



**ORGANIZAÇÕES DA
SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE
PÚBLICO: GESTÃO PRIVADA
DE RECURSOS PÚBLICOS E
A INAPLICABILIDADE DO
ESTATUTO LICITATÓRIO
ANTE OS LIMITES DO PODER
REGULAMENTAR**

Raiane Mousinho Fernandes Borges

Aluna de pós-graduação em Direito
Administrativo na UFRN

RESUMO

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips) fazem parte do chamado Terceiro Setor no Brasil, sendo entidades sem fins lucrativos colaboradoras do Poder Público, qualificadas como Oscips por ato do Ministério da Justiça, disciplinadas pela Lei Federal nº 9.790/99, cujo teor fez surgir em seu artigo 9º, o instrumento jurídico “Termo de Parceria”, decorrente de acordos administrativos entre as Oscips e a Administração Pública. Tal instrumento possibilita expressamente a gestão privada de recursos públicos para fins públicos, sem a aplicação obrigatória da Lei nº 8.666/93. Ocorre que o Presidente da República, no uso do Poder Regulamentar previsto no art. 84, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), expediu decreto em agosto de 2005 (Decreto nº 5504/05), o qual obriga as Oscips à realização de procedimento licitatório, relativamente aos repasses de recursos da União, através dos termos de parcerias. Diante deste cenário, distante de esgotar o tema, o presente estudo propõe uma discussão acerca das implicações práticas decorrentes do confronto dos supracitados atos normativos, sob a ótica constitucional, concluindo pela inaplicabilidade do estatuto licitatório às Oscips, tendo em vista a inconstitucionalidade do referido decreto, com fulcro nos artigos 22, XXVII e 37, XXI, ambos da CF/88 e os limites do Poder Regulamentar, sob a égide dos princípios da legalidade e da reserva legal.

Palavras-chave: Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Termo de Parceria. Licitação.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, durante os anos 90, as idéias dos defensores do “neoliberalismo”, adeptos da doutrina do “Estado mínimo”, fazem emergir a chamada *reforma administrativa*, com o objetivo de implantar o que denominam de “Administração gerencial”, fundada no princípio da eficiência e da subsidiariedade estatal, em detrimento da “Administração burocrática”, baseada no princípio da legalidade.

O “Estado mínimo” almejado objetiva retirar o setor público de todas as áreas em que sua atuação não seja imprescindível, fundando-se na idéia de que o setor privado é mais eficiente do que o setor público. Assim, a “Administração gerencial” encontra respaldo na eficiência administrativa, deslocando o foco da prestação integral para a obtenção de resultados, através da fiscalização e atividade de fomento exercida pela máquina estatal.

Outrossim, para o cumprimento da finalidade precípua do Estado gerenciador, amplia-se a autonomia dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, bem como são extintas entidades da Administração Pública. Concomitantemente, pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos são estimuladas a atuar em áreas que antes operavam essas entidades públicas extintas, recebendo fomento estatal para desempenho cooperativo com o Estado.

Os lineamentos desta reforma administrativa no Brasil deram-se no “Plano Diretor da Reforma do Estado” de 1990 e na obra do supracitado ex-Ministro Bresser Pereira, sendo a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 (EC nº 19/98) o mais importante instrumento legitimador de sua concretização.

Sob este prisma, uma das diretrizes básicas para a reestruturação do Estado foi o incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, prestados por entidades não integrantes da Administração Pública, mediante parcerias¹ com o Estado (apoio direto) e assistência permanente, além da fiscalização no tocante ao cumprimento das metas pré-estabelecidas.

Pode-se dizer, então, que a partir da reforma administrativa e a natural restrição à atuação do Estado às áreas em que era indispensável sua presença direta, houve fortalecimento real das supramencionadas entidades não integrantes da Administração Pública, componentes do chamado pelos teóricos da reforma do Estado de “Terceiro Setor”.

A expressão “Terceiro Setor” evidencia o que se encontra ao lado do mercado (que é o segundo setor) e do Estado, primeiro setor. Isto porque envolveria todas as entidades com finalidade pública, porém, sem fins lucrativos, as quais atuando ao lado do Estado e em colaboração com este, exercem serviços públicos não-exclusivos em prol da coletividade, sob o regime jurídico de direito privado.

O Terceiro Setor pode ser concebido no Brasil como:

¹ Para o doutrinador Marçal Justen Filho (2003, p. 138) a característica primordial da parceria é a partilha de resultados, apontando uma configuração econômica e uma jurídica para o vocábulo. A segunda significaria um contrato associativo em que “uma pluralidade de sujeitos obriga-se a contribuir com seus recursos e (ou) esforços para a realização de um fim comum”.



O conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados). (OLIVEIRA, 2005, p. 86)

Por conseguinte, no tocante às suas características, cumpre esclarecer:

O Terceiro Setor caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda, tem que atender a determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para o outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de utilidade pública, o certificado de fins filantrópicos, a qualificação de organização social. (DI PIETRO, 2005, p. 426)

Nesse sentido, ao longo da evolução da estrutura organizacional administrativa, a doutrina brasileira divergiu no tocante à conceituação destas entidades, as quais são chamadas tradicionalmente de *entidades paraestatais*² (MEIRELLES, 2003, p. 362).

De acordo com o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), o vocábulo paraestatal foi utilizado pela primeira vez em 1924, na Itália, indicado em um Decreto-lei, o qual relatava a existência de determinados entes que formavam um *tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas.

No direito administrativo brasileiro, o professor Hely Lopes Meirelles (2003, p. 362) aplica conceito tradicional, bastante criticado na atualidade, ao destacar que paraestatais “são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”, abrangendo, basicamente, as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público com regime jurídico de direito privado) e os chamados serviços sociais autônomos.

Sob este aspecto, hodiernamente é empregado o conceito do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 206), para quem a expressão “figuras

² No tocante à terminologia, paraestatal “é vocábulo híbrido formado de dois elementos, a saber, a partícula grega *pára*, que significa ‘ao lado de’, ‘lado a lado’, e *estatal*, adjetivo formado sobre o nome latino *status*, que tem sentido de Estado. À letra, paraestatal é algo que não se confunde com o Estado, porque caminha lado a lado, paralelamente ao Estado”. (CRETELLA JÚNIOR, 1980, P. 140) [grifos do autor]



jurídicas introduzidas pela reforma administrativa”:

Abrange pessoas privadas que *colaboram* com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e à qual o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo. Não abrange as sociedades de economia mista e empresas públicas; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional (SESI, SESC, SENAI). O desempenho das atividades protetórias próprias do Estado de polícia por entidades que *colaboram* com o Estado, faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a ele. [grifos do autor]

É o que a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 424) chama de “pessoa semi-pública ou semi-privada”.

Desse modo, trazido o *tertium genus* para o ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com suas características peculiares e evolução da estrutura administrativa organizacional, não é coerente enquadrar pessoas jurídicas de direito privado (que fazem parte da Administração Pública Indireta) na mesma categoria das entidades que não fazem parte nem da Administração Direta nem da Administração Indireta. Isto porque conforme esclarece o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 206):

As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, ressalte-se, *não são pessoas da administração indireta*, pois são organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter ‘parcerias’, com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos. [grifos do autor]

Sopesando a denominação mais atualizada, podem ser considerados como entidades paraestatais: os serviços sociais autônomos, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e as “entidades de apoio” (em especial fundações, associações e cooperativas).

2 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Dentro do contexto de crescimento das políticas reformistas do Estado e o conseqüente interesse no Terceiro Setor, restou introduzido pela Lei Federal nº



9.790, de 23 de março de 1999³ e regulamentado pelo Decreto nº 3.100/90, um novo regime de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, qual seja, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip).

2.1 Conceito de Oscip

De acordo com o diploma legal instituidor, Oscip é um título especial concedido às entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, constituídas sob a forma jurídica de associação ou fundação (sob regime de direito privado), mediante ato administrativo vinculado do Ministério da Justiça, quando preenchidos todos os requisitos legais determinados nos artigos 1º e 4º da Lei nº 9.790/99, e desde que exerçam uma das atividades expressamente previstas no artigo 3º⁴ da referida disciplina jurídico-normativa.

Segundo a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 434):

Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de *termo de parceria*. [grifos nossos]

2.2 Finalidade e novo instrumento jurídico formalizador dos repasses financeiros

Neste diapasão, as entidades qualificadas como Oscips foram criadas para serem colaboradoras do Estado na prestação de serviços públicos sociais e promoção dos direitos fundamentais. É uma alternativa maleável que possui o Administrador Público para operacionalizar uma política pública, com foco nos resultados e maior alcance de sua finalidade precípua, qual seja, a satisfação do cidadão.

O vínculo de colaboração com o Poder Público é formalizado através do instrumento jurídico denominado “Termo de Parceria”, criado pelo diploma especial que rege a matéria e conceituado no artigo 9º da Lei das Oscips, *in verbis*:

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o 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*

³ Partindo deste modelo federal de OSCIP, alguns Estados já buscaram regulamentar suas relações com o Terceiro Setor, segundo as necessidades e características próprias de suas políticas públicas, como é o caso da Lei Estadual nº 14.870/03, do Estado de Minas Gerais. (VILHENA, 2006)

⁴ O artigo. 3º da Lei nº 9.790/99 estabelece rol taxativo no tocante às atividades possibilitadoras de obtenção da qualificação como OSCIP, tais como: assistência social, cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, educação, saúde, defesa, meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, promoção do voluntariado, etc.



cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei. [grifos nossos]

O “Termo de Parceria” discrimina minuciosamente direitos e obrigações decorrentes da efetivação da colaboração, tais como: objeto, metas, prazos de execução, critérios de avaliação de desempenho, a previsão de receitas e despesas, obrigatoriedade de prestação de contas anuais, juntamente com a apresentação de relatório de resultados.

Além disso, através deste instrumento jurídico o Poder Público poderá efetivar as transferências de recursos financeiros incentivadores da colaboração (atividade de fomento do Poder Público parceiro). Conforme ressalta Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 347):

A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis *técnicas de fomento*. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade. [grifos nossos]

É certo que a Lei nº 9.790/99 inseriu o acordo administrativo colaborativo⁵ específico Termo de Parceria, a ser celebrado entre o Poder Público e a entidade do Terceiro Setor qualificada como Oscip. No entanto, configura-se alternativa *recomendada* pelo diploma ao Administrador Público, não possuindo caráter obrigatório. Desta forma, faz-se mister ressaltar a possibilidade da Oscip firmar convênio ou um contrato de repasse⁶ com o parceiro público, apenas limitando-se a aplicação dos regimes jurídicos compatíveis com a forma escolhida.

Neste aspecto, o Termo de Parceria diferencia-se dos outros por suas características, quais sejam, flexibilidade e desburocratização. Uma peculiaridade, por exemplo, é a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/93, conforme restará demonstrado adiante.

Desta feita, a exigência de constar no instrumento indicadores de desempenho e metas a serem alcançadas, em determinado tempo de execução, demonstra

⁵ Segundo o Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2005, p. 522) “os convênios, os termos de parceria e os contratos de repasse realmente não são contratos administrativos, nos termos da concepção clássica dominante ou da definição legal inserida na Lei nº 8.666/93. São *acordos administrativos colaborativos*, celebrados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos, tendo por função principal instituir e disciplinar vínculos de parceria entre o Estado e as organizações privadas não lucrativas para a realização de atividades de interesse público, formalizando - quando for o caso - os repasses financeiros para tais entidades”. [grifos do autor]

⁶ O contrato de repasse possui o mesmo regime jurídico que os convênios.



o objetivo de resultados positivos e torna o procedimento cristalino à sociedade, ampliando a oferta de serviços anteriormente prestados ou que o Estado planejava executar. Assim, o Poder Público torna-se parceiro e transforma sua situação anterior (de executor), para a função de fiscalizador, fomentador e formulador das políticas públicas, podendo transferir recursos para as Oscips parceiras realizarem os objetos dos termos firmados, possibilitando, em consequência, uma nova gestão privada de recursos públicos para fins públicos.

Insta salientar que as atividades desenvolvidas pelas Oscips não se confundem com os serviços públicos prestados pelo Poder Público, ao revés, operam de forma suplementar a este.

Por tal razão, o professor Paulo Modesto (2001) designa os serviços públicos sociais⁷ prestados por entes privados de *serviços de interesse social*, uma vez que possuem regime jurídico de direito privado, o que lhes acarreta maior celeridade no atendimento dos seus objetivos sociais. Assim, os serviços de interesse social são estritamente serviços públicos quando são desempenhados pelo Estado, subordinando-se ao regime jurídico de direito público.

Diz-se atuação suplementar ou complementar, tendo em vista que as Oscips não recebem delegação do Estado para prestar serviços públicos, sendo uma *parceira* na execução de projetos, programas e planos de ações definidos pelo Estado, de forma desburocratizada e cooperativa, tornando célere a prestação e concretizando resultados com maior transparência.

Tal premissa é de suma importância ao entendimento do tema em análise, já que a *parceirização*⁸ realizada entre Oscips e a Administração Pública é dotada de características peculiares, em confronto, por exemplo, ao instituto da terceirização⁹ e, caso sejam empregados como sinônimos, emergirá uma forma ilegal do último.

2.3 Formas de controle

A gestão privada de recursos públicos para fins públicos através dos Termos de Parcerias e a consequente agilidade, desburocratização e maior flexibilidade, não significa assinalar ausência de prestação de contas por parte da Oscip e do Administrador Público, estando presentes o controle interno, externo e de resultados (este último através de avaliação do desempenho das metas previstas).

Visando resguardar o interesse público existente na parceria firmada, a Lei das Oscips prevê obrigações de ordem procedimental, determinando, além de outros comprometimentos, que para obterem a qualificação de Oscips, as entidades

⁷ Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 83) descreve que os serviços sociais são, à semelhança dos serviços públicos, "atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se dos serviços públicos por não serem de titularidade estatal. Incluem os serviços de educação, saúde e assistência social, aos deficientes, jurídicos, em caso de calamidade etc".

⁸ O Terceiro Setor recebe *incentivo* para que atue *ao lado* do Estado, e não substituindo.

⁹ Na terceirização são executadas as atividades auxiliares com vistas ao alcance das atividades fins das entidades, sejam atividades exclusivas do Estado, serviços sociais ou produção de bens e serviços para mercado.



sem fins lucrativos devem necessariamente possuir estatuto cujo teor preveja a observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, os quais demonstram o seu caráter “semi-público”.

No mesmo sentido, no tocante às vantagens da parceria, Renata Maria Paes de Vilhena (2006, p. 05) esclarece que é “a mudança de foco que se traz. Passa-se de um controle *a priori*¹⁰, típico da burocracia estatal, para um controle *a posteriori*. Além disso, o foco do controle deixa de ser o processo e passa para os resultados”.

O controle finalístico prescrito na Lei nº 9.790/99 e no Decreto nº 3100/99¹¹ será realizado por uma Comissão de Avaliação composta por membros da Oscip, do Poder Público parceiro e, quando houver, também haverá um representante do Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente. A referida comissão possui a função de fiscalizar a execução da parceria firmada, realizando inspeções e apresentando relatórios semestrais, nos quais deverão constar o desempenho do objeto e os índices alcançados das metas previstas.

A par do controle finalístico, o artigo 4º, VII, “d” da Lei das Oscips determina o exercício de controle externo a ser realizado pelo Tribunal de Contas da União:

Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, 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:

[...]

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

[...]

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o *parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal*. [grifos nossos]

Isto porque o parágrafo único do artigo 70 da CF/88 dirige-se a toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que gerencie ou administre recursos públicos. Por esta razão, as Oscips devem, obrigatoriamente, prestar contas de sua atuação no emprego dos recursos oriundos do Poder Público através de transferências, seja qual for o instrumento firmado.

Além disso, o artigo 74, II da Lei Maior esclarece que o controle interno

¹⁰ Apesar do controle ser finalístico, o artigo 9º do Decreto nº 3100/99, o qual regulamenta a Lei das Oscips, determina que “o órgão estatal responsável pela celebração do Termo de Parceria verificará previamente o regular funcionamento da organização”.

¹¹ No art. 20, a Comissão de Avaliação de que trata o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.790, de 1999, deverá ser composta por dois membros do respectivo Poder Executivo, um da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver, a esta competindo monitorar a execução do Termo de Parceria firmado.



dos Três Poderes da União tem como objetivo precípuo “comprovar a legalidade e avaliar resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

Desse modo, são aplicadas as três formas de controle (interno, externo e finalístico), no que tange à gestão privada de recursos públicos para fins públicos mediante parceria, uma vez que o Estado não pode se furtar a averiguar a correta aplicação dos recursos repassados às Oscips. Assim, caso sejam constatadas irregularidades na utilização dos recursos ou bens públicos (caso ocorram cessões) ou descumprimento da legislação aplicável à hipótese, a Oscip perderá sua qualificação, além da responsabilização dos responsáveis, em todas as esferas.

3 INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO LICITATÓRIO ÀS OSCIPS

A Lei nº 8.666/93, em cumprimento aos preceitos do artigo 37, XII e 22, XXVII da CF/88, dispõe acerca de normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública Direta e Indireta, pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, objetivando assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para o Poder Público, com estrita observância do princípio basilar da isonomia.

Nesse sentido, o parágrafo único do Estatuto Licitatório determina expressamente quais entidades estão sujeitas aos seus ditames:

Art. 1º [...]

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

No que concerne às Oscips, evidencia-se que as entidades que compõem o Terceiro Setor, apesar de formarem vínculo com a Administração Pública, não estão incluídas no rol taxativo do artigo 1º da Lei nº 8.666/93, tendo em vista ser um vínculo *cooperativo*, de atuação complementar às atividades socialmente relevantes, não-exclusivas do Estado.

Desse modo, as finalidades, os objetos, obrigações, interesses, bem como as partes colaboradoras são diferentes em relação àqueles celebrantes dos contratos administrativos em geral. Por tais fundamentos, a Lei Federal nº 9.790/99 e o Decreto nº 3.100/99¹² *recomendam* que seja editado um concurso de projetos para selecionar

¹² A recomendação encontra-se expressa no art. 23, cujo teor ressalta que a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, “*poderá* ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços



a Oscip mais hábil a cooperar com o parceiro público na execução do objeto do Termo de Parceria a ser firmado.

Assim, ressalta-se que a legislação pertinente *sugere*, não tornando *obrigatório* o concurso de projetos. Compete, então, ao Poder Público parceiro, no uso do seu Poder Discricionário, optar, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, pela realização ou não do referido certame.

3.1 Contratações realizadas pelas Oscips com emprego de recursos públicos

No sentido de afastar a aplicação da Lei de licitações e contratos às Oscips, a Lei nº 9.790/99 prevê expressamente em seu artigo 14, *in verbis*:

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

Nesta esteira, é a Oscip parceira que concretiza o regulamento próprio de contratação de bens e serviços no emprego dos recursos oriundos do Poder Público, sendo este preceito obrigatoriamente balizado nos princípios constitucionais do artigo 4º da Lei nº 9.790/99, já anteriormente transcritos.

Desse modo, o diploma legal instituidor das Oscips, bem como do instrumento jurídico formalizador dos repasses financeiros - Termo de Parceria - estabeleceu disciplina específica no tocante à inaplicabilidade do Estatuto Licitatório, em consonância ao que é previsto em nossa Carta Maior, já que em momento algum obriga o Terceiro Setor a licitar. Ao revés, relata que cumpre a União legislar acerca do tema, fato efetivado através da Lei nº 9.790/99.

Somado a este aspecto, faz-se mister observar que a Oscip parceira se encontra em uma posição distinta da ocupada pelo particular, uma vez que a Oscip tem como objetivo fundamental o atendimento ao interesse público, consecução dos direitos fundamentais dos cidadãos e não atendimento de uma necessidade da Administração Pública, sendo o particular, ao revés, mero fornecedor de bens e serviços ou delegatário de serviço público. Assim, a Oscip realiza de forma conjunta as atividades de relevância pública sem finalidade lucrativa, em prol do bem comum.

Pelas razões expostas, verifica-se também a inadequação entre os serviços prestados pela Oscip e os serviços de que trata a Lei nº 8.666/93, objeto dos contratos administrativos:

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

e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria”.



[...]

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

Portanto, conclui-se que a Constituição Federal não incluiu as Oscips entre as entidades obrigadas a licitar, de acordo com a redação dos artigos 37, XXI, assim como também, outorgou competência legislativa à União no tocante à matéria ora analisada, que proferiu, então, diploma especial através da Lei Federal nº 9.790/99, regulamentada através do Decreto nº 3100/99, cujos teores afastam expressamente a exigência de licitação nas contratações a serem efetivadas pelas Oscips.

4 DECRETO Nº 5.504/2005 E OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR

No dia 05 de agosto de 2008, o Presidente da República expediu Decreto com fulcro no artigo 84, VI, "a" da Constituição Federal, dispondo que:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou adiamento 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.

[...]

§ 4º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

§ 5º *Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na 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.*[grifos nossos]

Desse modo, através de decreto foi estendida às Oscips a obrigatoriedade de atender ao procedimento licitatório, em nítida afronta aos ditames dos artigos 37, XXI e 22, XXVII da CF/88, uma vez que somente é permitido dispor acerca de licitação pública através de *lei*, assim como também em nítida afronta a competência prevista no art. 84, VI "a" da CF/88, já que esta se limita expressamente ao caso



de “organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

Ora, sob o manto da limitada hipótese do decreto específico do art. 84, VI, “a”, o Chefe do Poder Executivo Federal estendeu a aplicabilidade do Estatuto Licitatório às Oscips, quando a própria Lei nº 9.790/99 prevê sua inaplicabilidade, uma vez que o teor do seu art. 14 expressamente prevê a feitura de um regulamento próprio, que não a Lei nº 8.666/93.

Sob este prisma, mesmo partindo-se do pressuposto que a Oscip seja uma gestora de recurso público para fim público, não significa que possa o Poder Executivo, no âmbito de seu Poder Regulamentar, dispor acerca do tema através de via infralegal.

No tocante ao caso em análise, o professor Gustavo Henrique Justino de Oliveira assevera:

Pois bem, obrigar uma entidade privada a realizar licitação – mesmo partindo-se do pressuposto de que é ela uma gestora de recursos públicos para fins públicos – não representa hipótese de competência que possa ser exercida no âmbito do poder regulamentar da Administração Pública. A instituição desta obrigação/restrrição aos particulares, e sua veiculação – em respeito aos arts. 22, XXVII e 37, XXI, ambos da Constituição da República, e em respeito ao parágrafo único do art. 1º da Lei Federal nº 8.666/93 (entre outros artigos) – *somente poderia ser realizada pela via legislativa, e jamais pela via infralegislativa!* [grifos nossos]

Por conseguinte, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 316) destaca:

Com efeito, se o Chefe do Executivo não pode nem criar nem extinguir órgão, nem determinar qualquer coisa que implique aumento de despesa, que pode ele, então, fazer, a título de dispor sobre “organização e funcionamento da Administração Federal”? Unicamente transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores – como, por exemplo, passar um departamento de um dado Ministério para outro Ministério ou para uma autarquia, e vice-versa; uma divisão alocada em certo departamento para outro departamento, uma seção pertencente a determinada divisão para outra divisão; e assim por diante. Pode, ainda, redistribuir atribuições preexistentes em dado órgão, passando-as para outro, desde que sejam apenas alguma das atribuições dele – pois, se fossem todas, isto equivaleria a extinguir o órgão, o que é vedado pela Constituição. *Este é o regulamento previsto no art. 84, VI, “a”. Mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências já criadas por lei.* Como é possível imaginar que isto é o equivalente aos regulamentos independentes ou au-



tônomos do Direito europeu, cuja compostura, sabidamente, é muitíssimo ampla? [grifos nossos]

Desta forma, no âmbito do Poder Regulamentar há uma esfera de competência genérica, estando o Poder Executivo autorizado a atuar sem a interferência do legislador. No entanto, não sendo poder legislativo, não pode inovar na ordem jurídica. Assim, o regulamento assemelha-se à lei por possuir caráter geral, abstrato, obrigatório e provisoriamente permanente, porém, jamais poderá exorbitar os limites estabelecidos a tal dever-poder.

Nesse diapasão, o artigo 5º da CF/88 dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo *senão em virtude de lei*” exigindo expressamente *lei* para que haja interferência na liberdade e/ou propriedade das pessoas, não cabendo, portanto, ao regulamento criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações dos administrados, devendo a expedição de decretos obedecer estritamente aos ditames impostos pela legalidade e reserva legal.

O princípio da legalidade neste aspecto de limitação ao poder regulamentar, significa submissão e respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, ao passo que o princípio da reserva de lei determina que a regulamentação de determinadas matérias deverá ser feita obrigatoriamente por lei. Desta forma, fora da reserva legal, poderá atuar o Poder Regulamentar, desde que respeitada a legalidade.

De acordo com os limites constitucionais impostos à expedição de decretos é que o presente estudo analisa o Decreto nº 5.504/05, uma vez que o seu art. 1º, § 5º, tornou obrigatória a realização de licitação aos Termos de Parcerias firmados entre Oscips e o Poder Público parceiro, quando houver transferência de recursos públicos. Tal ato normativo viola frontalmente o diploma especial da matéria, bem como os preceitos constitucionais dos arts. 22, XXVII e 37, XXI, os quais exigem lei, de competência da União, para dispor acerca de licitação pública, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
[...]

XXVII – normais gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

[...]

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá [...] ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...];



Conforme acima evidenciado, o decreto em exame afasta-se do limite estabelecido no art. 84, VI, "a", no qual se fundamentou, exorbitando o Poder Regulamentar pertinente ao tema, o que implica de imediato: abuso de poder e usurpação de competência, sob o pretexto de dispor, mediante decreto, acerca da organização e funcionamento da Administração Pública Federal.

Nesta esteira, o Chefe do Poder Executivo tornou írrito o regulamento dele proveniente e, desse modo, sujeita-se a sustação, de acordo com o art. 49, V, da CF/88, uma vez que é competência exclusiva do Congresso Nacional "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

Noutro ângulo, aplicando-se o princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição, o Supremo Tribunal Federal (STF) posiciona-se no sentido de admitir o cabimento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) para a impugnação de decreto que contrarie frontalmente preceitos constitucionais. É o que demonstra trecho do acórdão¹³:

Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). *Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.*

O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa.

Agravo regimental provido. [grifos nossos]

5 CONCLUSÃO

O presente estudo, distante de esgotar a discussão do tema proposto, analisou nova modalidade de gestão privada de recursos públicos, oriunda da Lei nº 9.790/99 e conseqüência da reforma administrativa ocorrida nos anos 90, cujo teor apresenta o instrumento inovador "Termo de Parceria", com a finalidade de possibilitar parcerias bem-sucedidas entre Oscips e o Poder Público, capazes de proporcionar a implantação célere e eficaz dos direitos sociais fundamentais aos cidadãos brasileiros, atuando em colaboração com o poder público parceiro e de forma suplementar, nos chamados serviços públicos sociais.

Demonstra, por conseguinte, competência plena do Tribunal de Contas da União, consoante art. 170 da CF/88, cumprindo à fiscalização das contas dos administradores privados de recursos públicos, oriundos de transferências voluntárias do Poder Público parceiro, através dos termos de parcerias firmados, assim como

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2.950 – AgR/RJ**. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 06/10/2004. DJ 14/10/2004. p. 231



também comprova a função do Poder Público firmador da parceira, na fiscalização da execução dos planos e metas traçados às Oscips executoras dos instrumentos, implicando em um controle de resultados.

No tocante à atuação das Oscips no cenário nacional, o estudo apresentou a problemática existente no confronto entre a Lei das Oscips, a Constituição Federal e o Decreto expedido em agosto de 2005 pelo Presidente da República, cujo teor, contrariando expressamente dispositivos constitucionais e legais, exorbitou os limites estabelecidos ao Poder Regulamentar e tornou obrigatória a realização de licitação às Oscips, quando aplicados os recursos públicos recebidos. Nesse sentido, evidencia que o ato normativo expedido pelo Chefe do Poder Executivo Federal não observou os princípios constitucionais da legalidade, bem como da reserva legal.

Conclui demonstrando a inconstitucionalidade do Decreto nº 5.504/01 e decorrente inaplicabilidade do estatuto licitatório às Oscips, apresentando, em seguida, soluções pertinentes à hipótese, através da aplicação da competência do Congresso Nacional prevista no art. 49, V da CF/88, para sustação de atos que exorbitem ao Poder Regulamentar, bem como a interposição, pelos legitimados, de Ação Direta de Inconstitucionalidade diante de ato normativo que afronta diretamente nossa Carta Maior, segundo jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais**



no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Oscips e licitação:** ilegalidade do decreto n. 5.504, de 05.08.05. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, trim., p. 1-40, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania:** a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: Enap, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILHENA, Renata Maria Paes de. **Organizações da sociedade civil de interesse público.** In: Congresso Internacional del Clad sobre a Reforma del Estado y de la Administración Pública, 11., 2006, Guatemala. Anais...Guatemala: CLAD, 2006. p. 5-11.

PUBLIC INTEREST CIVIL ASSOCIATION ORGANIZATIONS: PRIVATE ADMINISTRATION OF PUBLIC RESOURCES AND THE NON APPLICABILITY OF THE LICITATION STATUTES TO THE OSCIPS REGARDING THE PUBLIC ADMINISTRATION LIMITS

ABSTRACT

The public interest civil association organizations (OSCIPS) are a part of the so-called third sector in Brazil, being non-profit entities duly qualified by Ministry of Justice as Oscips, disciplined by the Federal Law nr. 9.790/99, which legal meaning appears at its 9th clause as a juridical instrument named "joint-venture term", which results form an administrative agreement between Oscips and the Public Administration. Such an



instrument explicitly provides private administration of public resources attending public interests, without a compelling application of law nr. 8.666/93. It happens, however, under the political power stated at art. 84, VI, "a", from 1988 Brazilian Constitution (CF/88), the President issued an executive decree in August, 2005 (Decree nr. 5.504/05), which compels the Oscips to accomplish licitation proceedings related to federal union transfers. By this scenery, too far from to exhaust the theme, this present disclosure is a proposal of discussion, under constitutional view, about practical involvements from confrontations derived from the above mentioned regulatory laws that are inferred by its non applicability of the licitation statutes to the Oscips, regarding the non-constitutionality of the above mentioned decree based upon arts. 22, XXVII and 37, XXI, both from CF/88, and the public administration limits under legality and legal reserve principles.

Keywords: Public Interest Civil Association Organizations. Joint-Venture Term. Licitation.

Artigo finalizado em outubro de 2008.

