

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER N.º 81/2011/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO N.º 01200.001079/2009-49

INTERESSADA: Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia

ASSUNTO: Observância do Decreto n.º 5.504/2005 pelas organizações sociais

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI N.º 9.637/98. NECESSIDADE DE LICITAR IMPOSTA PELO DECRETO N.º 5.504/2005. ILEGALIDADE. REGULAMENTO PRÓPRIO PARA A CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PREVISTO EM LEI. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO ART. 11 DO DECRETO N.º 6.170/2007.

I – Por conta da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, ratificada, in casu, pelo indeferimento de medida cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF, os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98 vigem plenamente e estipulam que as organizações sociais devem observar seus regulamentos próprios ao contratar com terceiros, consistindo tal previsão legal em exceção válida ao princípio licitatório, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República.

II – O Decreto n.º 5.504/2005 é absolutamente incompatível com os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98, não sendo, assim, aplicável às organizações sociais.

III – O art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007, por outro lado, é aplicável às organizações sociais e determina a observância de princípios essenciais no trato dos recursos públicos quando da produção do regulamento específico relativo à contratação de bens e serviços pelas organizações sociais.

IV – A tese firmada no Acórdão n.º 601/2007 – 1.ª Câmara e repetida no Acórdão n.º 2.569/2011 – 2.ª Câmara do Tribunal de Contas da União merece ser revista.

V – Nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988, é inafastável o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre as contas das organizações sociais que recebem recursos federais.

Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

1. Versa o processo em epígrafe sobre a definição da aplicabilidade ou não das disposições contidas no Decreto n.º 5.504/2005, que impõe licitação pública para compras, serviços e alienações relativos a recursos oriundos de repasses da União, às organizações sociais qualificadas na forma da Lei n.º 9.637/98.



2. Às fls. 02/03, a Subsecretaria de Coordenação das Unidades de Pesquisa do Ministério da Ciência e Tecnologia, por meio do Memorando n.º 161/2009-SCUP, de 05/05/2009, apresentou à Consultoria Jurídica daquela pasta dúvida sobre a aplicabilidade do Decreto n.º 5.504/2005 às organizações sociais. Na oportunidade, juntou cópias do entendimento adotado no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Consultoria Jurídica desta pasta ministerial.

3. Na Nota Técnica n.º 99/2008/SEGES, de 22/02/2008, juntada por cópia às fls. 05/07, a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, apoiada nos arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98, assim se posicionou:

(...)

Em uma análise preliminar da matéria, a divergência normativa observada entre a Lei n.º 9.637/98 e o Decreto n.º 5.504/2005, não parece ser, salvo melhor juízo, um caso de antinomia jurídica. Prevaleceriam as disposições da Lei n.º 9.637/98, norma de hierarquia superior, que impõe a essas entidades a edição de regulamento próprio, aprovado pelo seu Conselho de Administração, atribuição inclusive que a lei reconhece como privativa do Conselho. Nesse caso, por contrariar norma hierarquicamente superior, ficaram sem validade as disposições do art. 1.º, § 5.º, do decreto n.º 5.504/05, no que tange às organizações sociais.

O conflito entre os Decretos n.º 5.504/05 e n.º 6.170/07, parece ser situação diversa, visto que haveria equivalência entre as normas e seria preciso definir a posição do Governo Federal a respeito do assunto.

(...)

4. A Consultoria Jurídica Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão firmou seu entendimento no Parecer MP/CONJUR/AL N.º 0594-4.2/2008, de 05/06/2008 (cópia às fls. 08/13):

(...) para solucionar essa antinomia aparente é suficiente utilizar o critério cronológico, eis que o Decreto n.º 6.170, de 2007, disciplinou a matéria de modo inteiramente novo, conferindo, portanto, outra regulamentação ao assunto.

(...)

11. No que tange ao art. 17 da Lei n.º 9.637, de 1998, não se vislumbra qualquer afronta ao dispositivo que determina que as organizações sociais terão regulamento próprio contendo os procedimentos para a contratação de obras, serviços e compras com empresas de recursos provenientes do Poder Público. E de se entender que, na espécie, a mera determinação de que se faça cotação prévia afigura se como conteúdo de interesse público que norteia a matéria, notadamente por se tratar de utilização de recursos públicos. A toda evidência, a mera exigência de cotação prévia é o mínimo necessário e imprescindível em toda e qualquer aquisição de bens e serviços, na hipótese de contratação ocorrer com recursos da União.

12. Posto isso, adota-se o critério cronológico para solução da aparente antinomia e, consequentemente, tom-se por derogado o Decreto n.º 5.504, de 2005, na tocante ao § 5.º, art. 1.º, e a respectiva aplicação às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, reconhecendo-se como aplicável, à espécie, o art. 21 do Decreto n.º 6.170, de 2007 (...)

5. Às fls. 24/29, por intermédio da Nota CONJUR/MCT/AM n.º 290/2009, de 08/05/2009, a Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia concordou integralmente com a posição adotada pela Consultoria Jurídica Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

6. Às fls. 30/32, diante dos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União – contrária ao referido entendimento das Consultorias Jurídicas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Ciência e Tecnologia acerca do tema (Acórdãos 2.490/2005 – 1.ª Câmara, 601/2007 – 1.ª Câmara e Acórdão n.º 1.305/2007 – 1.ª Câmara) –, a Subsecretaria de Coordenação das Unidades de Pesquisa do Ministério da Ciência e Tecnologia pediu o reexame da matéria à CONJUR/MCT.



7. Sendo assim, a Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, alterando seu posicionamento anterior, emitiu a Nota n.º 1044/2009/AAS/CONJUR/MCT, de 19/11/2009, nos seguintes termos (fls. 74/77):

10. Ocorre que em leitura atenta da tese que consta do Acórdão 601/2007 – Primeira Câmara, do e. TCU, verifica-se nos novos argumentos interpretativos, que em que pese a sua edição ter sido anterior à publicação do Decreto n.º 6.170/2007, o mesmo não seria aplicável, na medida em que o Decreto n.º 6.170/2007 dispõe sobre convênios e contratos de repasse (...). Portanto temos que o modelo criado para organizações sociais pressupõe espécie de repasse de recurso de natureza voluntária, mas na sua finalidade as organizações sociais atuam em seus objetivos, competências e atribuições mais abrangentes e atinentes a atividades da Administração da que os repasses regulados na legislação sobre convênios e contratos de repasse, sendo vejamos alguns indicadores:

- a) a regulamentação acerca do modelo das organizações sociais é específica, na medida em que criada por lei própria, qual seja a Lei n.º 9.637/98;
- b) o Decreto n.º 6.170 não cita ou contempla o instrumento intuído "contrato de gestão";
- c) o modelo de organizações sociais possui a peculiar característica de fomentar a atividade envolvida, estando inclusive apta a receber bens da União, cessão de servidores do Poder Executivo, ou mesmo absorver atividades de entidade federal extinta.

11. O que é sugerido como argumento no entendimento presente é que as medidas mencionadas para solução da antinomia sejam conduzidas pelos critérios cronológico e da especialidade, onde:

- a) segundo o critério da especialidade a norma especial prepondera sobre a de matéria geral. Em outras palavras, o § 5.º do art. 1.º do Decreto n.º 5.504/05 mantém sua característica de especialidade dentro da matéria regulada, sintetizando a intenção normativa ao direcionamento de sua aplicabilidade, ao qual considero as organizações sociais na íntegra do seu texto. Difere sob esta ótica do Decreto n.º 6.170/07, que sequer faz qualquer menção às organizações sociais, concluindo aquela mais específica que esta.

(...)
12. Por outro lado, acartando, temos atestado o critério hierárquico por uma questão de ordem principiológica, pois o Decreto n.º 5.504 dá maior alicerce aos princípios da moralidade, publicidade, economicidade e demais preceitos constantes no art. 7.º da Lei n.º 9.637/98.

13. Desta forma, em conclusão, (...) entende-se necessário que se ratifique o entendimento anteriormente esposado e adotado por esta CONJUR/MCT, não aprovando a bem lançada Nota CONJUR/MCT n.º 290/2009 (...) divergindo, portanto, do entendimento da CONJUR/MP, e deixa-se (...) de aprovar a conclusão do mesmo, para entender que é aplicável o Decreto 5.504/2005 às organizações sociais.

14. Não sendo a matéria privativa de nenhuma das mesmas (CONJUR/MCT e CONJUR/PLANEJAMENTO), submeta à Consultoria-Geral da União (...) o tema, no ensejo de obter pacificação sobre a matéria (...).

É a relatoria. Passa-se a opinar.

II – A legislação pertinente ao presente estudo

8. Em primeiro lugar, vale reproduzir as disposições mais relevantes da Lei n.º 9.637/98 no que interessa ao presente exame:

Art. 1.º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Art. 2.º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

- I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:
 - a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;



- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidas nos termos do estatuto, asseguradas àquela composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado de Administração Federal e Reforma do Estado.

Art. 4.º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

VIII - aprovar, por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

Art. 5.º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas mencionadas no art. 1.º.

Art. 6.º O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

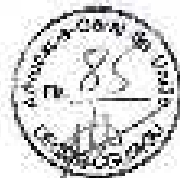
Art. 7.º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, e estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicações de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelas dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para cumprir com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

9. Eis os principais pontos do Decreto n.º 5.504, de 05/06/2005, que, dentre outros comandos, estabeleceu a obrigatoriedade de licitação e a utilização do pregão nas



contratações de bens e serviços comuns pelas organizações sociais que recebem recursos da União:

Art. 1.º 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 a estabelecida na legislação federal pertinente.

§ 1.º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com o programa a ser definido em instrução complementar.

§ 2.º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

§ 3.º Os órgãos, entes e entidades privados sem fins lucrativos, convenientes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

§ 4.º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

§ 5.º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei n.º 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.

(...)

10. Posteriormente, foi editado o Decreto n.º 6.170, de 25/07/2007, que assim cuidou das entidades sem fins lucrativos que percebem recursos da União:

Art. 1.º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União. (Redação dada pelo Decreto nº 6.428, de 2000.)

(...)

Art. 11. 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.

III – Dúvidas sobre a constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98

11. Antes de apreciar a obrigatoriedade ou não de aplicação do Decreto n.º 5.504/2005 às organizações sociais, é imperioso enfatizar que a constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98 vem sendo questionada na doutrina e no Judiciário.

12. A título ilustrativo, será transcrita apenas a posição da consagrada administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a matéria, que, diga-se de passagem, é compartilhada por muitos:

Uma vez qualificada como 'organização social' e tendo travado contrato de gestão - que será elaborado de comum acordo entre o Poder Público e a entidade privada e discriminará as respectivas atribuições, responsabilidades e obrigações (art. 6.º) -, a



pessoa estará, nesta conformidade, apta a receber bens públicos em permissão de uso e sem licitação prévia (art. 12, § 3.º), não havendo restrição alguma à que se trate também de bens imóveis, ser beneficiária de recursos orçamentários (art. 12) e de servidores públicos que lhe serão cedidos a expensas do erário público (art. 14) (...) 106. Na lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes.

O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar habilitação técnica ou económica-financiera de qualquer espécie. (...)

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (...) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínima nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado (...)

Há neste uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5.º), do qual a licitação é simples manifestação puntual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio).

Não se imagine que pelo fato de o art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade da licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para amedar tal dever sempre que lhe apraz. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justificuem, até porque, como é óbvio a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto mesma é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (...) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as conexas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação.

(...)

108. Já, no caso em que se pretende promover a absorção de serviços públicos por organizações sociais, impõe uma aberrante ofensa ao art. 175 da Constituição, segundo o qual 'incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos'. Demais disto, cumpre tomar tanto para o fato de que no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é 'dever do Estado' e nos arts. 205, 206 e 209 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transferência a organizações sociais.

(...)

(...) também não podem (...) receber bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem um processo regular em que se assegure igualdade a quaisquer interessados em obter tais benesses, cuja habilitação patrimonial, financeira e técnica seja previamente comprovada, assegurando-se direito de recurso contra a decisão dos Ministros outorgantes. A ser de outro modo, a qualificação como organização social seria um gesto de 'graça', uma outorga imperial resultante tão-só do soberano desejo dos outorgantes, o que, a toda evidência, é incompatível com as concepções do Estado moderno.

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam (...) cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais consagrados princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. (...) Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.

110. Isto posto, não é difícil perceber-se que as qualificações como organização social que hajam sido ou venham a ser feitas nas condições da Lei 9.637, de 15.5.98, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma. Assim, expõem-se abertamente a serem fulminadas em ações populares (Lei 4.717, de 29.6.65) e a que os responsáveis por tais atos de benevolência com recursos públicos,



tanto quanto os beneficiários deles, respondam patrimonialmente pelo indevido uso de bens e receitas públicas (art. 11 da citada lei).⁴

13. Na campo judicial, aparece a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.923/DE, ajuizada em 1.º/12/1998 pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista, que pretende a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos da Lei n.º 9.637/98 e também do inciso XXIV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, introduzido pela Lei n.º 9.648/98.

14. Vale ressaltar que o Plenário da Corte Suprema, por maioria, indeferiu em 1.º/08/2007 a medida cautelar requerida e assim manteve a plena vigência dos preceitos atacados. Eis a ementa e a passagem do voto proferido pelo Ministro Relator Ilmar Galvão na qual a constitucionalidade da regulamentação específica para compras e contratação de serviços pelas organizações sociais foi expressamente atestada:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE OFSCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais – personas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, declaradas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao iuris boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja marcê do transcurso do tempo – os atos normativos impugnados foram publicados em 1998 – seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença editiva. 3. Circunstâncias que não justificam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.

(...)

Voto do Ministro Relator

(...)

No que tange ao princípio da licitação, é de ver-se que, no concernente à cessão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, a dispensa de licitação se impõe como medida indispensável, posto não ser concebível o estabelecimento de concurso entre a entidade concebida e criada pelo Estado e entidades outras não qualificadas para o objetivo culminado. Iá no que toca a compras e à contratação de obras e serviços, prevê a Lei, no art. 4º, VIII, a fixação de regras, no regulamento, para sua disciplina, sendo oportuno assinalar que o legislador ordinário foi autorizado a assim proceder, no art. 47, XXI, da Constituição.

(...)

Manifestando-se sobre a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços, informaram a Presidência do Senado e a Presidência da República que, entre as finalidades das OS, está a de dinamizar a atuação dos entes prestadores de serviços públicos, mediante sua absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, obtendo-se, com isso, qualidades atinentes às empresas privadas, tais como um modelo de compras e contratação mais flexível e adaptável às peculiaridades de cada organização. Desse modo, a edição de norma própria, voltada a procedimentos de compra específicos para o atendimento das peculiaridades das OS não violere a competência privativa da União para a edição de normas gerais de licitação, que se dirige à Administração Pública e não a organizações não-governamentais e de caráter privado.

(...)

⁴ Curso em Direito Administrativo, 23ª edição, Malheiros, 2007, pp. 233-236.





15. Como se vê, o relator admitiu a constitucionalidade do regulamento próprio para a contratação de compras e serviços com terceiros previsto no art. 4.º VIII, da Lei nº 9.637/98.

16. Recentemente, o mérito da ADI 1923/DF começou a ser enfrentado no Supremo Tribunal Federal.

17. Conforme consta do Informativo nº 621, o novo relator, Ministro Carlos Ayres Brito, na sessão de 31/03/2011, emitiu seu voto pela procedência parcial dos pedidos formulados na ADI 1923/DF. Por oportuno, a seguir será transcrito o resumo do início do julgamento da citada ação direta:

Organizações Sociais e contrato de gestão - 1

O Plenário iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT contra a Lei 9.637/98 — que dispõe sobre a qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam, a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências — e contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei 9.666/98, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.549/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem licitação. O Min. Ayres Brito, relator, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das seguintes expressões e dispositivos da Lei 9.637/98: da expressão 'quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social', contida no inciso II do art. 2º; da expressão 'com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria', constante do § 2º do art. 14; dos artigos 18 a 22, com modulação dos efeitos da decisão no sentido de que as organizações sociais que 'absorveram' atividades de entidades públicas extintas até a data do julgamento deverão continuar prestando os respectivos serviços. (Súm. ainda, nos artigos 5º, 6º e 7º da mesma Lei e no inciso XXIV do art. 24 da Lei 9.566/93, interpretação conforme a Constituição, para deles afastar qualquer entendimento excluinte da realização de um peculiar processo competitivo público a objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como organização social; b) a celebração do 'contrato de gestão'.

Organizações Sociais e contrato de gestão - 2

O relator, após fazer um apanhado sobre os preceitos constitucionais relativos ao regime dos serviços públicos, consignou a possibilidade da prestação não-estatal. Ressaltou que os serviços prestados tanto pelo setor público — diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização — quanto os prestados pela iniciativa privada passariam natureza pública, uma vez que o serviço não se despublicizaria pelo fato de transpassar de sua prestação ao setor privado. No tocante as atividades de cenário misto, realçou que tenham natureza pública, se prestadas pelo próprio Estado ou em parceria com o setor privado e, se desempenhadas exclusivamente pelo setor privado, sejam definidas como atividades ou serviços de relevância pública (CF, artigos 129, II, e 197). Tendo em conta esse contexto normativo, concluiu que os particulares poderiam desempenhar atividades que também corresponderiam a deveres do Estado, mas que não seriam exclusivamente públicas, a exemplo da cultura, saúde, ciência e tecnologia, educação e do meio ambiente. Aduziu que tais atividades seriam passíveis de financiamento público e sob a cláusula da atuação apenas complementar do setor público.

Organizações Sociais e contrato de gestão - 3

Assim, reputou inconstitucional o chamado 'Plano Nacional de Publicização' previsto na lei impugnada, haja vista que, na realidade, tratar-se-ia de um programa de privatização. Explicou, no ponto, que órgãos e entidades públicos seriam extintos ou desativados e todos os seus bens, servidores e recursos orçamentários seriam repassados à gestão das organizações sociais. Reiterou que a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o Estado os preste diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização. Dessa forma, expôs que os artigos 18 e 22 da Lei 9.637/98 — ao estabelecerem um mecanismo pelo qual o Estado poderia transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia — autorizariam o Estado a abdicar da prestação de serviços dos quais ele não poderia se demitir, sem que configurasse terceirização de funções que lhe seriam típicas. Lembrou que



organização social não seria pessoa integrante da Administração Pública a que, se permitida tal "absorção", o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente indutor, fiscalizador e regulador, em frontal desconhecimento com a vontade objetiva da Constituição. De outro lado, não vislumbrou néscia no mecanismo de parceria entre o Estado e as particulares relativamente aos serviços enumerados no art. 1º da lei questionada, dado que não seriam exclusivos do Estado.

Organizações Sociais e contrato de gestão - 4

Assinalou que o contrato de gestão firmado com leis entidades congêneras, em linhas gerais, em convênio, caracterizado por interesses recíprocos e convergentes. Portanto, em princípio, considerou desnecessária a realização de processo licitatório para a sua celebração e, em consequência, constitucional o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93. Entretanto, o relator ressaltou que isso: a) não afastaria o dever de abertura de processo administrativo que demonstrasse, objetivamente, em que o regime de parceria com a iniciativa privada se revelaria como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não liberaria a Administração de observar observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinada atividade contratada; c) não prescindiria de motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, se houver outra com idêntica pretensão de emparricamento com o Poder Público; d) não dispensaria os mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em regime de parceria com a iniciativa privada. Sabendo, em suma, que se deveria proceder a um chamamento público, com regras objetivas, a fim de se convocar dentro as organizações sociais com atuação na área, aquela com melhor opção para realizar a atividade preceituada.

Organizações Sociais e contrato de gestão - 5

Reconheceu a inconstitucionalidade do fraseado "quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social", inserto no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/96, e no que tange ao contrato de gestão (artigos 5º a 7º), explicitou, via interpretação conforme a Constituição, que a suspensão de um processo público e objetivo para a celebração do "contrato de gestão" — não, necessariamente, de um processo licitatório — implicaria ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e economia. Rejeitou, ademais, as alegações de inconstitucionalidade dos incisos V, VII e VIII do art. 4º, do inc. II do art. 7º e do art. 14, todos da lei adversada. Destacou que as organizações sociais não se caracterizam como parcela da Administração Pública e que seus diretores e empregados não seriam servidores ou empregados públicos. Por conseguinte, mesmo sujeitos a procedimento impessoal na seleção dos empregados e na fixação dos respectivos salários, não haveria que se falar em concurso público ou remuneração fixada por lei. Evidenciou que o mesmo entendimento, contudo, não seria aplicável aos servidores públicos cedidos (Lei 9.637/96, art. 14), sendo inconstitucional o § 1º do art. 14 dessa lei, atinentemente a cessão especial "com fins para a origem", na parte em que permitiria à pessoa jurídica privada pagar vantagem pecuniária a servidor público, sem que lei específica o autorizasse. Acrescentou que a parte final do § 2º do mesmo artigo, ao prever o pagamento de "adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria" com recursos públicos, além de afrontar o inciso X do art. 37 da CF, vulneraria o § 1º do seu art. 169. Nesse sentido, julgou inconstitucional a expressão "com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria", disposta no § 2º do art. 14 da Lei 9.637/96. Por essa razão e por ficar vedado o pagamento pela organização social de qualquer vantagem pecuniária a servidor público cedido, declarou a inconstitucionalidade, por arriestamento, do § 1º do mesmo art. 14. Por fim, propôs a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade quanto aos artigos 18 e 22 da lei vergastada ao fundamento de que está vigorando há mais de 12 anos, que a Corte teria indeferido o pedido de medida cautelar e que não seria razoável a desconstituição de situações de fato que adquiriram contornos de extratificação. Após, pediu vista dos autos e Min. Luiz Fux.

ADI 1923/DF, rel. Min. Ayres Britto, 31.3.2011. (ADI-1923)

16. Prosseguindo no julgamento da ADI 1923/DF, em sessão realizada no dia 19/05/2011, o Ministro Luiz Fux também votou pela procedência parcial dos pedidos apresentados. Após seu voto, o Ministro Marco Aurélio Mello pediu vista dos autos.



19. É importante observar que o Ministro Carlos Ayres Britto não asseverou a inconstitucionalidade dos comandos inscritos nos arts. 4.º, VIII, e 17, da Lei n.º 9.637/98.

20. Outrossim, vale registrar que o Ministro Luiz Fux atestou a constitucionalidade do regulamento próprio previsto nos arts. 4.º, VIII, e 17, da Lei n.º 9.637/98. Para ele, a condição de pessoa não integrante da Administração dispensa a organização social de sujeição à licitação disciplinada na Lei n.º 8.666/93. Contudo, destacou que o regime jurídico das organizações sociais deve ser informado pelo núcleo essencial dos princípios inscritos no caput do art. 37 da Constituição de 1988.

21. Convém, ainda, apor que esta Advocacia-Geral da União posicionou-se pela plena constitucionalidade dos dispositivos alvejados, seja na Defesa n.º 204217/2007, proferida em 14/12/2007, seja na sustentação oral promovida pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União Luís Inácio Lucena Adams na sessão de 31/03/2011.

22. Ora, abstraindo considerações pessoais do subscritor do presente parecer no sentido da inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei n.º 9.637/98, no momento presente, não há como negar a plena vigência da Lei n.º 9.637/98, em especial de seus arts. 4.º, VIII, e 17, seja pelo princípio de presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, seja pelo indeferimento da medida cautelar requerida na ADI 1923/09. E, ademais, o entendimento externado pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União ratificou a integral constitucionalidade da norma pelo menos até o julgamento final a cargo do STF.

IV - Os posicionamentos divergentes

23. Nos presentes autos, a divergência está estabelecida entre a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Parecer MP/CONJUR/AL N.º 0594-4.2/2008) e a Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia (Nota n.º 1044/2009/AA5/CONJUR/MCT).

24. A Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão entende que o art. 1.º, § 5.º, do Decreto n.º 5.504/2005 foi derogado pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 no que diz respeito às organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. Exigirá também a compatibilidade entre o art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 e regime próprio constante do art. 17 da Lei n.º 9.637/98.

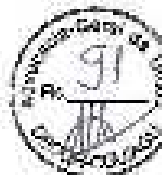
25. Já a Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, após modificar posicionamento exposto na Nota CONJUR/MCT n.º 290/2009, aderiu à jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o tema e passou a considerar que as organizações sociais devem, sim, licitar quando recebem recursos da União, na forma imposta pelo § 5.º do art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005.

26. Quanto à citada posição adotada pelo Tribunal de Contas da União, deve-se dizer que o Acórdão n.º 601/2007 – 1.ª Câmara, de 20/03/2007, a explicita perfeitamente. Sendo assim, cabe a transcrição de seus principais trechos:

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. SUJEIÇÃO A NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE DE UTILIZAÇÃO DE PREGÃO. NÃO PROVIMENTO.

1 - As organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público.

² Confira-se o texto de seu voto, disponível, por ora, apenas no sítio eletrônico do TJ Justiça (www.tjjustica.jus.br), sessão plenária do dia 19/05/2011, Blocos 3 e 4).



2 - As organizações sociais estão obrigadas a utilizar o pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns realizadas com recursos federais transferidos voluntariamente.

Relatório e Voto do Ministro Relator:

A Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLuS (Fls. 1715). Interpôs recurso de reconsideração contra o Acórdão 2480/2005 - 1ª Câmara (fl. 265/266 do volume 1 - relação 218/2005 do Auditor Marcos Benquiere), que, ao julgar as contas de 2003 daquela organização social, determinou-lhe que:

a) atentasse para o § 5º do art. 1º do Decreto 5504/2005, que exige utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, nas contratações de bens e serviços comuns realizadas por entes públicos ou privados com recursos voluntariamente transferidos pela União mediante convênio, instrumento congêneres ou consórcio público;

b) não efetuasse pagamentos antecipados de serviços e não concedesse reajustes sem a juntada das devidas justificativas aos respectivos processos, aos quais deverão ser anexados também os comprovantes de regularidade fiscal dos contratados.

2. O Analista Mateus Paulino da Silva (fls. 38/53) examinou o apelo com admirável meticulosidade, além de ter desenvolvido profundo estudo acerca da sujeição das Organizações Sociais às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público. Por tal razão, qual adota como relatório a manifestação daquele servidor, endossada pelo Diretor e pelo Secretário de Secretaria de Recursos e pelo Ministério Público junto a esta Corte, o voto pela adoção da minuta de acórdão que, ao final, submete à apreciação deste Colegiado:

“(...) A controvérsia cinge-se, basicamente, a examinar se as organizações sociais estariam obrigadas a observar a Legislação Federal sobre Licitações ou apenas seu regulamento próprio, elaborado e aprovado pelo respectivo conselho de administração nos termos dos arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98.

8. No caso concreto, insurge-se a recorrente contra a possibilidade desta Corte determinar-lhe medida que entende invadir a competência do seu conselho de administração e da comissão de acompanhamento e avaliação do contrato de gestão celebrado com o Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT. Alega que sua qualificação como organização social e o decorrente contrato de gestão não alteram sua natureza jurídica de direito privado, razão porque entende não estar sujeita aos procedimentos típicos da área pública, mas apenas a determinadas responsabilidades e encargos expressamente previstos na lei e no contrato de gestão. Sobre a qualificação, alega ser ato vinculado ao preenchimento dos requisitos, sendo que nem mesmo a administração poderia esquivar-se de seus termos, exemplificando que até mesmo eventual pretensão rescisória deveria ser necessariamente motivada.

9. Aduz que as normas da Lei nº 9.637/98 sobre os contratos de gestão têm natureza especial em relação à Legislação Federal de Licitações e Contratos. Alega ainda que as previsões do art. 1º, §§ 1º e 5º, do Decreto nº 5.504/2005 desconsideram que as organizações sociais já se achem submetidas aos procedimentos licitatórios estabelecidos em “regulamento próprio”, elaborado pelo respectivo conselho de administração, salientando que não há obrigação legal de que seja adotada a mesma regulamentação das licitações e contratos da Administração Pública e suas entidades.

10. Análise. A designação envolve questão de direito sobre os limites da atuação do TCU sobre as Organizações Sociais, com ênfase em se a contratação de bens e serviços nas organizações sociais deve ocorrer exclusivamente nos termos de seu regulamento próprio ou também à Legislação Federal sobre Licitações.

11. As Organizações Sociais estão disciplinadas na Lei nº 9.637/98 e constituem espécie do gênero doutrinariamente classificado como entes privados em cooperação com o poder público, atuando na gestão compartilhada de interesse público. Possuem natureza jurídica de direito privado e são qualificadas por meio de contrato de gestão celebrado com o Poder Público. Integram o chamado Terceiro Setor, juntamente com as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, disciplinadas pela Lei nº 9.790/99; as entidades do “Sistema S” (Sesc, Sesi, Senac, etc.); as Organizações Não-Governamentais - ONG; dentre outras.

Diferenciação entre o Regime Jurídico aplicável às Organizações Sociais e o das OSCIP. Acórdão nº 1.777/2005-Picnário. Inaplicabilidade às Organizações Sociais.

(...)

13. A diferenciação entre as áreas de atuação das OS - todas com natureza de serviço público -, conforme leitura do art. 1º da Lei nº 9.637/98, e a das OSCIP - apenas algumas sendo também serviço público -, conforme leitura do art. 3º e Incisos, da Lei nº 9.790/99, é indicativa de que os serviços públicos típicos permaneceram no âmbito de atuação das organizações sociais. Acrescenta-se o fato de que tais serviços



voluntário de ser prestado pelo Poder Público porquanto a qualificação da OS extinguiu o equivalente público anterior, como ocorreu na qualificação da ADLUS e extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, operando-se a transferência de todo o complexo material e imaterial deste para aquela OS.

16. Outra distinção refere-se à destinação dos bens nos casos de dissolução ou desqualificação dessas entidades. Quanto às Oscips, o art. 4º, IV e V, da Lei nº 9.790/99 determina que serão transferidos a outra entidade qualificada como Oscip, relativamente às OS, o arts. 2º, I, I, da Lei nº 9.637/98 estabelece que serão incorporados 'ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados'. Ainda com relação às OS, o art. 16 desta lei estabelece que 'a desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis'. Tais evidências corroboram a conclusão de que as OS estão mais atreladas à Administração, porque tal incorporação por parte dos entes federados nas hipóteses de extinção ou dissolução se dará inclusive sobre bens adquiridos à conta de recursos próprios, doação ou provenientes de terceiros. Possuem, portanto, natureza pública.

17. A Lei nº 9.637/98 disciplinou a composição e atribuições do conselho de administração das organizações sociais, exigindo a participação de membros natos representantes do Poder Público, não havendo previsão equivalente na Lei nº 9.790/99 com relação às Oscip. De outra parte, o art. 4º, II, a 6ª, caput, e parágrafo único, da Lei nº 9.637/98 estabelece que compete ao conselho de administração aprovar a proposta de contrato de gestão, indicativo de uma maior negociabilidade de seus termos com o Poder Público supervisor; circunstância também sem equivalente na Lei nº 9.790/99 com relação ao tema de parceria das Oscip. Percebe-se que enquanto o art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.790/99 permite a participação de servidores públicos no conselho fiscal ou equivalente das Oscip, vedada a remuneração a qualquer título, os arts. 28, I, c e d, 3, I, III e VII, da Lei nº 9.637/98 exigem a participação de membros natos do Poder Público na composição do conselho de administração das OS, vedada a remuneração, salvo a título de ajuda de custo pela participação nas reuniões.

18. Traço peculiar do regime jurídico de direito público aplicável às organizações sociais é o fato de seus bens conservarem natureza pública e permanecerem com a entidade na condição de permissionária, bem como a possibilidade de transacioná-los por bens de valor igual ou superior, mediante autorização do Poder Executivo. Relativamente às Oscip, nos casos de dissolução ou desqualificação, os bens por elas recebidos de qualquer origem (do poder público supervisor, de particulares, entre outros), reverterão a outra Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e não ao Poder Público supervisor; daí concluir-se que após doados por este àquelas, perdem sua natureza de direito público e passam a transferir apenas entre Oscip e nas hipóteses especificadas, ainda que tais bens permaneçam inalienáveis.

19. Relativamente às OS, Juarez Freitas entende que 'o regime de tais pessoas jurídicas de direito privado é mesmo aplicável (...) há uma dominância de regras de direito privado e simultânea preponderância de princípio de direito público, uma vez que se encontram imantadas pelas suas próprias e inescapáveis finalidades de cogentes matizes sociais' (grifamos) (in Regime Peculiar das Organizações Sociais e o Indispensável Aperfeiçoamento do Modelo Federal, RDA nº 214, out./dez. Rio de Janeiro, 1998, p. 100). Além, o art. 7º da Lei nº 9.637/98 estabelece que 'na elaboração do contrato de gestão devem ser observados os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade'.

20. Note-se que a OS recorrente era o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do CNPq, conforme consta do art. 21 e anexos I e II da Lei nº 9.637/98, devendo-se tomar as cautelas para que a entidade não pretenda meramente fazer o que tudo o que era proibido enquanto integrante da Administração Pública. (...)

21. Nesse sentido, tanto por premissa que as organizações sociais suam-se a regras de direito privado e princípios de direito público, impõe-se a observância do princípio constitucional de licitação previsto no art. 17, caput, e XXI, e regulamentado pela legislação federal pertinente. E não há argumentar que as organizações sociais não estão expressamente incluídas no art. 18 da Lei nº 8.888/93, porquanto os atos antes do Terceiro Setor, como as entidades do 'Sistema S', sujeitam-se aos princípios de licitação sem estar expressamente incluídas naquele dispositivo.

22. Tratando a questão no enfoque das Organizações Sociais, Carvalho Filho define o contrato de gestão como 'parceria necessária ao fomento das atividades e à execução das atividades lá mencionadas (...). À despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que,

[Handwritten signature]



embora sejam pactos bilaterais, não há contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes visando a objetivos de interesse comum. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio [grifamos] (in Manual de Direito Administrativo, 14ªed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005; p. 204).

23. A propósito, o art. 116 da Lei nº 8.666/93, que trata das regras gerais em licitações e contratos no âmbito da União, dispõe que são aplicáveis as suas disposições, 'na que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração' [grifamos]. E o que seriam tais instrumentos assemelhados aos três sendo, por exemplo, um contrato de gestão? O contrato de gestão é um vínculo no qual preponderam os princípios do direito público, e em maior densidade que nos termos de parceria, como veremos a seguir.

24. Ainda no assunto, Di Pietro entende que as organizações sociais devem observar, no mínimo, dentre outros aspectos, 'submissão aos princípios da licitação, prestação de garantia (tal como exigido nos contratos administrativos em geral, exigência esta mais apurada na organização social, pelo fato de ela administrar patrimônio público)' (in Direito Administrativo, 17ªed., Atlas, São Paulo, 2004; p. 471).

25. A propósito, o art. 7º da Lei nº 8.637/98 estabelece que devem ser observados no contrato de gestão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. Com relação às Oscip, também integrantes do Terceiro Setor, o art. 4º, I, da Lei nº 9.790/99 estabelece que tais princípios devem ser observados não no termo de parceria, mas no estatuto da entidade. Tal circunstância é indicativa de que, por ser mais publicista o regime aplicável às OS, tomou-se desnecessária prever o óbice que é a sujeição dessas entidades ao regime jurídico típico da Administração Pública, parcialmente flexibilizada pelo direito privado nos limites que o ordenamento vigente permite.

(...)

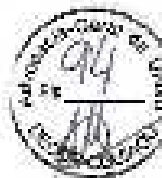
27. Não se descarrega a discussão travada no Acórdão nº 1.777/2005-Plenário, prevalecendo nele a tese de que as Oscip suscitam-se ao estabelecido em 'regulamento próprio', elaborada pelo respectivo conselho de administração, para a contratação de bens e serviços. Fundamentou-se naquele precedente que a intenção do Plano Nacional de Publicização impõe a 'desburocratização operacional' daqueles entes de cooperação; e necessidade de se fazer controle de resultados, com enfoque no termo de parceria; e que não se aplicam nos termos de parceria celebrados entre a Administração Federal e as Oscip as normas relativas aos Convênios, especificamente a IN 01/87-STN.

28. Ademais, argumentou-se ali que 'o art. 14, § 5º, do Decreto 5.504/2005, que estendeu às Oscip a obrigatoriedade de observarem a legislação federal de licitações e contratos, na aplicação de recursos públicos por ela administrados, na verdade, exorbita o art. 116 da Lei 8.666/93, a qual não se refere especificamente aos contratos de parceria, bem como a própria Lei 9.790/99 (...) não se trata de Decreto Autônomo cuja declaração de inconstitucionalidade, em abstrato, compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal. Verifica-se a extrapolção de lei por norma regulamentadora de estatuto inferior'.

29. No caso concreto, entretanto, existem peculiaridades que não devem contaminar a presente análise. Nesse sentido, o precedente refere-se a Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - Oscip, que, nos termos da Lei nº 9.790/99, celebram termo de parceria e não estão sujeitas à prestação de contas anuais; e não a Organizações Sociais - OS, que celebram contrato de gestão, recebem recursos públicos na forma de dotações orçamentárias, além de bens móveis e imóveis públicos e, portanto, estão obrigadas à prestação de contas sistemáticas ao TCU, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.637/98. Sobre o assunto, Decisão Administrativa nº 592/1998-TCU - Plenário e Decisão nº 931/1999-TCU - Plenário.

30. À vista do mencionado precedente, será necessário um raciocínio reconstrutivista-comparativo para mostrar que não se aplica às organizações sociais a mesma lógica que fundamentou o Acórdão nº 1.777/2005 - Plenário, que, repete-se, tratou a questão sob o enfoque das Oscip e não do Terceiro Setor como um todo. São até compreensíveis as razões das que defendem a mais ampla desburocratização operacional, envolvendo toda o Terceiro Setor; todavia, tal pretensão resta inviabilizada na disciplina legal distinta e específica de cada ente de cooperação, bem como votações no ordenamento constitucional vigente.

31. Sendo vejamos, se o regime jurídico aplicável às OS fosse o mesmo das Oscip, indaga-se: qual a utilidade prática em nominá-las como tal e discipliná-las em diplomas legais distintos? Qual seria o porquê das áreas de atuação das OS serem mais restritas que a das Oscips e constituírem exclusivamente serviço público? E qual seria a



diferença substancial entre contrato de gestão e termo de parceria? E mais além: qual a justificação lógica para que o art. 2º da Lei 9.796/99 vedasse a qualificação de OS como Oscrip? Evidente que a intenção do legislador foi tratá-las distintamente. A Lei 9.637/98 apresenta um regime com maior densidade publicista para as OS, parcialmente flexibilizado por regras de direito privado; já a Lei nº 9.790/99, um regime mais aproximado do direito privado para as Oscrip, minimamente derogado por regras de direito público na que toca à aplicação dos recursos públicos abidos por meio do termo de parceria.

(...)

33. A 'Zona Nebulosa' acerca da dicotomia do regime aplicável aos entes de cooperação, contextualizada no Plano Nacional de Publicização e no Plano de Reforma Administrativa gerencial, entendemos, resolve-se pela compreensão de que há duas vertentes: uma com menor liberdade operacional, maior incentivo por parte do Poder Público e maior atrelamento aos princípios do direito público; outra, com maior liberdade gerencial e menor vinculação ao direito público. Assim, há no Terceiro Setor entidades cujo regime jurídico aplicável mais se aproxima do publicista típico da Administração e outras cujo regime preponderante é o de direito privado com controle precipuamente nos resultados. Exemplificam o primeiro grupo, quando das suas peculiaridades individuais, as Organizações Sociais, as entidades do 'Sistema S', os Conselhos Fiscalizadores das Profissões; são exemplos do segundo, as Organizações da Sociedade Civil de Direito Público e as Organizações Não-Governamentais ainda não qualificadas como Oscrip. Cronologicamente, inclusive, as leis que regem as pioneiras do 'Sistema S', as fiscalizadoras de profissões e as OS são anteriores às leis que disciplinam as Oscrip e as ONG.

34. Deve-se tratar distintamente OS e Oscrip. São semelhantes tais sistemas de parceria Estado-entidade privada, mas existem pontos específicos que distinguem os regimes. (...)

35. A hermenêutica que busca a qualquer custo libertar o Terceiro Setor de todas as 'amarras da Administração Pública', e pretende implementar o Plano de Reforma Administrativa Gerencial, fundamenta-se em dispositivos da legislação ordinária e mostra-se inviável na ordem constitucional vigente. É pragmatismo inviável em face de Constituição Federal. Velumbra-se, pois, que seriam necessárias reformas na Constituição para que fosse conferida às organizações sociais a amplitude de liberdade gerencial pretendida. Só assim, e não por meio interpretações pragmatistas da Lei nº 9.637/98 e de seus dispositivos que extrapolam as permissivas constitucionais. São, portanto, questionáveis e, enquanto permanecerem assim, a hermenêutica ideal é aquela ponderada, que favoreça simultaneamente uma razoável liberdade gerencial e um controle satisfatório.

(...)

36. Conforme visto, é inafastável a conclusão de que as Organizações Sociais estão umbilicalmente atreladas ao Poder Público, peculiaridade que as distingue das Oscrips, até porque sua área de atuação é a de serviços essencialmente públicos e sua criação implicou na extinção do equivalente órgão da Administração Pública com absorção de todo seu complexo material e imaterial por parte da recém qualificada OS. Di Pietro adverte que esta qualificação envolve 'riscos e falhas os mesmos das entidades de apoio, constituídas ad hoc, ou seja, com o objetivo único de se habitarem como OS e continuarão a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria'. Eles viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público'. (op. Cit., p. 421) Parece o caso, em que a ABTU5/OS sucede ao Laboratório Nacional de Luz Síncrotron/CNPq; circunstância bem diferente das Oscrip, que já existam como entidades privadas, com patrimônio, pessoal e existência própria que a antecedem e é condição para sua qualificação como tal.

Submissão das Organizações Sociais à Legislação Federal de Licitações e Contratos, Fundamenta no art. 37, XXI, da Constituição Federal, Vigência do Decreto nº 5.504/2005.

39. A exigência do art. 1º, caput, e §§ 1º e 5º do Decreto nº 5.504/2005 harmoniza-se com os princípios constitucionais de licitação, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, publicidade, além de ser conveniente ao interesse público, porque o pregão é modalidade simples e econômica, para visto sua condução não demandar grande volume de recursos humanos e financeiros, especialmente se realizado na forma eletrônica.

40. Desde logo verifica-se insustentável a pretensão da recorrente neste específico, na que não há razão lógica que justifique a entidade contratar bens e serviços comuns à margem da legislação federal que disciplina a modalidade licitatória do Pregão,



Resalte-se que não se trata da contratação de bens e serviços afetos especificamente à área-fim da entidade - hipótese na qual poder-se-ia até vislumbrar limitações de mercado, melhor adequação de determinado equipamento para o sucesso da pesquisa -, mas de contratar bens e serviços comuns em termos exclusivos de regulamento próprio elaborado por pessoa jurídica de direito privado, esquivando-se da legislação federal sobre o assunto.

41. Deve-se considerar que o pregão é modalidade célere, simples e econômica e que finalisticamente se justifica em razão de ter por objeto a contratação de bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, na definição do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2005. Compreender que as OS poderiam contratar bens e serviços comuns fora da previsão legal do pregão, além de contrariar a finalidade da Lei nº 10.520/2005, que regulamenta o art. 37, XXI, da CF/88, caracterizaria afronta aos princípios constitucionais da isonomia e moralidade em situação jurídico-falaciosa injustificável.

42. Por outro lado, não há argumentar que a observância à Legislação Federal de Licitações por parte das organizações sociais, especialmente ao Decreto nº 5.504/2005, tornaria inócua a intenção do Plano Nacional de Publicação de conferir maior autonomia gerencial ao Terceiro Setor, tal não procede. Primeiro, porque verificam-se peculiaridades entre os regimes jurídicos aplicáveis; segundo, porque mesmo se aceitarmos sua submissão às Leis nº 8.666/93, nº 10.520/2002 e ao Decreto nº 5.504/2005, os privilégios e incentivos que a Lei nº 9.637/98 autoriza que sejam concedidos pelo Poder Público, conforme detalhamos acima, já oferecem os meios necessários ao atingimento dos objetivos do contrato de gestão com eficiência e celeridade.

43. Adquirir sem licitação ou sem fundamentar sua dispensa ou inexigibilidade é a ambição de qualquer gestor de recursos públicos, mas tal conduta é vedada pelos arts. 59, caput, e 37, caput, XXI, da Constituição Federal. No caso concreto, nota-se que a organização social ABTUS era o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, do CNPq. Deve-se tomar cautelas para que a qualificação como OS não se converta em autorização para fazer tudo aquilo que era proibido enquanto integrante da Administração.

44. Nos termos dos arts. 1º e 38, caput, e § 1º, I, da Lei nº 8.668/93, a licitação destina-se a assegurar a isonomia na obtenção da proposta mais vantajosa, garantindo que não será privilegiada determinada empresa ou pessoa. A pretensão de contratar sem licitação ou exclusivamente nos termos de "regulamento próprio" não assegura a observância da impessoalidade, moralidade e publicidade necessárias à gestão de recursos públicos.

(...)

45. Também não há sustentar a especialidade da Lei nº 9.637/98 com relação às Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/2002, visto que aquela dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais; estas são leis federais que dispõem sobre regras gerais para licitações e contratos. O princípio da especialidade nos normas impõe sim a observância das Leis nº 8.666/93, nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.504/2005, e não do dispositivo da Lei nº 9.637/98 que define competências do Conselho de Administração para elaborar regulamento próprio detalhando procedimentos para contratação de bens e serviços.

47. A controvérsia se resolve pela compreensão de que o princípio geral da licitação possui status constitucional (art. 37, XXI), sendo regulamentado pelas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/2002. Com efeito, o Decreto nº 5.504/2005 passa a exigir o pregão preferencialmente eletrônico, para contratação de bens e serviços comuns decorrentes de transferências de recursos públicos federais efetivadas nos termos de contrato de gestão, mencionando expressamente as organizações sociais. As modalidades de pregão e sua aplicabilidade têm previsão na Lei nº 10.520/2002 e nos Decretos nº 5.450/2005 e nº 5.504/2005, restando evidente o fato de que regulamentam a regra geral da licitação.

48. Nesses termos, a exigência do art. 1º, caput, e §§ 1º e 5º, do Decreto nº 5.504/2005 é compatível com os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, publicidade e da licitação, além de ser conveniente ao interesse público, porque o pregão é modalidade célere, simples e econômica. haja vista sua condução não demandar grande volume de recursos humanos e financeiros, especialmente se realizado na forma eletrônica.

49. Contudo, não se subsumindo a hipótese à previsão legal do pregão - aquisição de bens e serviços comuns, nos termos da Lei nº 10.520/2002 -, deverão realizar-se tais contratações mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na



legislação federal pertinente', conforme estabelece o art. 1º, caput, do Decreto nº 5.504/2005. Deixar de concluir, a título de argumentação apenas, porquanto tal assunto não foi tratado na acórdão recorrido, que as contratações de bens e serviços que não sejam comuns deverão observar os termos da Lei nº 8.666/93.

50. Também não faz sentido argumentar exceções constitucionais ao art. 72, XXVII, exemplificando que, nos termos do art. 173, § 1º, III, da CF/88, a Administração Indireta exploradora de atividade econômica não estaria sujeita às Leis de Licitação, eis que aquelas entidades elaboram regulamento próprio nos termos da lei específica, situação distinta das organizações sociais, que entendem possuir idêntica competência. São distintas as situações porque para as entidades exploradoras de atividade econômica a Constituição Federal exige lei específica; para as organizações sociais, a recorrente entende que baseada a previsão do art. 17 da Lei nº 9.637/98 que autorizaria a organização social a elaborar 'regulamento próprio'. Ao contrário do que pretende a recorrente, tal comparação enfraquece seus argumentos.

(...)

52. Em última análise, deve-se considerar que o Decreto nº 5.504/2005 está vigente e regulamenta a Lei 10.520/2002 que, por sua vez, possui fundamento de validade no art. 37, XXI da Constituição Federal. - note-se que não há buscar fundamento no art. 1º da Lei nº 8.666/93 - , devendo o jurisdicionado obedenciá a seus termos, haja vista que não foi contestado na Justiça e não pretendemos, ao menos com relação às organizações sociais, deixar de aplicá-lo por inconstitucionalidade. De outra parte, o histórico legislativo nacional revela que muitos diplomas legais surgem por inspiração de textos de decretos ou medidas provisórias. Na rera, pode também vislumbrar-se o Decreto nº 5.504/2005 como indicativo de que se pretende harmonizar a Lei nº 9.637/98 com o texto da Constituição Federal, o que pode inclusive vir a ser tratado por meio de lei em futuro próximo.

O caso concreto: confronto do regulamento próprio da ABTLUS com as arts. 22, XXXVI, e 37, XXI, da CF/88 e a Legislação Federal de Licitações.

53. A rigor, confrontam-se não o Decreto nº 5.504/2005 com a Lei nº 9.637/98 - como aduz a recorrente - , mas o Regulamento Próprio da ABTLUS com o Decreto nº 5.504/2005, as Leis Federais de Licitação e o art. 22, XXXVI, 17, caput, e XXI, 18, caput, e 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Assim, pretendeu a recorrente dar a aparência de que o Decreto nº 5.504/2005 confronta-se com a Lei nº 9.637/98, sendo que não é isso que acontece, mas sim o confronto do referido decreto, cujo texto é claro e expresso em sujeitar as Organizações Sociais a contratar bens e serviços comuns por meio de pregão, contra um regulamento próprio ao qual se pretende indevidamente dar força normativa de lei. A Lei nº 9.637/98 sequer poderia autorizar que entidade privada editasse regulamento autônomo versando sobre matéria de competência exclusiva da União. De toda sorte, não se deve ignorar que o Decreto nº 5.504/2005 está em plena vigência, não podendo a recorrente esquivar-se ao seu cumprimento sem que sua constitucionalidade tenha sido contestada.

Regulamento Próprio. Considerações e uma aceção harmônica com a Constituição Federal.

54. Sobre o assunto, o art. 4º, VIII, da Lei 9.637/98, estabelece que 'o conselho de administração deve aprovar o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações'. Nesse sentido, também o art. 17 daquele diploma legal.

55. Ressalte-se que o legislador empregou os vocábulos 'regulamento próprio' e 'procedimentos' que, em direito administrativo, possuem, respectivamente, a aceção de normas de organização interna e de peculiaridades das normas gerais que a lei autoriza sejam tratadas por meio de regulamento. Sendo-lhe atribuída uma interpretação tecnicamente apropriada, não se poderia vislumbrar o chamado regulamento próprio dispensa autônoma e amplamente sobre normas em licitações e contratos, mas sim que destinasse-se a estabelecer procedimentos com vistas a amoldá-los às peculiaridades da organização social. Exemplificando, determinaria quem seria competente para adjudicação ou homologação do objeto; justificar eventual dispensa ou inexigibilidade; os setores e funcionários envolvidos na condução das licitações e fiscalização de contratos; o setor jurídico responsável por analisar minutas de editais, contratos e aditivos; dentre outras possibilidades.

56. Assim, não prospera o argumento da recorrente de que os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98 autorizam a organização social a dispor plenamente sobre licitações e contratos, haja vista a inafastabilidade dos princípios gerais de licitação e a literalidade dos dispositivos citados, que apenas autorizam a elaboração de 'regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações'. E se é regulamento, logicamente pressupõe norma



verticalmente superior, ou seja, uma lei para regulamentar. Maior lógica há em concluir que tal norma superior não seria a Lei nº 9.637/98, mas as Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/2002 e, sobretudo, o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

57. Evidente, entretanto, que o próprio art. 116 da Lei nº 8.666/93 estabelece que a aplicação daquele diploma aos instrumentos congêneres a convênio será 'no que couber', o que permite concluir não por uma aplicação integral pura e simples da Lei nº 8.666/93 às Organizações Sociais, mas que o regulamento próprio cuidará de amoldá-la às peculiaridades da entidade.

58. Ainda sobre aqueles dispositivos da Lei nº 9.637/98, nota-se que estão localizados naquele diploma legal nas partes que tratam das atribuições do conselho de administração e das disposições finais e transitórias. Ainda se o texto constitucional vigente autorizasse que dispositivo de lei ordinária delegasse a plenitude da regulação e normatização das licitações e contratos ao conselho de administração das organizações sociais, ter-se-ia reservado capítulo ou seção específicos, não apenas à primeira parte do inciso VIII do art. 49, de forma tão sutil, tendo tratada juntamente com planos de cargos, salários e benefícios no mesmo dispositivo. Não foi a intenção da lei.

59. Raciocinar em sentido contrário afrontaria os princípios constitucionais da impossibilidade, moralidade e publicidade, na licitação e do controle sobre a gestão de recursos públicos. Dal porquê compreender que o conselho de administração estaria autorizado apenas a detalhar a legislação pertinente e amoldá-la às peculiaridades da organização social. É esta uma interpretação para o termo 'regulamento próprio' mencionado na lei, diferente da adoção na qual se pretende individualmente entendê-lo, como sendo lei em sentido material, disposta plenariamente sobre licitações e contratos. Deserve-se que lei ordinária não pode delegar competência legislativa exclusiva, e até mesmo o poder regulamentar é indelegável a entidades de direito privado, nos termos dos arts. da Constituição Federal.

(...)

63. Nessa lógica, com relação às Organizações Sociais, não é sustentável que o Decreto nº 5.504/2005 tenha extrapolado os limites do art. 116 da Lei nº 8.666/93 para alcançar tais entidades, até mesmo porque a própria Lei nº 9.637/98 é tida em aspectos cuja constitucionalidade é questionável, tais como autorizar entidade privada a elaborar regulamento próprio com força de lei em sentido material, usurpando competência legislativa exclusiva da União; dentre outros que destacamos.

64. Deve-se reconhecer que sujeitar as Organizações Sociais aos princípios de direito público é pragmatismo, mas com respaldo no art. 7º da própria Lei nº 9.637/98 e no texto constitucional vigente. Já a hermenêutica sobre a Lei nº 9.637/98 que busca a qualquer custo libertar as organizações sociais de toda sorte de 'amarras burocráticas', entretanto, é pragmatismo puro e simples, porque pretensão inviável em face da atual Constituição Federal e nomeada apenas pela desburocratização operacional do Terceiro Setor em um Plano Nacional de Publicização que não tem status constitucional e que nem mesmo as alterações promovidas pela LC nº 19/1990 permitem tal amplitude de liberdade àquelas que gerem recursos públicos federais, com maior razão no caso das OS, eis que mais atreladas à Administração Pública e princípios correlatos.

(...)

CONCLUSÃO

79. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pela Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLuS, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se o Acórdão nº 7.496/2005-1ª Câmara em seus exatos termos;

(...)

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recurso de reconsideração interposto pela Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron contra o acórdão 2490/2005 - 1ª Câmara (relação 218/2005)

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, com fundamento nos arts. 12 e 33 da Lei 8.443, em:

§ 1º conhecer do recurso de reconsideração interposto para, no mérito, negar-lhe provimento;

(...)



27. Posteriormente, a 1.ª Câmara da Corte de Contas ratificou sua tese no Acórdão n.º 1305/2007. E, recentemente, a 2.ª Câmara também seguiu o posicionamento no Acórdão n.º 2.569/2011.

V - A prevalência da Lei n.º 9.637/98 e do Decreto n.º 5.170/2007

28. Desde logo, como já ressaltado acima, adota-se como premissa a plena vigência dos arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98 para afastar a aplicabilidade do Decreto n.º 5.504/2005 às organizações sociais.

29. Diante dos citados preceitos legais, a tese defendida pelo Tribunal de Contas da União e também pela Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia sucumbe.

30. A realização de licitação nos termos das Leis n.ºs 8.666/93 e 10.520/2002 pelas organizações sociais não é imposta pelo ordenamento jurídico vigente. Não há lei determinando isso. Em verdade, a Lei n.º 9.637/98, estabelece justamente o contrário.

31. A posição firmada pela 1.ª Câmara do Tribunal de Contas da União no Acórdão n.º 601/2007 nega vigência aos arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98.

32. Olvida-se a Corte de Contas que o próprio inciso XXI do art. 37 da Constituição da República admite exceções legalmente previstas ao princípio da licitação.

33. E foi o que fez a Lei n.º 9.637/98: atribuiu ao conselho de administração das organizações sociais a elaboração de "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".

34. O posicionamento do Tribunal de Contas da União parte da ideia de que as distinções existentes entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público implicam a necessidade de obediência a regimes jurídicos totalmente distintos. Isso não é verdade. Conforme se verá mais adiante, o art. 17 da Lei n.º 9.637/98 e o art. 14 da Lei n.º 9.790/99 contêm comandos substancialmente idênticos.

35. O TCU estabeleceu como premissa, também erroneamente, que a qualificação de toda organização social pressupõe a extinção de entidades federais, quando, na verdade, isso é uma possibilidade (art. 18 da Lei n.º 9.637/98).

36. E, ainda, interpreta, de forma absolutamente divorciada da razoabilidade, preceitos legais praticamente idênticos. Trata-se da exegese atribuída aos já citados arts. 17 da Lei n.º 9.637/98 e 14 da Lei n.º 9.790/99, a seguir reproduzidos:

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, 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.

Art. 14. A organização paratela [organização da sociedade civil de interesse público] fará publicar, no prazo máximo de vinte 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. 4.º desta Lei.

37. Observando-se atentamente os mencionados dispositivos, não há como sustentar que as organizações sociais devem licitar (Acórdão n.º 601/2007-1.ª Câmara) e as organizações da sociedade civil de interesse público podem contratar de acordo com as



normas estipuladas em seus regulamentos próprios (Acórdão n.º 1777/2005 – Plenário). Há clara incongruência no âmbito do TCU.

38. Obviamente, não se apoia a edição do regulamento feito de qualquer maneira. Como bem assinalou o Ministro Luiz Fux em voto proferido na ADI 1921/DF, as organizações sociais não devem abandonar o núcleo essencial dos princípios inscritos no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988.

39. Ora, tal recomendação está expressa no art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007, que sem dúvida alguma, é norma aplicável às organizações sociais que recebem verbas federais. Eis o mencionada dispositivo:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 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.

40. O Decreto n.º 6.170/2007 apresenta os princípios que devem ser obrigatoriamente seguidos pelas organizações sociais receptoras de recursos públicos nas suas contratações com terceiros:

41. Em apoio à tese aqui sustentada, convém reproduzir adiante algumas valiosas lições doutrinárias sobre o tema:

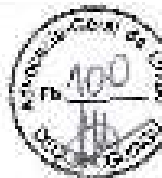
42. Realçando a natureza privada das organizações sociais, o jurista Lucas Rocha Furtado assim repelê a submissão das organizações sociais à licitação:

A idéia de utilizar entidades privadas na prestação de serviços de utilidade pública é boa. Todavia, a absoluta falta de critérios de impessoalidade para a escolha da entidade que irá receber os recursos públicos tem sido fonte de constante questionamento quanto à sua constitucionalidade. A rigor, há situações em que entidades privadas são criadas com o único propósito de receberem esses recursos, em evidente violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade. (...) Quanto à prestação de contas, quando se tratar de recursos federais, o TCU decidiu que elas devem ser, após o exame do órgão repassador, repassadas ao Tribunal. A peculiaridade do exame dessas contas consiste em que o exame é feito apenas com base nos resultados alcançados pela OS. Como se trata de entidade privada não integrante da Administração Pública, a ela não se aplicam os deveres básicos de licitar ou de realizarem concurso público, por exemplo. Desse modo, são aspectos formais de legalidade a serem examinadas nas prestações de contas; esse exame considera, antes, aspectos de resultados. (...)³

43. A renomada administrativista Marta Sylvania Zanella Di Pietro visualiza muitas inconstitucionalidades na Lei n.º 9.637/98. Dentre essas, indica a falta de submissão das organizações sociais aos princípios da licitação. Leitura atenta da seguinte passagem de sua obra revela que a Lei n.º 9.637/98 não exigiu observância de licitação pública:

No livro *Parcerias na Administração Pública*, destacamos o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão. Em primeiro lugar, porque fica muito nítida a intenção do legislador de instruir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o

³ Curso de Direito Administrativo, 2.ª edição, Editora Fórum, 2010, p. 235.



mesmo patrimônio, porém, sem a submissão àquilo que se costuma chamar de 'amarras' da Administração Pública.

(...) Trata-se de entidades construídas *ad hoc*, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público.

Para que a organização social se enquadrasse adequadamente nos princípios constitucionais que regem a gestão do patrimônio público e que existem exatamente para proteger esse patrimônio, seria necessário, no mínimo:

a) exigência de licitação para a escolha da entidade;
b) comprovação de que a entidade já exista, com sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente;

c) demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;

d) submissão aos princípios da licitação;

e) imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados;

f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato de administrar patrimônio público.⁴

44. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho rejeita a aplicação da Lei n.º 8.666/93 aos contratos celebrados pelas organizações sociais:

10.4) A atividade contratual das organizações sociais

A organização social, uma vez recebidos os recursos, deverá gerá-los segundo os parâmetros de eficiência exigidos pela iniciativa privada. No entanto, as regras acerca de improbidade administrativa poderão ser aplicadas, se verificadas condutas infringentes da moralidade. De todo o modo, os contratos praticados pelas organizações sociais regulam-se pelo direito privado e não estão subordinados às regras da Lei n.º 8.666.⁵

45. Em artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/ICU como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público, Ronaldo Quintanilha da Silva também afasta a obrigatoriedade de licitação:

(...)

No âmbito da gestão privada de recursos públicos, emerge o debate, principalmente, quanto ao estabelecimento de princípios e de regras a que devem ser submetidas as entidades do terceiro setor que recebem recursos de natureza pública.

No amaranhão de legislação existente, há comandos que determinam a realização do processo licitatório, com base na Lei 8.666/1993 e outros que o dispensam, bastando uma cotação prévia de preços, este é o caso do Decreto 6.170/2007. Portanto, a pergunta que se faz é: como as entidades sem fins lucrativos devem proceder na aquisição de bens e contratação de serviços?

(...)

Diante disso, o primeiro ponto que nos conduz nessa discussão é o âmbito de incidência das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002 que não trazem em seus comandos as entidades privadas sem fins lucrativos. A primeira menciona as empresas públicas e as sociedades de economia mista, para as quais inclusive são permitidas edições de regulamentos próprios, nos termos do art. 119 da Lei 8.666/1993.

As entidades privadas sem fins lucrativos não estão submetidas a esses requerimentos. Além disso, percebe-se a orientação para construção de regras próprias. Neste sentido, também é o posicionamento de Maria Teresa Dias (2008, p. 230):

Não se trata de regra totalmente inovadora na ordem jurídica brasileira, visto que outras entidades privadas da administração (sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pela União), já poderiam editar tais regulamentos por força do art. 119 da Lei nº 8.666/93.

⁴ *Unidade Administrativa*, 20.ª edição, Atlas, 2007, pp. 463-464.

⁵ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11.ª edição, Dialética, 2005, p. 27.



Também vasta jurisprudência. Inclusive do STF, reconheceu a edição de tais regulamentos pelas empresas estatais.

No caso das entidades do terceiro setor, é ainda mais fácil o reconhecimento da regra que determina a edição de regulamentos, uma vez que tais entidades não integram a administração pública.

No último trecho, a professora menciona a edição de regulamentos próprios pelas entidades do terceiro setor. Neste caso, podem-se mencionar as Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), as quais em consonância com as leis que as regulam (respectivamente, Lei 9.637/96 e Lei 9.790/98) editam regulamentos próprios. (...)²

46. Apoiada na Constituição e na legislação pertinente, Mariane de Oliveira Braga repele a tese adotada pelo Tribunal de Contas da União:

(...)

Dentre estas entidades que compõem o terceiro setor, entendemos que se incluem as associações e fundações, qualificadas ou não como Organizações Sociais (OS) ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

(...)

Como visto, o Estado realiza o fomento de diversas modalidades, dentre elas o aporte de recursos financeiros, voluntariamente, para a iniciativa privada. Em regra, esta cooperação se dá por meio de convênios, termos de parceria ou contratos de repasse. Levando-se em conta que estas entidades se utilizam de recursos públicos para a execução dos projetos firmados com a Administração Pública, surgem questionamentos acerca da obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório nas contratações realizadas com terceiros. Vejamos.

A licitação é um processo administrativo, bem como um princípio constitucional, consagrada no artigo 37, XXI da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 37 (...)

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.

Imperioso destacar que a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação é privativa da União, consoante o disposto no artigo 22 da Constituição. In verbis:

Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas 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, (artigo recesso)

Conforme se depreende da leitura do referido artigo, a regra aplica-se não somente para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Não há menção na Carta Magna quanto à aplicação à iniciativa privada, quando esta se utiliza de recursos públicos.

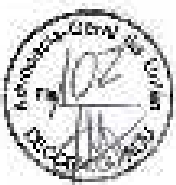
A Lei 8.666/93, que regulamentou o referido artigo, dispõe em seu art. 1º, parágrafo único, qual a abrangência da referida Lei, no qual não se incluem as entidades privadas, vejamos:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito das Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

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.

Não obstante estas disposições, a Instrução Normativa 001/97 da Secretaria do Tesouro Nacional, que durante uma década regulamentou, de forma simplificada, as

² Ronaldo Guimarães da Silva, A obrigatoriedade de licitar não deve ser imposta às entidades privadas sem fins lucrativos, 2010, pp. 37-38, disponível em www.porta2fory.gov.br/porta2foryopenarquivos/19279001.pdf.



convênios no âmbito federal, impôs esta obrigação aos particulares, sujeitando-os às disposições da Lei 8.666/93.

Art. 27. O convênio, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação à licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que específica.

Ainda no âmbito federal, foi instituído o Decreto n.º 5.504/05, que impôs a exigência de que os acordos que envolvam repasse voluntário de recursos da União deverão conter cláusula que determine que as contratações a serem realizadas pelas OSA e OSCIPs sejam realizadas mediante processo de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.666/93, e para as contratações de bens e serviços comuns a utilização do pregão, preferencialmente eletrônico, nos termos da Lei nº 10.520/02, excetuadas, obviamente, as situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O Tribunal de Contas da União, em decisão proferida no Acórdão 601/2007, no mesmo sentido assim dispõe:

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. SUJEIÇÃO A NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE DE UTILIZAÇÃO DE PREGÃO. NÃO PROVIMENTO.

1- As organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público.

2 - As organizações sociais estão obrigadas a utilizar o pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns realizadas com recursos federais transferidos voluntariamente. (Acórdão 601/2007 - Primeira Câmara, Ministro Relator ARILDO CEPRAS).

Em sentido oposto, o Decreto 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências, estabelece que as entidades privadas, quando da contratação com terceiros utilizando recursos públicos, deverão seguir os princípios de Direito Público, bem como realizar simplesmente cotação de preços de mercado, vejamos:

Art. 11. 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.

Ainda, a Lei 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação das OSA, estabelece, em seu art. 17, a obrigação da edição de regulamento próprio para as contratações:

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para câmaras com emprego de recursos provenientes do Poder Público (grifo nosso).

Da mesma forma, a Lei 9.790/99, que dispõe sobre a qualificação das OSCIPs:

Art. 14. 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. (grifo nosso)

Como visto, nem a legislação é pacífica no tema. No entanto, conforme demonstrado, nessa Carta Magna, bem como as Leis 8.666/93 e 10.520/02, que disciplinam a forma "licitação", não sujeitam as entidades privadas à realização de procedimento licitatório.

Orá, partindo do princípio da segurança jurídica, presente em nosso ordenamento, é inaceitável que partilhas decisões administrativas, dentre outras venham à cada momento, de maneira diferente, disciplinar o tema.

(...)

É cediço que todas as entidades privadas, quando da utilização de recursos públicos, não poderão gerá-los de maneira indiscriminada, sob pena de descaça com a coisa pública.

Há sim de ter fiscalização, bem como uma maneira adequada e transparente de utilização dos recursos públicos. No entanto, não se pode obrigar o privado agir de mesma maneira que o poder público, simplesmente obrigando-o a utilizar a legislação existente para o Poder Público, mas sim de maneira análoga.

O terceiro setor incumulu-se de colaborar com o poder público, atuar ao seu lado e não assumir integralmente suas funções e agir como se ele fosse.

O particular, quando da utilização de recursos públicos deve sim obedecer aos princípios peculiares à sua utilização, como: legalidade, moralidade, impessoalidade,



publicidade e eficiência, mas inseridos em seu próprio contexto, com regulamentos próprios, sob fiscalização do poder público.
Também é mister advertir que sem uma fiscalização e regulamentação, abre-se-lhe espaço para uma atuação irregular, tanto por parte do poder público, no sentido de burlar princípios constitucionais e transferir atividades que lhe são próprias, como do ente privado, utilizando recursos públicos de maneira indiscriminada.
Por fim, concluímos que o terceiro setor carece no uma regulamentação, um novo marco jurídico e uma atenção especial do poder público, visando unificar os procedimentos a ele aplicáveis, tomando esta parceria uma maneira de satisfazer com eficiência o interesse público.⁸

47. Com efeito, o que se defende aqui nada mais é do que a posição desta Advocacia-Geral, que assim se manifestou na ADI n.º 1923/DF, por intermédio da Defesa n.º 204212, subscrita e protocolizada em 14/12/2007:

(...)
Todavia, cabe destacar que, em relação às contratações entre as organizações sociais e particulares, a lei impugnada impõe a adoção de procedimentos específicos (art. 4.º, VIII e 17, da Lei n.º 9.637/98), preservando-se, com isso, o núcleo essencial do princípio licitatório.

Dessa forma, não se trata de uma e simples dispensa de licitação, mas sim de instituição de peculiar regime jurídico para as organizações sociais, a fim de atender aos objetivos gerenciais visados pelo legislador, vale dizer, maior eficiência no desempenho das respectivas atribuições finalísticas.

(...)
Ante o exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União, no mérito, pela improcedência dos pedidos contidos na inicial, confirmando-se, ao final, os termos do julgamento da liminar.

(...)

48. Ratificando tal posicionamento, em sustentação oral ocorrida quando do início do julgamento de mérito da ADI n.º 1923/DF, a Exma. Sr. Advogado-Geral da União se expressou da seguinte forma:

(...)
Organizações sociais, as quais por não integrarem a estrutura da Administração Pública podem atuar sem exigência de licitação, ou seja, elas, nas suas atividades cotidianas, por serem instituições privadas, não são submetidas, não poderiam ser submetidas ao processo de licitação, exceto ao fato de que a própria lei exige um regulamento específico para dar maior transparência e objetividade.

(...)⁹

49. Por fim, cabe frisar que o Tribunal de Contas da União tem, por imposição constitucional cristalizada nos arts. 70 e 71, a obrigação de fiscalizar as organizações sociais que recebem recursos públicos. E quanto a isso não há divergência. Como não poderia ser diferente, o Supremo Tribunal Federal, a Advocacia-Geral da União e o Tribunal de Contas da União sustentam a necessidade desse salutar controle.

VI - Conclusão

50. Diante do exposto, segundo posição externada pela autoridade máxima desta Advocacia-Geral da União na ADI n.º 1923/DF, entende-se que:

a) por conta da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, ratificado, *in casu*, pelo indeferimento de medida cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade

⁸ Da não obrigatoriedade de realização de licitação pelo terceiro setor, Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n.º 2328, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13862>.

⁹ Confira-se manifestação disponível, por ora, apenas no site eletrônico da TV Justiça (www.tvjustica.jus.br), sessão plenária do dia 31/03/2011, fls. n.º 20.



n.º 1923/DF, os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98 vigem plenamente e estipulam que as organizações sociais devem observar seus regulamentos próprios ao contratar com terceiros, consistindo tal previsão legal em exceção válida ao princípio licitatório, nos termos do inciso XXI do art. 17 da Constituição da República;

b) o Decreto n.º 5.504/2005 é absolutamente incompatível com os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98, não sendo, assim, aplicável às organizações sociais;


c) o Decreto n.º 6.170/2007, por outro lado, é aplicável às organizações sociais e determina a observância de princípios essenciais ao trato dos recursos públicos quando da produção do regulamento específico relativo à contratação de bens e serviços pelas organizações sociais;

d) a tese firmada no Acórdão n.º 601/2007 – 1.ª Câmara e repetida no Acórdão n.º 2.569/2011 – 2.ª Câmara do Tribunal de Contas da União merece ser revista; e

e) nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988, é inafastável o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre as contas das organizações sociais que recebem recursos federais.

A consideração superior.

Brasília, 27 de maio de 2011.


Antonio dos Santos Neto
Advogado da União
Matrícula SIAPE n.º 1507736
OAB/DF n.º 24.052