

OSCIP'S E A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

OSCIP'S AND THE NEED BIDDING

Marcelo Henrique Matos de Oliveira *

Gustavo Donizete de Matta Ferreira **

SUMÁRIO: Introdução; 1 A reforma do Estado e o terceiro setor; 2 Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP's); 3 OSCIP's e a necessidade de licitação; Considerações finais; Referências.

RESUMO: O objetivo desse trabalho é analisar se as Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) que recebem recursos públicos, através do Termo de Parceira, estão obrigadas a realizar prévio processo licitatório, na hipótese de pretenderem contratar serviços e adquirir bens perante a iniciativa privada.

Palavras-chave: Reforma Administrativa. Licitação. Terceiro Setor. OSCIP.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze whether Civil Society Organization of Public Interest (OSCIPs) receiving public funds through the Term Partnership, are required to perform prior procurement process, in case they wish to purchase goods and contract services towards the private sector.

Keywords: Administrative Reform. Procurement. Third Sector. OSCIP.

INTRODUÇÃO

A necessidade de realizar licitação pública quando as OSCIPs estiverem celebrando contratos com os recursos advindos do poder público é questão polêmica e atual. Boa parte da doutrina e da jurisprudência insistem na desnecessidade da licitação. Essa, inclusive, parece ser a tendência no sistema jurídico brasileiro. Todavia, esse entendimento esbarra nos princípios administrativos e na legislação federal.

Antes de posicionar sobre o tema, foram tecidas considerações sobre o Terceiro Setor e sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, a fim de demonstrar a importância do debate acadêmico e situar o leitor. Ao final, diante dos argumentos pró e contra a necessidade de licitação, foi apresentada a posição que mais se coaduna

* Mestre em Direito Coletivo, Prof. Direito Eleitoral da Universidade de Uberaba.

** Procurador do Município de Uberaba.

com a necessidade vivenciada pela Administração Pública e com os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Desse modo, espera-se com esse trabalho que as reflexões extraídas possam colaborar com o controle, e mesmo melhorar o modelo, para que essas entidades possam atuar ao lado da Administração de maneira transparente e eficiente na busca dos objetivos comuns.

1 REFORMA DO ESTADO E TERCEIRO SETOR

O Estado liberal consolidou-se após a Revolução Francesa de 1789, com o objetivo de suceder o Estado Absolutista. Teve como fundamentos a não-intervenção do Estado na economia, adoção da separação de poderes de Montesquieu, vigência do princípio da igualdade formal, limitação do poder governamental e reconhecimento de direitos individuais.

Todavia, a não-intervenção Estatal acarretou em concentração de riqueza e exclusão social, deixando de lado questões sociais e permitindo o crescimento desenfreado do capitalismo, prejudicando a classe trabalhadora.

Por conta disso, surgiu a necessidade de um novo modelo que permitisse a aplicação do princípio da igualdade material, a intervenção do Estado na economia e a realização da justiça social. Esse novo modelo denominado de Estado Social fez com que fossem reconhecidos e positivados direitos econômicos, sociais e culturais (BRITTO, pág. 2006).

No entanto, o Estado, ao assumir a prestação de tantos serviços sem possuir recursos e estrutura suficiente, gerou o descontentamento da população com o aumento da carga tributária e a má qualidade da atividade desempenhada.

Assim, foi imprescindível a mudança de paradigma. O novo pensamento, influenciado pelo raciocínio neoliberal, afirmou a necessidade de reduzir a intervenção do Estado no mercado e a equacionar os gastos, especialmente os destinados à prestação de serviços públicos.

No Brasil, a revisão do modelo administrativo começou com a reforma da administração pública realizada entre os anos de 1995 e 1998 e foi marcada pela tentativa de implantação de um modelo de administração gerencial:

Desde a última década do século passado vem sendo promovida no Brasil uma série de alterações constitucionais e legais com o objetivo de implantar entre nós um modelo de administração pública conhecido como “administração gerencial”, fundado, em tese, no princípio da eficiência, visando a substituir o padrão tradicional de Administração Pública, dita burocrática, cuja ênfase recai sobre o princípio da legalidade (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente p. 131).

A crise vivenciada pelo Estado em não conseguir desempenhar, de forma eficiente, todas as atribuições que lhe foram impostas pela Constituição Federal, fez com que a doutrina pregasse um “Estado mínimo”, cujo principal objetivo é retirar do setor público todas as áreas em que sua atuação não seja imprescindível, em busca de eficiência.

É nesse cenário que surge o Terceiro Setor, composto por entidades privadas, sem fins lucrativos¹, que exercem atividades de interesse público, não exclusivas de Estado, recebendo fomento do Poder Público. Também são denominadas de “paraestatais”, por atuarem ao lado do Estado, sem com ele se confundir².

Segundo Salomon e Anheir (1997, pág. 346), essas entidades possuem as seguintes características:

- 1) Estruturadas - possuem certo nível de formalização de regras e procedimentos, ou algum grau de organização permanente.
- 2) Privadas - estas organizações não têm nenhuma relação institucional com governos, embora possam dele receber recursos.

¹ Considera sem fins lucrativos a entidade que “não distribui, entre os 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 social” (art. 1, §1º, da lei n. 9.790/99).

² Entendemos que nenhuma entidade integrante da Administração Pública (em sentido Subjetivo) pode ser considerada “paraestatal”. Todavia, José dos Santos Carvalho Filho (p.422) leciona: Seja como for, a expressão, a nosso ver, e tendo em vista o seu significado, deveria abranger toda pessoa jurídica que tivesse vínculo institucional com a pessoa federativa, de forma a receber desta os mecanismos estatais de controle. Estariam, pois, enquadradas como entidades paraestatais as pessoas da administração indireta e os serviços sociais autônomos.

3) Não distribuidoras de lucro - nenhum lucro gerado pode ser distribuído entre seus proprietários ou dirigentes. Portanto, o que distingue essas organizações não é o fato de não possuírem “fins lucrativos”, e sim, o destino que é dado a estes, quando existem, pois devem ser dirigidos à realização da missão da instituição.

4) Autônoma - possuem os meios para controlar a própria gestão, não sendo controladas por entidades externas.

5) Voluntárias – envolvem um grau significativo de participação voluntária

De acordo com a doutrina, ainda temos o Primeiro Setor, que é o próprio Estado, entendido como um todo em que se incluem a Administração Direta e Indireta, com a missão de “dar oportunidades isonômicas para que a população tenha acesso a serviços públicos de excelente qualidade” (MARINELA, p. 173). E o Segundo Setor, que refere-se ao mercado, no qual vigora a livre iniciativa e que tem no lucro sua principal motivação.

Simone de Castro Tavares Coelho (2000, pag. 58) assevera que o termo Terceiro Setor “expressa uma alternativa para as desvantagens tanto do mercado, associadas à maximização do lucro, quanto do governo, com sua burocracia inoperante. Combina a flexibilidade e a eficiência do mercado com a equidade e a previsibilidade da burocracia pública”.

É certo que, a partir da reforma administrativa, esse novo segmento, composto por entidades de origem privada, autônomas e altruísticas, têm sido fortalecidas, dentre elas podemos citar as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), objeto deste estudo.

2 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP)

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, também denominada de OSCIP, foi instituída pela lei nº 9.790 de 1999, e trata-se de uma qualificação jurídica atribuída a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuam na prestação de serviços sociais não exclusivos do Estado.

Maria Sylvania Di Pietro, conceitua:

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 pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria (DI PIETRO, p. 499).

De acordo com o artigo 9º e seguintes da referida lei, é necessário a celebração de Termo de Parceria para formalizar a relação com a Administração e permitir o fomento e a execução de atividades de interesse público³.

Esse termo firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes envolvidas.

A lei disciplina, ainda, as cláusulas essenciais do Termo, tais como: a) estipulação do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho; b) estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; c) previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; d) previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; e) a que estabelece as obrigações, 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 e receitas efetivamente realizados; f) de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado

³Lei nº 9.790 de 1999. 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 cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

estabelecido no regulamento desta lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos.

A qualificação como OSCIP ocorre mediante ato vinculado do Ministério da Justiça, após o preenchimento dos requisitos legais. Não se trata de uma nova entidade; “é uma pessoa jurídica já constituída que ganha esse *status* temporário, durável enquanto houver a parceria (MARINELA, p. 184)”.

Em outras palavras, não se trata da instituição de nova entidade, mas da atribuição do status de organização da sociedade civil de interesse público a pessoas jurídicas criadas de acordo com o Direito Privado. Não integram a Administração Pública Direta ou Indireta (GASPARINI, p. 526).

As finalidades desenvolvidas por essas pessoas estão contidas no artigo 3º da lei, que assinala, por exemplo, a promoção da assistência social, promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, promoção gratuita da educação, promoção da segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, promoção do voluntariado, promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais, dentre outros.

A entidade perderá a qualificação como OSCIP quando descumprir as normas estabelecidas na lei, mediante decisão em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Embora essas entidades assemelham-se muito com as Organizações Sociais, com elas não podem ser confundidas. Diferenciam-se nos seguintes pontos: a outorga da qualificação é um ato vinculado, não celebram contrato de gestão, o Poder Público outorgante da qualificação não participa da sua administração, seus objetivos são mais amplos e não se destinam a substituir o Poder Público na prestação de certos serviços públicos (GASPARINI, p. 528).

3 OSCIP E A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

A licitação pode ser definida como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no

instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato (DI PIETRO, p. 350).

Como procedimento administrativo, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que concede igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade dos negócios administrativos (MEIRELLES, p. 287).

A expressão ente público no exercício de função administrativa é justificada pelo fato de que mesmo as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam função pública, submetem-se à licitação. (DI PIETRO, p. 350)

A participação na licitação é aberta a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, deixando evidente que possui como pressuposto a competição.

A doutrina é pacífica quanto aos traços essenciais apresentados acima e a duas tradicionais finalidades da licitação: obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados. (MEIRELLES, p. 288)

A lei federal 8.666/93, que regulamenta os artigos 22, inciso XXVII e 37, inciso XXI, da Constituição Federal, definiu normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Subordinam-se, ainda, 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.

Dessa forma, as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação.

Por sua vez, a lei nº 9.790/99, regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.100/99, alterado pelo Decreto Federal nº 7.568/2011, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, não exigiu a realização de licitação pública prévia para o emprego de recursos a ela repassados pelo Estado e contidos no Termo de Parceria, o que causa celeuma na doutrina e jurisprudência de nossos tribunais.

O art. 14 da lei 9.790/99 dispõe que: “A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4o desta lei”.

Por sua vez, o art. 4º, inc. I, exige a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.

Diante disso, parcela da doutrina e jurisprudência⁴, afirmam que a lei especial nº 9.790/99, prevê a instituição de regulamento específico para a aquisição de bens e serviços, observados os princípios gerais da Administração Pública, não se sujeitando aos dispositivos da lei de Licitações.

Todavia, esse não parece ser o melhor entendimento. A existência da lei n.º 8.666/93, que trata das licitações, é considerada um marco da redução da corrupção no país⁵. Os controles estipulados por ela

⁴ RESOLUÇÃO Nº 198/2010 – TCE – Pleno. Processo nº 3287/2008. Relatora: Conselheira DORIS DE MIRANDA COUTINHO. (...) Se a entidade civil for uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, com a qual a Administração efetue um termo de parceria, a resposta será que não se aplicam as regras insertas nas Leis nº 8.666/1993 e 10.520/2002, nem as previstas no Decreto Federal nº 5.504/2005. Consequentemente também inaplicáveis as normas relativas aos Convênios, especificamente a Instrução Normativa TCE/TO nº04/2004, quando forem adquirir bens ou contratar serviços e obras junto à iniciativa privada com recursos públicos.

⁵A rigor, a grande virtude da Lei 8.666/93 foi exatamente ter limitado o poder discricionário dos burocratas nos procedimentos associados à possibilidade de fraude na licitação. Esse fato já representa um mérito da lei, pois coaduna-se tal princípio com os fundamentos da concorrência. A lei obriga o burocrata a licitar pelo menor preço e é proibido restringir a participação de empresas nas concorrências públicas, fato que representa a eliminação de barreiras à entrada no mercado onde o governo muitas vezes atua como monopolista. Há outras virtudes associadas à limitação do poder discricionário dos burocratas: eles são obrigados a pagar as faturas em ordem cronológica, evitando, dessa forma, o uso do cargo para a obtenção de propinas associadas a tratamentos especiais. Há evidências empíricas de que os custos associados à corrupção diminuíram, devido à redução do superfaturamento, depois da implementação da Lei 8.666/93. Valedizer, se, em média, o superfaturamento era de 20% do valor da obra no período 1989- 1993, a partir de 1993 esse valor reduziu-se a até 5%, chegando a 10% no máximo. Em grande parte, a corrupção e o financiamento de campanha eleitoral associados aos desvios dos processos de licitação são limitados, como inclusive indicam as restrições financeiras das últimas eleições para prefeito (1996). A lei também considera a possibilidade de punições contra procedimentos tais

contribuem para a transparência e eficiência na aplicação dos recursos advindos do Poder Público. Trata-se, é certo, de uma precaução legítima tomada pelo legislador.

Não obstante, o artigo 14 da lei 9.790/99 quando autoriza as OSCIPS a elaborarem e publicarem regulamento próprio contendo os procedimentos para a contratação de obras e serviços e para compras com emprego de recursos públicos, está colidindo com os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e a sua indisponibilidade, considerados pedras de toque do Direito Administrativo (MELLO, p. 96).

No nosso ordenamento jurídica competência para legislar sobre licitações é privativa da União. O art.22 da Constituição, em seu inciso XXVII, estabelece:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.

A Constituição Federal estabelece ainda, no artigo 37, inciso XXI:

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

Essa competência já foi exercida com a criação da lei n.º 8.666/93. Tal norma, nos termos do artigo 70 da Constituição Federal,

como: (i) corrupção, (ii) conluio e (iii) recebimento de produtos/serviços de baixa qualidade. Ademais, a lei evita os custos associados ao não recebimento do bem por incapacidade do vencedor da licitação e à má fé daqueles que investem na indústria das impugnações judiciais (SILVA, 1997, p. 28).

aplica-se atodos as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais a União responda, ou que em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária⁶.

Aprópria lei n.º 9.790/99 instituiu, no artigo 4º, inciso VIII, “d”, que “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 artigo 70 da Constituição Federal”.

Dessa forma, os regulamentos próprios mencionados no artigo 14 da lei n.º 9.790/99, subordinam-se às normas estabelecidas na lei n. 8.666/93, quanto à contratação serviços e obras, com a utilização de recursos públicos.

No mesmo sentido, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanela Di Pietro (p. 339), ao defender que os recursos repassados a entidades privadas não modificam sua natureza:

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida a sua natureza de dinheiro público. Por essa razão, é visto como alguém que administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no artigo 70, parágrafo único, da Constituição.

⁶ CF. Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Ademais, o Decreto nº 5.504/2005⁷ exige que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público procedam à contratação de obras, serviços, compras e alienações, mediante procedimento licitatório prévio:

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

Essa norma salienta que a utilização das verbas públicas repassadas às Oscip, deve observar as normas constitucionais e legais, estando em perfeita harmonia com a lei nº 8.666/93 e com o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal. Por isso, é perfeitamente possível o acolhimento do Decreto nº 5.504/2005 como norma aplicável à situação.

No mesmo sentido, Diogenes Gasparini leciona:

[...] No entanto devem licitar quando obras, compras, alienações e serviços de seus interesses forem realizados com recursos por elas administrados, oriundos de repasse da União em face do termo de parceria, conforme determina o §5º do art. 1 do Decreto federal n. 5.504, de 5 de agosto de 2005. Esse decreto vai mais além, pois determina que a aquisição de bens comuns e a contratação de serviços comuns sejam promovidas via pregão eletrônico, consoante prescreve o §1º desse artigo,

⁷ Em sentido contrário, pugna pela ilegalidade do Decreto 5.504/05: RESOLUÇÃO Nº 198/2010 – TCE – Pleno. Processo nº 3287/2008. Relatora: Conselheira DORIS DE MIRANDA COUTINHO 2.6.3 – Embora seja louvável a iniciativa do Governo Federal, entendemos que o decreto ora enfocado é ilegal, por diversos aspectos, e jamais poderia instituir validamente a obrigatoriedade de licitar às OSCIPS, em relação às contratações de bens e serviços com recursos financeiros federais derivados dos Termos de Parceria eventualmente firmados com o Poder Público o Decreto nº 5.504/05 afronta o inc. XXVII do art. 22 e o inc. XXI do art. 37, ambos da Constituição da República. Os dois preceitos constitucionais são de clareza solar quando estipulam como destinatários da obrigatoriedade de licitar os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta.

mandando observar o mencionado §5º. (GASPARINI, p. 528)

Tarso Cabral VIOLIN (2008, pág. 72) assevera que, para realizarem contrato com dinheiro público, imprescindível é a submissão a procedimento licitatório, o qual deve seguir os princípios da licitação e os regulamentos de cada ente.

O Tribunal de Contas da União, ao prolatar o Acórdão 1070/2003 – Plenário, assim se posicionou:

É notório que a iniciativa privada não se sujeita aos princípios que regem a licitação no setor público e muito menos está obrigada a aplicar, nas suas contratações, a Lei nº 8.666/93, mesmo porque naquela impera a autonomia da vontade e, por isso mesmo, só não pode fazer o que a lei expressamente proíbe, ao contrário do administrador público que só pode fazer o que a lei determina. No entanto, o particular, ao firmar convênio com a administração pública, assume todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, estando, como este, sujeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e dos demais princípios informadores da gestão da coisa pública, dentre os quais destacamos o da licitação e o do dever de prestar contas, insculpidos no art. 37, inciso XXI, e art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, respectivamente. (BRASIL, 2003).

De forma semelhante o Acórdão 353/2005 do mesmo tribunal firmou o entendimento de que “a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93”.

Entretanto, parcela da doutrina protesta que o Decreto nº 6.170/2007, ao estabelece normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, fez exigência diversa da prevista no Decreto nº 5.504/2005 e o derogou. O artigo 11 determina que:

Para efeito do disposto no art. 116 da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo

necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Por conta disso, alegam que a licitação deixou de ser obrigatória para a aquisição de bens e serviços, sendo suficiente a cotação prévia de preços no mercado e a observância dos princípios aludidos no artigo.

Contudo, a interpretação de que essa regra genérica derogou a regra específica para as Oscips contida no Decreto 5.504/2005 é equivocada, vez que se trata de uma relação de norma geral e norma específica. Em casos como esse, o §2 do art. 2 da lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro estabelece que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. Portanto, as duas irão coexistir. (ALEXANDRINO e PAULO^{Op.} 153).

Ademais, ao tornar obrigatória a realização de licitação pelas entidades sem fins lucrativos, quando estas forem empregar recursos financeiros federais para a aquisição de bens e contratação de serviços, a Administração pública federal visou conferir maior rigor na fiscalização e no controle da gestão privada de recursos públicos (OLIVEIRA, 2008, pág. 38).

Esse controle é essencial, especialmente porque a qualificação como entidade do terceiro setor não implica unicamente na eficiência, podendo ser ineficiente dependendo da administração que possuir o que, muitas vezes, as transformam em “pilantrópicas”. (VIOLIN, 2005, pág. 116).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma administrativa ocorrida na década de 90, visando a maior eficiência e redução dos custos, propôs a transferência de atividades que não envolviam o exercício do poder de estado à iniciativa privada, tais como: promoção da assistência social; promoção da cultura, da defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação e da saúde, mediante atuação complementar à do Estado; promoção da segurança alimentar e nutricional; entre outras.

Diante dessa concepção, as entidades do Terceiro Setor, especialmente as Oscips, passaram a ser parceiras estratégicas na prestação de serviços de interesse comum. Essas organizações, ao firmarem Termo de Parceria com a Administração Pública, recebem

recursos públicos e, conseqüentemente, assumem todos os deveres de qualquer gestor público, sujeitando-se aos princípios da impessoalidade, da legalidade, da moralidade e às normas que regem a gestão da coisa pública e o dever de prestar contas.

Assim, as Oscips quando contratarem obras, compras, serviços e alienações, com recursos advindos do Poder público, previstos no Termo de Parceria, deverá realizar licitação, de acordo com a lei de Licitação (lei 8.666/93) e com o Decreto 5.504/2005. Esse posicionamento vai ao encontro da norma contida no artigo 37, inciso XXI, e do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado* / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 20 ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 01 julho 2013.

_____. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm>. Acesso em: 01 julho 2013.

_____. Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.HTM>. Acesso em: 01 julho 2013.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da CF, institui normas para licitações e contratos da

Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1070/2003 – Plenário. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão: 6ago 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 ago 2003. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 01 de julho 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 353/2005 – Plenário. Ministro Relator: Walton Alencar. Sessão: 6abr 2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 abr 2005. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 01 de julho 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. OSCIPS E LICITAÇÃO: ILEGALIDADE DO DECRETO N. 5.504, de 05.08.05 (PARECER). *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rerer.asp>. Acesso em: 01 de julho de 2013.

SALAMON, lester M. & ANHEIER, Helmut k. *Defining the nonprofit sector: A cross-national analysis*; Manchester: Manchester University Press, 1997. 14- SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do terceiro Setor no Brasil – São Paulo: Dialética, 2004.*

SILVA, Marcos F. G da. *O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política*. Estudos Econômicos da Construção, SindusCon-SP, v. 2, n. 3, 1997. Disponível em: <www.transparencia.org.br>. Acesso em: 01 de julho de 2013.

VIOLIN, Tarso Cabral. Uma análise crítica do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias com a administração pública. **Revista IOB de direito administrativo**, São Paulo, n. 27, p. 61-72, mar. 2008.

_____. O terceiro setor e a prestação de serviços públicos sociais. In: COSTALDELLO, Ângela.(Coord.). *Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 235-248.