. O último capítulo observa os principais posicionamentos doutrinários sobre a legalidade das participações em tela, dedicando-se à fundamentação e defesa de um terceiro prisma, de natureza mista. Para atingir tal objetivo, três principais problemáticas precisam ser respondidas com apoio nos princípios constitucionais e administrativos, na Lei do Terceiro Setor e na Jurisprudência. Em relação ao primeiro problema, deve-se fundamentar que o termo de parceria não se faz obrigatório em todos os tipos de vinculação entre Poder Público e OSCIP, mas apenas naquelas que possuem natureza cooperativa. Quanto ao segundo, deve-se apontar que a participação destas entidades, em referidas licitações com o objetivo de realizar contratos (*lato-sensu*) com a Administração, não caracteriza necessariamente desvio de sua finalidade. Afinal, se o objeto da licitação for compatível com aquela e, se os ganhos obtidos não forem repassados para os dirigentes da organização, mas utilizados na manutenção e ampliação da mesma, a licitação funcionará com uma fonte de auto-sustentabilidade para a entidade. Por fim, em relação à terceira problemática, deve-se explicar que, por meio de cuidadosa e atenta elaboração dos dispositivos do edital com a devida observação aos princípios constitucionais e administrativos, a igualdade entre os participantes não será ameaçada pela presença de uma OSCIP como concorrente no mesmo certame.

Palavras-chave: Reforma administrativa. OSCIP. Licitação. Princípio da igualdade. Termo de parceria.

ABSTRACT

This scientific work intends to analyze the constant participation of the OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, in Portuguese) in the public tender process, considering the noticeable divergences among law teachers about the legality of this interaction. At first, it talks about the related organizations and the Third Sector, establishing four themes in order to provide a better comprehension, in the following sequence: administrative reform and its impulse in the Third Sector growth; OSCIPs regulation, by the Law nº 9.790/99; internal and external control of these entities; and, at last, their disqualification process. In the second chapter, the objective is to analyze the public tender. It has been studied, in the present work, in a segmented way: in the beginning, its regulation; after, its guiding principles, its phases and its dismissal events; and, in the end, the consequences of possible failings or illegal acts identified in the course of its process, per say: the annulment, the repeal, the administrative appeals and the penal sanctions. The last chapter concentrates on the main teaching points about the legality of OSCIPs participation in the public tender process, dedicating itself base and defend a third understanding, whose nature is mixed. To achieve such purpose, three problems must be solved, based on constitutional and administrative principles, on Third Sector Law and on Jurisprudence. With regard to the first issue, it must be based in the fact that the partnership stipulation does not appear as an obligation in all kinds of link between Government and OSCIPs, but only in those ones that have cooperative nature. About the second problem, it must demonstrate that the participation of these organizations in the public tender process, in order to sign contracts (*latosensu*) with the Government, does not necessarily indicates the change of their finalities. After all, if the object of the public tender is not compatible with the OSCIP's finality and if the profits are not given to the directors of the organization, but used on its maintenance and growth, the public tender process will work as a source of self-support for the entity. At last, with regard to the third problem, it must explain that, through the careful and attentive elaboration of the edict terms with the due observation of constitutional and administrative principles, the equality among the participating organizations will not be threatened by the presence of an OSCIP as contestant in the same public tender process.

Keywords: Administrative reform. OSCIP. Public tender process. Principle of equality. Term of partnership.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – O TERCEIRO SETOR E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO(OSCIPs)	15
1.1 A reforma da administração pública e o terceiro setor	15
1.1.1 OS e OSCIPs.....	19
1.2 A regulamentação das OSCIPs – Lei nº 9.790/99.....	20
1.2.1 Os requisitos legais para a qualificação.....	22
1.2.2 Requerimento do título perante o Ministério da Justiça e sua concessão.....	25
1.2.3 Termo de parceria.....	27
1.3 O controle interno e externo	30
1.3.1 A fiscalização da execução do termo de parceria (controle interno).....	31
1.3.2 A fiscalização dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e dos cidadãos (controle externo).....	32
1.4 A desqualificação da entidade.....	34
CAPÍTULO II – LICITAÇÃO PÚBLICA.....	36
2.1 Introdução	36
2.2 Os princípios básicos da licitação pública	38
2.2.1 Princípio da igualdade.....	38
2.2.2 Princípio da publicidade.....	39
2.2.3 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	40
2.2.4 Princípio do julgamento objetivo.....	40
2.3 Exceções à licitação	41
2.3.1 Introdução	41
2.3.2 Licitação dispensável	42
2.3.2.1 <i>Caso pertinente: contratação de entidades sem fins lucrativos.....</i>	43
2.4 Fases do procedimento licitatório	44
2.4.1 Introdução.....	44
2.4.2 A fase externa.....	45
2.4.2.1 <i>Edital – a lei interna da licitação.....</i>	46
2.4.3 Contratação: ato procedimental ou decorrente da licitação?.....	48

2.5 As consequências legais, no procedimento licitatório, referentes a vícios ou condutas ilegais no certame	49
2.5.1 Invalidação da licitação (revogação e anulação).....	49
2.5.2 Recursos administrativos.....	50
2.5.3 Crimes e sanções penais	51
CAPÍTULO III – A PARTICIPAÇÃO DE OSCIPS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS ...	52
3.1 Introdução	52
3.2 As principais vertentes doutrinárias	53
3.3 A apresentação de uma corrente mista	55
3.3.1 Introdução	Erro! Indicador não definido. 55
3.3.2 Aspectos relevantes quanto às OSCIPs	56
3.3.3 Aspectos relevantes quanto às licitações públicas	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	64
ANEXOS	67
Anexo 1	67
Anexo 2	74

INTRODUÇÃO

No Brasil, desde a reforma administrativa, iniciada há mais de 10 anos, que acarretou na adoção de políticas de privatização, expandiu-se a área de atuação de organizações não governamentais que desempenham atividades socialmente relevantes.

Tal modificação na Administração Pública foi consequência direta da burocratização e ineficiência do aparelhamento administrativo do Estado Democrático de Direito, implantado pela Constituição Federal de 1988, bem como do custo oneroso da manutenção de tamanha máquina estatal. Logo, como solução para esta problemática, fez-se necessária a supramencionada reforma, a qual foi implementada através da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, e adotou medidas inspiradas no princípio da subsidiariedade.

Referido postulado, concebido, em fins do século XIX, dentro da Doutrina Social da Igreja, aponta para um Estado que se preocupe tanto com o interesse público quanto com a liberdade individual. Em outras palavras, indica um Estado que desempenhe as atividades essenciais, típicas do Poder Público e também as sociais e econômicas que o particular não consiga executar. Assim, ao mesmo tempo que amplia a liberdade de atuação do setor privado, este modelo de Estado assegura as condições para que os próprios particulares atinjam o bem comum.

Decorrentes da implantação deste princípio, a privatização, a fomentação, o interesse público como objetivo dos cidadãos e não somente como da máquina administrativa, além da parceria público-privada, servem como instrumentos para solucionar os males que o Estado Liberal e o Social trouxeram com seus princípios extremistas de liberdade e de igualdade, respectivamente, e que o Estado Democrático de Direito brasileiro não conseguiu solucionar eficazmente, pois, apesar da presença de alguns dispositivos de natureza subsidiária na Constituição Federal de 1988, estes não foram suficientes para evitar os transtornos mencionados anteriormente.

Desta forma, as alterações apontadas acima equilibraram o intervencionismo estatal, a liberdade individual e a livre iniciativa, repudiando, assim, a burocratização, a ineficiência e a onerosidade (consequências do acúmulo de atividades desempenhadas pelo Estado Social) sem que, por outro lado, deixasse de aplicar uma política de estímulo, de promoção e de criação de condições para o desenvolvimento dos particulares (política carente em um Estado Liberal).

Logo, a reforma administrativa em tela destacou com importância as parcerias na Administração Pública, com o objetivo de reduzir o tamanho do aparelhamento Estatal através das diversas formas de desestatização, diminuindo, assim, a onerosidade e a burocracia, além de ampliar a eficiência dos serviços e fomentar a iniciativa privada, ajudando esta última no desempenho de atividades de interesse público.

Neste cenário político-social-econômico-administrativo, as entidades tidas como do Terceiro Setor, identificadas por sua personalidade jurídica privada, mas com fins públicos, foram alavancadas através das referidas parcerias e das diversas formas de privatização, as quais serão comentadas adiante.

A importância social e jurídica destas instituições privadas, como interlocutoras da sociedade civil, alcançou nível significativo e tornou essencial a existência de uma específica regulamentação legal sobre o tema, o que aconteceu com a elaboração da Lei nº 9.790/99, comumente identificada como a Lei do Terceiro Setor. Neste ínterim, tal compêndio normativo instituiu as OSCIPs – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, objeto do estudo em questão.

Atualmente, contudo, tornou-se freqüente a participação destas organizações em procedimentos licitatórios, com o objetivo de realizar contratos com o Poder Público para prestação de serviços de natureza comercial ou para fornecimento de mão-de-obra terceirizada. A doutrina, então, dividiu-se em duas vertentes: a que considera legais tais participações, e a que as considera uma afronta à Lei nº 9.790/99 e um vício ao princípio da igualdade nas licitações públicas.

Logo, de acordo com o prisma em que se analisa tal quadro dentro do Direito Administrativo, ter-se-á a perda ou não da qualificação como OSCIP da instituição que venha a participar e efetivar termo de parceria com o Estado. Isto justifica, assim, a relevância da discussão a que o presente trabalho pretende tratar.

Portanto, devido à importância e ao momento oportuno para se falar sobre tais entidades, sua interação com licitações públicas e a legalidade desta relação, este trabalho científico foi elaborado como tentativa de debate e esclarecimento.

Neste sentido, procurou-se segmentar a presente explanação em três momentos: do Terceiro Setor e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; das Licitações Públicas; e, por último, das participações de OSCIPs nestes procedimentos licitatórios.

No primeiro momento, as organizações em tela foram analisadas em sua origem, ou seja, o cenário político, econômico e social que ensejou o seu surgimento, abordando-se o seu crescimento e a sua importância dentro da sociedade. Em seguida, são apresentadas as

características, através da análise do dispositivo legal que a regula, as formas de controle interno e externo e, por fim, os motivos que possam levar à perda do título de OSCIP e o referido procedimento para o mesmo.

Quanto à Licitação Pública, a sistemática foi a seguinte: primeiramente, através de uma breve introdução, foram apresentados alguns conceitos e objetivos deste instrumento. Posteriormente, foram analisados os seus princípios norteadores, as suas exceções, as suas fases e, por último, as conseqüências dos possíveis vícios ou condutas ilegais em seu procedimento, quais sejam, a anulação, a revogação, os recursos administrativos e as sanções penais.

Finalmente, o desfecho do presente trabalho ocorreu com a fusão dos dois subtemas retromencionados. Através da análise conjunta, aplicando-se jurisprudência, legislações e doutrinas pertinentes, demonstrou-se a possibilidade da participação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público em Licitações, sem que represente vício a qualquer princípio administrativo e constitucional ou desatenção à Lei do Terceiro Setor, permitindo, desta maneira, referida interação como forma de obtenção de uma fonte de auto-sustentabilidade para tais entidades, sem que haja, por outro lado, sua desnaturalização pelo desvio de finalidade.

CAPÍTULO I – O TERCEIRO SETOR E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPs)

1.1 A reforma da administração pública e o terceiro setor

Para iniciar o estudo do tema proposto, faz-se mister analisar a origem e as características das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, instituto objeto deste capítulo, como forma de permitir uma melhor compreensão da questão em debate e dos apontamentos relacionados.

Primeiramente, merece um exame mais aprofundado a questão da reforma administrativa brasileira, apesar de anteriormente abordada na introdução deste trabalho. Em um aspecto inicial, será analisado o cenário político, econômico e social para, com isso, entender o porquê desta reforma, os seus objetivos e as suas conseqüências.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, adotou a fórmula do Estado Democrático de Direito¹. Porém, em alguns de seus dispositivos, principalmente nos relativos aos direitos sociais, a Constituição Federal demonstrou a influência do Estado Subsidiário, ou seja, aquele que se preocupa tanto com o interesse público quanto com a liberdade individual; em outras palavras, ele desempenha as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as sociais e econômicas que o particular não consiga executar. Assim, ele amplia a liberdade de atuação do setor privado, ao mesmo tempo que assegura as condições para que os próprios particulares atinjam o bem comum.

Este tipo de Estado combate a burocratização, a falta de eficiência e a onerosidade da máquina administrativa estatal, através de uma política de diminuição deste aparelhamento que, quando grande demais, ou seja, quando o Estado toma para si um volume exacerbado de atividades, causa os sintomas descritos acima. Logo, para a redução destes sintomas negativos, o Estado Subsidiário utiliza-se da desestatização, do fomento e das parcerias.

A privatização, aqui, não deve ser entendida no sentido estrito, qual seja, a venda de uma empresa estatal para a iniciativa privada. Na verdade, deve-se aplicar o termo em seu sentido amplo. Neste diapasão, encontra-se a definição de privatização, elaborada por

¹ Maria Sylvia Zanela Di Pietro o define como: “o Estado, sem deixar de ser **Estado de Direito**, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser **Estado Social**, protetor do bem comum, passou a ser também **Estado Democrático**.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 25.

Francisco José Villar Rojas, como sendo, “a redução da atividade pública na produção e distribuição de bens e serviços, mediante a passagem (por vezes, a devolução) dessa função para a iniciativa privada”².

Em razão de sua amplitude, a privatização teve seu estudo sistematizado, segmentando-a de acordo com a técnica utilizada. Diversos doutrinadores realizaram esta classificação, mas sem muitas divergências. De uma forma geral, as privatizações poderão manifestar-se das seguintes maneiras: desregulamentação (redução da intervenção estatal no cenário econômico); desmonopolização de atividades econômicas; desnacionalização ou desestatização; concessão de serviços públicos e terceirização.

Por sua vez, o fomento, no entendimento de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, seria a “ação da Administração com vistas a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos”³. Desta forma, a atividade de fomentação vem com o escopo de apoiar a atuação de terceiros, implicando na concessão de financiamentos, auxílios financeiros, subvenções e favores fiscais.

Referida atividade pode ser classificada, ainda de acordo com o entendimento do autor citado, em fomento econômico (transferência por doação, concessão ou permissão de uso de bens, equipamentos etc., ou concessão de financiamentos, repasses de recursos e, ainda, concessão de isenções ou imunidades tributárias), honorífico (concessão de homenagens, títulos, distinções, condecorações com o fim de oferecer reconhecimento público e incentivar o exemplo) e jurídico (concessão de uma condição jurídica privilegiada, capaz de permitir vantagens econômicas)⁴.

Por fim, no tocante às parcerias, estas podem ser consideradas, nas palavras de Maria Zanella Di Pietro como:

[...] formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação dos interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a idéia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica⁵.

² ROJAS, Francisco José Villar. **Privatización de servicios públicos**. Madrid: Montecorvo, 1993, p. 101.

³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 22-27.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33-34.

Através de elucidativa definição, nota-se que a parceria tem o intuito de diminuir o tamanho do aparelhamento estatal, tendo em vista que concede à iniciativa privada a prática de algumas atividades que são realizadas pelo Poder Público, diminuindo os órgãos governamentais ou entidades da Administração Indireta e o quadro de servidores.

Além disso, incentiva o ato de fomentação à iniciativa privada, quando esta seja deficiente, ajudando no desempenho das atividades de interesse público, e também torna eficazes os serviços prestados à sociedade, pois, inversamente à burocracia da atuação da Administração Pública, a iniciativa privada se mostra mais adequada a tal fim, qual seja, a eficiência⁶.

Ademais, cabe ressaltar que a parceria poderá formalizar-se através de diversos instrumentos⁷, assim exemplificados: concessão e permissão (forma de delegação de serviços públicos); convênio e contrato de gestão (meio de fomento à iniciativa privada de interesse público e de desburocratização); e terceirização (forma de cooperação do particular na realização de atividades próprias da Administração Pública).

Após necessária explanação sobre o que é um Estado Subsidiário, seus objetivos e suas consequências, faz-se necessário retornar à Constituição Federal e às influências do princípio da subsidiariedade sobre ela. De fato, e apesar da aplicação do referido postulado em seus dispositivos de ordem social, como anteriormente citado, a ineficiência, a burocratização e a onerosidade administrativa ainda persistiam, situação que gerou a necessidade imediata de uma reforma administrativa.

Tal reforma foi consubstanciada através da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e trouxe em seu corpo clara influência do princípio da subsidiariedade, destacando-se, ainda, a inclusão literal da eficiência dentre os princípios constitucionais da Administração Pública, enumerados no artigo 37 da Carta Magna: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

⁶ O Estado, devido o acúmulo de inúmeras responsabilidades, passa a apresentar uma receita onerosa e, por vezes, insuficiente para a demanda social, tornando-se, casualmente, obsoleto na prestação de serviços à população. Em contrapartida, o setor privado encontra-se em um ambiente extremamente competitivo e para se manter investe maciçamente em inovações tecnológicas, em mão-de-obra qualificada e em qualquer instrumento que venha a melhorar e facilitar os serviços prestados ou os bens ofertados. Logo, observando tais características, nota-se que o setor privado seria mais adequado para o exercício de algumas atividades que são realizadas pelo Poder Público, pois aquele tornaria estes serviços mais eficazes e menos burocráticos, bem como desoneraria a máquina estatal, beneficiando a sociedade e o Estado, além da própria iniciativa privada.

⁷ Posteriormente, com a Lei nº 9.790/99, foi incluído a este leque de instrumentos o termo de parceria, como forma de vínculo de cooperação.

Ainda, e não se pretendendo sublinhar todos os aspectos da reforma administrativa, mas enfatizar aqueles que se relacionam diretamente com o objeto de estudo deste trabalho, cumpre tecer importante comentário.

Referida Emenda, ao ampliar as formas de parceria, através da efetivação do contrato de gestão, e preconizar quatro esferas da Administração Estatal⁸, incluindo aí os “serviços não-exclusivos” (ou seja, atividades consubstanciadas na atuação simultânea entre o Estado e organizações privadas ou públicas não-estatais no ramo de serviços que englobam saúde, educação, proteção ao meio ambiente, etc. - serviços de ordem social), por achar que tais atividades seriam melhor executadas pelo setor não-estatal, valeu-se das organizações sociais, das entidades públicas e não-estatais, fomentadas pelo Estado e controladas, concomitantemente, pelo Poder Público e pelo mercado. Assim, intensificou-se e alavancou-se a prestação de serviços não-exclusivos pelas organizações do terceiro setor.

Neste momento, então, cabe a análise do que de fato é o terceiro setor, quais são suas características e quais entidades engloba. Inicialmente, tal termo quer indicar o conjunto de organizações não-governamentais criadas para executar atividades socialmente relevantes. Quanto à expressão “Terceiro Setor”, a mesma surgiu nos Estados Unidos, na década de 70, para identificar as entidades privadas sem fins lucrativos (*Third Sector – Non Profit Organizations*). Tal denominação se justifica pelo fato de que estas organizações de iniciativa privada, sem finalidade lucrativa, não fazem parte do Estado (Primeiro Setor), pois sua criação e funcionamento decorrem do princípio da autonomia da vontade, próprio das iniciativas privadas, e também não fazem parte do mercado (Segundo Setor), tendo em vista que não exploram atividades que objetivem lucro.

Com referência às organizações que o Terceiro Setor abrange, podem ser elencadas as associações, as sociedades e as fundações de direito privado. Estas entidades têm como características principais a personalidade jurídica de direito privado, a autonomia administrativa, a autonomia financeira, o patrimônio próprio, a finalidade social, e a criação por vontade da sociedade civil, independentemente do Estado.

Diferenciando-se das demais, devido à forma como estabelecem vínculo jurídico com o Poder Público, as Organizações Sociais – OS e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs também são entidades do Terceiro Setor e objeto de estudo do próximo tópico.

⁸ Quais sejam: o núcleo estratégico; as atividades exclusivas; os serviços não-exclusivos; e o setor de produção de bens.

1.1.1 OSs e OSCIPs

As Organizações Sociais, criadas pela Lei nº 9.637/98, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, instituídas pela Lei nº 9.790/99, conforme citado anteriormente, são organizações do Terceiro Setor que possuem instrumentos de vinculação diferenciados dos demais instituições.

Do exposto, decorrem destas entidades várias características semelhantes, bem como grandes diferenças. Primeiramente, torna-se necessário explicar os pontos de afinidade destas duas categorias, quais sejam: a personalidade jurídica de direito privado, a finalidade não lucrativa (não podem gerar lucro para as pessoas físicas que nelas atuam, ainda que possam remunerar seus empregadores, dirigentes e administradores); a prestação de serviços de relevância pública, contemplados nas leis que as regulam, e não o mero atendimento a um grupo restrito de sócios e associados; a criação de títulos jurídicos próprios, além de instrumentos próprios de vinculação com o Poder Público; e o estabelecimento de regras de desqualificação destas organizações, bem como de controle de suas atividades.

A despeito de certo parentesco, existem acentuadas diferenças entre as OSs e as OSCIPs. O primeiro ponto que merece destaque seria quanto à outorga do título jurídico, que naquelas ocorre de forma discricionária, segundo os critérios de conveniência e oportunidade do Ministério de Estado, de acordo com o artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.637/98. Contrapondo-se, a qualificação das OSCIPs depende do preenchimento de vários requisitos delineados na Lei nº 9.790/99, que serão analisados adiante.

O segundo ponto refere-se ao ato de desclassificação das organizações, que nas Organizações Sociais é mais flexível, evidenciando mais uma faculdade da autoridade administrativa do que um dever, tendo em vista o artigo 16 do diploma normativo que as regula⁹. Em contrapartida, a perda da qualidade de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público não reflete uma faculdade, mas uma obrigação, como se observará posteriormente.

Ainda quanto às diferenças, o terceiro aspecto versa sobre a participação do Poder Público nos órgãos de direção das organizações em tela, situação permitida nas OSs¹⁰. Nas OSCIPs, por outro lado, esta prática é vedada, sendo exclusivo o comando dos particulares.

⁹ “Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão”.

¹⁰ O Conselho de Administração das OSs, de acordo com o art. 3º, inciso I, alínea *a*, da Lei Federal nº 9.637/98, será composto por 20% a 40% de membros natos representantes do poder público.

O quarto ponto refere-se à cumulação legal de títulos, o que nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público é permitido, mas apenas por um prazo determinado¹¹. Tal lapso temporal, após transcorrido, enseja a escolha, por parte da pessoa jurídica, de qual titulação irá manter. No sentido oposto, nas Organizações Sociais não há exclusividade de titulação, podendo, assim, a pessoa jurídica, titular como OS, conviver com outros títulos jurídicos.

Na sequência, a quinta distinção consiste na atividade de fomento público realizada pela Administração¹². Nas OSCIPs, há a habilitação para receber recursos públicos e bens móveis, não existindo referência quanto ao recebimento de bens imóveis como elemento de fomento, mas apenas à sua aquisição através da utilização de recursos públicos. Por sua vez, as OSs são habilitadas para receber recursos públicos, inclusive orçamentários, e bens públicos (mediante permissão de uso) sem prévia licitação, além de serem favorecidas com a cessão de servidores públicos, a utilização de bens imóveis e a absorção de atividades exercidas por entes da União Federal.

Por fim, a última (e mais significativa) diferença mostra-se na área de atuação das entidades sob comento. Na OSCIP, seu campo de atuação é mais expressivo, enquanto nas OSs ele aparece mais restrito, apesar do inequívoco interesse social. As atividades da primeira serão mencionadas adiante; já as da última são as que envolvem especificamente as áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção ao meio ambiente, cultura e saúde.

Logo, pode-se concluir que o regime jurídico das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público é deveras mais rígido que o das Organizações Sociais, e isto se dá como uma evolução de um diploma legal para o outro, dificultando a utilização de tal titulação para fins escusos.

1.2 A regulamentação das OSCIPs – Lei nº 9.790/99

¹¹ O prazo, segundo o art. 18, §1º da Lei nº 9.790/99, é de 2 anos, no entanto, o mesmo prazo foi estendido para 5 anos, conforme a Medida Provisória nº 2.143-32 de 2 de maio de 2001.

¹² Para Luís Eduardo Patrone Regules, “Não houve, portanto, tamanho zelo com o patrimônio público ao se instituir o modelo de fomento das Organizações Sociais, cuja, destinação de bens, valores e transferência de atividades públicas dispensa, surpreendentemente, maiores controles e garantias de proteção ao patrimônio público (fala-se em *controle de resultado* em detrimento do controle de meios), inclusive o gravame de inalienabilidade no tocante a certos bens originários do erário público”. REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs**. São Paulo: Método, 2006, p. 155.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não têm uma definição expressa em lei. Contudo, faz-se oportuno a explanação de Luís Eduardo Patrone Regules, autor que define OSCIPs como:

As pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinadas ao cumprimento de serviços de interesse público, colaboradoras da ação estatal nas áreas sociais definidas pela Lei 9.790/1999, criadas e geridas exclusivamente pelos particulares, qualificadas e continuamente fiscalizadas pelo estado, sob a égide de regime jurídico especial – adoção de normas de direito privado com as derrogações originárias do regime jurídico de direito público¹³.

Os elementos que integram esta explanação serão objeto dos próximos pontos, cabendo no momento, apenas reverenciar o papel instrumental das OSCIPs como meio para a consecução dos interesses públicos no Estado Democrático de Direito. Neste diapasão, cabe colacionar o entendimento do autor retromencionado: “as OSCIPs, não se revelam como fins em si, mas *instrumentos, meios* de que dispõe o Homem para atingir determinados resultados almejados socialmente¹⁴”.

Desta forma, a noção instrumental que predomina no Estado, informando que ele é um meio e não um fim, conforme a idéia-chave de Ataliba Nogueira¹⁵, também é cabível nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, as quais, por sua vez, perseguem a missão de desenvolvimento e justiça social.

Outro ponto geral a ser observado refere-se ao regime jurídico que tais organizações seguem: o regime jurídico misto. Este é assim definido em razão de as OSCIPs surgirem a partir da livre iniciativa particular, repousando sobre o princípio constitucional da livre associação. Não obstante, tais entidades continuam a manter vínculo com o Poder Público, o qual as fomenta e fiscaliza, submetendo-as ao cumprimento dos princípios constitucionais da Administração Pública. Logo, conclui-se que estas organizações são criadas e desenvolvem suas atividades sob o manto das regras do Direito Privado, mitigadas por força de normas originárias do regime de Direito Público.

Porém, vale salientar que, apesar da prestação direta de serviços sociais das OSCIPs sob os cuidados do Poder Público, tal premissa não permitirá o distanciamento da Administração Pública do atendimento direto à população no tocante aos serviços sociais. Em outras palavras, revelando-se insuficiente, inadequado e ineficaz o serviço prestado pelas

¹³ REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs**. São Paulo: Método, 2006, p. 139.

¹⁴ REGULES, Luis Eduardo Patrone. Op. cit., p. 142.

¹⁵ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **O estado é um meio e não um fim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940, p. 113.

Organizações da Sociedade Civil, o Poder Público é obrigado a realizar diretamente referido serviço de relevância pública, essencial à ordem social.

Ademais, as instituições retromencionadas são basicamente formadas por associações e fundações, pois, como afirma Carlos Inácio Prates:

[...] em razão do estabelecido no art. 2º da Lei de OSCIP, ao excluir as sociedades, as organizações religiosas e os partidos políticos do rol do art. 44 do Código Civil – que estabeleceu quais são as pessoas jurídicas de direito privado –, as que restam com condições de ser qualificadas como OSCIPs são as associações e as fundações, desde que não criadas por entes públicos ou então por partidos políticos. As sociedades comerciais, apesar de também terem sido mencionadas como impossibilitadas de receber a qualificação, pelo art. 2º da Lei das OSCIPs, já estavam impedidas, por apresentarem finalidades lucrativas, isto é, não se enquadrarem na exigência do art. 1º, *caput*, Lei nº 9.790/99, que não aceita esse atributo¹⁶.

Por fim, outro ponto relevante consiste no artigo 16 da Lei em tela, o qual veda a participação destas organizações em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, tendo em vista que a própria Lei proibiu, no artigo 2º, inciso IV, a qualificação de organizações partidárias e assemelhadas.

1.2.1 Os requisitos legais para a qualificação

Primeiramente, antes de expor e analisar os requisitos para a devida qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, cabe destacar que, antes desta qualificação, a pessoa jurídica de direito privado é criada através do registro – artigo 45 do Código Civil – dos estatutos ou atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (artigos 114 a 121 da Lei nº 6.015/73). Tal evento constitui, juridicamente, fundação ou associação civil, mas não atribui às mesmas, em razão de sua condição, qualquer tratamento especial pelo Poder Público. Neste caso, somente o reconhecimento estatal, após referida existência da pessoa jurídica, poderá conferir a determinada entidade social o título de OSCIP. Logo, a concepção da Organização da Sociedade Civil ocorre mediante o ato de reconhecimento do Poder Público, nos termos da Lei nº 9.790/99. Contudo, a criação da pessoa jurídica antecede a fase de qualificação.

¹⁶ PRATES, Carlos Inácio. OSCIPs e o fornecimento de mão-de-obra tercerizada: questão polêmica. **Revista zênite de licitações e contratos – ILC**, Curitiba, ano XV, n. 178, p. 1.242, dez. 2008.

As supracitadas organizações têm como características principais a personalidade jurídica de direito privado e a finalidade não lucrativa, como dispõe o artigo 1º da Lei das OSCIPs:

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 Lei¹⁷.

A pessoa jurídica de direito privado, a par do exposto acima, é constituída através do registro. Já a finalidade não lucrativa, por outro lado, é definida através do parágrafo 1º do mesmo artigo, que assim declara:

Art. 1º [...]

§1º Para os efeitos da Lei, considerar-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social¹⁸.

Tal dispositivo, como se pode perceber, tem o escopo de coibir a possibilidade de fraude. Contudo, ele se refere somente à distribuição de eventuais excedentes operacionais, o que não impede que as pessoas destacadas no artigo sejam remuneradas, conforme dispõe o artigo 4º, inciso VI, da mesma Lei¹⁹.

A não-discrecionabilidade da outorga do título de OSCIPs é observada no parágrafo 2º. do supramencionado artigo, tendo em vista que ele dispõe que tal ato é vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos na Lei nº 9.790/99²⁰.

A Lei das OSCIPs, ou do Terceiro Setor, ainda traça outras exigências e condições para a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Estes requisitos podem ser segmentados em finalísticos e formais.

Os requisitos finalísticos estão elencados nos incisos I a XII do artigo 3º do já

¹⁷ Lei Federal nº 9.790/99, art. 1º.

¹⁸ Lei Federal nº 9.790/99, art. 1º, § 1º.

¹⁹ “Art.4º. Atendido ao disposto no artigo anterior, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos, cujas normas expressamente disponham sobre: [...] VI – a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade, que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação; [...]”.

²⁰ “Art. 1º, § 2º. A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei”.

mencionado diploma normativo, os quais dispõem acerca das finalidades que deverão ser perseguidas para a obtenção do título em tela. Contudo, basta que as entidades sociais que pleiteiam tal titulação contemplem pelo menos uma destas condições finalísticas em seus objetivos sociais²¹.

Apenas a título ilustrativo, as finalidades elencadas são as seguintes: promoção da assistência social e da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, promoção gratuita da educação, da saúde, da segurança alimentar e nutricional; a defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; a promoção do voluntariado, do desenvolvimento econômico-social e combate à pobreza; a experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; a promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de caráter suplementar; a promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; e estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo²².

Neste ínterim, cabe observar que os objetivos a serem perseguidos pelas OSCIPs são nitidamente mais numerosos do que os exigidos para a obtenção de outros títulos, como o de OSs, fato que denota o extenso alcance social das Organizações da Sociedade Civil.

Existe ainda outra categoria de requisitos finalísticos, enumerados nos incisos do artigo 2º. Estes, entretanto, seriam os requisitos finalísticos negativos, tendo em vista que dispõem sobre aqueles que não poderão ser qualificados como OSCIPs, ainda que se dediquem às atividades descritas acima²³. São eles: sociedades comerciais; sindicatos, associações de classe ou representação de classe ou de categoria profissional; instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviço a um círculo restrito de associados ou sócios; entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; instituições hospitalares privadas não gratuitas e mantenedoras; escolas

²¹ “Art. 3º. A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos umas das seguintes finalidades: [...]”.

²² Lei Federal 9.790/99, art. 3º, I a XII.

²³ “Art. 2º. Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei: [...]”.

privadas destinadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; organizações sociais; cooperativas; fundações públicas; fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações políticas; e organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o artigo 192 da Constituição Federal²⁴.

Quanto aos requisitos formais, estes são encontrados nos artigos 4º e 5º da Lei do Terceiro Setor. No primeiro deles, versa-se sobre as disposições expressas que devem constar nas normas dos estatutos das pessoas jurídicas interessadas na titulação em questão²⁵; e, no artigo 5º, os requisitos formais são quanto à apresentação de cópias autenticadas de alguns documentos que devem constar no requerimento dirigido ao Ministério da Justiça, quais sejam: estatuto registrado em cartório; ata de eleição de sua atual diretoria; balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício; declaração de isenção do imposto de renda; e inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes²⁶.

Percebe-se, do rol dos requisitos fixados pela Lei das OSCIPs, que a qualificação desta está submetida a critérios mais rigorosos do que os exigidos para a concessão de outros títulos. A bem da verdade, isto acontece como forma de inibir a liberação de vantagens ou benefícios de maneira pontual e casuística às organizações do terceiro setor.

1.2.2 Requerimento do título perante o Ministério da Justiça e sua concessão

O requerimento do título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, após observados e cumpridos os requisitos elencados nos artigos 3º e 4º da Lei nº 9.790/99, poderá ser realizado pela pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, que se interessa em obter referida titulação. Vale observar que esta pessoa jurídica não deve ter como atividade qualquer das descritas no artigo 2º.

Então, o artigo 5º do mesmo diploma legal, além de condicionar o requerimento ao cumprimento dos requisitos acima apontados, vem disciplinar o procedimento para requerer este título, ou seja, estabelece qual o órgão responsável, qual forma que esse pedido deve ter e quais os documentos necessários²⁷.

²⁴ Lei Federal nº 9.790/99, art. 2º, I a XIII.

²⁵ Vide anexo 1.

²⁶ Lei Federal nº 9.790/99, art. 5º, I a V.

²⁷ “Art. 5º: Cumpridos os requisitos dos artigos 3º e 4º, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, interessada em obter a qualificação instituída por esta Lei, deverá formular requerimento escrito ao Ministério da Justiça, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos: [...]”.

Na ordem seqüencial destes apontamentos, tem-se o Ministério da Justiça como órgão responsável pela análise do requerimento, que é totalmente vinculada à observância dos requisitos formais e finalísticos (positivos e negativos), conforme relatado no tópico 1.2.1. Por seu turno, o pedido deverá assumir a forma escrita e ser encaminhado ao Ministério retromencionado. Por fim, o requerimento deverá ser instruído com as cópias autenticadas de determinados documentos, os quais já indicados no item 1.2.1 (requisitos formais do artigo 5º).

Após a entrega do requerimento, o Ministério da Justiça decidirá, no prazo de trinta dias, pelo seu deferimento ou não. Ocorrendo o deferimento, o referido Ministério emitirá, no prazo de quinze dias a contar da decisão, um certificado de qualificação da requerente como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público²⁸.

Em contrapartida, quando ocorre o indeferimento, o Ministério dará ciência da sua decisão, no mesmo prazo mencionado acima, mediante publicação no Diário Oficial da União. Ressalte-se, neste ínterim, que o indeferimento poderá ter as seguintes causas: o não enquadramento nas hipóteses previstas no artigo 2º da Lei em tela; o não atendimento aos requisitos descritos nos artigos 3º e 4º; e a apresentação de documentos de forma incompleta²⁹.

Relacionada a essa questão, faz-se de suma importância, neste momento, analisar a cumulação de titulações, situação que, de forma mais sintética, foi estudada no ponto 1.1.1 (uma das diferenças entre OSs e OSCIPs).

As entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil podem cumular outros títulos além deste. Contudo, esta manutenção simultânea só poderá acontecer dentro do prazo de dois anos, conforme o artigo 18 da Lei nº 9.970/99. Entretanto, o prazo constante do referido artigo foi estendido para cinco anos, através da Medida Provisória nº 2.143-32 de 02 de maio de 2001.

Findo o prazo, a pessoa jurídica deverá optar pela titulação de interesse. Caso venha a ser a de OSCIP, a entidade renunciará automaticamente às suas qualificações anteriores. No entanto, se decorrido o prazo sem que a pessoa jurídica tenha optado, ela perderá, de forma automática, a qualificação obtida nos termos da Lei em estudo.

Conclui-se que, além de criteriosa, a qualificação como tal Organização é privativa, ou seja, o título de OSCIP é exclusivo.

²⁸ Lei Federal nº 9.790/99, art. 6º, §1º.

²⁹ Lei Federal nº 9.790/99, art. 6º, §2º, §3º, I a III.

1.2.3 Termo de parceria

O termo de parceria é um instrumento de vinculação exclusivo das OSCIPs. De forma mais densa, e nas palavras de Luís Eduardo Patrone Regules, “O termo de parceria traduz-se numa forma de fomento mediante o ajuste de cooperação firmado entre a Administração Pública e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público³⁰”. Complementando a idéia Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz, que:

[...] o termo de parceria com as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público restringe a autonomia da entidade que, por receber diferentes tipos de ajuda, fica sujeita a controle de resultado pelo Poder Público, além do controle pelo Tribunal de Contas, na medida em que administre bens ou valores de natureza pública³¹.

A própria Lei nº 9.790/99 também define o termo de parceria:

Art. 9º [...] 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 Lei³².

Com a análise das três definições acima, demonstra-se a estreita relação entre termo de parceria, cooperação, fomentação e controle estatal. Referida interação acontece por uma sequência lógica: só poderá haver o termo de parceria se houver a relação de cooperação entre o Estado e tais organizações, ou seja, o trabalho conjunto destes, objetivando um mesmo fim.

As entidades, por sua vez, ao executar as atividades de relevante importância social, ocasionam o recebimento da fomentação estatal, que objetiva incentivar e amparar a iniciativa de tais pessoas jurídicas. Por fim, quanto ao controle estatal, este decorre do recebimento de referida fomentação. Contudo, tal assunto será estudado em tópico próprio, mais adiante.

O objetivo, então, deste instrumento jurídico-administrativo é o incentivo às iniciativas privadas de interesse coletivo, integrando um sistema de fomentação pública peculiar às OSCIPs.

³⁰ REGULES, Luís Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs**. São Paulo: Método, 2006, p. 162.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 219.

³² Lei Federal nº 9.790/99, art. 9º.

Quanto à fomentação, a legislação pertinente não especificou de forma concisa as maneiras de como ela ocorreria. Neste sentido, explana Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “A Lei não especifica as formas de fomento ou de cooperação entre o Poder Público e a entidade, havendo apenas referências a bens ou recursos de origem pública³³”. Contudo, o autor Luís Eduardo Patrone mantém posicionamento contrário, afirmando que a Lei não deixa dúvidas acerca das formas de fomento, ao explicar que as OSCIPs ficam habilitadas a receber recursos públicos e bens móveis, não havendo referência à destinação de bens imóveis como elemento de fomento, mas apenas à utilização de recursos públicos para aquisição de bens imóveis³⁴.

Neste quesito, a referida legislação falta com clareza, mostrando-se, em certo ponto, até omissa. Desta forma, cabe ao aplicador da norma elaborar uma interpretação que venha a beneficiar tais organizações.

Outro ponto a ser analisado, antes de adentrar os dispositivos da Lei retromencionada, é a semelhança do termo de parceria com o contrato de gestão e com os convênios administrativos. A semelhança com o primeiro é relatada pela a autora Maria Sylvia, que assim se manifesta:

O instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas do legislador. Trata-se de miscelânea terminológica para designar entidades que, em termos genéricos, apresentam características muito semelhantes e que, por isso mesmo, mereciam submeter-se ao mesmo regime jurídico³⁵.

Contudo a citada autora os diferencia, em momento posterior, ao afirmar que os contratos de gestão têm natureza contratual, enquanto os termos de parceria não possuem tal natureza³⁶. Ademais, ainda se referindo às diferenças entre estes dois instrumentos, pode-se afirmar que o primeiro contém previsão expressa da Lei para a cessão de servidores públicos, enquanto o outro, não³⁷.

Quanto às semelhanças com os convênios administrativos, ambos os autores mencionados as reconhecem. Afinal, os dois instrumentos traduzem acordos celebrados para a realização de interesses comuns dos partícipes. Entretanto, diferenciam-se quanto a sua

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 218.

³⁴ REGULES, Luís Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs**. São Paulo: Método, 2006, p. 154.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de Pietro. Op. cit., p. 210.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de Pietro. Op. cit., p. 219.

³⁷ REGULES, Luís Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs**. São Paulo: Método, 2006, p. 163.

aplicação, tendo em vista que o termo de parceria tem natureza exclusiva, somente podendo ser empregado para determinada categoria, qual seja, a das OSCIPs.

Após tais exposições, seguir-se-á com o estudo do dispositivo pertinente, contido na Lei nº 9.790/99, identificado no artigo 10. Em seu *caput*, referido artigo pode ser dividido em dois momentos. O primeiro denota a natureza bilateral do termo de parceria, tendo em vista que é um acordo firmado entre duas partes.

Já em um segundo momento, o artigo dispõe que o referido termo discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias. Nota-se, portanto, que essa discriminação não é um ato facultativo, mas imperativo de dever.

Posteriormente, em seu § 1º, determina que “A celebração do termo de parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo³⁸”. Observa-se, aqui, novamente, uma maior rigidez nos procedimentos que envolvem as OSCIPs e a não obrigatoriedade dos termos de parceria. Ou seja, o fato de existir uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público não significa que a Administração irá celebrar termo de parceria com aquela.

No entanto, vale ressaltar que, para que o termo de parceria tenha validade, faz-se necessária referida titulação. Neste diapasão, encontra-se o posicionamento de Luís Eduardo Patrone:

Com efeito, o eventual caráter discricionário da decisão voltada à celebração (ou não) do *termo de parceria*, não se espraia sobre todos os pressupostos objetivos deste ato administrativo na medida em que há nítida vinculação acerca deste tópico atinente ao *requisito procedimental*. Em suma, a prévia *qualificação* da organização privada torna-se indispensável para a produção válida do *termo de parceria*³⁹.

O parágrafo 2º, por sua vez, enumera, em seus seis incisos, as cláusulas essenciais do termo supramencionado. São elas: a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria, a seus diretores empregados

³⁸ Lei Federal nº 9.790/99, art. 10, § 1º.

³⁹ REGULES, Luís Eduardo Patrone. Op. cit., p.162.

e consultores; a que estabelece as obrigações da OSCIP, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos mencionados no inciso anterior; a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a OSCIP, de extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento da Lei nº 9.790/99, contendo dados principais da documentação obrigatória do inciso anterior, sob pena de não liberação dos recursos previstos no termo de parceria.

Por fim, os artigos que seguem tratam do controle estatal na execução do mencionado instrumento de vinculação. Todavia, e prezando-se pela melhor didática, estes serão analisados no item seguinte.

1.3 O controle interno e externo

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público atuam sob a vigilância do Estado a fim de que seja assegurada a conformação das suas iniciativas ao interesse público. A esta vigilância atribui-se o nome de controle, que, neste caso, por ser realizado pelo Estado, denomina-se controle estatal.

Tal atividade de fiscalização que emana do Estado pode decorrer do exercício de duas atividades administrativas, quais sejam: o poder de polícia e a fomentação.

O controle decorrente do exercício da atividade de poder de polícia pela Administração independe da qualificação da entidade como OSCIP, já que o mesmo tem como escopo impedir o perigo ou dano a interesse e valores da coletividade tutelados pelo ordenamento jurídico em razão das iniciativas populares. Logo, tal poder alcança qualquer serviço de caráter social.

O instrumento que o poder de polícia utiliza como forma de controle é a limitação, dentro da lei, do exercício das liberdades particulares, buscando, assim, a ordenação da prestação dos serviços sociais.

Neste diapasão, cumpre destacar o ensinamento de Luís Eduardo Patrone:

Os serviços sociais [...] estão livres ao desempenho pelos particulares, o que não afasta, diante do interesse público prestigiado pela ordem jurídica, o exercício pelo Poder Público de missões relativas à autorização, regulamentação e fiscalização do

atendimento por eles prestado. Trata-se da chamada “polícia administrativa”, tida como o condicionamento do exercício à liberdade e à propriedade dos indivíduos a fim de adequá-los ao bem-estar e aos interesses da coletividade⁴⁰.

Por sua vez, o controle decorrente do exercício da atividade de fomento pela Administração Pública relaciona-se com o enquadramento da entidade no terceiro setor. Ele não objetiva limitar a liberdade, mas adequar a conduta da organização privada às diretrizes e obrigações relativas ao fomento, freqüente na outorga de títulos jurídicos e nos ajustes firmados com o Poder Público (termo de parceria), o que pode chegar a acarretar a perda da qualificação ou a extinção da parceria.

Ainda quanto ao controle proveniente da atividade de fomento, este pode ser classificado como interno ou externo, dependendo do órgão estatal incumbido de referida missão. Esta classificação será o objeto de estudo dos próximos tópicos.

1.3.1 A fiscalização da execução do termo de parceria (controle interno)

O controle interno provém da produção de medidas consultivas e decisórias dentro da própria Administração Pública. Neste contexto, o controle interno recai sobre o termo de parceria vinculado entre a OSCIP e a Administração, a sua execução e respeito às finalidades elencadas no mesmo.

O artigo 11 da Lei Federal nº 9.790/99 elenca os legitimados para tal fiscalização, ou seja, o órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentadora e o Conselho de Políticas Públicas⁴¹ das áreas correspondentes de atuação existentes em cada nível de governo. Eles irão acompanhar e fiscalizar a execução do objeto do termo de parceria.

Os parágrafos primeiro e segundo do artigo retromencionado tratam das responsabilidades da comissão de avaliação (composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a organização da sociedade civil de interesse público), quais sejam, a análise dos resultados da execução do termo de parceria e o encaminhamento de um relatório conclusivo baseado em referida análise para a autoridade competente.

⁴⁰ REGULES, Luís Eduardo Patrone. **Terceiro setor:** regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 182.

⁴¹ Os Conselhos de Políticas Públicas integram o sistema de participação popular na condução dos negócios públicos, cujo fundamento repousa no princípio do Estado Democrático. Eles são composto por membros do Poder Público e da sociedade, o que aproxima o processo de decisões públicas da vontade popular, objetivando a influência dos representantes do povo na produção de provimentos cujos resultados interessam para a coletividade.

Verifica-se, então, que tais comissões não têm função fiscalizadora, por isso a sua não inclusão como legitimadas para exercer o controle interno, tendo em vista que as atividades que lhes foram delegadas (a análise dos resultados da execução do termo e a feitura de um relatório sobre tal avaliação) são de caráter meramente consultivo, tendo em vista que as referidas comissões não participam de nenhuma deliberação referente a tal relatório, apenas as encaminhado para os órgãos responsáveis (os titulares referidos anteriormente).

Ademais, cabe ressaltar o conteúdo do parágrafo terceiro do artigo em tela, disposto da seguinte forma: “Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata essa lei, estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na Legislação”. Isto quer dizer, em outras palavras, que os termos relativos à execução de atividades de cunho social não estarão sujeitos somente aos mecanismos de controles previstos na Lei que o institui (Lei nº 9.790/99), mas também observarão os de qualquer legislação que verse sobre o tipo de atividade que disciplinam⁴².

1.3.2 A fiscalização dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e dos cidadãos (controle externo)

O controle externo é a fiscalização exercida fora da esfera da Administração Pública. Ele pode ser exercido pelo Ministério Público, pelos Tribunais de Contas e pelos cidadãos.

A Lei Federal nº 9.790/99, em seus artigos 12 e 13, aponta os legitimados para realizar o controle em questão e as ocasiões em que estes devem ser acionados, senão vejamos:

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.

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

⁴² “Existem mecanismos de controle social previstos na Carta Magna e na legislação aplicáveis ao regime das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. O direito à obtenção de certidões em repartições públicas para defesa e esclarecimento de situação de interesse pessoal (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea b); a propositura de ação popular em face do Estado a fim de tutelar determinados valores e interesses da coletividade (art. 5.º, inciso LXXIII), entre outros”. REGULES, Luís Eduardo Patrone. **Terceiro setor:** regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 170.

público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Primeiramente, verifica-se que os responsáveis pela fiscalização interna são aqueles que devem acionar os legitimados para o controle externo. Por conseguinte, observa-se que este acionamento dar-se-á em dois momentos distintos: quando houver a ciência, por parte dos fiscalizadores internos, de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de bens de origem pública pela organização; e quando houver indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública. Por fim, aponta-se os legitimados para a fiscalização externa: o Ministério Público (MP) e os Tribunais de Contas (TC)⁴³.

Ainda sobre a análise de referidos dispositivos, nota-se que serão apenados em responsabilidade solidária os responsáveis pela fiscalização do termo de parceria quando, tomando conhecimento da irregularidade ou ilegalidade mencionada, não notificarem imediatamente o MP e os TCs.

Por sua vez, a aplicação do artigo 13 poderá ser realizada sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior. Além disto, revela-se, na situação trazida por este mesmo dispositivo, a consequência da representação junto ao MP e à AGU. E esta última pode ser identificada pelo requerimento ao juízo competente da decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas nas Leis citadas no artigo 13.

Cabe ressaltar, ainda, que, quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no país e no exterior, nos termos da Lei e dos tratados internacionais (artigo 13, §2º). E até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores sequestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da organização parceira (artigo 13, §3º).

Quanto à legitimidade do cidadão como fiscalizador externo das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, deve a mesma ser interpretada nos moldes dos artigos 7º e 8º da Lei em análise, tendo em vista que esses dispositivos legitimam qualquer cidadão como parte para requerer a desqualificação de uma OSCIP, seja através de processo judicial

⁴³ A Advocacia-Geral da União (AGU), apesar de citada no artigo 13, da Lei nº 9.790/99, não pode ser considerada como um fiscalizador, tendo em vista que a mesma é acionada com o fim exclusivo de representar os interesses da União em juízo.

ou administrativo. Desta forma, agindo o cidadão como parte legítima de um processo de desqualificação, ele passa a atuar, simultaneamente, como um fiscalizador externo.

Nota-se, por derradeiro, que o controle externo e a desqualificação da entidade estão intimamente ligados, tema que será analisado, com maiores detalhes, logo a seguir.

1.4 A desqualificação da entidade

A desqualificação da entidade como OSCIP significa a perda de referido título e está intimamente ligada, como mencionado anteriormente, à atividade de fiscalização (que observará o cumprimento ou não do termo de parceria) e à observância da finalidade, em uma noção ampla, que o título em tela traz consigo. O seu procedimento e os legitimados para solicitarem-na estão descritos nos artigos 7º e 8º da Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, de acordo com o que se segue:

Art. 7º Perde-se a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e o devido contraditório.

Art. 8º Vedado o anonimato, e desde que amparado por fundadas evidências de erro ou fraude, qualquer cidadão, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação instituída por esta Lei.

A partir do exposto, percebe-se que a perda da qualificação poderá acontecer a pedido ou por força de decisão proferida em processo administrativo ou judicial e que os legitimados para interpor ações na esfera administrativa ou judiciária, com pedido de desqualificação da entidade, são o Ministério Público e os cidadãos⁴⁴ (desde que amparados por fundadas evidências de erro ou fraude, respeitando as do Poder Público).

As OSCIPs, neste caso, terão assegurados a ampla defesa e o contraditório. Outrossim, vale lembrar que aos cidadãos é vedado o anonimato ao requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação de tais organizações.

Ademais, quanto às razões que poderão dar vazão à perda do título, estas são as mais diversas, tendo em vista que referidas organizações não se limitam a obedecer à Lei específica que as regulamenta, mas também aos princípios que regem a Administração Pública e outros dispositivos pertinentes às respectivas organizações. Neste diapasão, verifica-se, por exemplo, que se aplica às OSCIPs a Lei da Improbidade Administrativa (Lei Federal

⁴⁴ Ademais, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, também assegura a legitimidade do cidadão ao permitir que este possa propor em defesa do patrimônio público ou da **moralidade administrativa**.

nº 8.429/1992) e que o seu não cumprimento ocasionará as penalidades específicas impostas pelo órgão jurisdicionado, bem como a desqualificação já mencionada.

Por fim, faz-se interessante observar o papel do Poder Judiciário neste âmbito. A respeito do tema, assim se manifesta Luís Eduardo Patrone:

A perda da qualificação pode se dar no âmbito judicial. Como se trata de aplicação da lei ao caso concreto, atividade sujeita ao exame de legitimidade pelo Poder Judiciário, os magistrados detêm competência para decretar a perda do título jurídico sempre que não mais se verifiquem os pressupostos fáticos descritos na lei para a sua emissão⁴⁵.

Cumpra observar, ainda, que o Poder Judiciário aprecia a conformidade jurídica tanto do ato de qualificação quanto da celebração e execução do termo de parceria.

⁴⁵ REGULES, Luís Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs**. São Paulo: Método, 2006, p. 171.

CAPÍTULO II – LICITAÇÃO PÚBLICA

2.1 Introdução

A Administração Pública (direta e indireta), hodiernamente, precisa contratar terceiros para suprir as suas necessidades operacionais ou as manifestadas pelas chamadas demandas sociais. Contudo, as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações⁴⁶ necessitam ser contratadas através de instrumento hábil à garantia da moralidade administrativa, da eficiência, da economicidade, dentre outros fundamentos.

Referido instrumento foi consubstanciado mediante a criação da licitação pública, regida pela Lei nº 8.666/93⁴⁷. Destarte, colaciona-se a lição do autor Ronny Charles Lopes de Torres:

Licitação é o procedimento prévio de seleção por meio do qual a Administração, mediante critérios previamente estabelecidos, isonômicos, abertos ao público e fomentadores da competitividade, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um contrato.

Sendo um procedimento prévio à realização do contrato, a licitação tem como intuito permitir que se ofereçam propostas e que seja escolhida a mais interessante e vantajosa ao interesse público⁴⁸.

Pode-se, assim, afirmar que a licitação corresponde a um modo particular de limitação à liberdade do administrador, que não contrata aquele que deseja, mas o que figura como vencedor do certame⁴⁹.

Sobre a finalidade de referido instrumento, encontra-se a explanação do Tribunal de Contas da União:

A licitação objetiva [...] selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes⁵⁰.

⁴⁶ Lei nº 8.666/93, “art 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

⁴⁷ Legislação que regulamentou o artigo 37, inciso XXI (norteador do princípio da obrigatoriedade da licitação) e o artigo 173, § 1º, III, ambos da Constituição Federal de 1988.

⁴⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 20-21.

⁴⁹ Verifica-se, então, a aplicação do princípio da impessoalidade dentro do procedimento licitatório.

⁵⁰ Tribunal de Contas da União. **Licitações & contratos**: orientações básicas. Brasília: TCU, 2003, p. 14.

Desta forma, é possível observar a dúplice finalidade da licitação, qual seja: permitir a melhor contratação possível (que deverá ser feita através de critérios objetivos antecipados no instrumento de convocação – princípio do julgamento objetivo e da vinculação ao edital) e possibilitar que qualquer interessado possa validamente participar da disputa pelas contratações (atendimento ao princípio da igualdade).

O objeto do instrumento em análise compreende-se no que pretende a Administração Pública contratar⁵¹. Tais objetos estão elencados no artigo 1º da Lei nº 8.666/93, na seguinte ordem: obras, serviços, compras, alienações, locações, concessões e permissões. Vale ressaltar que a indicação e a definição precisa do objeto constituem pressuposto de validade ou condição de legitimidade da licitação.

Por fim, quanto à legitimidade para licitar, o artigo mencionado acima, em seu parágrafo único, aponta a quais pessoas jurídicas o dever de licitar é aplicado, ou seja, todas aquelas que, a qualquer título, manejam recursos públicos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios; entidades da Administração indireta, fundos especiais; Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; e paraestatais ou entes de cooperação, desde que vocacionados à prestação de serviços de natureza social ou atuantes sob a forma de autarquias.

Neste diapasão, quanto ao poder de licitar das OSCIPs, o Decreto nº 5.504/05, em seu artigo 1º, estabelece o seguinte:

Art. 1º. [...] os instrumentos de formalização, de 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 [...] as entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, a forma da Lei nº 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”.

Conclui-se, através de referido dispositivo, que, realmente, referidas entidades têm obrigação de licitar nas situações retromencionadas. Neste sentido, observa-se que tal dever emerge por força do termo de parceria, e não por aplicação direta do Decreto em análise. O autor Lucas Rocha Furtado aduz no mesmo sentido:

⁵¹ Em regra, o objeto é uno e indivisível, contudo, existem situações que admitem o fracionamento do mesmo, que sempre deverá ser justificado pela autoridade administrativa para o processo licitatório.

As mencionadas entidades privadas que recebem recursos públicos federais se obrigam, portanto, a realizar licitação, preferencialmente, na modalidade de pregão eletrônico por força da cláusula contida no termo do convênio, no termo de parceria ou no instrumento que viabiliza o repasse do recurso, e não em razão da aplicação direta da Lei nº 8.666/93 ou do Decreto nº 5.504/2005. Ou seja, a obrigação do parceiro privado de realizar licitação [...] é de natureza contratual⁵².

2.2 Os princípios básicos da licitação pública

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, elenca os princípios basilares que incidem no procedimento licitatório: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, além de outros que são implícitos.

Neste trabalho, serão analisados aqueles que se interligam de forma mais intensa com o objeto de estudo em tela (a participação de OSCIPs em licitações públicas), os quais integram o seguinte rol: o princípio da igualdade, o da publicidade, o da vinculação do instrumento público e o do julgamento objetivo.

2.2.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade assegura a isonomia entre os licitantes, não admitindo o estabelecimento de privilégios ou discriminações, sendo, portanto, condição essencial para garantir a idoneidade da competição em todas as fases da licitação.

A inobservância ao referido postulado corresponderá a desvio de poder, podendo, inclusive, configurar crime previsto no artigo 90, da Lei em estudo, conforme segue:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Entretanto, há a possibilidade de tratamento diferenciado dentro do procedimento licitatório; porém, são hipóteses pontuais e justificáveis. Como exemplo disto, verifica-se o caso previsto pela Lei Complementar nº 123/2006, que dispõe sobre o tratamento diferenciado

⁵² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 26.

para a Microempresa (ME) e para a Empresa de Pequeno Porte (EPP)⁵³, situação justificada pela necessidade de o Estado fomentar a atuação dessas empresas.

Desta forma, o princípio da igualdade ou da isonomia não inibe a instituição de requisitos para a participação na licitação; contudo, estes deverão ser compatíveis com o objeto a ser contratado.

Por fim, percebe-se que o referido postulado tem origem no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, indicando, assim, que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica.

2.2.2 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade consiste no fato de que todos os atos do procedimento licitatório deverão ser públicos, ou seja, devem ser levados ao conhecimento do público, em especial, a todos os participantes do certame.

A esse respeito, enuncia o artigo 3º, em seu parágrafo de mesmo número, da Lei nº 8.666/93, o seguinte comando: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Nota-se que o referido princípio incide desde a abertura do certame até a contratação, não havendo, portanto, licitação sigilosa.

No entanto, observando a ressalva do dispositivo retromencionado, haverá o sigilo dentro do procedimento licitatório, mas apenas das propostas. O autor Lucas Rocha Furtado, neste sentido, expõe que tal sigilo ocorre para evitar conluios e dar maior competitividade ao certame, sendo mantido até a abertura dos respectivos envelopes, o que ocorre em sessão pública⁵⁴.

Logo, quanto à aplicação do postulado em análise, tem-se como escopo principal a transparência dos atos licitatórios, sendo, assim, condição indispensável para a materialização do princípio da moralidade. Denota-se, a partir de tal estudo, a propriedade do princípio da igualdade dentro do Estado de Direito. Vale ressaltar, ainda, que a eficácia dos atos licitatórios fica condicionada à sua publicidade.

⁵³ Ocorrendo empate entre as propostas apresentadas, o critério de desempate favorecerá o licitante constituído sob a forma de ME e EPP, ainda que a sua proposta seja superior em até 10%.

⁵⁴ FURTADO. Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 43.

Por fim, o princípio em tela, a par de exigir a publicação, ainda que resumida, do instrumento convocatório, através do artigo 21, da Lei nº 8.666/93, também se inspira em outros dispositivos do mesmo diploma normativo⁵⁵.

2.2.3 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, mencionado no artigo 3º da Lei de Licitações⁵⁶, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “[...] é a garantia do administrador e dos administrados⁵⁷”. Isto se dá pelo fato de que o instrumento convocatório – que será, conforme a modalidade de licitação, um edital ou um convite – constitui a lei interna da licitação, regulando e vinculando a atuação tanto da Administração Pública quanto dos licitantes.

Apesar da tamanha significância deste postulado, ele não implica a adoção de formalidades excessivas ou desnecessárias pelo administrador. Desta maneira, entende-se que o administrador deve usar o seu poder discricionário e a sua capacidade de interpretação para buscar as melhores soluções para as dificuldades concretas.

Por outro lado, eventuais erros ou irregularidades podem constar no instrumento convocatório. Nestes casos, as falhas e ilicitudes podem ser corrigidas, desde que assegurada a mesma publicidade verificada na publicação inicial.

Ademais, a lei interna antecipa o objeto a ser contratado, os requisitos para a habilitação dos licitantes, os prazos, o tipo de licitação e a modalidade a ser seguida, vedando-se, desta maneira, à Administração e aos licitantes o descumprimento das regras de convocação em tela.

2.2.4 Princípio do julgamento objetivo

⁵⁵ Vide anexo 1: art. 15, §2º; art. 16; art.39; art. 41, §1º; art. 113, §1º.

⁵⁶ “Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento público, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”.

⁵⁷ CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217.

O princípio do julgamento objetivo, estabelecido, em regras gerais, pelo artigo 44 da Lei nº 8.666/93⁵⁸, prima pela objetividade e clareza das regras do julgamento, que também devem ser prévias.

Neste sentido, explana o autor Ivan Rigolin:

Quis o legislador, na instituição do princípio, descartar subjetivismos e personalismos. E isso não apenas no julgamento final, mas também em todas as fases onde exista espécie de julgamento, de escolha, de modo que os atos da Administração jamais possam ser ditados por gosto pessoal ou favorecimento⁵⁹.

Logo, o edital deve estabelecer o tipo de licitação (de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de maior lance ou oferta) e se vincular a este, ou seja, se no edital foi previsto o critério de menor preço, não pode ser escolhida a proposta de melhor técnica.

Por fim, é inadmissível a mera referência genérica do julgamento a ser feito ou a simples referência a artigo da lei, devendo o edital ser claro o suficiente para que se conheça antes o critério de julgamento a ser utilizado.

2.3 Exceções à licitação

2.3.1 Introdução

O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários apontados no Estatuto (Lei nº 8.666/93) realizem tal procedimento antes de contratarem obras e serviços. Contudo, apesar da aplicação efetiva de referido postulado, podem surgir razões legais, técnicas, de cunho econômico ou meramente circunstancial, que justifiquem uma contratação direta.

A estes casos, a Lei Geral das Licitações ressalvou algumas hipóteses que, devido às suas singularidades, não se compatibilizam com o procedimento ou com a demora da licitação pública e, por isto, permitem a contratação de forma direta. As referidas hipóteses são: licitação dispensada, dispensável e inexigível. Há em comum entre elas o fato de que suas aplicações devem ser motivadas, justificadas, objetos de ratificação e publicação na imprensa oficial.

Necessária se faz, portanto, a análise destas exceções, pontuando as situações que ensejarão a sua aplicação e os dispositivos que as regem. A licitação dispensada tem por

⁵⁸ “Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei”.

⁵⁹ RIGOLIN, Ivan. **Manual prático das licitações**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 44.

objeto, em regra, as alienações de bens públicos. O artigo 17, nos incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, elenca as possibilidades de exceções à licitação referentes às alienações de bens públicos imóveis e moveis, consecutivamente⁶⁰.

Quanto à espécie dispensável, o artigo 24 da Lei retromencionada enumera taxativamente as suas hipóteses de ocorrência, que decorrem de fatos passíveis de justificar a contratação direta. No caso, vale salientar que o administrador pode optar pela realização da licitação, não estando o mesmo obrigado a dispensá-la ainda que o seu objeto aparentemente incida em uma das possibilidades de dispensa.

Por fim, a licitação inexigível é verificada nas situações em que a licitação que precede a contratação se mostra inviável, tendo em vista que também torna inviável a competição. Logo, sempre que impossível a disputa de propostas, estará caracterizada esta possibilidade de inexigibilidade de licitação. Neste sentido, determinam o artigo 25 e incisos⁶¹, da Lei em estudo, os casos de inexigibilidade, quais sejam: fornecedor único, notória especialização e serviços de natureza singular, e profissionais do setor artístico.

2.3.2 Licitação dispensável

Após breve explanação sobre os tipos de exceções, cabe uma análise à parte da licitação dispensável, devido a um caso peculiar dentre suas hipóteses de incidência. Refere-se, aqui à dispensa de procedimento licitatório em caso de contratações com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Dando seguimento, verifica-se que as hipóteses de dispensa são determinadas em razão do valor (pequeno montante), de situações excepcionais (calamidade, desinteresse de licitantes etc.), do objeto (compra ou locação de bens imóveis, gêneros alimentícios etc.) e da pessoa (organizações sociais, consórcios públicos, organizações da sociedade civil de interesse público etc).

No artigo 24 e incisos da Lei nº 8.666/93⁶², aponta-se detalhadamente os casos de licitação dispensável. Contudo, existem outras hipóteses relativas ao caso, acrescentadas, na maioria das vezes, através de medidas provisórias.

⁶⁰ Vide anexo 2.

⁶¹ Vide anexo 2.

⁶² Vide anexo 2.

Por derradeiro, cabe ratificar que a dispensa não é obrigatória, podendo o titular do dever de licitar, em desejando realizar a licitação, executá-la, mesmo quando seu objeto está incluso nas hipóteses contempladas pela Lei em vigor.

2.3.2.1 *Caso pertinente: contratação de entidades sem fins lucrativos.*

O artigo 24, em seu inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, assim, explana:

Art. 24. É dispensável a licitação:
XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas do governo, para atividades contempladas no plano de gestão.

Nota-se que o dispositivo acima traz, em seu corpo, referência apenas às Organizações Sociais. No entanto, existe uma discussão na doutrina sobre a extensão desta hipótese de dispensa às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Benjamin Zymbler⁶³, Lucas Rocha Furtado⁶⁴, José dos Santos Carvalho Filho⁶⁵ e Marçal Justen Filho⁶⁶ têm o entendimento de que tal aplicação é pertinente. Adversamente, o Tribunal de Contas da União⁶⁷ defende que não cabe extensão da contratação direta fundamentada no inciso XXIV com entidade que não seja qualificada rigorosamente como OS.

A causa de tamanha discussão está em dois pontos antagônicos. O primeiro a se considerar é o fato de que, em regra, as exceções são interpretadas de forma restritiva. Neste diapasão, ao observar que as hipóteses de dispensa ressalvam o princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação e que, no caso em comento, tal ressalva se reporta claramente apenas às OSs, seria inapropriada a extensão dessa regra excepcional.

O outro ponto é oposto ao aspecto apresentado acima, pois ele considera a familiaridade entre OSs e OSCIPs. Isto resta evidenciado em virtude de tais instituições, apesar de apresentarem peculiaridades díspares, possuírem muitas semelhanças, inclusive em suas vocações (realizar atividades de interesse da coletividade, fomentadas pelo Poder Público). Desta maneira, ao se adotar tal posicionamento, parece inviável impor a necessidade

⁶³ ZYMBLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.142.

⁶⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Entidades do terceiro setor e dever de licitar. **Fórum de contratação e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 65, p.10, maio 2007.

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 225.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 348.

⁶⁷ Acórdão nº 1.777/2005 (proc. nº 008.011/2003-5), Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, D.O.U de 22/11/2005.

de submissão às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público enquanto as Organizações Sociais são agraciadas com a hipótese de dispensa de licitação. Neste sentido, o autor Ronny Charles defende que:

O dispositivo, na verdade, não trata da seleção da entidade, mas sim da contratação de prestações de serviços públicos, não privativos do Estado, relacionados às atividades contempladas no contrato de gestão. No caso das OSCIP's, por exemplo, referir-se-ia ao mesmo tipo de prestações, contempladas no termo de parceria já firmado. Uma vez celebrado e em rigor o convênio, termo de parceria ou contrato de gestão, parece um despautério exigir licitação para a execução de seus termos, já pactuados, sejam OS's ou mesmo OSCIP's⁶⁸.

Diante disto, pode-se afirmar que a norma incide também nos termos de parceria celebrados entre as OSCIPs e a Administração Pública, sendo, assim, direta a contratação dos serviços decorrentes do ajuste central. Porém, esta dispensa atinge apenas os contratos firmados entre a entidade e o ente público que se vinculou, não alcançando, portanto, outros firmados com entes públicos diversos.

Logo, conclui-se que é requisito para este tipo de dispensa que os contratos de serviços sejam derivados de uma vinculação principal, ou seja, de um termo de parceria.

2.4 Fases do procedimento licitatório

2.4.1 Introdução

De acordo com o Tribunal de Contas da União, “Os atos de licitação devem desenvolver-se em sequência lógica, a partir da existência de determinada necessidade pública a ser atendida⁶⁹”. Desta forma, convém esclarecer que a sequência a que tal definição se refere é a dos procedimentos elencados no artigo 43 da Lei nº 8.666/93⁷⁰.

Destarte, o procedimento licitatório divide-se em duas fases distintas: a fase interna ou preparatória e a fase externa ou executória. A primeira, segundo o Tribunal mencionado anteriormente, “Delimita e determina as condições do ato convocatório antes de trazê-las ao conhecimento público⁷¹”. Esta fase inicia-se com a abertura do procedimento, compreendendo ainda a caracterização da necessidade de contratar, a definição precisa do

⁶⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 127.

⁶⁹ Tribunal de Contas da União. **Licitações & contratos: orientações básicas**. Brasília: TCU, 2003, p. 36.

⁷⁰ Vide anexo 2.

⁷¹ Tribunal de Contas da União. Op. cit., p. 36.

objeto a ser contratado, e a reserva de recursos orçamentários, entre outros, como a feitura de um projeto básico.

Por sua vez, a fase externa, que mantém relação mais direta com o objeto em análise neste trabalho, compreende o edital (ou convite), a habilitação, a classificação, o julgamento, a adjudicação e a homologação.

A maior diferença existente entre as duas fases aqui apontadas é que, durante a fase interna, se houver a constatação de falhas no procedimento, a Administração poderá corrigi-las sem precisar anular os atos praticados. Contudo, na fase externa, se constatada alguma falha e esta for insanável, o procedimento será anulado.

Ademais, cabe ressaltar que não poderão participar da licitação: o autor do projeto básico, a empresa que, isoladamente ou em consórcio, foi responsável pela elaboração do referido projeto ou da qual o autor deste seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, ou controlador, responsável técnico ou subcontratado, e o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

2.4.2 A fase externa

A fase externa inicia-se com o edital ou convite. Todavia, tais instrumentos poderão ser precedidos, excepcionalmente, por uma audiência pública, a qual se destina a tornar pública a contratação desejada. Referida excepcionalidade, ressalte-se, é reservada para as hipóteses de contratação futura cujo valor seja cem vezes superior ao limite imposto para a concorrência de obras e serviços de engenharia, e deverá ser realizada quinze dias antes da publicação do edital.

O segundo momento procedimental é o da habilitação. Ocorrerá, nesta fase, a avaliação dos documentos elencados no artigo 27 da Lei Geral das Licitações, conforme segue:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal

Em todas as licitações os interessados devem apresentar dois envelopes: um contendo as propostas e outro contendo os documentos elencados acima. Desta forma, a habilitação trata da verificação, através de comissão, dos citados requisitos e de seu atendimento pelo interessado, implementando, assim, uma análise sob o aspecto formal.

Àqueles que satisfizerem tais requisitos será conferida a habilitação. Logo, nota-se que a habilitação não é discricionária, mas, sim, vinculada. Contudo, o não atendimento aos requisitos apontados gera a inabilidade, o que inibe o conhecimento da proposta de preço do inábil, excluindo o interessado do procedimento licitatório.

A classificação é o terceiro momento da fase externa. Nela, as propostas são analisadas em seu conteúdo, visando saber se estas são viáveis e se atendem aos requisitos delineados no edital. Caso contrário, se a proposta apresentar inviabilidade ou desconformidade com os requisitos do edital, ocorrerá a desclassificação do licitante habilitado.

O julgamento ocorre após a classificação. Nele ocorre o confronto entre as propostas classificadas, havendo, por fim, a escolha de um dos interessados. Tal julgamento será efetuado pela comissão ou pelo servidor nomeado (titularidade que depende da modalidade de licitação), devendo ser uno e objetivo, seguindo os critérios de avaliação expostos no edital e moldando-se ao tipo de licitação adotada⁷².

A homologação, por sua vez, consiste na aprovação do procedimento e de seu resultado. Ela será realizada por autoridade administrativa que não faça parte da comissão, mas que seja indicada pela lei local.

Por derradeiro, a adjudicação vem no escopo de produzir alguns efeitos jurídicos em face do licitante que teve sua proposta apontada como a vencedora do certame. Os efeitos em tela são o direito de contratação futura para o vencedor, o impedimento da Administração de realizar nova licitação com o mesmo objeto, a liberação dos demais licitantes, a vinculação do vencedor aos termos do edital e da proposta vencedora e a sua sujeição às penalidades previstas no edital se não assinar o contrato no prazo estabelecido.

2.4.2.1 Edital – a lei interna da licitação

⁷² Os tipos de licitação referem-se ao critério de julgamento das propostas e são estabelecidos no edital. Podem ser de menor preço (usual), melhor técnica (o material mais eficiente, melhor e mais rentável), técnica e preço (preço mais vantajoso e melhor técnica), e maior oferta ou lance (oferta em leilão).

De acordo com a definição utilizada pelo autor Hely Lopes Meirelles, o edital é “a lei interna da concorrência e da tomada de preços⁷³”. Verdadeiramente, o instrumento convocatório, seja em forma de edital ou de carta-convite⁷⁴, transparece como uma lei, a cujas regras devem subordinar-se a Administração⁷⁵ e os administrados.

A partir de tal constatação, nota-se a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Entretanto, por vezes, há erros que prejudicam o andamento do procedimento ou do contrato decorrente, os quais devem ser sanados através de modificações no edital.

Tais modificações trazem como conseqüências as seguintes situações: uma nova divulgação do instrumento convocatório da mesma forma que se deu a divulgação anterior e a reabertura de prazo para a apresentação de novas propostas⁷⁶. Porém, as modificações em um edital devem ser encaradas como exceções, sendo realizadas somente se houver razão insuperável e com a devida justificativa do administrador. Desta maneira, não haverá o desrespeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O artigo 40 e incisos da Lei Geral das Licitações⁷⁷ estabelecem quais dados devem figurar no edital, como o objeto da licitação, o prazo e condições para a assinatura do contrato, as sanções em razão do inadimplemento, o local onde poderá ser examinado o projeto básico e executivo, os critérios para participar da licitação e para o julgamento, as condições de pagamento, entre outros.

O edital deve, então, ser publicado interna e externamente, admitindo-se a publicação resumida neste último caso. Após sua divulgação, correrá o prazo para convocação dos interessados, o qual variará de acordo com a modalidade da licitação⁷⁸.

Por outro lado, se o edital tiver alguma irregularidade, é cabível sua impugnação. Referido ato, na esfera administrativa, poderá ser realizado pelos licitantes e pelos cidadãos.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 110.

⁷⁴ A maneira como se exterioriza o instrumento convocatório depende da modalidade de licitação. Via de regra, utiliza-se o edital, mas, quando a modalidade da licitação é a de convite, utiliza-se instrumento diverso, denominado como carta-convite.

⁷⁵ Neste sentido, versa o artigo 41 do Lei nº 8.666/93, “A Administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

⁷⁶ Através destas medidas nota-se o respeito ao princípio da publicidade e da igualdade.

⁷⁷ Vide anexo 2.

⁷⁸ O prazo mínimo será de trinta dias nas concorrências, quarenta e cinco nos concursos, quinze nas tomadas de preço e leilão e cinco dias úteis nos convites.

Contudo, nada obsta o recurso às vias judiciais⁷⁹, onde o Ministério Público também é legitimado para interpô-lo, através de ação civil pública ou de medida cautelar.

Quanto aos prazos para impugnar na esfera administrativa, para o licitante é de até dois dias úteis da abertura dos envelopes de habilitação nas concorrências ou dos envelopes de propostas nos convites, tomadas de preço, concursos e leilões (artigo 41, §2º); e, para os cidadãos, é de até cinco dias úteis da abertura. Deixando os dois de fazê-lo, não poderão mais impugnar administrativamente o edital. Apesar disto, e como mencionado anteriormente, poderá se levar a insatisfação às vias judiciais.

Para evitar qualquer represália em face do participante da licitação que impugnou o edital, é garantida a ele a participação no certame até decisão final, que deverá ser manifestada pela Administração Pública no prazo de três dias, de acordo com o artigo 41, §1º, do Estatuto.

Por fim, cabe ainda esclarecer que o cidadão, além da impugnação na esfera administrativa e da interposição de ação no âmbito judicial, também poderá interpor representação perante o Tribunal de Contas correspondente, órgão fiscalizador das finanças públicas.

2.4.3 Contratação: ato procedimental ou decorrente da licitação?

Faz-se necessário, para a melhor compreensão dos levantamentos que virão adiante, comentar sobre o contrato e seu lugar na licitação.

Primeiramente, cabe esclarecer o sentido do termo contrato na Lei em análise neste trabalho. Neste sentido, aponta o parágrafo único do artigo 2º do diploma normativo retromencionado o seguinte:

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Logo, através da análise do dispositivo acima, denota-se que a Lei compreende o termo contrato em sentido amplo, englobando qualquer tipo de ajuste, seja qual for a sua denominação, entre a Administração Pública e particulares, de comum acordo para a formação de um vínculo e estabelecimento de obrigações recíprocas.

⁷⁹ O licitante poderá valer-se de mandado de segurança, e o cidadão, de ação pública quando presente dano ao patrimônio público.

Contrários a esse entendimento, Marçal Justen Filho⁸⁰ e Ronny Charles Lopes de Torres⁸¹ afirmam que os contratos indicados no dispositivo em análise se referem apenas aos administrativos (um gênero que possui três espécies, quais sejam, os contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas, os propriamente ditos e os de direito privado praticados pela Administração), sendo, desta forma, apartados destes tipos de contratos, e por isso, tratados e analisados de maneira diversa os convênios, os acordos de cooperação e os instrumentos congêneres.

Compreende-se, portanto, que referida vertente representa a opção mais viável para a interpretação do artigo em estudo, pois ao afirmar que os contratos relacionados são apenas os administrativos, exclui aqueles instrumentos de vinculação que possuem finalidades divergentes da natureza do contrato decorrente de uma licitação.

O segundo ponto a ser analisado é sobre a interação do contrato com a licitação. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, já é firmado o entendimento de que “a contratação não é negócio jurídico que compõe os atos procedimentais da licitação, embora deles seja decorrente⁸²”

Logo, a fase de adjudicação dentro da fase externa da licitação não compreende o contrato, mas apenas confere ao vencedor o direito a uma futura contratação, tratando-se apenas de mera expectativa de direito, já que é incerta a formalização do contrato ou do direito.

Desta maneira, não há, portanto, base na afirmativa que classifica o contrato como ato que compõe o procedimento licitatório.

2.5 As consequências legais, no procedimento licitatório, referentes a vícios ou condutas ilegais no certame

2.5.1 Invalidação da licitação (revogação e anulação)

A invalidação da licitação pode decorrer de anulação ou revogação. A anulação dar-se-á quando for observada qualquer ilegalidade no procedimento, podendo ser realizada a qualquer momento antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 278.

⁸¹ DE TORRES, Ronny Charles Lopes. **Leis de licitações públicas comentadas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 27.

⁸² REsp 579.043/PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ de 27.09.2004 e MC 13838/ES, 1ª Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, DJ de 07.05.2008.

verifique e aponte a infringência à Lei ou ao edital⁸³. Vale ressaltar que o ato de anulação, ao ser realizado, carece de fundamentação e publicação.

Os efeitos da anulação são *ex tunc*, ou seja, retroagem às origens do ato anulado, pois o ato ilegal não gera conseqüências jurídicas válidas, bem como não produz direitos e obrigações entre as partes. Desta forma, não sujeita a Administração a qualquer indenização⁸⁴, tendo em vista que o dever do Poder Público é o de velar pela legitimidade de seus atos, corrigindo ilegalidades apuradas e invalidando o ato ilegítimo para que outro possa ser praticado validamente.

Quanto à revogação, esta gera efeitos *ex nunc*, ou seja, efeitos que não retroagem, apenas permeando momentos futuros à revogação. Desta forma, e ao contrário da anulação, ela pode gerar direito à indenização para o licitante vencedor.

De acordo com o *caput*, do artigo 49, da Lei nº 8.666/93, a revogação acontece por “razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado”. Em outras palavras, ela não tem origem em uma ilegalidade, mas em um procedimento legal, porém, inconveniente e inoportuno à Administração. Nota-se, também, que o ato de revogação deve ser justificado, bem como o de anulação, e que é ato exclusivo da Administração, não cabendo sua prática ao Judiciário.

Por fim, se o ato não contiver suficiente demonstração do interesse público apontado na revogação, poderá o licitante vencedor buscar o restabelecimento da licitação. No entanto, a Administração não poderá ser obrigada a contratá-lo.

2.5.2 Recursos administrativos

Existem, de acordo com o artigo 109 da Lei Geral das Licitações, três tipos de recursos administrativos: o recurso hierárquico, a representação e o pedido de reconsideração.

O recurso hierárquico é cabível, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata⁸⁵, nas hipóteses de impugnação contra: a habilitação ou inabilitação de licitantes; o julgamento das propostas; a anulação ou revogação da licitação; o indeferimento de inscrição, a alteração ou cancelamento no registro cadastral; a rescisão de contrato; e a aplicação das penalidades de advertência, suspensão temporária ou multa.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 282

⁸⁴ Lei nº 8.666/93, art. 49, § 1º.

⁸⁵ De acordo com o artigo 109, § 6º, do Estatuto, no caso da licitação ter como modalidade convite, reduz-se para dois dias úteis o prazo para recurso contra habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas.

Nas duas primeiras hipóteses, aos recursos contra a habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas será atribuído o efeito suspensivo. Assim, só após decidido tal recurso é que o certame poderá prosseguir normalmente.

A representação, de acordo com o inciso II do artigo retromencionado, é cabível, no prazo delineado anteriormente, contra decisão relativa ao objeto da licitação, da qual não comporte recurso hierárquico.

Quanto ao pedido de reconsideração, este é previsto, no prazo de dez dias úteis, contra decisão de Ministro ou Secretário do Estado ou Município que tenha aplicado as penalidades de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Desta forma, exceto as duas hipóteses já elencadas, os demais recursos têm somente efeito devolutivo, podendo conter efeito suspensivo apenas com a indicação motivada da Administração Pública (artigo 109, § 2º, do Estatuto).

É necessário, ainda, esclarecer que a interposição de qualquer recurso deve ser comunicada ao demais licitantes, tendo em vista o interesse deles na decisão da Administração. Neste diapasão, eles têm o prazo de cinco dias para impugnar referido recurso.

Por último, transcorrido o prazo recursal, a decisão administrativa torna-se imutável na esfera da Administração, operando-se o fenômeno denominado, por Hely Lopes Meirelles, de preclusão administrativa⁸⁶.

2.5.3 Crimes e sanções penais

A Lei nº 8.666/93 destinou um capítulo especial para tipificar crimes e prever sanções para os mesmos. Cabe ressaltar que somente são puníveis condutas a título de dolo. Portanto, não haverá punição quando a conduta decorrer de culpa do agente.

Verifica-se ainda que as sanções penais, previstas nos artigos 89 a 99 do diploma supracitado, são severas, mais do que as da legislação anterior, e por isso devem ser utilizados critérios razoáveis de imputação. Evita-se, assim, a aplicação desproporcional dos rigores da Lei.

⁸⁶ Esclarece o autor que a essa imutabilidade da decisão é que alguns denominam de coisa julgada administrativa, expressão imprópria para caracterizar o referido fato administrativo preclusivo. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 185.

CAPÍTULO III – A PARTICIPAÇÃO DE OSCIPs EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

3.1 Introdução

A crescente importância das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e de outras figuras congêneres é reflexo de sua atuação no cenário administrativo e social, o que se deve pela constante parceria entre referidas entidades e o Poder Público para a prestação de serviços de cunho social.

Contudo, atualmente, tornaram-se frequentes as participações destas organizações em licitações públicas, o que devido sua polêmica, tem causado divergências nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

De fato, certas OSCIPs têm participado de licitações com o objetivo de realizar contratos com a Administração para prestar serviços e fornecer mão-de-obra terceirizada, em paralelo à sua atividade própria como OSCIP, cujas finalidades estão elencadas no artigo 3º da Lei nº 9.790/99. A polêmica, então, é devida à quebra ou não destas finalidades quando há a prestação destes outros serviços para a Administração, bem como à utilização de prerrogativas de imunidades⁸⁷ para que, assim, apresentem preços mais baixos e competitivos dentro do certame.

Desta forma, originou-se uma divisão de posicionamento entre os doutrinadores, que em parte se manifestam a favor, afirmando que as participações de OSCIPs em licitações e os possíveis contratos decorrentes das vitórias nos certames são uma fonte de auto-sustentabilidade para referidas organizações. Por outro lado, encontra-se uma vertente que se posiciona contra tal interação, expondo que esta causa o desequilíbrio da competição dentro do procedimento licitatório, ferindo o princípio da igualdade, bem como vai de encontro à Lei das OSCIPs.

Logo, a participação destas entidades nas licitações públicas será o objeto de estudo deste capítulo, ensejando a análise das doutrinas existentes e as possíveis soluções para a amenização da problemática que envolve esta interação.

⁸⁷ No tocante aos incentivos fiscais, a Medida Provisória nº 2.113/32, de 21 de junho de 2001, instituiu a permissão para a dedução de imposto de renda das pessoas jurídicas até o limite de 2% do lucro operacional das doações feitas às OSCIPs; e a Lei Federal nº 10.637/2002 permitiu que tais entidades poderão obter isenção de imposto de renda, assim como receber doações dedutíveis (IR), ainda que remunerem seus dirigentes e desde que observe o limite da remuneração dos servidores públicos do Poder Executivo Federal.

3.2 As principais vertentes doutrinárias

Primeiramente, comentar-se-á sobre a corrente doutrinária que se manifesta contra a participação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público em licitações públicas. Esta vertente aduz que a única forma de vinculação das OSCIPs com o Poder Público é através do termo de parceria, logo, a participação e a contratação de uma organização mediante licitação pública rompem totalmente com a Lei nº 9.790/99, tendo em vista que uma OSCIP não pode ter qualquer instrumento de vinculação com a Administração Estatal, salvo o termo de parceria.

Alega-se, ainda, que tais participações em procedimentos licitatórios vão de encontro a um dos princípios basilares da licitação pública - qual seja: o da igualdade, pois as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não concorrem no mesmo patamar com as outras pessoas jurídicas de direito privado que estejam pleiteando a vaga em supracitado procedimento, tendo em vista que aquelas possuem benefícios fiscais do Estado (isenções e imunidades) e ficam em posição privilegiada perante os demais concorrentes.

Ademais, defende-se que o fornecimento de mão-de-obra terceirizada, ou prestação de serviços de ordem comercial mediante contrato decorrente de licitação, desvia a OSCIP de sua finalidade. Neste sentido, posiciona-se o autor Marçal Justen Filho⁸⁸.

Por sua vez, a vertente que considera tal participação aceitável, evidencia que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são formadas por fundações e associações. Portanto, em casos de omissão da lei, as OSCIPs devem ser regidas pelos mesmos fundamentos destas entidades⁸⁹.

Logo, tal corrente segue o posicionamento do Conselho Federal de Contabilidade⁹⁰ e o entendimento que já existe no Supremo Tribunal Federal⁹¹, que dispõe

⁸⁸ Marçal Justen Filho, em comentário ao art. 28 da Lei nº 8.666/93, aduz: “No tocante à sociedade, quanto a atividade objeto de contratação caracterizar exercício de comércio, somente poderão ser admitidas sociedades comerciais. Assim, uma sociedade civil não deteria direito de licitar quando a execução do contrato caracterizasse exercício de mercancia, estaria atuando irregularmente [...] uma sociedade civil não pode exercer atividades mercantis e vice-versa. O motivo é que, ao dedicar-se a atividade de outra natureza, estará sujeita a regime jurídico diverso, inclusive no tocante à formalização de sua inscrição. Uma associação (sociedade civil sem fins lucrativos) não pode dedicar-se a atividade especulativa”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 409

⁸⁹ Em respeito ao artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe sobre a aplicação da analogia nos casos de omissão da lei.

⁹⁰ O CFC manifestou-se no sentido de que: “O novo Código Civil apresentou algumas modificações no seu texto sobre as organizações da sociedade civil, inserindo a expressão ‘de fins não econômicos’, o que forçaria interpretações não-favoráveis ao perfil institucional das organizações sociais, em um momento em que se concentram esforços para a busca definitiva da autosustentabilidade por meio da promoção de atividades de cunho essencialmente econômico: prestação de serviços profissionais, fabricação e venda de artesanatos e de

que as associações e fundações podem realizar atividade econômica na medida em que seu resultado seja destinado exclusivamente à finalidade essencial da entidade⁹².

Desta forma, a referida vertente aplica o mesmo às Organizações em apreço, por entender que seu regulamento é omissivo no tocante a realização dos serviços em destaque. Ou seja, a atividade econômica desempenhada pela OSCIP (da mesma forma que as fundações e associações) deve estar ligada à sua finalidade e não deve proporcionar lucros para os dirigentes, devendo qualquer ganho ser aplicado na manutenção ou no aumento do patrimônio de tal entidade.

Defende-se, assim, a legalidade da participação de tais entidades nos procedimentos licitatórios que tenham como objeto serviços de natureza comercial e fornecimento de mão-de-obra terceirizada, em razão dos motivos já explanados, bem como da necessidade de as OSCIPs interferirem no mercado como maneira de obter uma renda extra para se auto-sustentar, tendo em vista as dificuldades do cenário econômico-financeiro do País e a fomentação do Estado, a qual não se dá de forma completa.

Por fim, com o objetivo de afastar o desrespeito ao princípio da igualdade, tal vertente doutrinária defende que os órgãos públicos que atuam em áreas diversas⁹³, que requerem a contratação de serviços terceirizados, devem ter cuidado ao elaborar o edital de licitação no que diz respeito à igualdade entre os participantes. Contudo, não explanam referido ponto com mais detalhes, não demonstrando como se daria tal elaboração. Integrando esta corrente, tem-se Carlos Inácio Prates⁹⁴.

Quanto à jurisprudência, podemos citar o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e do Tribunal de Contas da União. O primeiro, através de sua assessoria jurídica, no parecer nº 601/2006, referente ao processo nº 01993/2006-4, adotou a seguinte posição:

O objeto social de uma Oscip é exclusivamente a colaboração com o Poder Público, aproximando-se o Termo de Parceria de um convênio, já que as partes devem ter interesses comuns e visar a mútua cooperação [...] Em outros termos, não pode uma Oscip fornecer serviço que deveria ser adquirido mediante contrato, como é exemplo

outros produtos”. Conselho Federal de Contabilidade. **Manual de procedimentos contábeis para fundações e entidades de interesse social**. Brasília: CFC, 2003, p. 21.

⁹¹ RE nº 164162-2, 1º Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13.09.1996.

⁹² José Eduardo Sabo Paes leciona no mesmo sentido do entendimento do STF e do CFC. PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 65.

⁹³ Fala-se em atuação em área diversa, pois, em contrapartida, o parágrafo único do artigo 3º da Lei das OSCIPs autoriza, expressamente, a prestação de serviços intermediários aos órgãos do setor público que atuem em áreas afins, por meio de termo de parceria.

⁹⁴ PRATES, Carlos Inácio. OSCIPs e o fornecimento de mão-de-obra terceirizada: questão polêmica. **Revista zênite de licitações e contratos – ILC**, Curitiba, ano XV, n. 178, p. 1.248, dez. 2008.

a terceirização de mão-de-obra⁹⁵.

Quanto ao Tribunal de Contas da União⁹⁶, há por esta Corte o reconhecimento de que o tema tratado é polêmico e objeto de divergência no Direito, mas reconhece inexistir vedação legal expressa à participação de referidas organizações em licitações públicas.

Porém, cabe ressaltar que, apesar de tal reconhecimento, o TCU firmou um critério claro para a aferição da possibilidade de referida participação, qual seja, o exame rigoroso da compatibilidade entre a finalidade da entidade e o objeto da licitação. Desta maneira, não seria passível a participação de uma OSCIP em procedimento licitatório que possua objetos alheios às suas finalidades.

3.3 A apresentação de uma corrente mista

3.3.1 Introdução

A licitação possui, dentre suas finalidades, o escopo de possibilitar que o maior número possível de interessados venha a participar validamente do certame. Isto tanto vem a beneficiar os licitantes como a Administração, pois de um lado há o atendimento ao princípio da igualdade, ao franquear a todos os administrados a possibilidade de participar das licitações públicas, e, de outro, ao ampliar tais possibilidades, maior será a probabilidade da seleção de uma proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Desta forma, não é interessante excluir de forma absoluta qualquer tipo de pessoa jurídica ou física da participação em procedimentos licitatórios. Porém, em contrapartida, não é coeso o desrespeito aos princípios norteadores da licitação pública, muito menos a qualquer legislação firmada.

É neste sentido que esta corrente de pensamento se posiciona, procurando ser uma mediadora entre as vertentes analisadas anteriormente, através da ponderação entre os entendimentos jurisprudenciais e as doutrinas já estabelecidas, e de uma compreensão ampla, levando-se em conta o âmbito econômico-financeiro do país e suas conseqüências dentro das entidades em análise.

⁹⁵ Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Manifestação acerca da habilitação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP – o caso do enquadramento da entidade ITS – Instituto Terra Social. **Revista Controle**. Fortaleza, v. VI, n. 1, p. 108, dez. 2006.

⁹⁶ Acórdão nº 1021/2007 (processo nº 002.993/2007-5), Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, D.O.U de 05.06.2007.

3.3.2 Aspectos relevantes quanto às OSCIPs

O levantamento de referidos aspectos tem o intuito de contrapor alguns apontamentos das correntes analisadas no tópico 3.2. Neste íterim, o primeiro ponto a ser estudado é o da obrigatoriedade da vinculação entre a Administração Pública e uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público através somente do termo de parceria, tese esta sustentada pela doutrina contrária à referida interação e confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

O termo de parceria foi instituído no artigo 9º da Lei nº 9.970/99⁹⁷. De acordo com este dispositivo, tal termo é realmente um instrumento de vinculação exclusivo das OSCIPs quando estas interagem com o Poder Público. Contudo, fica nítido, no mesmo artigo, que o termo somente é cabível quando destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, onde o Estado fomenta e a entidade desempenha serviço de relevante interesse social.

Pode-se observar, então, que o termo de parceria não tem caráter obrigatório conforme apontou o TCE, tendo em vista que ele só poderá ser realizado quando houver natureza de cooperação entre as partes, o que não acontece na licitação. Outro ponto a ser exposto é que não há norma legal expressa que vede a uma OSCIP o direito de fechar contrato com a Administração Pública nos casos onde o termo de parceria não seja aplicável.

Logo, não há razão em se afirmar que uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público só poderá se vincular com o Poder Público através de termo de parceria, não podendo jamais fazê-lo por contrato.

Outro aspecto a ser discutido é a afirmação de que as entidades em análise não podem participar de licitação. O próprio Tribunal de Contas da União, contrariando tal afirmativa, assim aduz: “Reconheço inexistir, até onde sei, expressa vedação legal à participação de tais entidades em licitações públicas⁹⁸”. Consequentemente, conclui-se que o apontamento explanado vai contra a jurisprudência e não tem embasamento legal.

Quanto ao fato de a interação em análise ocasionar o desvio de finalidade nas Organizações da Sociedade Civil, deve-se ponderar tal assertiva, haja vista que a mera participação de uma OSCIP em um procedimento licitatório e sua possível contratação não ocasionarão desvio na finalidade daquela, situação que só se confirmará se não houver

⁹⁷ Referido dispositivo já foi objeto de estudo neste trabalho no tópico 1.2.3.

⁹⁸ Acórdão nº 1021/2007 (processo nº 002.993/2007-5), Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, D.O.U de 05.06.2007.

conexão entre os fins da organização e o objeto da licitação. Coaduna-se, com tal linha de pensamento, o posicionamento do TCU.

Por outro lado, deve ser abordada também a questão da equiparação das entidades em tela com associações e fundações no sentido de permitir que aquelas também possam desempenhar atividades de cunho econômico, desde que os ganhos sejam revertidos para a sua auto-sustentação e para o desenvolvimento de sua finalidade.

Referido aspecto, defendido pela vertente que apóia a participação de OSCIPs em licitações, afronta duas características fundamentais destas organizações. A primeira é o fato de que tais entidades possuem um regime jurídico diferenciado e específico, logo, não seria condizente essa equiparação com associações e fundações, mesmo que as OSCIP sejam compostas por aquelas, tendo em vista que não seria viável a aplicação de tais normas, mais gerais e menos rigorosas, em um regime mais específico e não compatível em todo.

Ademais, a omissão que se alega quanto ao desenvolvimento de atividade comercial não é completa. Considerando que o inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.790/99 aponta as sociedades comerciais como pessoas não passíveis de qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, pode-se deduzir que não condiz com as finalidades de uma OSCIP a execução de atividades comerciais, mesmo que para o seu sustento. Neste diapasão, para a realização de tais atividades, a pessoa jurídica qualificada como OSCIP deverá se submeter a outro regime jurídico.

A segunda característica afrontada é o fato de referidas entidades fazerem parte do Terceiro Setor, o que significa que não integram a estrutura do Estado (Primeiro Setor), bem como não estão inseridas no mercado (Segundo Setor). Portanto, ao desempenhar atividades econômicas e comerciais, as referidas organizações estariam intervindo no mercado, ou seja, no Segundo Setor, e, assim, não teriam mais razão de serem qualificadas como entidades do Terceiro, causando sua desnaturalização e a conseqüente submissão a outro regime jurídico.

3.3.3 Aspectos relevantes quanto à licitação pública

Quanto ao procedimento licitatório, alguns pontos devem ser analisados para a melhor adequação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público em seu certame.

A doutrina que se posiciona contra a interação em estudo aduz que a participação de OSCIPs em licitações vai de encontro ao princípio da igualdade. Contudo, deve-se ponderar tal afirmativa.

Primeiramente, deve-se observar a existência de medidas que, ao serem executadas, impedem tal conflito. Neste sentido, cite-se a atenta feitura do edital pela comissão responsável, especificando quais tipos de pessoas podem participar da licitação como interessados e o tipo de licitação a ser lançada.

Quanto ao edital, como mencionado anteriormente, ele é a lei interna da licitação, daí sua tamanha importância e seu poder de vinculação. Referido instrumento, em sua elaboração, deve ter objetividade e clareza, inclusive no que diz respeito à especificação do rol de participantes. Logo, a comissão, estando atenta ao objeto do certame, deve observar quais os possíveis tipos de interessados que poderão se inscrever.

Neste caso, se o objeto da licitação tem alguma finalidade social, a comissão deve atentar para a possível participação de OSCIPs, fundações, associações e outros tipos de entidade de interesse social. Contudo, se referida observância não foi realizada no momento de feitura do edital, será possível, quando necessário, a inclusão destas organizações no rol de habilitados para a participação na licitação pública em questão, através de modificação de tal instrumento⁹⁹.

Tal atitude viabiliza uma das finalidades da licitação pública, já mencionada neste capítulo: permitir que o maior número possível de interessados venham a participar do supracitado certame, possibilitando uma maior concorrência, um maior número de ofertas e, conseqüentemente, uma escolha bem sucedida, ou seja, com um preço menor e uma técnica melhor.

O outro apontamento a ser feito trata do tipo de licitação a ser realizada. Os tipos de licitação referem-se ao critério de julgamento das propostas e são estabelecidos no edital. Podem ser de menor preço (usual), melhor técnica (o material mais eficiente, melhor e mais rentável), técnica e preço (preço mais vantajoso e melhor técnica), e maior oferta ou lance (oferta em leilão).

Cabe observar que a escolha do tipo de licitação tem reflexo direto no princípio da igualdade nos casos em que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público estão na condição de licitantes.

A vertente que não apóia a participação destas entidades em procedimentos licitatórios acredita que os incentivos fiscais que o Estado proporciona a tais organizações provocam o desequilíbrio na concorrência entre os interessados, tendo em vista que, desta forma, há a possibilidade de as OSCIPs ofertarem preços mais baixos do que os outros

⁹⁹ Neste caso, cabe observar as conseqüências desta modificação, ou seja, sua justificativa e publicização, conforme mencionado no tópico 2.4.3.

participantes, os quais, por sua vez, não têm condições de competir com referidos valores, pois não dispõem dos mesmos incentivos que aquelas, tendo que incluir, em suas ofertas, a tributação paga à Administração. E este fato, conseqüentemente, eleva o *quantum* de suas propostas.

Ocorre que, ao se determinar o tipo de licitação no edital, algumas medidas podem impedir o desrespeito ao princípio da igualdade. A adoção do tipo de melhor técnica na licitação é a forma mais viável para que não haja, no procedimento, qualquer indício de contrariedade ao postulado retromencionado, considerando que neste tipo de procedimento será observado, para fins de contratação, qual licitante oferece melhor tecnologia, material e corpo profissional, não se relacionando, em princípio, ao preço.

Neste sentido, é mister observar que uma OSCIP pode realmente oferecer um preço mais baixo, mas isso não enseja que ela venha a apresentar uma técnica tão apurada quanto uma empresa privada que investe maciçamente no emprego de novas tecnologias e mão-de-obra especializada, tendo em vista que a última atua diretamente em um mercado competitivo.

Logo, em uma licitação tipificada como de melhor técnica não haveria problemas quanto aos incentivos fiscais das OSCIPs e ao princípio da igualdade, pois o preço não seria levado em conta como critério para a escolha da licitante vencedora.

Vale salientar que, em casos de empate entre os participantes e quando aplicados os outros tipos de licitação (excetuando-se a de maior oferta ou lance, que se mostra inviável para a participação de OSCIPs, tendo em vista que feriria completamente o princípio da igualdade), quando o valor da proposta iria importar como critério para escolha, dever-se-ia apresentar uma planilha de custos detalhada, na qual constariam todos os valores e a que estes se reportavam, os quais, somados, representariam o valor da proposta.

Desta forma, havendo uma OSCIP no certame, para tornar equânime a concorrência, as importâncias das quais aquela fosse isenta (o imposto de renda, por exemplo) deveriam ser eliminadas, pela comissão, das planilhas das outras concorrentes, abatendo-as do seu preço, ou seja, excluir-se-ia o valor do imposto de renda pago pelas outras empresas dos valores de suas propostas, havendo, desta forma, uma competição em um mesmo patamar para todos os participantes. Contudo, faz-se necessário ratificar que tal critério de desempate ou avaliação deve constar em edital.

Outro quesito a ser abordado, apesar de já explanado no ponto anterior, trata-se da legalidade das participações das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público em procedimentos licitatórios, especificamente quanto à legislação destes. Desta maneira, a

afirmativa, da corrente contra referida participação, de que tais entidades não poderiam participar de licitação, além de não encontrar embasamento na jurisprudência e na Lei 9.790/99, também não se adequa à legislação pertinente às licitações públicas.

Isto decorre do fato de que, se há a hipótese de dispensa de licitação quando a Administração Pública deseja contratar serviços de entidades sem fins lucrativos que já derivem de uma vinculação principal, há, então, a obrigação, por dedução e exclusão, de realizar licitação quando não houver, inicialmente, um convênio ou termo de parceria e haja referido interesse de contratação (entenda-se, aqui, o termo contratação em seu sentido *lato*)¹⁰⁰.

Por fim, cabe salientar que a aplicação e observação dos quesitos apontados, tanto no que se refere às OSCIPs quanto às licitações, em nada será viável para a interação destas se não houver uma eficaz fiscalização. Esta deve ser executada não somente pelos titulares retromencionados no ponto 2.4.2.1 (licitantes, cidadãos e Ministério Público), que zelam pela obediência aos princípios da licitação, da legislação pertinente e da vinculação ao edital; mas, também, pelos responsáveis pelo controle das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, levando-se em conta que devem prezar pelo cumprimento da finalidade de referida sociedade e de sua obediência em relação à sua regulamentação e aos princípios da Administração Pública, tendo em vista o vínculo formulado com ela.

A inobservância de qualquer dos itens acima referidos podem causar a anulação do procedimento licitatório, o fim do vínculo entre a organização e o Estado ou, até mesmo, a desnaturação da entidade, com a conseqüente perda do seu título.

¹⁰⁰ O caso de dispensa em destaque foi analisado no tópico 2.3.2.1.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as análises realizadas neste trabalho, almejou-se alcançar um maior esclarecimento sobre a regulamentação, atuação e importância das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, da mesma forma que se fez quanto às licitações públicas, através do estudo de princípios e procedimentos que as norteiam. Referido estudo teve como objetivo utilizar estas informações como base para o entendimento e posicionamento sobre as atuais participações de OSCIPs em licitações públicas.

Analizando-se, então, as correntes predominantes e a jurisprudência referente à interação em questão, considerou-se viável a aplicação de uma terceira vertente que, através de um estudo crítico das doutrinas e das decisões dos tribunais, sem deixar de observar as condições sócio-econômicas, firma-se como um meio termo, um posicionamento crítico que tem como escopo respeitar os princípios da licitação e sua regulamentação, bem como os princípios e normas que regem as organizações aqui comentadas.

Equilibrando-se, então, o atual cenário econômico em que se encontram referidas entidades e as dificuldades para a manutenção das mesmas, tendo em vista que o termo de parceria com o Estado não é obrigatório¹⁰¹ (este só chega a se vincular com uma OSCIP depois de consulta de resultado positivo, realizada pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes¹⁰²), com a finalidade das licitações públicas de permitir que o maior número de interessados venha a participar do certame, em defesa do princípio da igualdade e em busca de um maior leque de propostas, a participação de referidas Organizações deve ser levada em conta, mas de forma que não ofenda qualquer postulado ou regulamento e prejudique o segundo setor (o mercado).

Desta forma, ainda considerando a já citada finalidade, não seria viável a proibição completa da participação de OSCIPs em licitações públicas, mas também é inconcebível proporcionar elasticidade tamanha para este tipo de interação, ao ponto de desrespeitar a sua regulamentação e os princípios norteadores dos procedimentos licitatórios.

Logo, esta terceira via, criticando e agregando alguns pontos levantados tanto pela corrente a favor como pela vertente contra a participação destas organizações em licitações, e

¹⁰¹ O autor Luís Eduardo Patrone aduz que o fato de uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos obter qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público não significa que a mesma terá vinculação com o poder público através de termo de parceria. Logo, observa-se um eventual caráter discricionário da decisão referente à celebração ou não do termo de parceria. REGULES, Luís Eduardo Patrone. **Terceiro setor:** regime jurídico das OSCIPs. São Paulo: Método, 2006, p. 162.

¹⁰² Lei nº 9.790/99, art. 10, § 1º.

tendo como base as legislações pertinentes e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, mostra, através de alguns apontamentos, a possibilidade destas participações e de decorrentes contratações.

Portanto, as conclusões obtidas neste trabalho consistem basicamente nas seguintes: as entidades em estudos podem, sim, participar de licitações públicas, tendo em vista que não existe nenhuma vedação legal expressa para isso, além do reconhecimento de tal fato pelo TCU, como visto anteriormente.

O termo de parceria não é o único meio de vinculação (com a Administração Pública) existente para as OSCIPs, apesar de serem de seu uso exclusivo, tendo em vista que a Lei que as regula afirma, taxativamente, que o mesmo só pode ser utilizado em vínculos de natureza de cooperação. Logo, nos casos em que não seria cabível o termo de parceria, devido à ausência de referida natureza, nada impede a celebração de um contrato, pois, novamente, não há nenhuma restrição legal para que isto aconteça.

A finalidade da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público não será contrariada com a mera participação desta em um procedimento licitatório e sua possível contratação, haja vista que o desvio da mesma só acontecerá se não houver conexão entre os fins da organização e o objeto da licitação.

O exercício de atividades de cunho econômico ou comercial por tais entidades irá descaracterizá-las como organizações de Terceiro Setor, devido à intervenção destas no mercado. Logo, permitir que elas venham a executar referidas atividades, além de ir de encontro à sua natureza, mesmo que o exercício tenha como objetivo a manutenção e ampliação da OSCIP para o cumprimento de sua finalidade principal, dá margem à utilização, com má-fé, de referida titulação.

O princípio da igualdade, postulado basilar da licitação pública e decorrente do princípio constitucional da isonomia, deve ser respeitado a todo custo, tanto como forma de proteção ao instrumento em comento, como ao Segundo Setor, que também deve receber os cuidados de um Estado que se norteia pelo princípio da subsidiariedade.

A vertente mista, que este trabalho propõe, aponta, então, formas para que as participações de OSCIPs em procedimentos licitatórios não ocasionem qualquer ofensa a tal postulado, através da atenta observação dos órgãos públicos interessados em contratar serviços terceirizados, ao elaborar o edital, no que se refere às normas quanto à igualdade dos participantes, estabelecendo as categorias de pessoas jurídicas aptas a participar do certame, o tipo de licitação a ser realizada e os critérios de julgamento.

Desta forma, percebe-se que há, sim, a possibilidade das participações de OSCIPs em licitações públicas sem ofender o princípio da igualdade e a finalidade de referidas organizações, funcionando tal interação como uma fonte de auto-sustentabilidade para as entidades supramencionadas. Contudo, a inobservância dos critérios estabelecidos podem ocasionar, como dito anteriormente, a anulação do procedimento licitatório, o término do contrato estabelecido ou, até mesmo, a perda da qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Cabe ainda observar que, para o procedimento ocorrer como se deve, há que se ter uma fiscalização efetiva por partes dos legitimados, tanto no âmbito das licitações quanto no das OSCIPs. Estes, por sua vez, deverão observar, atentamente, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência em seus procedimentos.

Neste diapasão, evitar-se-ia a desnaturação das organizações em comento e a conseqüente perda de tal qualificação, além de concomitantemente permitir uma forma de garantir sua auto-sustentabilidade, respeitando os princípios e as finalidades retromencionados e atendendo, assim, de forma satisfatória, os parâmetros da Lei nº 9.790/99, da Lei nº 8.666/93 e as necessidades impostas pelo atual cenário econômico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Poder Legislativo, Brasília, DF, 1988.

_____. Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08.08.2005.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15.12.2006.

_____. Lei nº 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31.12.1973.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03.06.1992.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22.06.1993.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18.05.1998.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24.03.1999.

_____. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31.12.2002.

_____. Medida Provisória nº 2.113-32, de 21 de junho de 2001. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22.06.2001.

_____. Medida Provisória nº 2.143-32, de 02 de maio de 2001. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03.05.2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – REsp 579.043/PR, Rel. Min. João Otávio de Miranda, Segunda Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 27.09.2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF – RE 164162/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 14/05/1996, DJ 13.09.1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 nov. 2010.

_____. Tribunal Contas da União. TCU – Acórdão nº 1.777/2.005, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, Plenário, julgado em 16/11/2005, DOU 22.11.2005. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 24 nov. 2010.

_____. Tribunal Contas da União. TCU – Acórdão nº 1.021/2.007, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, Plenário, julgado em 01/06/2007, DOU 05.06.2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Manual de procedimentos contábeis para fundações e entidades de interesse social**. Brasília: CFC, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Entidades do terceiro setor e dever de licitar. **Fórum de contratação e gestão pública - Fórum**. Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 65, p. 9-11, maio 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

NOGUEIRA, J. C. Ataliba. **O estado é um meio e não um fim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PRATES, Carlos Inácio. OSCIPs e o fornecimento de mão-de-obra terceirizada – questão polêmica. **Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC**, Curitiba, ano XV, n. 178, p. 1.241-1.248, dez. 2008.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs.** São Paulo: Método, 2006.

RIGOLIN, Ivan. **Manual prático das licitações.** São Paulo: Saraiva, 1991.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor.** São Paulo: Malheiros, 2003.

ROJAS, Francisco José Villar. **Privatización de servicios públicos.** Madrid: Montecorvo, 1993.

TORRES, Ronny Charles Lopes. **Leis de licitações públicas comentadas.** Salvador: JusPodivm, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações & contratos: orientações básicas.** Brasília: TCU, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ. Manifestação acerca da habilitação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP – o caso do enquadramento da entidade ITS – Instituto Terra Social. **Revista Controle**, v. 6, n. 1, p. 107-108, Fortaleza, dez. 2006.

ZYMBLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANEXOS

ANEXO 1

ANEXO 2

