



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA**

1.Processo nº: 06212/2014
2.Classe de Processo Administrativo
Assunto:
2.1.Assunto: Termo de Parceria entre OSCIP e a Prefeitura de Porto Nacional
3.Responsáveis: Otoniel Andrade Costa – Prefeito
4.Origem: Tribunal de Contas do Estado do Tocantins
Entidade Prefeitura Municipal de Porto Nacional – TO
Vinculada:
5.Relator: Conselheiro Alberto Sevilha
6.Representante Não atuou
do Ministério
Público:
7.Procurador Não atuou
Constituído nos
autos:

8. PARECER Nº 1250/2015

8.1. Versam os autos sobre o Ofício nº 043/2014 – 5ª PJP/AM/IC007/2014, originário da Promotoria de Justiça de Porto Nacional, por meio do qual o Doutor Vinícius de Oliveira e Silva – MM. Promotor de Justiça da Comarca, informa ao Tribunal de Contas acerca da Recomendação 001/2014, extraída do Inquérito Civil nº 007/2014, o qual tem por objeto apurar legalidade na pactuação dos termos de parceria da OSCIP – Instituto Sócio Educacional Solidariedade – ISES com a Prefeitura de Porto Nacional, bem como solicita seja realizada inspeção ‘*in loco*’, pelo Tribunal.

8.2. Consta dos autos o Ofício nº 1864/2014/DITEC, do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe informando ao Presidente deste Tribunal, sobre procedimento de Denúncia em trâmite naquela Corte de Contas, visando apurar possíveis ilegalidades na contratação/celebração de termos de parceria entre a OSCIP acima mencionada e diversos municípios do Estado de Sergipe.

8.3. Por meio do Despacho nº 858/2014 o Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte determinou a remessa dos autos a manifestação da Sexta Relatoria.

8.4. A 6ª Diretoria de Controle Externo, instada a se manifestar, emitiu a Informação nº 14/2014, informando que a Prefeitura de Porto Nacional, através do Edital de Concurso de Projetos nº 001/2014, firmou Termo de Parceria com o ISES, objetivando a operacionalização de Programas nas áreas de Saúde, Educação, Ação Social, Patrimônio, Meio Ambiente e Gestão Pública Municipal, cujos valores financeiros dispendidos totalizam de R\$ 8.181.760,00 (oito milhões, cento e oitenta e um mil, setecentos e sessenta reais). Esclarece, ainda, que essa OSCIP também firmou ajustes com as Prefeituras de Araguaína, Guaraí, Miracema, Palmas, Paraíso do Tocantins, no exercício de 2014, conforme pesquisa realizada no SICAP – CONTÁBIL.

8.5. Por meio do Ofício nº 03/2015 – RELT6, o ilustre Relator do feito determinou a intimação do senhor Otoniel Andrade Costa, Prefeito Municipal, para apresentar



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA**

documentos e esclarecimentos, relativamente ao objeto contratado e as atividades efetivamente desenvolvidas pela OSCIP contratada.

8.6. O responsável compareceu aos autos, apresentou justificativas e documentos que entende esclarecer os fatos noticiados e atestar a legalidade da contratação.

8.7. A Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Convênios mediante o Parecer Técnico nº 99/2015 ‘não percebeu irregularidade’ no termo de parceria em apreço.

8.8. É o relatório.

8.9. Como observado pela 6ª Diretoria de Controle Externo a Prefeitura de Porto Nacional, através do Edital de Concurso de Projetos nº 001/2014, abriu procedimento para contratação de OSCIP, objetivando a operacionalização de programas nas áreas de saúde, educação, assistência social, meio ambiente e apoio a gestão pública, o qual foi regido nos termos do Decreto Federal 3.100, de 30 de junho de 1999, com alterações posteriores e Decreto Municipal 246, de 28 de março de 2014, que regulamenta a Lei Federal n. 9790/99.

8.10. Pois bem. A celebração de Termo de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, é regido pela Lei Federal nº 9.790/1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/1999 c/c a Portaria 361/1999 do Ministério da Justiça.

8.11. Essa questão - de celebração de termo de parceria entre Prefeituras Municipais e OSCIPs - foi objeto de análise em procedimento de consulta formulada pela Prefeitura de Dianópolis – TO, nos autos nº **6446/2013**, cuja decisão do TCETO está consubstanciada na **Resolução nº 302/2014 – Pleno**, publicada no **Boletim Oficial** deste Tribunal nº **1171**, de **26.05.2014**.

8.12. Naquela oportunidade, o Representante deste Corpo Especial de Auditores, emitiu Parecer sobre o assunto, cujo entendimento transcrevo a seguir:

“(…) A OSCIP é definida pelo Ministério da Justiça como ‘*entidades da sociedade civil sem fins lucrativos que, além de cumprirem determinados requisitos legalmente exigidos [arts. 1º e 4º da Lei federal nº 9.790/1999] tenham por finalidade social uma das atividades enumeradas na referida Lei, em seu art. 3º.*’ Verbis:

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos 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 participação das organizações de que trata esta Lei;

V - promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA**

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.

Parágrafo único. *Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.*

8.13. Deflui-se daí, que as OSCIP's são entidades privadas sem fins lucrativos, integrantes do Terceiro Setor, porém vocacionadas para ser colaboradora do Estado na implementação de políticas públicas e na prestação de serviços sociais a população.

8.14. 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.”¹

8.15. Nas hipóteses de repasses financeiros 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, 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.

8.16. Nesse contexto, o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, dispõe o seguinte:

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

Parágrafo único. *Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

8.17. Quanto aos repasses financeiros públicos para as entidades do Terceiro Setor, observa-se que pode ser de três espécies: a) auxílios, b) contribuições e c) subvenções sociais.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 294



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

8.18. Especificamente em relação às OSCIP's a Lei Federal nº 11.178, de 20/09/2005 (LDO) estabelece em seu art. 33 que 'é vedada a destinação de recursos a título de auxílios, previstos no art. 12, § 6º, da Lei 4.320/64, 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 nº 9.790/1999, e que participem da execução de programas constantes do plano plurianual, devendo a destinação de recursos guardar conformidade com os objetivos sociais da entidade.”

8.19. Com relação às **contribuições** é o art. 32 da Lei Federal nº 11.178/2005 acima citada que veicula a regulamentação mais clara a respeito, vejamos:

***Art. 32.** 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.*

***Parágrafo único.** 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.*

8.20. Por sua vez o art. 35 estabelece o seguinte:

***Art. 35.** Sem prejuízo das disposições contidas nos arts. 31, 32 e 33 desta Lei, 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 congêneres;*

***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.*

§ 1º Excepcionalmente, a declaração de funcionamento de que trata o inciso IV deste artigo, quando se tratar das ações voltadas à educação e à assistência social, poderá ser em relação ao exercício anterior.

§ 2º A determinação contida no inciso II deste artigo não se aplica aos recursos alocados para programas habitacionais, conforme previsão em legislação específica, em ações voltadas a viabilizar o acesso à moradia, bem como elevar padrões de habitabilidade e



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA**

de qualidade de vida de famílias de baixa renda que vivem em localidades urbanas e rurais.

§ 3º Não se aplica a exigência constante do inciso V deste artigo quando a transferência dos recursos ocorrer por intermédio de fundos estaduais e municipais, nos termos da legislação pertinente.

8.21. Por fim, no que se refere às **subvenções sociais** também estão disciplinadas no art. 31 da Lei em epígrafe que assim dispõe:

***Art. 31.** 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.*

8.22. No tocante a necessidade ou não de se realizar procedimento licitatório vejo que o art. 1º, § 5º do Decreto Federal nº 5.504/2005, regulamentou o assunto, nestes termos:

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

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 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.

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

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

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

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão.

8.23. Todavia, a obrigatoriedade contida no dispositivo acima transcrito é questionável e vem sendo objeto de discussão no âmbito do Tribunal de Contas da União e Tribunais Judiciais, **cujo entendimento firmado no TCU é no sentido de que as OSCIP's não estão sujeitas ao disposto na Lei Federal nº 8.666/93 e na Lei 10.520/2000.** É o que se extrai da Declaração de Voto proferida pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, nos autos nº 008.011/2003-5, como segue:

DECLARAÇÃO DE VOTO

A criação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - Oscips -, por intermédio da Lei 9.790/1999, permitiu estabelecer as condições para a realização de verdadeiro vínculo cooperativo entre o Estado e o chamado Terceiro Setor, reflexo, aliás, da crise do Welfare State. Esse marco legal representa o rompimento do paradigma Governo X Mercado ou da dicotomia entre as esferas Pública e Privada, na medida em que associações e sociedades civis sem fins lucrativos ou fundações de direito privados possam realizar ações de interesse público, em parceria com o Estado.

Depreende-se da Exposição de Motivos da Lei 9.790/1999 que o estabelecimento dos Termos de Parceria com as Oscips configura instrumento de fomento que permite, por um lado, a negociação de objetivos e metas entre as partes, e, por outro, o monitoramento e a avaliação dos projetos, possibilitando, assim, maior transparência dos produtos e resultados efetivamente alcançados pelas entidades.

Distinguem esses instrumentos de gestão, a autonomia gerencial conferidas às organizações e a flexibilização dos controles burocráticos das atividades-meio, dando maior agilidade aos projetos de interesse público e priorizando o controle finalístico dos resultados, com garantias de que os recursos estatais sejam utilizados de acordo com as finalidades previamente colimadas.

Nesse sentir, destacam-se, dentre outras, as seguintes inovações que diferenciam essa nova modalidade de descentralização de recursos públicos, daquelas verificadas nos convênios:

- celebração do Termo de Parceria condicionada à prévia qualificação da Oscip (arts. 5º e 9º da Lei 9.790/99);

- possibilidade de realização de concurso de projetos para a seleção da Oscip parceira (art. 23 do Decreto 3.100/99);

- obrigatoriedade de cláusulas que contenham, dentre outras exigências: programa de trabalho; metas e resultados previstos; prazos de execução; critérios objetivos de avaliação de desempenho, com indicadores de resultado; previsão de receitas e despesas, com detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos do termo de parceria, a diretores, empregados e consultores; obrigação de prestação de contas anuais ao Poder Público (art. 10, § 2º, da Lei).

Tendo por base essas premissas, perfilho as lúcidas considerações do Relator, Eminentíssimo Ministro Marcos Vilaça, quanto ao fato de a imposição de excessivas amarras burocráticas aos Termos de Parceria contrariar a própria finalidade almejada pela Lei 9.790/1999, inviabilizando a autonomia e agilidade gerenciais requeridas para instrumento da espécie, à semelhança dos contratos de gestão.

Refiro-me, inicialmente, à não-obrigatoriedade de as Oscips se submeterem ao cumprimento da Lei 8.666/93. Por envolver a transferência de recursos públicos federais, previu o art. 14 da Lei 9.790/99 que "a organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei." Por sua vez, o art. 4º, inc. I, exige a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

Considerando que Lei especial prevê a instituição, no âmbito dos termos de parceria, de regulamento específico para a aquisição de bens e serviços, observados os princípios gerais da Administração Pública, não vislumbro como possam ser aplicadas as disposições do Estatuto Federal de Licitações e Contratos a esses contratos. Essa situação difere do que ocorre com os convênios e instrumentos congêneres, os quais se sujeitam, no que couber, ao regramento da Lei 8.666/93 (art. 116), conforme entendimento desta Corte consubstanciado no Acórdão 1070/2003 - Plenário.

O art. 1º, § 5º, do Decreto 5.504/2005, que estendeu às Oscips a obrigatoriedade de observarem a legislação federal de licitações e contratos, na aplicação de recursos públicos por ela administrados, na verdade, exorbita o art. 116 da Lei 8.666/93, o qual não se refere especificamente aos contratos de parceria, bem como a própria Lei 9.790/1999. A meu ver, não se trata de Decreto Autônomo cuja declaração de inconstitucionalidade, em abstrato, compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal. Verifica-se a extrapolação de lei por norma regulamentadora de estatura inferior.

De igual forma, a nova redação do art. 27 da IN/STN 1/97 da STN remete-se apenas aos convenientes para os fins de aplicação das Leis 8.666/93 e 10.520/2002 (pregão), não podendo aquela norma, destinada aos convênios, contrariar a Lei 9.790/99.

Com relação à remuneração dos dirigentes das Oscips que atuem efetivamente na gestão executiva e daqueles que prestam serviços específicos, no âmbito dos termos de parceria, observa-se que o art. 4º, inc. VI, da Lei n.º 9.790/99 delimita os valores àqueles praticados no mercado, sem, no entanto, referir-se ao limite observado na Administração Pública:

"Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

(...)

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;"

Outrossim, conforme salientou o Relator, a conclusão de que essas retribuições não estão adstritas ao teto remuneratório fixado para a Administração Pública é coerente com o disposto no parágrafo único do art. 34 da Lei n.º 10.637/2002.

Essa lei concede benefícios tributários somente até esse limite, para o caso de remuneração de dirigentes das Oscips, o que, numa dedução lógica, reafirma a possibilidade destes receberem acima daquele teto.

Louvo, por fim, as propostas sugeridas pelo Revisor, Exmo. Ministro Ubiratan Aguiar, acolhidas em sua maioria pelo Relator, as quais tendem a aperfeiçoar a utilização dos instrumentos de parceria, seja quanto à seleção de organizações idôneas e sem débito com a Seguridade Social, seja quanto à correta aplicação dos recursos públicos federais por elas geridos. São oportunas as recomendações aos órgãos competentes, no sentido de aprimorar os normativos aplicáveis aos termos de parceria, tendo por base critérios de aferição da capacidade operacional das Oscips, a inclusão de hipótese de perda de credenciamento dessas entidades e a adoção, em todos os casos, de processo seletivo para contratação das parceiras.

Apenas sugiro ao Relator, para melhor apreciação do Plenário, que sejam explicitadas no subitem 9.1 do Acórdão as principais conclusões do seu Voto, que não foram abrangidas nos demais subitens da proposta de deliberação.

Por essas razões, acompanho o voto do Relator, com os acréscimos no Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA**

8.24. A decisão Plenária extraída dos autos acima citado, consubstanciada no Acórdão nº 1.777-43/05-Plenário, é a seguinte:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria realizada no Termo de Parceria firmado entre o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a Oscip Rede Brasileira de Promoção de Investimentos - Investe Brasil.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 adotar, para fins de fiscalização deste Tribunal e orientação dos órgãos e entidades da Administração Pública, as seguintes conclusões:

9.1.1. as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - Oscips, contratadas pela Administração Pública Federal, por intermédio de Termos de Parceria, submetem-se ao Regulamento Próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, nos termos do art. 14, c/c o art. 4º, inciso I, todos da Lei 9.790/99;

9.1.2. não se aplicam aos Termos de Parceria celebrados entre a Administração Pública Federal e as Oscips as normas relativas aos Convênios, especificamente a IN 01/97-STN;

9.1.3 os valores percebidos pelos dirigentes das Oscips que atuem na gestão executiva e daqueles que prestam serviços específicos, em razão da celebração de Termos de Parceria com a Administração Pública Federal, devem respeitar os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação, conforme o art. 4º, inciso VI, da Lei 9.790/99;

9.2 determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República que orientem os órgãos e entidades da Administração Pública para que incluam nos Termos de Parceria já celebrados ou a celebrar, cláusula contendo previsão de que a Oscip não poderá utilizar recursos públicos em gastos vedados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias;

9.3 firmar entendimento no sentido de que previamente à assinatura de Termos de Parceria, deve ser exigida da Oscip interessada em celebrar parceria com o Poder Público, as certidões negativas mencionadas no art. 4º, inciso VII, "b", da Lei n.º 9.790/1999, tendo em vista o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal;

9.4 determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República que avaliem a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de Oscip previsto no art. 23 do Decreto n.º 3.100/99 em toda e qualquer situação;

9.5 recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Ministério da Justiça que estudem a conveniência de incluir em normativo próprio a previsão de que o Poder Público, antes da celebração do Termo de Parceria, deva levar em consideração, quando cabível, os requisitos listados no art. 27 do Decreto n.º 3.100/1999, entre outros necessários à aferição da capacidade operacional da entidade interessada;

9.6 recomendar ao Ministério da Justiça que estude a conveniência de incluir em normativo próprio as hipóteses de perda de qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA**

9.7 determinar à Segecex e à Adfis que examinem a oportunidade e conveniência de levar em consideração, por ocasião de trabalhos que envolvam o incremento da sistemática de fiscalização do Tribunal, as propostas apresentadas pela Secex/RJ às fls. 120/121 do presente processo (item 3.10 da proposta de encaminhamento):

9.8 determinar à Segecex que constitua grupo de trabalho, se possível com a participação da Secretaria Federal de Controle Interno, com o objetivo de, no prazo de 60 (sessenta) dias, propor aperfeiçoamentos no sistema de controle das transferências de recursos públicos a Organizações Não-Governamentais;

9.9 constituir grupo de trabalho, sob a coordenação da Segecex e com a participação de servidores da Sefid, além de outras unidades técnicas, se for o caso, com o objetivo de fornecer subsídios à futura atuação do Tribunal em relação às Parcerias Público-Privadas, especialmente com relação aos aspectos da Lei n.º 11.079, de 2004, que ainda não possuem normatização de controle específica para a atuação do Tribunal;

9.10 enviar cópia do Relatório, Voto e Acórdão ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Ministério da Justiça, à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, ao Ministério da Fazenda, aos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Controladoria-Geral da União, para conhecimento e adoção das providências que entenderem cabíveis;

8.25. Em sentido contrário, ou seja, de que a OSCIP está sujeita ao regramento das Leis 10.520/2000 e 8.666/1993, cita-se os ensinamentos do Ministro Ubiratan Aguiar², do TCU, ao defender o seguinte entendimento:

“(…) Nesses termos, verifica-se que esse Decreto³ disciplinou a forma como de se dar o disciplinamento a ser levado a efeito pelas OSCIPs, previsto no art. 14 da Lei nº 9790/1999, tornando-se desnecessário que seja firmado entendimento acerca da submissão das OSCIPs às disposições das Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002, haja vista se o Decreto nº 5.504/2005 suficientemente claro.

Por fim, apenas para argumentar, não se alegue que estaria havendo ingerência indevida do setor público nas atividades desenvolvidas pela iniciativa privada. Note-se que a entidade privada não está obrigada a firmar Termo de Parceria com a Administração Pública, mas ao fazê-lo deve ter ciência de que está administrando recursos públicos em sentido estrito, isto é, verbas incluídas em lei orçamentária. Dessa forma, deve observar rigorosamente, como todo administrador público, os princípios que informam a gestão da coisa pública, em especial o da legalidade, sob o ponto de vista formal e material. Não pode, por isso mesmo, dar aos recursos destinação diversa daquela fixada na lei orçamentária, sob pena de ser condenado à devolução das importâncias recebidas por desvio de finalidade; não pode, ademais, deixar de prestar contas dos recursos recebidos, por expressa determinação constitucional; como também não pode descumprir as Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002, no que couber.”

8.26. Relativamente à classificação das despesas, com base no art. 18, § 1º, c/c art. 20, ambos da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, entendo que

² As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e os limites impostos à Administração Pública. Revista TCMRJ nº 39 – setembro 2008.

³ Decreto nº 5.504/2005



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

não são consideradas como gasto de pessoal, haja vista que os profissionais contratados pelas OSCIP's não fazem parte do quadro de pessoal da Administração Pública, ou seja, não deverão possuir nenhum vínculo de subordinação com a entidade pública contratante, em regime de parceria com a iniciativa privada, sem fins lucrativos.

8.27. A propósito do pagamento de salários a empregados das OSCIP's vejamos o disposto Voto condutor do Acórdão acima referido:

"Lei n° 9.790/1999 e Pagamento de Pessoal

55. Está presente na legislação sobre OSCIPs referência ao pagamento de pessoal com recursos governamentais e consoante os salários praticados na área de atuação da pessoa paga.

(...)

57. O referido texto legal é o seguinte:

Art. 4º Atendido ao disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos, cujas normas expressamente disponham sobre:

(...)

VI. a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade, que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação;

(...)

Art. 10 (...)

(...)

§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:

(...)

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 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;'

58. Tais dispositivos legais nasceram com aplicação parcialmente vedada no que se refere a servidores públicos. Com efeito, são unânimes as vedações das LDOs referentes aos exercícios de 1999 a 2003, ou seja, antes e após o surgimento da Lei n.º 9.790/99. Para a LDO de 2003:

'Art. 29. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

(...)

VIII - pagamento, a qualquer título, a servidor da administração pública ou empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, por serviços de consultoria ou assistência técnica, inclusive custeados com recursos provenientes de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, firmados com órgãos ou entidades de direito público ou privado, nacionais ou internacionais;'

(...)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

60. *Em uma análise inicial, se a filosofia da lei é aumentar a publicização (ampliar o caráter de público sem ser estatal), o critério não deve ser o privado, mas sim o público; logo, o pagamento de pessoal salário não deveria ser comparado com os salários de mercado, mas sim com os salários da Administração Pública. Em um exame mais detalhado desta questão, verifica-se que haveria certa dificuldade da implantação deste limite lógico e legítimo na lei por dois motivos. Primeiro, porque não há necessariamente isonomia salarial na Administração Pública desde o início da vigência da Emenda Constitucional nº 19/98, o que dificulta às OSCIPs eleger um padrão de comparação. Segundo, porque não seria a princípio legal fazer, mediante qualquer meio, inclusive contrato, convênio ou parceria, pagamento de pessoal com cargo ou emprego particular que exercesse atribuições também previstas para cargo ou emprego público, pois haveria forte possibilidade de ser configurada terceirização de atividade-fim, prática inquinada pela jurisprudência deste Tribunal por contrariar o mandamento constitucional do concurso público (CF/88, art. 37, II). Portanto, de acordo com o princípio da moralidade, se esta previsão de pagamento de pessoal continuar vigente, pode e deve ser acompanhada por limitação, nesta lei das OSCIPs, para que os vencimentos máximos de cargo ou emprego, pagos a qualquer título pela OSCIP com recursos governamentais, não sejam superiores aos vencimentos máximos do cargo de Presidente da República.”*

8.28. Ainda em relação à aplicação da Lei nº 9.790/99, destaca-se o posicionamento externado no Voto Vista proferido pelo Ministro Luiz Fux na ADI 1923-DF, em tramite no Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento é no sentido de que a celebração de *Termo de Parceria* (ou *contrato de gestão*), entre o Poder Público e as OSCIP's independe de licitação. Contudo, a Administração Pública não fica inerte a observância dos princípios constitucionais, conforme excertos a seguir transcritos:

“45. A inicial também veicula impugnação consistente na ausência de licitação para a *celebração do próprio contrato de gestão entre a entidade qualificada e o Poder Público*. Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado. (17)

46. É justamente isto que se passa no contrato de gestão, em que a entidade privada, constituída para atuar sem finalidade lucrativa nas áreas elencadas no art. 1º, e o Poder Público, submetido aos deveres constitucionais de agir, *pretendem alcançar a mesma finalidade*: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Os interesses de ambas as partes, portanto, confluem em uma mesma direção, o que é totalmente diverso do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesses. É nesse sentido que se expressa a doutrina, recusando aos contratos de gestão a natureza verdadeiramente contratual. (18)

47. Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da *impessoalidade*, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da *publicidade*, decorrência da idéia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, *caput*).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

48. Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o *Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos*, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitera-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão. Por essa razão, que tem por base, em última análise, a incidência direta dos princípios constitucionais, que se deve acolher a lição de Alexandre Santos de Aragão, *verbis*:

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428.

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*, In: *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 247-8; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 198-199; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 296.

“A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo. Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada leva, contudo, a que órgão público ‘contratante’ possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria. Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (arts. 37 e 70), na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c art. 26, parágrafo único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito. Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação – daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 –, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer entre elas” (19).

49. E isso só se confirma pela leitura do art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, que prevê que a elaboração do contrato de gestão – literalmente, apenas a *elaboração*, porém – será submetida aos “*princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: (...)*”. A mesma lógica, felizmente de modo mais abrangente, presidiu com mais intensidade a posterior edição da Lei das OSCIP’s – organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei nº 9.790/99, que não está em análise, mas que guarda um vínculo muito íntimo de pertinência com a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

matéria aqui tratada, já que relativa também ao Terceiro Setor: é o que se lê do art. 4º, inc. I, que subordina as entidades, para que se *qualifiquem* como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, à “*observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência*”. Esta tendência, portanto, já deve ser extraída diretamente da Constituição, como um vetor para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor.

50. Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a *celebração do contrato de gestão* com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma *pública, impessoal e por critérios objetivos*, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

51. Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas (20). Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de micro-empresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 prevêm outros casos de dispensa²¹, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

19 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748-749.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 493;

GARCIA, Flávio Amaral. *A Lei Complementar nº 123/06 e o seu impacto nas licitações públicas*, In: *Licitações e contratos administrativos – casos e polêmicas*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2009, p. 67-69; e FERRAZ, Luciano. *A função regulatória na licitação*, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>.

21 Lei nº 8.666/93, Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (...) XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (...) XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

22 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF*, In: *Direito administrativo democrático*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

52. Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais. (22).

53. E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas.

54. De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), *de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados*, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei nº 8.666/93.

55. Por fim, ainda no tema das licitações, cabe apreciar se as Organizações Sociais, em suas contratações com terceiros fazendo uso de verbas públicas, estão sujeitas ao dever de licitar. As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Direta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, *caput*), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública (23). No entanto, o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do *núcleo essencial dos princípios da Administração Pública* (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca a impessoalidade.

56. Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às *regras* formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do *núcleo essencial dos princípios* definidos no *caput*. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. Assim, a conciliação desses vetores leva justamente ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve “*aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade*”. Ou seja, embora não façam formalmente licitação, *tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos*. (24)

57. Desta forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado, que não se harmonizaria com a submissão pura e simples ao procedimento da Lei nº 8.666/93, reconhecidamente formal, custoso e pouco célere. Esse mesmo raciocínio já conduziu a que a Segunda Turma desta



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA**

Corte, em sede cautelar, enxergasse a fumaça de bom direito na tese da validade do procedimento simplificado de licitação instituído pela Petrobrás com base na Lei nº 9.478/97 – *embora até o momento o Pleno não tenha firmado posição sobre o tema.(...)*”

8.29. Relativamente a questão de pessoal, ou seja, se as despesas decorrentes serão consideradas no cômputo do limite com gastos de pessoal, o assunto foi também abordado no Voto Vista do Ministro Luiz Fux, o qual faz os seguintes esclarecimentos:

“(…) Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo *impessoal e objetivo*, porém *sem os rigores do concurso público*. Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. *O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados.*

Em relação aos servidores públicos cedidos, não há qualquer violação à Constituição. A lei preserva a remuneração a que o cargo faz jus no órgão de origem, conforme o art. 14, § 3º, da Lei. Os que tiverem direito, nas hipóteses restritas em que aplicáveis, às regras da paridade e da integralidade no sistema previdenciário, deverão ter como paradigma os cargos dos órgãos de origem, e não o que lhes era pago de forma transitória na organização social. E isso se impõe, ademais, porquanto não há sequer previsão para que, quanto às verbas pagas transitoriamente pelas organizações sociais, seja paga, pela Organização Social, a denominada contribuição patronal (CF, art. 149, §1º), o que seria indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial que, à luz do art. 40, *caput*, da CF, deve presidir o regime próprio de previdência dos servidores públicos.”

8.30. Contextualizando o que foi dito até aqui, impõe-se concluir que o Poder Público não está obrigado a licitar quando firma termo de parceria ou contrato de gestão com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs. Tampouco estas entidades estão obrigadas a contratar serviços, efetuar compras ou realizar obras mediante procedimentos licitatórios.

8.31. Contudo, é necessário que apresente regras próprias a que estará sujeita para aquisição de bens e serviços, na forma do art. 14 da Lei 9.790/99, e que sejam observados, por ambas, Administração Pública e OSCISP, os princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial o da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com critérios objetivos claros, que permitem o acesso a todos os interessados, e desde que não se trate de *serviços exclusivos estatais*.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA

8.32. Por fim, vale destacar, também, por apropriada, a decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do processo REsp 952899 DF 2007/0113864-0, da Relatoria do Ministro José Delgado, 1ª Turma, publicada no Diário da Justiça de 23.06.2008, cuja Ementa é a seguinte:

Ementa

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. O contrato de gestão administrativo constitui negócio jurídico criado pela Reforma Administrativa Pública de 1990. 2. A Lei n. 8.666, em seu art. 24, inciso XXIV, dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. 3. Instituto Candango de Solidariedade (organização social) versus Distrito Federal. Legalidade de contrato de gestão celebrado entre partes. 4. Ausência de comprovação de prejuízo para a Administração em razão do contrato de gestão firmado. 5. A Ação Popular exige, para sua procedência, o binômio ilicitude e lesividade. 6. Recurso especial improvido.

8.33. Pelo exposto, fundamentado na legislação pertinente, na doutrina, no posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União – Acórdão nº 1.777-43/05 – Plenário e Superior Tribunal de Justiça, bem como nos ensinamentos do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, o entendimento é no sentido de que o Município de Porto Nacional poderá firmar Termo de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, desde que observadas os princípios e as disposições constitucionais e infraconstitucionais, em especial as determinações contidas nos arts. 7 e 70, Parágrafo único da CF, bem como nas Leis Federais 9.790/1999, 4.320/1964, 11.178/2005 (LDO) e Decretos Federais nºs 3.100/1999 e 5.504/2005, bem como nas Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2000, no que couber, nos seguintes termos:

a) a celebração de termo de parceria ou contrato de gestão entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público independe da realização de procedimento licitatório, sujeitando-se, todavia, a observância dos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial o da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

b) que eventuais termos de parceria ou contratos de gestão contenham critérios objetivos claros, que permitem o acesso a todos os interessados, e que sejam firmados exclusivamente para a realização de serviços complementares nas áreas de Saúde, Educação, Serviço Social e Meio Ambiente, ou seja, não se trate de *serviços exclusivos estatais*;

c) as entidades parceiras deverão publicar *regulamentos próprios* contendo os procedimentos que adotarão para contratação de obras, serviços e compras — na forma preconizada no art. 14 da Lei 9.790/99, ressaltando que tais procedimentos não são tecnicamente *licitação*;

d) os repasses sejam realizados por intermédio de *auxílios financeiros* de três espécies: a) auxílios, b) contribuições e c) subvenções sociais,

e) os termos de parcerias ou contratos de gestão estão sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas e do Ministério Público Estadual.

8.34. Desse modo, entendo que o Termo de Parceria ora em questão, deverá estar em consonância com o posicionamento firmado pelo Tribunal de Contas, por meio da Resolução nº 302/2014, extraída dos autos 6446/2013 e que possíveis ilegalidades, a meu ver,



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO
FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA**

somente poderão ser averiguadas com uma análise mais detalhada no(s) contrato(s), por meio de inspeção 'in loco', de maneira que se possa verificar se houve ou não desvio, desfalque ou apropriação do dinheiro público ou a ocorrência de atos de improbidade administrativa.

8.35. Pois a mera análise formal da contratação, sem um exame mais acurado, não nos permite concluir se o que foi contratado está sendo efetivamente executado e se os pagamentos efetuados são compatíveis com serviços porventura realizados, ou seja, se custo-benefício está condizente a legitimidade e o interesse público, haja vista o alto valor despendido com a contratação, que ultrapassa a quantia de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais).

8.36. Ao MPEJTCE, para os fins de mister.

GABINETE DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS, em Palmas, aos 30 dias do mês de junho de 2015.

FERNANDO CÉSAR BENEVENUTO MALAFAIA
Conselheiro Substituto



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A(s) assinatura(s) abaixo garante(m) a autenticidade/validade deste documento.

FERNANDO CESAR BENEVENUTO MALAFAIA

Cargo: CONSELHEIRO SUBSTITUTO - Matrícula: 238414

Código de Autenticação: fb219f350cc35294f2b6c9caa544ed28 - 30/06/2015 17:45:40