

**OSCIPS E LICITAÇÃO: ILEGALIDADE DO DECRETO N. 5.504,  
DE 05.08.05**

***Gustavo Henrique Justino de Oliveira***

*Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor dos Cursos de Especialização em Direito na FGV-SP, FGV-RJ e no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR). Advogado e Consultor em Direito Público. Procurador do Estado do Paraná licenciado.*

**1 - CONSULTA**

O INSTITUTO Y, entidade privada sem fins lucrativos, qualificada pelo Ministério da Justiça como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, formula consulta visando receber orientações sobre os termos do Decreto n. 5.504, de 05 de agosto de 2005, cujo artigo 1º estipula que "os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente".

Indaga a consulente se, em face dos dispositivos da Lei federal n. 9.790/99 e dos Decretos n. 3.100/99, as OSCIPs que eventualmente celebrem termos de parceria diretamente com a União Federal - ou ajustes com os Estados e os Municípios - em virtude dos quais haja o repasse de recursos públicos federais, encontram-se ou não legalmente obrigadas a realizar prévio processo licitatório, nos moldes previstos pela Lei federal n. 8.666/93, no caso de pretenderem adquirir bens e/ou contratarem serviços junto à iniciativa privada, obrigação agora estendida às OSCIPs em virtude dos termos do referido Decreto n. 5.504/05.

Para conferir resposta à indagação ora apresentada importa tecer considerações acerca da inserção das OSCIPs no segmento do Terceiro Setor no Brasil, com enfoque especial nos balizamentos, regime jurídico e limites da denominada *gestão privada de recursos públicos para fins públicos*. Em

seguida, serão examinadas as diferentes espécies de *repasse financeiros públicos para as OSCIPs* previstas na legislação brasileira - auxílios, contribuições e subvenções sociais - e as diferentes *modelagens jurídicas para a formalização desses repasses*, quais sejam, os convênios, os termos de parceria das OSCIPs e os contratos de repasse. Por derradeiro, será enfrentado o tema das *contratações derivadas dos termos de parceria das OSCIPs* e a sua submissão ou não à Lei federal n. 8.666/93 (OSCIPs e licitação), finalizando-se o trabalho com as justificativas e argumentos jurídicos que tornam ilegais as disposições do Decreto n. 5.504/05, e afastam sua aplicação às OSCIPs.

## 2 - PARECER

### 2.1 - ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

No Brasil, o que se convencionou denominar *Terceiro Setor* vem ganhando cada vez mais espaço e importância em todas as áreas do conhecimento, no Direito inclusive.

E sob a perspectiva jurídica, ampla e diversificada é a temática referente às entidades privadas não lucrativas e às atividades de interesse público por elas desenvolvidas, despertando a atenção e recebendo um tratamento dogmático - incipiente, é verdade - em disciplinas distintas, tais como o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Tributário e, o que nos interessa mais de perto nesta oportunidade, o Direito Administrativo e o Direito Financeiro.

Note-se ainda que vem ganhando corpo - principalmente em virtude das especificidades e dos contornos peculiares dos institutos e categorias jurídicas hoje aplicados ao Terceiro Setor - a conformação e a autonomização de um *Direito do Terceiro Setor*.

Este ramo jurídico, ainda em evolução, pode ser compreendido como o *ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remunerados (voluntariado)*.

Um tópico de especial relevo na atualidade é o atinente ao financiamento público das entidades privadas integrantes do Terceiro Setor,

necessário para a sua manutenção e para o desenvolvimento de suas atividades.<sup>1</sup>

É o campo das transferências ou dos repasses de recursos financeiros de origem pública a organizações privadas sem fins lucrativos, comumente referidas como ONGs.<sup>2</sup> Tais recursos vêm crescendo em soma e em importância no Brasil,<sup>3</sup> principalmente a partir do advento da Reforma do Aparelho do Estado, datada de 1995.<sup>4</sup>

É o âmbito da *gestão privada de recursos públicos para fins públicos*, o qual vem suscitando discussões e debates intensos, principalmente no que tange à determinação dos princípios, das regras e dos procedimentos a que devem sujeitar-se as entidades do Terceiro Setor que eventualmente recebam aportes financeiros de natureza pública com a obrigação de realizarem atividades de benefício público.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Não há dados oficiais atualizados acerca do grau de dependência financeira das entidades integrantes do Terceiro Setor no Brasil em relação a recursos públicos. Todavia, no site [www.mapadoterceirosetor.org.br](http://www.mapadoterceirosetor.org.br), a partir de um questionário disponibilizado eletronicamente - cujo preenchimento é voluntário e já foi realizado por 4.589 organizações não-governamentais previamente cadastradas - a estatística é de que aproximadamente 21% (vinte e um por cento) dessas entidades mantêm-se com recursos de origem pública. Acesso em: 15 dez. 2005.

<sup>2</sup> A sigla ONG significa organização não-governamental, e alcançou grande repercussão no cenário nacional durante a década de 90, notadamente a partir da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente, mais conhecida como Rio-92. A expressão não representa, no direito brasileiro, uma forma de organização jurídica específica de entidades privadas. Por isso não é disciplinada em nenhum texto legislativo ou ato normativo. Sem prejuízo disso, alguns textos legislativos a ela fazem referência, como é o caso do art. 26 da Lei federal n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social-LOAS: "o incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza assentar-se-á em mecanismos de articulação e de participação de diferentes áreas governamentais e em sistema de cooperação entre organismos governamentais, *não governamentais* e da sociedade civil". [g.n] Por outro lado, principalmente em virtude dos diversos escândalos envolvendo a aplicação ilegal de recursos públicos por algumas ONGs, encontra-se tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 3.877/04, o qual "dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das organizações não-governamentais e dá outras providências", em que é possível encontrar referências explícitas à expressão *organizações não governamentais*.

<sup>3</sup> Exemplificando, estima-se que em 2003 as transferências diretas da União Federal para o Terceiro Setor foram da ordem de 1 bilhão e 300 milhões de reais (dados extraídos do site oficial do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal-SIAFI).

<sup>4</sup> Foi nesse período que surgiu a expressão "espaço público não-estatal", cuja evolução foi propagada e de certo modo incentivada pelo ex-Presidente da República Fernando Henrique CARDOSO (1995-1998 e 1999-2002). Conforme sustentava à época Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, então titular do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado-MARE, "o processo de ampliação do setor público não-estatal ocorre a partir de duas origens: de um lado, a partir da sociedade, que cria continuamente entidades dessa natureza; de outro lado, a partir do Estado, que, nos processos de reforma (...) se engaja em processos de publicização de seus serviços sociais e científicos" (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília: Enap, 1998. p. 242.).

<sup>5</sup> Ainda no período assinalado, segundo Ana Claudia Chaves TEIXEIRA "o processo de abertura de canais de interlocução da sociedade civil com o Estado foi acompanhado por um processo de ajuste estrutural que previa transferir responsabilidades do Estado para a sociedade e inserir as ONGs no projeto de colaboração em políticas compensatórias. (...) As ONGs passaram a ser vistas como mais ágeis e eficazes, bem como passíveis de dar

O assunto é polêmico e demanda um esforço grandioso, não somente para o seu enfrentamento do ponto de vista dogmático, mas também para a busca e para a proposição de soluções dos problemas que atualmente reproduzem-se em escala de progressão geométrica em nosso país.

Contudo, pretende-se nesta oportunidade analisar os termos do Decreto n. 5.504, de 05 de agosto de 2005, ato normativo editado pelo Governo Federal, o qual *"estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos"*.

Mais especificamente, será demonstrada neste trabalho a ilegalidade das disposições do aludido decreto (e por via de conseqüência, de sua aplicação), no que diz respeito às *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs*, as quais submetem-se a uma legislação de regência dotada de especialidade, quando comparada ao enquadramento normativo correspondente às demais entidades integrantes do Terceiro Setor.

Não há como obrigar-se por um decreto oriundo do Poder Executivo Federal que as OSCIPs subordinem-se ao processo formal de licitação, em quaisquer de suas modalidades, e isso pelas razões que serão expostas e analisadas neste trabalho.<sup>6</sup>

## 2.2 - TERCEIRO SETOR E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO-OSCIPS

De acordo com Vital MOREIRA, o Terceiro Setor *"trata-se de um setor intermediário entre o Estado e o mercado, entre o sector público e o privado, que compartilha de alguns traços de cada um deles"*.<sup>7</sup> Para o autor, a expressão visa retratar *"a prestação de bens e serviços por parte de organizações não estaduais e não lucrativas muito diversas - como as cooperativas, as mutualidades, as igrejas, as*

---

legitimidade às políticas governamentais ..." (TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves. A atuação das organizações não-governamentais: entre o Estado e o conjunto da sociedade. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 107-108.).

<sup>6</sup> Nesta oportunidade não será examinada a questão que envolve a obrigatoriedade ou não de realização de processo licitatório para a celebração de termo de parceria entre o Poder Público e uma OSCIP. O tema foi enfrentado pelo autor em duas outras oportunidades: cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. Fórum administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005 e OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As OSCIPs e a Lei federal n. 8.666/93. Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, p. 6177-6180, out. 2005. No mesmo sentido, cf. MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier de. *As ONGs estão isentas de licitação para serviços ou obras de entidades públicas? Fórum de Contratação e Gestão Pública*, a. 3, n. 27, p. 3477-3479, mar. 2004. Em sentido contrário ao defendido nos artigos assinalados, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 28-29.

<sup>7</sup> MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 33.

*organizações beneficentes, as fundações de fins sociais -, muitas vezes baseadas em doações de fundos e na colaboração voluntária”.*<sup>8</sup>

É possível afirmar que o interesse no Terceiro Setor é uma das decorrências das políticas reformistas de Estado, ocorridas nas últimas décadas do século XX, as quais, em muitos casos, provocaram o desmantelamento das estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais à comunidade.

Se é incorreto afirmar que a responsabilidade estatal na execução dessas atividades socialmente relevantes foi integralmente transferida ao setor privado,<sup>9</sup> certo é que ao menos foi incentivada a co-responsabilidade das entidades privadas (mormente as não-lucrativas) para o seu desenvolvimento.

No Brasil, o Terceiro Setor pode ser concebido como “o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados)”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Id.

<sup>9</sup> Ana Claudia Chaves TEIXEIRA formula crítica ao fenômeno aludido, aduzindo que “o discurso do governo Fernando Henrique sempre foi o da participação - seus programas de governo sempre ressaltaram a necessidade de fortalecer a sociedade civil - com vistas mais a transferir as responsabilidades com a população em geral pelas políticas sociais do que realmente abrir canais de discussão e partilha efetiva de poder com as organizações da sociedade civil. (...) Como é possível perceber, a concepção de participação, no governo Fernando Henrique, tem um forte componente de transferência da responsabilidade para a sociedade” (Op. cit., p. 123.). No mesmo sentido, Marco Aurélio NOGUEIRA, para quem a incorporação do tema da sociedade civil nos projetos de reforma de Estado “fez-se com a nítida predominância de uma visão de sociedade civil reduzida a recurso gerencial: interesses, grupos, indivíduos e comunidades deveriam se organizar, autonomamente, para transferir sustentabilidade e recursos às políticas públicas” (NOGUEIRA, Marco Aurélio. Do fracasso à reforma da reforma do Estado. In: \_\_\_\_\_. *Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 37-76. p. 59.).

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 83-119. p. 86. A bibliografia brasileira sobre o terceiro setor ainda é incipiente, sendo possível elencar, entre outros, BARBIERI, Carla Bertucci et al. (Coord.). *Aspectos jurídicos do terceiro setor*. São Paulo: IOB-Thomson, 2005; BARBOSA, Maria Nazaré; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. *Manual de ONGS: guia prático de orientação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002; CARRION, Rosinha Machado. *Organizações Privadas sem Fins Lucrativos: a participação do mercado no terceiro setor*. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 237-255, nov. 2000; COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: SENAC, 2000; COPOLA, Gina. O meio ambiente cultural e sua proteção. *Boletim de direito administrativo*, São Paulo, v.20, n. 6, p. 641-650, jun. 2004; ESPÍRITO SANTO. Ministério Público do Estado. *Terceiro setor: fundações e entidades de interesse social*. Vitória: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional-CEAF, 2004; FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do terceiro setor: um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão*. São Paulo, 1999. 153 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo; FERNANDES, Rubem César. *Privado porém público: o terceiro setor na América Latina*. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002;

Neste contexto é que foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei federal n. 9.790, de 23 de março de 1999, conhecida como a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público-OSCIPs, ou simplesmente, a *Lei das OSCIPs*.

A OSCIP é uma qualificação especial, concedida pelo Ministério da Justiça<sup>11</sup> àquelas entidades da sociedade civil sem fins lucrativos que, além de cumprirem determinados requisitos legalmente exigidos,<sup>12</sup> tenham por finalidade social uma das atividades enumeradas na Lei federal nº 9.790/99.<sup>13</sup>

As OSCIPs são entidades privadas sem fins lucrativos, integrantes do Terceiro Setor,<sup>14</sup> porém vocacionadas para serem *colaboradoras do Estado* na

---

MEREGE, Luiz Carlos (Coord.); BARBOSA, Maria Nazaré Lins (Org.). *Terceiro setor: reflexão sobre o marco legal*. Rio de Janeiro: FGV, 2001; MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002; NORONHA, Sílvia. *O terceiro setor: as ONG's avançam no Brasil. Solução ou problema? Rumos: Economia & Desenvolvimento para os Novos Tempos*, São Paulo, v.25, nº 182, p. 24-31, mar. 2001; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003; YOUNG, Lúcia Helena Briski. *Entidades sem fins lucrativos: imunidade e isenção tributária*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. Especial destaque para a valiosa contribuição de MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 57-67.

<sup>11</sup> Convém registrar que há Estados que editaram legislações próprias para a qualificação de título de OSCIP em suas esferas, a exemplo da Lei nº 11.743, de 20 de janeiro de 2000, do Estado de Pernambuco; da Lei n. 11.598, de 15 de dezembro de 2003, do Estado de São Paulo e da Lei estadual n. 14.870, de 16 de dezembro de 2003, do Estado de Minas Gerais.

<sup>12</sup> Arts. 1º e 4º da Lei federal n. 9.790/99.

<sup>13</sup> Segundo o art. 3º da Lei federal n. 9.790/99 “a qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo”.

<sup>14</sup> De acordo com dados extraídos do site oficial do Ministério da Justiça, o número de entidades privadas sem fins lucrativos atualmente qualificadas como OSCIPs gira em torno de 3.400 (Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sistemas/OSCIP/index.asp>> Acesso em: 15 dez. 2005.). Entretanto, convém ressaltar que no Brasil as OSCIPs representam uma ínfima parcela das organizações componentes do Terceiro Setor, ao lado de outras entidades sem fins lucrativos, titulares ou não de outras qualificações especiais conferidas pelo Estado (Utilidade Pública ou Assistência Social, por exemplo). Por isso, não é correto afirmar, ao contrário do que vêm sustentando alguns autores, que a Lei federal n. 9.790/99 é a *Lei do Terceiro Setor*. Com efeito, o conjunto das OSCIPs não esgota o segmento correspondente às entidades e às atividades do Terceiro Setor. Tendo por ano-base 2002, em pesquisa realizada pelo IBGE e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, em parceria com a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais - ABONG e o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas - GIFE, estimou-se que as fundações e associações sem fins lucrativos (fasfil) em atividade no

implementação de políticas públicas e na prestação de serviços sociais à população.<sup>15</sup>

Tradicionalmente vistas como *antagonistas do Estado*, as organizações não-governamentais passaram a desempenhar papel de *protagonistas do desenvolvimento*,<sup>16</sup> tornando possível que suas atividades sejam executadas em colaboração com as atividades desempenhadas pelo Poder Público.

Nesse sentido, Nuria CUNILL GRAU salienta que "*além das ações que correspondem ao voluntariado, começa-se a promover a colaboração mútua, mediante a criação de associações que executem programas públicos, a transferência de funções do Estado a segmentos da sociedade para que as executem diretamente, o financiamento público a ações desempenhadas por organizações não-governamentais - ONG - ou mediante a descentralização nos beneficiários da administração de gastos públicos*".<sup>17</sup>

Por seu turno, registra Carlos Antonio MORALES que "*cada vez mais, instituições que não são nem do Estado nem do setor privado prestam serviços sociais*

---

Brasil são em torno de 276.000 (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/fasfil.pdf> Acesso em: 13 nov. 2005.).

<sup>15</sup> Sobre OSCIPs, cf. FERREIRA, Sérgio de Andréa. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 105-118, jul./set. 1999; MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesses Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado. In: BOCKMANN, Egon; CUELLAR, Leila. *Estudos de direito econômico*, 2004. p. 259-277; COPOLA, Gina. O meio ambiente cultural e sua proteção. *Boletim de direito administrativo*, São Paulo, v.20, n. 6, p. 641-650, jun. 2004; COUTO, Luiz. *Cartilha OSCIP: organização da sociedade civil de interesse público*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003; FERRAREZI, Elizabete. *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*. 2 ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2000; MARTINS, Leonardo Resende. Regime legal das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP's. *Revista do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará*, Fortaleza, n. 15, p. 114-128, 2001/2002; MATEUS, Wilson Roberto. Parceria público-privada. O novo modelo gerencial do Estado. Da outorga dos serviços públicos a particulares: o princípio da eficiência e a discussão sobre permissões e concessões, e contratos de gestão com as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. *Direito administrativo contabilidade e administração pública*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 3-28, jan. 2005; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As OSCIPs e a Lei federal n. 8.666/93. *Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, p. 6177-6180, out. 2005; \_\_\_\_\_. As OSCIPs e o meio ambiente. Artigo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo. a. 20, nº 11, p. 1266-1267, nov. 2004; \_\_\_\_\_.; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. *Fórum administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005 e ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

<sup>16</sup> Sobre a temática *Estado, parcerias e desenvolvimento*, cf. os seguintes artigos de nossa autoria: Direito ao desenvolvimento na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 145-162, jul./set. 2005 e Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et. al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.

<sup>17</sup> CUNILL GRAU, Nuria. A rearticulação das relações Estado-sociedade: em busca de novos significados. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 1, p. 113-140, jan./abr. 1996. p. 127. Da mesma autora, cf. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

de caráter público. Em geral, são organizações sem fins lucrativos que promovem atividades relacionadas com os direitos sociais dos cidadãos e que expressam a vitalidade da sociedade civil ao ocupar os espaços vazios deixados pelo mercado e o Estado".<sup>18</sup>

Entretanto, cumpre ressaltar que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP.

É de extrema importância que tal distinção reste desde logo evidenciada, impedindo-se assim a falsa e deficiente caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos.<sup>19</sup>

De acordo com a Lei das OSCIPs, a entidade assim qualificada há de expressar sua dedicação às atividades enumeradas no parágrafo único do art. 3º da Lei federal n. 9.790/99 por intermédio (i) da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, (ii) da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda (iii) através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.<sup>20</sup>

Assim, é imprescindível que se saiba de antemão: (i) qual das três formas acima aludidas será adotada na parceria entre o Poder Público e a OSCIP, podendo coexistir mais de uma forma no mesmo Termo de Parceria; (ii) se essa parceria tem um caráter complementar ou suplementar aos serviços públicos e demais atividades desenvolvidas pelo parceiro público, jamais podendo caracterizar a substituição ou a terceirização dos serviços antes prestados pelo Poder Público; (iii) qual a programação específica do projeto a ser desenvolvido pela OSCIP e (iv) no caso de não serem projetos, mas a

---

<sup>18</sup> MORALES. Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria. (Orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 51-86. p. 53.

<sup>19</sup> O debate acerca desta distinção ainda não alcançou a relevância que merece na doutrina brasileira. Provavelmente em decorrência da ausência de referências e marcos científicos em torno do tema das OSCIPs e do seu modo de atuação - e em que pese o valor inestimável das orientações ali veiculadas - insta colocar em xeque o posicionamento assumido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em seu Manual básico: repasses públicos ao terceiro setor, em que se reconhece, em diversas passagens do documento, como sendo possível a terceirização de atividades públicas para as OSCIPs (Cf. SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Manual básico: repasses públicos ao terceiro setor*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 52, 59, 60 e 61).

<sup>20</sup> O art. 23 do Decreto n. 3.100/99 esclarece o que são "serviços intermediários de apoio" passíveis de serem objeto de termos de parceria. Embora o dispositivo não faça alusão direta à expressão, tais serviços podem ser considerados como todas aquelas atividades desenvolvidas pela OSCIP tendo o parceiro público como destinatário direto, podendo consistir em eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria, ou até mesmo o fornecimento de bens e a realização de obras. O tema é polêmico, e vem gerando inúmeros posicionamentos na doutrina.



prestação dos denominados “serviços intermediários de apoio”,<sup>21</sup> quais são esses serviços, e de que forma serão prestados.

Examinando o que determina a Lei federal n. 9.790/99, é necessário estabelecer uma distinção entre o que faz parte do que denominamos *programação originária* (conjunto de projetos, atividades ou ações formulado pelo parceiro público, e que consta no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual) e da *programação derivada* (conjunto de projetos, atividades ou ações formuladas pela OSCIP, apresentado no termo de parceria, e que deve estar harmonizado com a programação originária da competência do Poder Público).

Assim, no caso da realização de parcerias com OSCIP para o cumprimento de programas públicos, o termo de parceria a ser ajustado deverá estabelecer detalhadamente em que consiste a parceria, ou seja, os termos específicos da programação derivada. E obviamente é por meio dessa parceria - estipulação de metas de desempenho e fixação negociada de resultados, os quais deverão ser atingidos a partir da execução de uma série programada de atos (programação derivada) - que o Poder Público parceiro da OSCIP visará conferir efetividade a sua programação originária.

É importante enfatizar que *a programação derivada jamais poderá ser idêntica à programação originária do Poder Público*. A programação derivada deve estar totalmente descrita no termo de parceria (instrumento ou em anexo) e deve conter as especificações exigidas pela Lei federal n. 9.790/99, notadamente aquelas a que se referem às cláusulas essenciais dos termos de parceria (§ 2º do art. 10).

Sustenta-se que a Lei federal n. 9.790/99 inaugurou um *novo modelo de prestação de serviços públicos*, a ser viabilizada por meio de um *acordo administrativo colaborativo* firmado entre o Poder Público e uma OSCIP (Termo de Parceria).

Todavia, importa reiterar que a OSCIP não recebe delegação do Poder Público para a prestação de serviços, atuando a entidade privada sem fins lucrativos de modo *complementar* ou *suplementar* aos serviços prestados pelo Poder Público, por meio (i) da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, (ii) das doações de recursos físicos, humanos e financeiros, ou (iii) através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

---

<sup>21</sup> Sobre a aproximação do conceito de "serviços intermediários de apoio" (parágrafo único do art. 3º da Lei federal n. 9.790/99 c/c o art. 23 do Decreto n. 3.100/99) do conceito de "serviços a serem executados de forma contínua" (inc. II do art. 57 da Lei federal n. 8.666/93), cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As OSCIPs e a Lei federal n. 8.666/93. *Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, p. 6177-6180, out. 2005.

Contudo, devido à prática incipiente envolvendo os acordos entre o Poder Público e as OSCIPs, há diversos pontos atinentes à gestão, fiscalização e controle dessas entidades que ainda devem ser esclarecidos.

A seguir, conforme foi inicialmente ressaltado, será enfrentado o tema da gestão de recursos financeiros de origem pública pelas OSCIPs, ou simplesmente, *gestão privada de recursos públicos para fins públicos*. Após, será apreciado o tema da submissão ou não das OSCIPs ao processo licitatório (pregão, inclusive), com enfoque especial nas disposições do Decreto n. 5.504/05.

## 2.3 - OSCIPS E GESTÃO PRIVADA DE RECURSOS PÚBLICOS PARA FINS PÚBLICOS

### 2.3.1 - ESTADO CONTRATUAL E ESTADO FINANCIADOR: PARCERIAS E FOMENTO PÚBLICO

Sabino CASSESE elenca *novos paradigmas do Estado*, os quais “colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público, da natureza do poder público e de sua atuação legal-racional orientada pela superioridade da lei, do lugar reservado à lei e de suas implicações (legalidade e tipicidade) para as relações público-privadas”.<sup>22</sup>

Um desses novos paradigmas aludido pelo autor é o *fortalecimento da negociação na esfera da Administração pública*, expressada por via de acordos. Nesse sentido, entende CASSESE que “passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação”.<sup>23</sup>

Ainda segundo o autor, o *paradigma bipolar Estado-cidadão* daria lugar ao *paradigma multipolar*, em que “interesses privados coincidentes com interesses públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos, de natureza nacional. Não há distinção ou oposição público-privado, assim como não há uma superioridade do momento público sobre o privado”.<sup>24</sup>

Nessa perspectiva, Gaspar ARIÑO ORTIZ traz a lume as contemporâneas figuras - complementares entre si - do *Estado contratual* e do *Estado financiador*, noções de inestimável utilidade para a compreensão dos possíveis contornos e limites da *gestão privada de recursos públicos*.

Sobre o *Estado contratual*, pronuncia-se o autor:

Do ponto de vista organizativo e institucional isso significa a substituição do antigo modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração em que uma multiplicidade de organizações, governamentais,

<sup>22</sup> CASSESE, Sabino. *La arena pública*, 2003. p. 159.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 159.

privadas e o que vem sendo denominado “terceiro setor” (público-privado), assumiriam a gestão de serviços com financiamento e controle do Estado. Isso não é uma invenção, é simplesmente a volta do antigo sistema da “concessão”, do “concerto” ou da “empresa mista” como forma de realizar a gestão privada das atividades públicas. É também a volta do princípio da subsidiariedade, o qual recebe atualmente novas formulações. Assim, fala-se de uma das características mais importantes do Estado atual: sua condição de “Estado contratual”, apontando a utilização pelo Estado de organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, para alcançar os seus fins públicos.<sup>25</sup> [g.n]

Eis o cenário em que afloram as denominadas *parcerias*, cuja concepção, no sentido mais amplo do termo - *parcerias lato sensu* - pode ser assimilada a partir da abalizada opinião de Jean-Pierre GAUDIN: “*convenções múltiplas que ligam os poderes públicos, o setor privado e, outras vezes, o que denomina-se associações da ‘sociedade civil’*”.<sup>26</sup>

Dessarte, diante do incremento quantitativo e qualitativo da atividade negocial *Administração pública-particular*, abrandou-se sensivelmente o primado da autoridade como eixo principal para o desenvolvimento das relações travadas entre a Administração e os destinatários de sua atividade.

Essa atividade negocial transbordou o campo das relações econômicas, imprimindo novos formatos às *colaborações público-privadas*, em áreas afetas aos serviços públicos (revalorização dos contratos de concessões de serviços públicos), serviços de infra-estrutura (contratos de parceria público-privada-PPP) e estendeu-se ao segmento dos serviços sociais não lucrativos ou atividades de interesse público<sup>27</sup> desenvolvidas por organizações privadas

<sup>25</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999. p. 19-35. p. 26.

<sup>26</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 14. Sobre parcerias em sentido amplo, conferir a obra coletiva SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. Cf. ainda DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003 e SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria mediante convivência entre funções públicas e privadas. *Fórum administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 54, p. 5935-5950, ago. 2005, entre outros. *Parcerias em sentido estrito* seriam as diversas espécies de colaborações público-privadas instituídas em leis especiais, a exemplo da Lei federal n. 11.079/04, a qual criou o contrato administrativo de parceria público-privada (PPP) e da Lei federal n. 9.790/99, a qual criou o Termo de Parceria das OSCIPs.

<sup>27</sup> Para Maria S. Zanella DI PIETRO, quanto ao objeto, os serviços públicos classificam-se em: (i) administrativos, (ii) comerciais ou industriais e (iii) sociais. Segundo DI PIETRO, serviço público social “(...) é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social” – (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 94-97). Para Carlos Ari SUNDFELD, os serviços sociais “(...) são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles [dos serviços públicos] por não serem de titularidade estatal. Incluem os serviços de educação (CF, arts. 205 a 208, e 210 a 214), saúde (CF, arts. 196 e ss.) e assistência social (CF, arts. 203 e 204; 227, §

sem fins lucrativos (convênios, contratos de gestão das Organizações Sociais-OSs, termos de parceria das OSCIPs, contratos de repasse, entre outros ajustes).

Relacionada com a noção de *Estado contratual* acima explicitada, valoriza-se sobremaneira a atividade estatal de *fomento*, cujo conceito, nas palavras de Juan Carlos CASSAGNE "*repousa sobre a idéia da conveniência de que o Estado proteja ou promova determinadas atividades realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, com a finalidade mediata de provocar que, por meio da concretização destas atividades, resultem um benefício à comunidade*".<sup>28</sup>

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, "*ao invés de o Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais etc.*".<sup>29</sup>

Portanto, integrado com o *Estado contratual*, exsurge o *Estado financiador*, pois atualmente há uma generalizada expectativa no sentido de que a vocação do Estado contemporâneo seja a de configurar agente financiador e fomentador de atividades que tenham por fim gerar a transformação social.

Gaspar ARIÑO ORTIZ enfatiza a concepção do *Estado financiador*, concentrado na atividade de *fomento*, entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações. Para o autor, por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe;

---

1º; 226, § 8º), aos deficientes, jurídicos, em caso de calamidade etc" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83-84.) Nesse sentido, segundo Paulo MODESTO, os serviços públicos sociais são caracterizados como *serviço público* apenas quando prestados pelo Estado, pois nesses casos, sujeitam-se ao regime jurídico de direito público. Quando prestados pelos particulares, tais atividades "não se sujeitam ao regime serviço público, mas ao regime típico das pessoas privadas, o que muitas vezes lhe confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais". Por tais motivos, prefere o autor denominar os serviços públicos sociais prestados por entes privados de serviços de interesse público" (MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. In: MEREGE, Luiz Carlos (coord.) e BARBOSA, Maria Nazaré (org.). 3º Setor – Reflexões Sobre o Marco Legal. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 30-32). Todavia, importante contribuição doutrinária à temática ora examinada foi recentemente conferida por Paulo MODESTO, que procura conformar um segmento de atividades diverso da clássica dicotomia serviços públicos e atividade econômica, e por ele denominado *serviço de relevância pública*. Para o autor, "são de relevância pública as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso" (MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 433-486. p. 456.

<sup>28</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, t. II. p. 345.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 294.

oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo.<sup>30</sup>

A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis *técnicas de fomento*. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade.<sup>31</sup>

A autorização legal do repasse de recursos financeiros de origem pública a entidades não lucrativas não representa uma novidade em nosso sistema jurídico, e portanto, não foi inaugurada com a edição da Lei federal n. 9.790/99 (OSCIPs).

Cabe aduzir que mesmo antes da edição da Lei federal n. 91, de 28 de agosto de 1935, a qual instituiu e disciplinou o Título de Utilidade Pública na órbita federal, tem-se como possível em nosso ordenamento o repasse de recursos financeiros públicos para tais entidades, desde que o emprego de tais recursos visem a consecução de atividades relevantes à sociedade.

No entanto, claro está que a realidade institucional vigente à época da edição da Lei federal n. 91/35 é bastante diversa da realidade presente quando da edição da Lei federal n. 9.790/99.

E precisamente por isso, é que foi instituída uma nova e especial disciplina jurídico-normativa (Lei federal n. 9.790/99 e sua regulamentação, Decreto n. 3.100/99), que possibilitasse a gestão privada de recursos públicos para fins públicos, a partir de bases e procedimentos totalmente diferenciados e inovadores, mais consentâneos com os novos paradigmas do Estado e da Administração pública ora referidos.

---

<sup>30</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelos de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999. p. 290. Similar à concepção apresentada é a formulação do *Estado do Investimento Social*, de autoria de Anthony GIDDENS, um dos idealizadores da versão contemporânea da denominada terceira via. Partindo da crise do Estado do Bem-estar Social, GIDDENS propõe uma nova forma de organização da economia, denominada *economia mista*. Por meio dela, buscar-se-ia uma sinergia entre os setores público e privado, com a utilização do dinamismo dos mercados sem perder de vista o interesse público. Afirma GIDDENS que esse modelo econômico “envolve um equilíbrio entre regulação e desregulação, num nível transnacional bem como em níveis nacional e local; e um equilíbrio entre o econômico e o não-econômico na vida da sociedade” (GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 110.).

<sup>31</sup> Sobre o tema do fomento, cf. especialmente SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: \_\_\_\_\_. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 347-376.

### 2.3.2 - GESTÃO PRIVADA DE RECURSOS PÚBLICOS PARA FINS PÚBLICOS: BALIZAMENTOS, REGIME JURÍDICO E LIMITES

Antes de examinar as diferentes espécies de repasses financeiros públicos para as OSCIPs, bem como as distintas formas de instrumentalização jurídica para que tais transferências sejam efetivadas, cabe aduzir alguns comentários acerca de um dos principais impasses que decorrem da temática ora apresentada: *qual o regime jurídico a que as entidades privadas não lucrativas (as OSCIPs incluídas), que recebem aportes financeiros de ordem pública, devem ser submetidas?*

A problemática exposta não comporta uma rápida solução.

Entretanto, é possível indicar alguns balizamentos, os quais podem, em seu conjunto, levar a um posicionamento fundamentado a respeito da indagação proposta.

Muito tem sido discutido acerca da necessidade de estabelecimento de um *Marco Regulatório do Terceiro Setor* no Brasil. Fala-se, inclusive, em uma *Lei Geral* ou em um *Estatuto do Terceiro Setor*, o qual procurasse sistematizar, uniformizar e disciplinar, e um único texto legislativo, as diferentes formas de organização jurídica, atividades e modos de gestão das entidades que deste segmento façam parte.<sup>32</sup>

Contudo, parece-nos que tal empreitada é de difícil e improvável concretude, pois sobre tais entidades não lucrativas incide uma diversidade muito grande de normas jurídicas, oriundas dos mais diferentes ramos do Direito e de inúmeros textos legislativos, os quais, em seu conjunto - e contando-se com um esforço de sistematização e interpretação do jurista - representam o verdadeiro tratamento normativo regulador do setor.

É que, como bem assinala José Eduardo Sebo PAES, "*o Terceiro Setor tem uma grande abrangência não só na sua forma de atuação, como com relação às entidades ou organizações sociais que o constituem, não havendo, ainda, no âmbito*

---

<sup>32</sup> Papel importante nessa busca por uma regulação do setor foi desenvolvido durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, por meio de rodadas organizadas pelo Grupo de Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária, dedicadas ao tema *marco legal do Terceiro Setor*, ocorridas entre 1997 e 1998 (cf. FERRAREZI, Elizabete. *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*. 2 ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2000.). Em 26 de setembro de 2001 a Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados realizou o seminário "Elaboração do Estatuto do Terceiro Setor", com a participação de parlamentares e representantes de diversas entidades do Terceiro Setor. Entretanto, ainda que uma das propostas ali discutidas fosse a elaboração de um projeto de lei para regular o Terceiro Setor, os trabalhos não tiveram continuidade. Sob a égide do Governo Lula, foi instituído em 2004 o Grupo de Trabalho Interministerial do Terceiro Setor, em decisão conjunta do Presidente da República da ABONG (não por decreto presidencial), sob a coordenação geral do assessor especial da Presidência, Sr. César Alvarez. Não houve, até o presente momento, divulgação de um relatório oficial dos trabalhos eventualmente realizados.

do ordenamento jurídico brasileiro, uma definição exata em lei do que seja esse setor, de que se compõe e em que áreas atua".<sup>33</sup>

Desse modo, soa mais razoável estabelecer um conjunto de regras e princípios jurídicos que visem a regulamentar, em linhas gerais, as organizações e atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor. Entretanto, a existência de disciplinas especiais é e será sempre inevitável, pois trata-se de uma esfera de entidades e atividades que têm sua origem - e destino - na própria sociedade civil. Indubitavelmente, depara-se aqui com uma realidade essencialmente dinâmica e cambiante, dotada de um elevado grau de auto-regulação.

Sem prejuízo disso, a regra geral é a de que as entidades do Terceiro Setor submetem-se, preferencialmente, a um regime de direito privado. Todavia, estas associações e fundações privadas, embora não componentes da organização administrativa integrante do setor estatal, têm por vocação o desenvolvimento de atividades de interesse público, como saúde, educação, assistência social, etc.

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes a partir de vetores constitucionalmente previstos, é comum encontrar disciplinas normativas especiais, as quais se aplicam a determinados segmentos de atividades, a exemplo do que ocorre nos serviços de saúde. Tais serviços, inclusive, podem ser executados (i) diretamente por entidades públicas, (ii) diretamente por entidades privadas lucrativas, (iii) diretamente por entidades públicas não-lucrativas, ou ainda (iv) em regime de parceria entre entidades públicas entre si (oriundas de esferas federativas distintas - p. ex. União Federal e Municípios - ou ainda entre entidades públicas e privadas, lucrativas e não lucrativas.<sup>34</sup>

Nas hipóteses de desenvolvimento dos aludidos serviços ou atividades por meio de *parcerias público-públicas* ou de *parcerias público-privadas* - entendida esta expressão em sentido amplo, e não no sentido restrito empregado pela Lei federal n. 11.079/04 - é bastante comum ocorrer o repasse, obrigatório ou voluntário, de verbas públicas. E quando tais repasses financeiros são realizados em prol de uma entidade privada não lucrativa, tal entidade, além de se submeter ao regramento especial que disciplina a atividade de interesse público que será por ela desenvolvida - e que justifica e fundamenta o repasse efetivado - deverá também submeter-se, *desde que isso esteja expressamente previsto em lei*, às regras, aos princípios e aos procedimentos que regem o emprego, a gestão e o controle de recursos financeiros públicos.

---

<sup>33</sup> PAES, José Eduardo Sebo. Terceiro Setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. *Fórum administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 48, p. 5093-5098, fev. 2005. p. 5094.).

<sup>34</sup> A propósito, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 71-104, jan./mar. 2005.

A origem dessas transferências está na *atividade estatal de fomento*, compreendida nos termos acima assinalados.

Contudo, se por um lado o fomento, pela via eleita dos repasses financeiros, opera uma *ampliação da esfera jurídica do destinatário* (p.ex. recebimento de verba pública), de outro, tal atividade estatal acaba por *condicionar ou mesmo restringir o regime privado* ao qual, em regra, tais entidades estão originalmente submetidas.

Neste último caso (condicionamentos ou restrições decorrentes do fomento estatal), são instituídos pelo ordenamento determinados procedimentos e obrigações (p. ex. prestação de contas ao ente público repassador), os quais devem ser plenamente cumpridos pelas entidades privadas não lucrativas - sob pena de responsabilização penal, cível ou administrativa - quando as mesmas estiverem na posição de *gestoras privadas de recursos públicos para fins públicos*.

A própria Constituição da República veicula uma regra no exato sentido propugnado, no par. único do seu art. 70, no que diz respeito aos destinatários da obrigação constitucional de prestação de contas aos Tribunais de Contas: "*prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária*".

Parece-nos estreme de dúvidas a afirmação segundo a qual, o repasse de verbas públicas para uma entidade privadas sem fins lucrativos, efetivada pela via do convênio, termo de parceria, contrato de gestão, contrato de repasse ou qualquer ou instrumento jurídico, não tem o condão de transformar a *natureza* do repasse financeiro, de público para privado.<sup>35</sup>

É inegável que se assiste hodiernamente a uma aproximação entre o regime de direito público e o regime de direito privado, que aliás constituiu-se em uma das prospecções para a Administração pública contemporânea, apontada por Massimo Severo GIANNINI em 1980.

À época o autor registrou que "*o direito administrativo, como normativa pública de caráter autoritário, tende a reduzir-se, e as zonas que abandona são ocupadas novamente pelo direito privado*".<sup>36</sup> Prosseguindo, asseverou que "*o direito que regula a atividade das administrações públicas tende, portanto, a compor-se de uma parte fortemente autoritária - direito administrativo em sentido estrito - e de outra, em que tem-se como válida, ainda que com certas adaptações, a normativa privada*".<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Nesse sentido, embora as afirmações estejam aplicadas aos efeitos dos repasses pela via do convênio, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 295-296.

<sup>36</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. p. 83.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 83-84.



Nesse sentido, defende-se atualmente ser possível à Administração optar por formas de organização e de atuação oriundas do regime privado,<sup>38</sup> sempre que o ordenamento não veicular uma vedação (explícita ou implícita) que afaste tal opção.

No entanto, não é o caso de posicionar-se favoravelmente à submissão integral das relações negociais administrativas aos ditames do regime jurídico privado.

Visando à contenção da *fuga da Administração pública para o direito privado*, escreveu-se ser possível a circunscrição da atividade administrativa a um regime privatístico, desde que seja exigido da Administração *“a par das normas jurídico-privadas, ter em consideração certas normas e princípios gerais do Direito Público”*.<sup>39</sup>

E seguindo esta linha de raciocínio, se nas hipóteses aludidas, sobre a Administração Pública continua a incidir a disciplina de direito público, o mesmo vai ocorrer sobre seus colaboradores ou parceiros privados (pessoas físicas ou jurídicas), quando a estes forem transferidas verbas públicas para a consecução de atividades de interesse público, *desde que isso esteja expressamente previsto em lei*.

Mais do que isso, conforme assevera Juan Carlos CASSAGNE, *“como os fins e natureza de toda instituição ou categoria jurídica influem e modelam seu regime, não obstante possam aparecer distintas técnicas entrelaçadas, as normas aplicáveis e sobretudo os princípios jurídicos que informam cada atividade, são distintos na medida em que respondam a uma finalidade de polícia, de fomento ou de serviço público”*.<sup>40</sup>

Louvável, portanto, é a Lei federal n. 11.178, de 20 de setembro de 2005 (atual Lei de Diretrizes Orçamentárias), quando estipula em seu art. 113 que *“as entidades privadas beneficiadas com recursos públicos a qualquer título submeter-se-ão à fiscalização do Poder Público, com a finalidade de verificar o cumprimento de metas e objetivos para os quais receberam os recursos”*.

Nesse contexto, pertinentes são as afirmações de Carlos Ari SUNDFELD e Vera SCARPINELLA, para quem *“nos moldes do que se tem reconhecido para as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, os órgãos integrantes do ‘Sistema S’, os conselhos de fiscalização profissional e também para as entidades integrantes do terceiro setor de um modo geral, o repasse de recursos públicos (dinheiro, bens ou servidores), quando houver,*

---

<sup>38</sup> Cf. MOREIRA, Vital. *Organização Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>39</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 160-161. Cf. ainda RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones públicas y derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

<sup>40</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, t. II. p. 344.

sujeita tais entidades à fiscalização estatal".<sup>41</sup> (g.n.) Para os autores, "é dever do Poder Público rastrear e acompanhar a destinação afinal dada ao seu patrimônio, tendo em vista os parâmetros de economicidade, finalidade, igualdade e moralidade na aplicação dos recursos públicos".<sup>42</sup>

Aos poucos as ponderações apontadas vão sendo internalizadas e assimiladas pelos doutrinadores que se ocupam do direito administrativo no Brasil.

É o caso de Marçal JUSTEN FILHO, autor que define o direito administrativo como "o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho".<sup>43</sup> (g.n.)

São palavras do autor:

*"A difusão de organizações não estatais orientadas à satisfação de interesses coletivos produz a ampliação dos limites do direito administrativo para alcançar entidades colocadas fora do âmbito puramente estatal. Isso não equivale a afirmar a identidade absoluta de regime jurídico para os entes estatais e não estatais. O que se afirma é que o direito administrativo alcança essas atividades não governamentais, afetando e restringindo a autonomia privada que seria característica das atividades de cunho egoístico. Assim, por exemplo, o direito administrativo disciplina o desempenho de atividades de cunho educacional prestadas por entidades privadas. O ensino privado não pode ser conduzido integralmente segundo os princípios próprios da livre empresa e da livre iniciativa. Nenhum particular pode ser obrigado a aplicar seus esforços e seus bens em atividades de natureza educativa. Mas, se resolverem a tanto se dedicar, estarão subordinados a uma série de determinações produzidas pelas instituições de direito administrativo. Por outro lado, os instrumentos de controle e de repressão alcançam essas manifestações de atividades administrativas não estatais, tal como se vê da definição de "funcionário público" contida no art. 327 do Código Penal e se evidencia pela aplicação ampla do regime da improbidade administrativa previsto na Lei federal n. 8.429/92."<sup>44</sup>*

Ora, no que tange ao regime jurídico-normativo em que devem ser enquadradas as OSCIPs, mormente em face da Lei federal n. 9.790/99 e do Decreto n. 3.100/99, parece-nos que o legislador optou por instituir uma disciplina especial, a qual, contemplando muitas das preocupações e balizamentos aqui trazidos, findou por criar novas formas de gestão, de

<sup>41</sup> SCARPINELLA, Vera; SUNDFELD, Carlos Ari. Fundações educacionais e licitação. In: PANTALEÃO, Leonardo (Org.). *Fundações educacionais*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 248-259. p. 256.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.

<sup>44</sup> Ibid., p. 4.

fiscalização e de controle dos recursos públicos transferidos para tais entidades.

A seguir, serão elencadas e analisadas as diferentes espécies de repasses financeiros públicos que podem ser eventualmente transferidos para as OSCIPs.

## 2.4 - REPASSES FINANCEIROS PARA AS OSCIPS

Inicialmente, importa notar que os repasses financeiros para entidades do Terceiro Setor, incluídas as OSCIPs, podem ser de três espécies: a) auxílios, b) contribuições e c) subvenções sociais.

Há uma dificuldade sensível em traçar contornos conceituais precisos para cada uma das espécies assinaladas, uma vez que atualmente o regime jurídico-financeiro desses repasses resulta de uma diversidade de textos legislativos, decretos e atos normativos infralegais, cujos principais são: a) Lei federal n. 4.320, de 17 de março de 1964 (normas gerais de direito financeiro); b) Decreto n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986 (dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional); c) Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional-STN n. 01, de 15 de janeiro de 1997 (disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos); d) Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e e) Lei federal n. 11.178, de 20.09.05 (atual Lei de Diretrizes Orçamentárias).

### 2.4.1 - AS DENOMINADAS "TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS" E AS OSCIPS

*Transferências voluntárias* contrapõem-se às chamadas *transferências obrigatórias* de recursos, e por isso não podem resultar de obrigação constitucional ou legal.

Tais repasses representam uma decisão do Poder Público, voltada unicamente para atender finalidades públicas, nos termos anteriormente previstos na programação originária do Governo.

A Constituição de 1988 estipula no § 1º do art. 165 que “a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”. De outro lado, entre as matérias objeto da lei de diretrizes orçamentárias, o § 2º do art. 165 arrola “as metas e prioridades da administração pública federal ...”.

Assim, a *programação originária* das diretrizes, objetivos, metas e prioridades da administração pública federal determinada pela Carta Magna é realizada pela legislação infraconstitucional correspondente.

A Lei Federal n. 10.933, de 11 de agosto de 2004, a qual instituiu o Plano Plurianual 2004/2007,<sup>45</sup> dispõe no § 1º do art. 1º que “integram o Plano Plurianual: I - Anexo I - Orientação Estratégica de Governo; II - Anexo II - Programas de Governo; III - Anexo III - Órgão Responsável por Programa de Governo; e IV - Anexo IV - Programas Sociais.

O art. 2º do diploma legislativo enfocado estipula que “os Programas, no âmbito da Administração Pública Federal, para efeito do art. 165, 1º, da Constituição, são os integrantes desta Lei”. No Anexo I são descritos os megaobjetivos a serem perseguidos, quais sejam (i) inclusão social e redução das desigualdades sociais, (ii) crescimento com geração de trabalho, emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades sociais e (iii) promoção e expansão da cidadania e fortalecimento da democracia.

Alinhando o fenômeno das parcerias à transferência de recursos financeiros para entidades públicas e privadas, como técnica destinada à execução dos programas do PPA, cabe apontar que a Lei Federal nº 10.933/04 (Plano Plurianual 2004/2007) estabeleceu em seu art. 12 que “o Poder Executivo poderá firmar compromissos, agrupados por sub-regiões, com Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma de pacto de concertamento, definindo atribuições e responsabilidades das partes, com vistas à execução do Plano Plurianual e de seus programas” [g.n.].

Por seu turno, o § 2º do artigo indigitado estipula que “os pactos de concertamento, de que trata o caput, abrangerão os programas e ações que contribuam para os objetivos do Plano Plurianual, em nível estadual e sub-regional, e definirão as condições em que a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios e a sociedade civil organizada participarão do ciclo de gestão deste Plano”. [sem grifo no original]

Para os efeitos da Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), o art. 25 reza que “entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único da Saúde”.<sup>46</sup> O par. 2º do artigo aludido estabelece que “é vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada”.

Nos termos do par. 2º do art. 12 da Lei federal n. 4.320/64, transferências correntes são “as dotações para despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens e serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado”.

---

<sup>45</sup> Sobre os Planos Plurianuais de 1991-1995, 1996-1999 e 2000-2003, cf. GARCIA, Ronaldo Coutinho. *A reorganização do processo de planejamento do Governo federal: o PPA 2000-2003*. Texto para discussão n. 726. Brasília: IPEA, 2000.

<sup>46</sup> A Lei federal n. 11.178, de 20.09.05 (atual Lei de Diretrizes Orçamentárias) trata especificamente das transferências voluntárias, nos artigos 44 a 53.

Para o par. 6º do art. 12 da Lei federal n. 4.320/64, *transferências de capital são "as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especial anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública"*.

Ora, embora o aludido art. 25 da Lei Complementar n. 101/00 não contemple as entidades sem fins lucrativos como destinatárias diretas de repasses financeiros voluntários, parece evidente que isso pode ocorrer de *modo indireto ou decorrente*.

Isso quer significar que o ente público que recebeu a verba transferida, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, poderá utilizar-se das parcerias com OSCIPs - ou outras entidades integrantes do Terceiro Setor - para adimplir os compromissos assumidos junto ao ente repassador, situação que ensejará que a entidade privada venha a ser destinatária de transferências voluntárias de um ente público.<sup>47</sup>

Cabe registrar que o art. 35 da Lei federal n. 11.178, de 20.09.05 (atual Lei de Diretrizes Orçamentárias) estabelece que a destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos dependerá ainda de: I - publicação, pelo Poder respectivo, de normas a serem observadas na concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições correntes, que definam, entre outros aspectos, critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo do benefício, prevendo-se, ainda, cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade; II - ressalvadas as situações previstas no inciso IV do art. 33 desta Lei, a aplicação de recursos de capital dar-se-á exclusivamente para: a) aquisição e instalação de equipamentos, bem como para as obras de adequação física necessárias à instalação dos referidos equipamentos; ou b) aquisição de material permanente; III - identificação do beneficiário e do valor transferido no respectivo convênio ou instrumento congênere; IV - declaração de funcionamento regular da entidade beneficiária nos últimos 3 (três) anos, emitida no exercício de 2006 por 3 (três) autoridades locais, e comprovante de regularidade do mandato de sua diretoria; e V - execução na modalidade de aplicação 50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos.

Finalmente, mesmo nos casos de transferências voluntárias às OSCIPs, embora não haja uma previsão expressa na Lei federal n. 9.790/99, por força do art. 36 da Lei federal n. 11.178, de 20.09.05 *"poderá ser exigida contrapartida, a ser definida entre os interessados, para as transferências permitidas na forma dos arts. 31, 32, 33 e 34 [subvenções sociais, contribuições e auxílios] ..."*.

---

<sup>47</sup> Esta situação, inclusive, constitui-se em uma característica essencial de diversos Programas do Governo Federal, a exemplo do que ocorre com o Programa Saúde da Família-PSF, do Ministério da Saúde. Aliás, todas as ponderações, orientações e conclusões presentes neste trabalho estendem-se a este e outros Programas federais, ainda que sejam utilizados, exclusivamente ou de modo compartilhado, recursos oriundos de organismos internacionais e multilaterais de financiamento (p.ex. Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento-BIRD, Banco Interamericano de Desenvolvimento-BID).

## 2.4.2 - AUXÍLIOS

A Lei federal n. 4.320/64, em seu art. 12, par. 6º, qualifica o *auxílio* como uma espécie de transferência de capital, derivada diretamente da Lei de Orçamento, e destina-se a investimentos ou inversões financeiras que entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços.

Embora o auxílio comporte algumas regras específicas no Decreto n. 93.872/86 (arts. 63 e ss) e na Instrução Normativa n. 01/97-STN (cuja definição consta no art. 1º, par. 1º, inc. VII, como sendo "transferência de capital derivada da lei orçamentária que se destina a atender a ônus ou encargo assumido pela União e somente será concedida a entidade sem finalidade lucrativa"), atualmente é a Lei federal n. 11.178, de 20.09.05 (LDO) que contém a disciplina mais abrangente em relação às possibilidades e limites de destinação de repasses financeiros federais a título de auxílios.

Dessarte, especificamente no que se refere às OSCIPs, o art. 33 do diploma legislativo assinalado dispõe que *"é vedada a destinação de recursos a título de auxílios, previstos no art. 12, § 6º, da Lei n. 4.320, de 1964, para entidades privadas, ressalvadas as sem fins lucrativos e desde que sejam: (...) VI- qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, com termo de parceria firmado com o Poder Público, de acordo com a Lei n. 9.790, de 1999, e que participem da execução de programas constantes do plano plurianual, devendo a destinação de recursos guardar conformidade com os objetivos sociais da entidade"*.

## 2.4.3 - CONTRIBUIÇÕES

A *contribuição* vêm igualmente prevista na Lei federal n. 4.320/64 (art. 12), e pode ser qualificada, tanto como um espécie de transferência corrente (par. 2º do art. 12), como uma espécie de transferência de capital, quando então derivará de lei especialmente anterior ao repasse (par. 6º do art. 12).

O Decreto n. 93.872/86, em seu art. 63, par. 2º, prescreve que *"a contribuição será concedida em virtude de lei especial, e se destina a atender ao ônus ou encargo assumido pela União (Lei n. 4.320/64, § 6º do art. 12)"*.

Ainda que haja uma definição relativamente distinta na Instrução Normativa n. 01/97-STN, art. 1º, par. 1º, inc. VI, é a Lei federal n. 11.178/05 (LDO) que veicula uma regulamentação mais clara desta espécie de repasse público, estabelecendo em seu art. 32, *caput*, que *"é vedada a destinação de recursos a entidade privada a título de contribuição corrente, ressalvada a autorizada em lei específica ou destinada à entidade sem fins lucrativos selecionada para execução, em parceria com a administração pública federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance de diretrizes, objetivos e metas previstas no plano plurianual"* [sem grifo no original].

Ou seja, se antes havia a obrigatoriedade de destinação de contribuições unicamente se houvesse lei anterior que a autorizasse, agora, em face do citado artigo, existe a possibilidade de que isso decorra diretamente de

parceria efetivada pelo Poder Público concedente. Por isso, tal espécie de repasse financeiro público também pode ser transferida às OSCIPs, pela via do Termo de Parceria.

Entretanto, o par. único do art. 32 da Lei federal n. 11.178/05 (LDO) é categórico: *"a transferência de recursos a título de contribuição corrente não autorizada em lei específica dependerá de publicação, para cada entidade beneficiada, de ato de autorização da unidade orçamentária transferidora, o qual será acompanhado de demonstração do atendimento ao disposto no caput, no inciso I do art. 35 desta Lei e, também, de que a entidade selecionada é a que melhor atende aos critérios estabelecidos para a escolha"*.

#### 2.4.4 - SUBVENÇÕES SOCIAIS

Por derradeiro, cabe apresentar as *subvenções sociais*, última espécie de repasse financeiro público que pode ser transferido às OSCIPs, instituídas pela Lei federal n. 4.320/64, em seu art. 12, par. 2º (transferências correntes), e definidas como *"as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa"* (art. 12, par. 3º, inc. I), para atender unicamente despesas de custeio dessas entidades.

A Lei federal n. 4.320/64 estabelece ainda que *"a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica"* (art. 16, caput). Ademais disso, prescreve o art. 17 da Lei federal n. 4.320/64 que *"somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções"*.

O Decreto n. 93.872/86 (arts. 59 e ss) e a Instrução Normativa n. 01/97-STN (art. 1º, par. 1º, inc. VIII) também disciplinam a *subvenção social*.

Contudo, é a Lei federal n. 11.178/05 (LDO), que em seu artigo art. 31, autoriza especificamente a destinação de subvenções sociais às OSCIPs: *"É vedada a destinação de recursos a título de subvenções sociais para entidades privadas, ressalvadas aquelas sem fins lucrativos, que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação, observado o disposto no art. 16 da Lei nº 4.320, de 1964, e que preencham uma das seguintes condições: I - sejam de atendimento direto ao público, de forma gratuita, e estejam registradas no Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS; II - sejam vinculadas a organismos internacionais de natureza filantrópica ou assistencial; III - atendam ao disposto no art. 204 da Constituição, no art. 61 do ADCT, bem como na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; ou IV - sejam qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, com termo de parceria firmado com o Poder Público, de acordo com a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999"*. (g.n.)

Expostas as espécies de verbas públicas que eventualmente podem ser repassadas às OSCIPs, cabe examinar as distintas formas de instrumentalização jurídica para que tais transferências sejam operacionalizadas.

## 2.5 - A FORMALIZAÇÃO JURÍDICA DOS REPASSES FINANCEIROS

Basicamente, o Poder Público utiliza-se dos convênios, dos termos de parceria e dos contratos de repasse para formalizar a transferência de recursos financeiros para as entidades do Terceiro Setor.<sup>48</sup>

A doutrina é unânime em ressaltar que tanto os convênios quanto os termos de parceria não são *contratos administrativos*. Porém, seguem sem identificar satisfatoriamente a *natureza jurídica* desses ajustes, os quais, sem sombra de dúvidas, vinculam as partes e surtem efeitos jurídicos.

Entendemos que os convênios, os termos de parceria e os contratos de repasse realmente não são contratos administrativos, nos termos da concepção clássica dominante ou da definição legal inserida no art. da Lei federal n. 8.666/93. São *acordos administrativos colaborativos*, celebrados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos, tendo por função principal instituir e disciplinar vínculos de parceria entre o Estado e as organizações privadas não lucrativas para a realização de atividades de interesse público, formalizando - quando for o caso - os repasses financeiros para tais entidades.<sup>49</sup>

Há uma ponderação importante a ser realizada.

Ainda que o acordo administrativo instituído para ser diretamente aplicado às OSCIPs seja o Termo de Parceria disciplinado pela Lei federal n. 9.790/99, nada impede que a OSCIP firme com o parceiro público um convênio ou mesmo um contrato de repasse. Entretanto, assim o fazendo, à relação jurídica instaurada será aplicado o regime jurídico dos convênios ou do contrato de repasse (idêntico ao dos convênios), e não a disciplina do Termo de Parceria previsto na Lei das OSCIPs.

---

<sup>48</sup> Há também os *contratos de gestão* disciplinados pela Lei federal nº 10.881, de 9 de junho de 2004, a serem firmados pela Agência Nacional das Águas - ANA e as entidades delegatárias das funções de Agências de Águas relativas a recursos hídricos de domínio da União (entidades sem fins lucrativos), os quais também enquadram-se como acordos administrativos colaborativos. A Lei federal nº 10.881, de 9 de junho de 2004 - objeto da conversão legislativa da Medida Provisória nº 165, de 11 de fevereiro de 2004 -, prevê em seu art. 1º que “a Agência Nacional de Águas – ANA poderá firmar contratos de gestão, por prazo determinado, com entidades sem fins lucrativos que se enquadrem no disposto pelo art. 47 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que receberem delegação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH para exercer funções de competência das Agências de Água, previstas nos arts. 41 e 44 da mesma Lei, relativas a recursos hídricos de domínio da União”. Por suas peculiaridades e contornos especiais, tais acordos não serão desenvolvidos nesta oportunidade. Sobre contrato de gestão, cf. nosso Contrato de gestão e Modernização da Administração Pública Brasileira. *Revista Brasileira de Direito Público da Economia - RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, jul./set. 2005.

<sup>49</sup> A propósito da caracterização dogmática do acordo administrativo, e de sua diferença com a categoria dos contratos administrativos, cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *O contrato de gestão na Administração Pública brasileira*. São Paulo, 2005. 522 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo-USP.



## 2.5.1 - CONVÊNIOS

Definimos *convênio* como o acordo administrativo firmado, por um lado, por órgãos e entidades da Administração Pública; de outro lado, por órgãos e entidades da Administração Pública ou entidades privadas, as quais, atuando de modo associativo e compartilhado, visam à satisfação de necessidades de interesse público, afastada, em todos os casos, a intenção de auferir lucro.<sup>50</sup>

Em nosso ordenamento a previsão normativa referente aos convênios remonta à Constituição de 1967, a qual determinava no § 3º de seu art. 13 que “a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 200/67 apontou os convênios como instrumentos para efetivar a descentralização das atividades da Administração federal para as unidades federadas (alínea (a), § 1º do art. 10 c/c § 5º do art. 10).

O Decreto nº 93.872/86 estabelece regras acerca dos convênios, dispondo em seu art. 48 que “os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste”. O art. 53 do ato normativo aludido estipula que “os órgãos da administração direta poderão fixar entendimentos sobre matéria de comum interesse, mediante convênio, com o objetivo de somar esforços e obter melhor rendimento no emprego de seus recursos...”.

Além disso, de acordo com o art. 66 do Decreto nº 93.872/86 depreende-se que eventuais repasses de recursos da União ou das entidades a ela vinculadas são formalizados por meio de convênios. Tais recursos são transferidos a entidades públicas ou privadas com a finalidade de viabilizar a realização de pesquisas, desenvolvimento de projetos, estudos, campanhas e obras sociais, ou para qualquer outro fim.

A Constituição de 1988 refere-se a *convênios de cooperação entre os entes federados* no art. 241, cumprindo à lei discipliná-los para viabilizar a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.<sup>51</sup>

Finalmente, o art. 116 da Lei nº 8.666/93 trata dos convênios, dispondo em seu § 1º que sua celebração depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter,

<sup>50</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003.

<sup>51</sup> Os *convênios de cooperação* receberam uma singela tratativa pela Lei federal n. 11.107, de 06 de abril de 2005, a qual regulamentou o art. 241 da Constituição de 1988, instituindo normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada.

no mínimo, as seguintes informações: (i) identificação do objeto a ser executado; (ii) metas a serem atingidas; (iii) etapas ou fases da execução; (iv) plano de aplicação dos recursos financeiros; (v) cronograma de desembolso; (vi) previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas e (vii) se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Ora, depreende-se da disciplina normativa apontada que no sistema administrativo brasileiro resta evidenciada a multifuncionalidade do convênio.

Os convênios muitas vezes formalizam tão-somente a transferência de recursos financeiros de uma entidade federativa para outra entidade federativa ou administrativa (transferências voluntárias). Por outro lado, conforme foi ressaltado, como *acordo administrativo colaborativo*, o convênio é utilizado largamente para a formação de vínculos de colaboração com quaisquer tipos de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, independentemente de serem detentoras de uma qualificação especial prévia.<sup>52</sup>

Uma questão polêmica em matéria de convênios é a legalidade da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 1, de 15 de janeiro de 1997, a qual disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências (Diário Oficial da União de 31.01.97).

O ato normativo assinalado estabelece no inc. I do § 1º do art. 1º que *“para fins desta Instrução Normativa, considera-se: I - convênio - instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação”*.

A Instrução aludida, muitas vezes, é referida na prática administrativa como sendo a *Lei dos Convênios* (sic), pois, a pretexto de veicular regras que seriam necessárias à execução do Decreto n. 93.872/86, *“visando a padronização e uniformidade de procedimentos”* (art. 155 de referido decreto), acabou

<sup>52</sup> Contudo, como bem salienta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO “o convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do convênio; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed., 2002. p. 193.). A nosso ver, o mesmo raciocínio deve ser realizado no que diz respeito ao Termos de Parcerias das OSCIPs. Sobre convênios e Terceiro Setor, cf. VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor. In: GUIMARÃES, Edgard (Org.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 485-509.

*originando uma série de obrigações, restrições e proibições as quais, em que pesem os argumentos em contrário, somente poderiam ser instituídas pela via legislativa."*

Eis um exemplo dessa ilegalidade: segundo a IN n. 01/97-STN, no caso de celebração de convênio entre o Poder Público e uma entidade privada sem fins lucrativos (mesmo que qualificada como OSCIP), existe a determinação de que os recursos públicos repassados sejam aplicados mediante realização de licitação.

Tal determinação encontra-se prevista no artigo 27 da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n. 1/97, alterada pela IN n. 03/03, que dispõe que *"o conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da realização de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista pela Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica"*.

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

Além disso, é comum a doutrina mencionar que as relações formalizadas pela via do convênio são dotadas de relativa instabilidade, e em regra não gerariam efeitos vinculantes para as partes. Isso decorreria da própria disciplina jurídico-normativa dos convênios, a exemplo do art. 57 do Decreto nº 93.872/86, segundo o qual a qualquer momento qualquer dos partícipes podem denunciá-lo, ficando os convenientes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que dele participaram voluntariamente, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes (art. 57).

Não concordamos com este entendimento.

Embora tratem-se, com efeito, de uma espécie de acordo administrativo - e não de contrato administrativo - os convênios podem sim instituir obrigações recíprocas, e não unicamente estabelecer obrigações unilaterais para o conveniente e o conveniado.

Ademais disso, de que adiantaria firmar um acordo se a qualquer momento o vínculo pode ser rompido ou, como ocorre cotidianamente, o Estado se compromete sem respeitar suas obrigações?

Um outro argumento ainda. Atualmente, é bastante comum que convênios e outros acordos congêneres sejam firmados para conferir

efetividade ao Plano Plurianual e à Lei de Diretrizes Orçamentárias, sendo absolutamente necessário - porque metas e objetivos devem ser alcançados - que os mesmos atinjam seus resultados, sob pena de frustrar-se a programação originária do Poder Público, tornando a gestão pública ineficiente.

Parece que o enquadramento normativo e a tratativa doutrinária do convênio, mormente aquele empregado para formalizar colaborações público-privadas para a consecução de fins públicos, há de ser revista.

Uma alternativa interessante à racionalidade formalista dos convênios é a disciplina dos Termos de Parcerias das OSCIPs, objeto de exame no próximo item.<sup>53</sup>

## 2.5.2 - TERMOS DE PARCEIRA DA LEI FEDERAL N. 9.790/99

O art. 9º da Lei federal n. 9.790/99 instituiu o *Termo de Parceria*, definido como “o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei”.

Consoante o art. 10 da Lei das OSCIP, “o Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias”, sendo que sua celebração será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo (§ 1º do art. 10).

São cláusulas essenciais do Termo de Parceria, as quais se encontram arroladas no § 2º do artigo 10 da lei sob comento: I - a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de

---

<sup>53</sup> Mais do que isso, o Termo de Parceria é o acordo administrativo indicado para a formalização de colaborações público-privadas envolvendo entidades sem fins lucrativos qualificadas como OSCIP. Nesse sentido, conferir TCU, Processo 014.379/2001-7, Acórdão n. 235/2003-Plenário, sessão 27.03.2003, DOU 28.03.03. Sobre as diferenças entre convênios e termos de parceria, cf. BARBOSA, Maria Nazaré Lins. A experiência dos termos de parceria entre o poder público e as organizações da sociedade civil de interesse público (oscips). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 487-523.

Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV e VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Além disso, de acordo com o art. 11 da Lei das OSCIPs, *“a execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo”, sendo que os resultados atingidos deverão ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (§ 1º do art. 11), encaminhando a comissão à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida (§ 2º do art. 11). E consoante o § 3º do art. 11, “os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação”.*<sup>54</sup>

É importante ressaltar que os termos de parceria celebrados com entidades privadas qualificadas como OSCIP também são, a exemplo dos convênios, *acordos administrativos colaborativos*, ajustados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos.

São acordos utilizados para viabilizar a *concertação administrativa*,<sup>55</sup> e têm por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e organizações da sociedade civil, concretizando uma técnica ligada à

---

<sup>54</sup> Aliás, um dos pontos fortes da disciplina jurídico-normativa das OSCIPs está no sistema de controle e fiscalização destas entidades. Sem prejuízo disso, há movimentos no Congresso Nacional para tornar tal sistema ainda mais eficiente. É o caso do Projeto de Lei n. 3.917/2004, que propõe a alteração do art. 11 da Lei federal n. 9.790/99, nos seguintes termos: “Art. 11 (...) § 4º O órgão do Poder Público responsável pelo Termo de Parceria com a instituição jurídica de direito privado sem fins lucrativos encaminhará, no final de cada exercício, relatório detalhado da execução do mesmo à Comissão de Fiscalização e Controle - CFC da Câmara dos Deputados, conforme o disposto no art. 70 da Constituição Federal, combinado com o art. 32, VIII e o art. 60 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. § 5º – Constatada, mediante parecer aprovado na CFC, irregularidade na utilização e execução dos recursos conveniados, o Termo de Parceria será cancelado perdendo sua eficácia de imediato, sendo o processo encaminhado ao Tribunal de Contas da União para apuração das responsabilidades”.

<sup>55</sup> Consoante Vital MOREIRA, “concertação é o esquema que consiste em as decisões serem apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as forças sociais interessadas, limitando-se o Governo e a Administração a dar força oficial às conclusões alcançadas” (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*, 1997. p. 57.). Importa destacar que na *concertação* não há uma relação de subordinação entre a Administração e as entidades parceiras, pois subjacente a ela reside um processo de negociação para a composição de eventuais dissensos entre as partes, aspecto que “pressupõe o reconhecimento de certa autonomia aos parceiros sociais” (MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização: democratização e neutralidade na Constituição de 1988*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 47.).

atividade de *fomento estatal*, com o repasse de verba pública para o desenvolvimento de atividades de interesse público.

Da disciplina infralegal atinente ao Termo de Parceria (Decreto n. 3.100/99, arts. 13 a 16) retira-se que (i) a liberação de recursos financeiros necessários à execução do Termo de Parceria far-se-á em conta bancária específica, a ser aberta em banco a ser indicado pelo órgão estatal parceiro, (ii) a liberação de recursos para a implementação do Termo de Parceria obedecerá ao respectivo cronograma, salvo se autorizada sua liberação em parcela única e (iii) é possível a vigência simultânea de um ou mais Termos de Parceria, ainda que com o mesmo órgão estatal, de acordo com a capacidade operacional da OSCIP.

A tratativa jurídico-normativa e os procedimentos aplicados aos Termos de Parceria revelam que este acordo administrativo colaborativo é o vocacionado para formalizar parcerias entre o Poder Público e as entidades integrantes do Terceiro Setor, as quais queiram colaborar e repartir responsabilidades com o setor estatal na realização de atividades de interesse público.<sup>56</sup>

Aliás, esta noção estava presente na Exposição de Motivos n. 20, de 23 de julho de 1998, que acompanhou o Projeto de Lei n. 4.690/98, o qual quando aprovado converteu-se na Lei federal n. 9.790/99: *"do ponto de vista da agilidade operacional para formalização de parcerias, a Interlocução Política do Conselho da Comunidade Solidária identificou que os contratos e convênios não são considerados adequados às especificidades das organizações privadas com fins públicos e não apresentam critérios objetivos de identificação, seleção, competição e contratação da melhor proposta. (...) o projeto de lei consubstancia, portanto, o consenso aprovado pelos interlocutores sobre a necessidade de rever a legislação relativa a contratos e convênios, visando a identificar mecanismos mais adequados de relação entre o Estado e o Terceiro Setor quando envolvidos recursos estatais"*.

Os contratos de repasse, abaixo examinados, apresentam-se como uma outra possibilidade para o repasse de verbas públicas às OSCIPs.

---

<sup>56</sup> Cf. proposições formuladas pelo Tribunal de Contas da União em relação aos termos de parcerias das OSCIPs: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Estudos realizados por Grupo de Trabalho com a finalidade de examinar o alcance das disposições da Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - Lei nº 9.790/99 - nas atividades de controle a cargo do TCU. Projeto de Instrução Normativa. Alteração de dispositivos da Instrução Normativa nº 12/96. Aprovação. Determinação. Encaminhamento do estudo ao Conselho da Comunidade Solidária para o aperfeiçoamento do Decreto nº 3.100/99. Processo nº TC 014.334/1999-2. Tribunal de Contas da União. Relator: MINISTRO MARCOS VILAÇA. Decisão: 15/12/1999. Publicada no BTCU 78/1999. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=6&doc=1&dpp=20&p=0>> Acesso em: 23 de abril de 2003.

### 2.5.3 - CONTRATOS DE REPASSE

O art. 1º do Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996 dispõe que *“as transferências de recursos da União, consignadas na lei orçamentária anual ou referentes a créditos adicionais para Estados, Distrito Federal ou Municípios, a qualquer título, inclusive sob a forma de subvenções, auxílios ou contribuições, serão realizadas mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, observadas as disposições legais pertinentes”*.

Esse decreto institui os *contratos de repasse*, por meio dos quais efetiva-se a transferência dos recursos por instituições ou agências financeiras oficiais federais que atuarão como mandatárias da União.

Desse ajuste constarão os direitos e obrigações das partes, inclusive quanto à obrigatoriedade de prestação de contas perante o Ministério competente para a execução do programa ou projeto.

O art. 4º do Decreto nº 1.819/96 estipula que *“a liberação dos recursos financeiros pelo Tesouro Nacional, correspondente às transferências efetuadas por intermédio de instituições ou agências financeiras oficiais federais, observará o cronograma financeiro específico do programa ou projeto, previamente aprovado pelo Ministério da Fazenda”*.

Finalmente, foi o art. 111 da Lei federal n. 11.178/05 (LDO) que estendeu a possibilidade de que as transferências de auxílios, contribuições e subvenções sociais às entidades do Terceiro Setor possam ser realizadas pela via do *contrato de repasse*.

Expostas e analisadas as diferentes espécies de repasses financeiros públicos para as OSCIPs, e instrumentos jurídicos empregados para a sua formalização, passamos a apreciar a questão da aplicação ou não do princípio licitatório às contratações derivadas dos Termos de Parceria das OSCIPs.

### 2.6 - OSCIPS E LICITAÇÃO: AS CONTRATAÇÕES DERIVADAS DOS TERMOS DE PARCERIA E A LEI FEDERAL N. 8.666/93

A Lei federal n. 9.790/99 *não* estabeleceu a exigência de que a OSCIP parceira do Poder Público promova licitação para o emprego de recursos públicos a ela transferidos por meio do Termo de Parceria.

A Lei federal 8.666, de 21 de junho de 1993, ao regulamentar os artigos 22, inc. XXVII e 37, inc. XXI da Constituição de 1988, definiu normas gerais de licitação e contratos da Administração pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, com o objetivo de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração pública, a Lei 8.666/93 prescreve determinados procedimentos formais a serem seguidos pelo Poder Público para a contratação, com terceiros, de obras, serviços, compras e alienações.

Contudo, no âmbito de abrangência da Lei federal n. 8.666/93 inserem-se como destinatários unicamente os órgãos e pessoas jurídicas elencados no par. único do seu art. 1º: órgãos da Administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Destarte, resta claro que as entidades privadas sem fins lucrativos, ainda que mantenham com o Poder Público um vínculo mais estreito que autorize ou legitime o repasse de verbas públicas para a realização de atividades de interesse público, não estão submetidas aos ditames da Lei federal n. 8.666/93.

Por outro lado, cumpre esclarecer que optando o Poder Público pela parceria com a iniciativa privada não lucrativa para a realização conjunta de atividades de relevância pública, resta claro que o parceiro privado estará em uma posição distinta das situações ocupadas pelo particular enquanto mero fornecedor de bens e serviços, ou mesmo delegatário para a execução de serviços públicos nos termos e na forma em que a Administração determinar.

A rigor, a atuação das OSCIPs dirige-se diretamente ao atendimento do interesse público, e não ao atendimento de uma necessidade da Administração pública.

O objeto do Termo de Parceria refere-se necessariamente a uma das finalidades constantes do antes mencionado art. 3º da Lei das OSCIPs, cujo rol exemplifica uma série de serviços públicos sociais e promoção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, verifica-se a incompatibilidade entre os serviços prestados pela OSCIP e os serviços de que trata a Lei 8.666/93, objeto dos contratos administrativos. Eis o que dispõe a referida lei ao conceituar os serviços objeto de licitação: “Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: I – (...); II – Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

A Lei das OSCIPs, firme em seu propósito de inovar o mecanismo de gestão de serviços públicos sociais, especialmente por meio de criação de mecanismos de controle não burocráticos, não trouxe a exigência de que a OSCIP parceira promova licitação para o emprego de recursos públicos.

Ao contrário disso, eis os termos do artigo 14 da Lei das OSCIPs:



*“A organização parceira fará publicar, no prazo 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 comprar com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I, do art. 4º desta Lei.”*

Dessa forma, o procedimento a ser seguido para a realização de despesas pela OSCIP parceira para a contratação de bens e serviços com recursos oriundos do Termo de parceria é estabelecido pela própria entidade (regulamento de compras), tendo como balizamentos os princípios constantes do art. 4º, I, da Lei das OSCIPs – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.<sup>57</sup>

Entretanto, nada obsta que o edital de concurso de projetos, o Termo de Parceria, ou mesmo a legislação de base editada pelo parceiro público, venham a disciplinar, com vetores mais específicos, os procedimentos para a aquisição de bens e contratação de serviços a serem obedecidos pela OSCIP parceira.

#### **2.6.1 - AS INOVAÇÕES DO DECRETO N. 5.504, DE 05.08.05**

Estipula o art. 1º do Decreto n. 5.504/05 que *“os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente” (g.n.).*

O par. 4º do artigo indigitado estabelece que *“nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1999, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade”.*<sup>58</sup>

O par. 5º do art. 1º do Decreto em tela acabou por expressamente estender a obrigatoriedade da realização de prévio processo licitatório - aí incluída a modalidade pregão, presencial e eletrônico - especificamente às Organizações Sociais (Lei federal n. 9.637/98) e às OSCIPs (Lei federal n. 9.790/99), *“relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria”.*

<sup>57</sup> Sobre os princípios elencados e sua interpretação quando da aplicação ao Terceiro Setor, cf. PAES, José Eduardo Sebo. Terceiro Setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. *Fórum administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 48, p. 5093-5098, fev. 2005.

<sup>58</sup> Reza o art. 26 da Lei federal n. 8.666/93 que *“as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser comunicados dentro de 3 (três) dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para eficácia dos atos”.*

Por seu turno, o art. 2º do Decreto n. 5.504/05 houve por bem instituir uma nova obrigação aos órgãos, entes e instituições convenentes, firmatários de contrato de gestão ou termo de parceria, ou consorciados, qual seja, a de "providenciar a transferência eletrônica de dados, relativos aos contratos firmados com recursos públicos repassados voluntariamente pela União para o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, de acordo com instrução a ser editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e gestão".

O art. 3º do decreto ora enfocado estipula que *"as transferências voluntárias de recursos públicos da União subseqüentes, relativas ao mesmo ajuste, serão condicionadas à apresentação, pelos convenentes ou consorciados, da documentação ou dos registros em meio eletrônico que comprovem a realização de licitação nas alienações e nas contratações de obras, compras e serviços com os recursos repassados a partir da vigência deste Decreto"*.

Finalmente, o Decreto n. 5.504/05 torna obrigatória instrução complementar conjunta para a sua execução, oriunda dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda, a qual deveria ter sido expedida no prazo de 90 (noventa) dias contados da publicação deste ato normativo. Tal instrução haverá de dispor sobre os limites, prazos e condições para a implementação do decreto aqui examinado, *"especialmente em relação ao § 1º do art. 1º, podendo estabelecer as situações excepcionais de dispensa da aplicação do disposto no citado § 1º"*.

## 2.6.2 - OSCIPS E PREGÃO

Na hipótese de aquisição de *bens e serviços comuns*, o par. 1º do art. 1º do Decreto n. 5.504/05 estatuiu que *"será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar"*.

Estabelece o par. 2º do artigo indigitado que *"a inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente"*. Por derradeiro, o par. 3º do art. 1º do Decreto n. 5.504/05 determina que *"os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenentes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros"*.

O art. 1º da Lei federal n. 10.520/02 estipula que *"para aquisição de bens e serviços comuns poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei"*. (g.n.)

Assim, consiste o pregão em uma competição pública por meio de propostas escritas e lances verbais, e tem como uma de suas principais características a inversão das fases: enquanto nas outras modalidades de licitação a habilitação vem em primeiro lugar, no pregão ela aparece depois da

definição do vencedor, que será o único que deverá comprovar sua qualificação para a execução do objeto almejado pela Administração.<sup>59</sup>

O critério do menor preço será o único a ser adotado quando do julgamento e classificação das propostas, "*observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital*" (inc. X do art. 4º da Lei federal n. 10.520/02).

Todavia, insta colocar em relevo que o ponto nodal para o perfeito entendimento e a correta aplicação da modalidade licitatória *pregão* reside na compreensão do que vem a ser objeto do processo licitatório levado a efeito por meio dessa modalidade: os intitulados *bens e serviços comuns*.

É no par. único do art. 1º da Lei federal n. 10.520/02 que se encontra o conceito legal de *bens e serviços comuns*: "*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*".

---

<sup>59</sup> Sobre *pregão* presencial e eletrônico cf., entre outros, BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. *A Nova modalidade de licitação: pregão*. Porto Alegre: Síntese, 2002; BITTENCOURT, Sidney. *Comentários ao Decreto nº 3.555/2000 e ao Regulamento do Pregão*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001; \_\_\_\_\_. *Pregão eletrônico: comentários ao Decreto n. 3.697, de 21 de dezembro de 2000*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003; FERNANDES, Andréa C Gomes. *Compras governamentais eletrônicas no Brasil: como funcionam os principais sistemas em operação*. ILC: *Informativo de Licitações e Contratos*, v.9, nº 104, p. 846-858, out. de 2002; JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005; MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *Pregão eletrônico: Decretos nº 3.697, de 21.12.00, e nº 5.450, de 31.05.05*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.4, nº 46, p. 6173-6176, out. de 2005; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: licitação, pregão, contratos, concessões, impactos da Lei de responsabilidade fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; MUKAI, Toshio. *O novo pregão eletrônico: Decreto nº 5.450/05*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.4, nº 43, p. 5727-5728, jul./2005; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Da obrigatoriedade da modalidade pregão e da preferência ao pregão eletrônico*. *Revista Zênite: ILC Informativo de licitações e contratos*, Curitiba, v.12, nº 137, p. 628-634, jul. de 2005; \_\_\_\_\_. *Pregão: presencial e eletrônico*. 3.ed. Curitiba: Zênite, 2005; NUNES, Sandro Luiz. *O pregão e os municípios: nova ferramenta de seleção*. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*, Florianópolis, v.1, nº 1, p. 73-91, fev. de 2003; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Pregão: Definindo "bens e serviços comuns"*. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 3, n. 14, p. 177-183, out./dez. 2003; PALAVÉRI, Marcelo. *Pregão nas licitações municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; PARIZI FILHO, João. *Licitações eletrônicas*. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v.14, nº 10, p. 611-618, out de 2001; ROCHA, Rossana de Araújo. *Pregão eletrônico: A licitação no âmbito virtual*. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v.16, nº 11, p. 746-755, nov. de 2003; SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão eletrônico: para entender o arsenal normativo de regência*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.4, nº 44, p. 5863-5883, ago. de 2005; SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade pregão: Lei 10.520, de 17 de junho de 2002*. São Paulo: Malheiros, 2003; SILVA, Arídio et al. *Desvendando o pregão eletrônico: e-gov, cotação eletrônica, registro de preços, Internet, administração pública*. Rio de Janeiro: Revan, 2002; SILVA, Wálteno Marques da. *O pregão eletrônico e a controvérsia sobre a obrigatoriedade ou não do credenciamento no Sicaf*. L&C: *Revista de Administração Pública e Política*, Brasília, v.8, nº 87, p. 13-15, set. de 2005; TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Pregão: uma nova modalidade de licitação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Para Marçal JUSTEN FILHO, "*bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio*".<sup>60</sup>

Finalmente, cabe aduzir que o Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005 regulamenta o pregão em sua forma eletrônica, e isso unicamente para a órbita federal.

### 2.6.3 - A ILEGALIDADE DO DECRETO N. 5.504, DE 05.08.05.

Embora seja louvável a iniciativa do Governo Federal, entendemos que o decreto ora enfocado é ilegal, por diversos aspectos, e jamais poderia instituir validamente a obrigatoriedade de licitar às OSCIPs, em relação às contratações de bens e serviços com recursos financeiros federais derivados dos Termos de Parceria eventualmente firmados com o Poder Público.

O Decreto n. 5.504/05 afronta o inc. XXVII do art. 22 e o inc. XXI do art. 37, ambos da Constituição da República. Os dois preceitos constitucionais são de clareza solar quando estipulam como destinatários da obrigatoriedade de licitar os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta.

Conforme restou evidenciado neste trabalho, entidades privadas não lucrativas, ainda que parceiras do Poder Público em decorrência de acordos administrativos com ele firmados, não passam a integrar a organização administrativa. Com o Poder Público tais entidades detêm um *vínculo consensual*, e não um *vínculo orgânico*, como, por exemplo, ocorre com as entidades descentralizadas que compõem a Administração Indireta. Mais do que isso, para ser destinatária da obrigação constitucional de licitar, a premissa técnico-jurídica é que a entidade detenha com a Administração um vínculo de natureza orgânica, o que, com efeito, não ocorre com as entidades privadas sem fins lucrativos componentes do Terceiro Setor.

Além disso, tais entidades não recebem delegação do Poder Público para realizarem atividades de interesse público, e, portanto não atuam como se Poder Público fossem. Desenvolvem tais atividades em regime de colaboração público-privada, de mútua complementariedade ou em caráter suplementar, e jamais como delegatárias de atividade estatal, nos termos do *caput* do art. 175 da Constituição da República.

Regulamentando o inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, a Lei federal n. 8.666/93 demarcou o âmbito de abrangência de sua aplicação, obviamente a partir do comando constitucional a que visava conferir tratamento, sendo expressa ao estabelecer no par. único do seu art. 1º que às suas disposições subordinam-se (i) os órgãos da Administração direta, (ii) fundos especiais, (iii) autarquias, (iv) fundações públicas, (v) empresas públicas, (vi) sociedades de economia mista e (vii) demais entidades

---

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 30.

controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No caso da modalidade licitatória *pregão*, em suas vertentes *presencial* e *eletrônica*, a interpretação é a mesma, justamente porque a Lei federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002 acabou instituindo uma nova modalidade de licitação, em atenção ao inc. XXI do art. 37 da Constituição da República.

A OSCIP é uma entidade privada sem fins lucrativos, titular de uma qualificação especial emitida pelo Ministério da Justiça, que lhe confere, entre vários direitos, a de eventualmente vir a ser uma gestora privada de recursos públicos para fins públicos.

Sua legislação de regência é especial, composta pela Lei federal n. 9.790/99 e pelo Decreto 3.100/99. Naquilo em que o legislador federal não inovou, continua a ser às OSCIPs aplicada a legislação que disciplina a totalidade das entidades privadas sem fins lucrativos, ou seja, regras e princípios de direito privado.

O enquadramento legislativo das OSCIPs não contempla a obrigatoriedade de realização de processo licitatório prévio para viabilizar contratações de bens e serviços utilizando-se de recursos financeiros decorrentes de Termos de Parceria firmados com o Poder Público.

Ao reverso, o art. 14 da Lei federal n. 9.790/99 estabelece que "a organização parceira fará publicar, no prazo 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 comprar com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I, do art. 4º desta Lei".

Nesse sentido, as disposições do Decreto n. 5.504/05 colidem com a disciplina especial das OSCIPs, notadamente com o que estabelece o art. 14 da Lei federal n. 9.790/99.

Por derradeiro, ao exigir a realização de processo licitatório, mesmo que a via eleita fosse a lei, e não o inválido decreto, haveria uma flagrante ofensa ao inc. XVIII do art. 5º da Constituição da República, o qual veda toda sorte de interferência estatal no funcionamento das associações.

### 3 - CONCLUSÕES

Em sua obra *A Administração Paralela*, Agustín A. GORDILLO ensina que "uma das causas que concorrem para a generalizada violação do sistema, e para

*a criação de um sistema paralelo de normas de conduta, é a comum insatisfação que existe em muitos países em relação às normas estabelecidas pelo sistema".<sup>61</sup>*

Ao tornar obrigatória a realização de licitação pelas entidades sem fins lucrativos, quando estas forem empregar recursos financeiros federais para a aquisição de bens e contratação de serviços, provavelmente a Administração Pública federal visou conferir maior rigor na fiscalização e no controle da gestão privada de recursos públicos.

Todavia, o Poder Executivo Federal, ao editar o Decreto n. 5.504/05, olvidou-se que, no caso das OSCIPs, há uma legislação federal especial que as ampara e disciplina, a qual não contempla a obrigatoriedade de realização de processo licitatório prévio para viabilizar contratações de bens e serviços com o emprego de verbas financeiras federais, decorrentes de Termos de Parceria firmados com o Poder Público.

Sem embargo, há uma série de deveres e obrigações, sobretudo de ordem procedimental, instituídas pela Lei federal n. 9.790/99 para salvaguardar o interesse público no caso da gestão privada de recursos financeiros públicos pelas OSCIPs.

Uma dessas obrigações legais é a de editar um regulamento próprio, contendo os procedimentos que a OSCIP adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para adquirir bens com o emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I, do art. 4º da Lei federal n. 9.790/99.

O art. 74 da Constituição da República, em seu inc. II, estabelece que o controle interno dos Três Poderes da União tem por finalidade *"comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado". (g.n.)*

Ademais disso, o par. único do art. 70 da Constituição da República dirige-se a toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que gerencie ou administre recursos públicos, razão pela qual as OSCIPs devem, obrigatoriamente, prestar contas de sua atuação no emprego desses recursos ao Tribunal de Contas da União (controle externo).

Embora ilegal, a edição do Decreto n. 5.504/05 revela uma tendência no campo da regulação estatal do Terceiro Setor no Brasil, no sentido de impôr-se às entidades privadas sem fins lucrativos um regime jurídico que é próprio dos órgãos e entidades que integram o setor público estatal, qual seja, o regime jurídico de direito público.

No caso específico das OSCIPs, esta constatação vai na contramão de toda a racionalidade inventiva e contemporânea de gestão e de funcionamento

---

<sup>61</sup> GORDILLO, Agustín A. *La administración paralela*. Reimp. Madrid: Civitas, 1995.

de entidades de Terceiro Setor colaboradoras do Poder Público, inauguradas pela Lei federal n. 9.790/99.

Apreciando a parca experiência dos Poderes Públicos na utilização desta espécie de acordo administrativo colaborativo, infere-se que a principal dificuldade encontrada pelos aparelhamentos estatais é a ausência de investimentos públicos aplicados, no mínimo, para duas finalidades: (i) criação de indicadores de desempenho setoriais e sistemas de controle de gestão, ou seja, formatação e implementação de uma *cultura de controle de resultados* pela organização administrativa e (ii) capacitação e treinamento de agentes públicos incumbidos da celebração, gestão, fiscalização e controle dos Termos de Parceria.

De todo o modo, está-se diante de uma tentativa de evolução da própria forma de se administrar no setor público estatal. Um novo modelo de gestão de serviços sociais ou de atividades de interesse público foi criado, razão pela qual, ao invés de se prender a controles eminentemente formalísticos - que dificilmente redundam em maior eficiência administrativa - impõe-se traçar um novo caminho: o caminho da experimentação de novas formas de gestão pública, mais consentâneas com a postura do Estado contratual e do Estado financiador expostas neste trabalho.

Nesse processo de evolução da Administração Pública brasileira, atenção deve ser dispensada a novos mecanismos e instrumentos de gestão pública compartilhada, a exemplo do que ocorre com o Termo de Parceria das OSCIPs.

EM FACE DE TODO O EXPOSTO, sobretudo em razão do disposto na Lei federal n. 9.790/99 e no Decreto n. 3.100/99, opinamos pela ilegalidade do Decreto n. 5.504/05 e de sua aplicação às OSCIPs que porventura celebrem termos de parceria com a União Federal, e em virtude dos quais efetivamente haja o repasse de recursos públicos federais. Tais entidades não estão subordinadas ou legalmente obrigadas a realizar prévio processo licitatório, nos moldes previstos pela Lei federal n. 8.666/93 e pela Lei federal n. 10.520/02 (pregão) para adquirir bens ou contratarem serviços e obras junto à iniciativa privada.

#### Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. OSCIPS E LICITAÇÃO: ILEGALIDADE DO DECRETO N. 5.504, DE 05.08.05 (PARECER). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

- 1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

- 2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
- 3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: [rere@direitodoestado.com.br](mailto:rere@direitodoestado.com.br)
- 4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
- 5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: <http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323>
- 6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: <http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado>

**Publicação Impressa:**

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 4, n. 12, jan./mar. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.