

**Tribunal de Contas da União (TCU)
Senado Federal (SF)
Secretaria de Orçamento Federal (SOF)
Controladoria-Geral da União (CGU)**

ESPECIALIZAÇÃO EM ORÇAMENTO PÚBLICO

**A obrigatoriedade de licitar não deve ser
imposta às entidades privadas sem fins
lucrativos**

Ronaldo Quintanilha da Silva

Remilson Soares Candeia - Mestre

Brasília – DF

2010

**Tribunal de Contas da União (TCU)
Senado Federal (SF)
Secretaria de Orçamento Federal (SOF)
Controladoria-Geral da União (CGU)**

ESPECIALIZAÇÃO EM ORÇAMENTO PÚBLICO

**A obrigatoriedade de licitar não deve ser
imposta às entidades privadas sem fins
lucrativos**

Ronaldo Quintanilha da Silva

Orientador: Remilson Soares Candeia - Mestre

Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa
– ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do
grau de Especialista em Orçamento Público.

BRASILIA - DF

2010

À minha esposa e ao meu filho, razões para viver de verdade.

AGRADECIMENTOS

Ao Tribunal de Contas da União e seu Instituto Serzedello Corrêa por ter proporcionado condições para realização desta especialização em Orçamento Público.

Às entidades privadas sem fins lucrativos que responderam à pesquisa, contribuindo sobremaneira para a consecução deste trabalho.

Aos companheiros do TCU que também contribuíram com a presente pesquisa, quando responderam ao questionário.

Ao meu orientador, Mestre Remilson Soares Candeia, pelas críticas e sábias intervenções.

Aos professores, que propiciaram, com seus conhecimentos e experiências, o meu aprimoramento profissional e também pessoal.

Aos colegas do curso, pela imensa troca de informações e, sobretudo, pela amizade.

RESUMO

Nesta pesquisa problematiza-se a questão do uso de recursos públicos, oriundos do orçamento da União, pelas entidades privadas sem fins lucrativos (integrantes do terceiro setor). De início, aborda-se o contexto dessas entidades, o surgimento e o aumento da participação delas na execução de políticas públicas. Em seguida, tratar-se-á da transferência dos recursos públicos para essas entidades, mediante os convênios. Por último, discutir-se-ão os aspectos da gestão dos recursos públicos por essas entidades, sobretudo a realização de processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços necessários à consecução dos objetivos das avenças. Além do estudo dos normativos e da jurisprudência, aplicou-se um questionário aos responsáveis pelas entidades sem fins lucrativos e aos servidores públicos dos quadros do Tribunal de Contas da União. A transferência voluntária, mediante convênios ou outros instrumentos congêneres, é uma das formas de repassar os recursos financeiros para as entidades sem fins lucrativos. Nos últimos quatro anos, o valor transferido ultrapassou o montante de R\$ 13 bilhões. Após o recebimento dos recursos, a entidade realiza sua gestão. Neste ponto emerge o debate no que tange a obrigatoriedade ou não de ser realizado o processo licitatório. O tema foi desenvolvido com base nas respostas dos questionários e das posições divergentes e convergentes dos doutrinadores. Ao final, conclui-se, no sentido de contribuir com o debate e apontar uma proposta de solução, além de visualizar pontos que carecem de estudos mais aprofundados.

Palavras-chave: terceiro setor, transferência voluntária, convênio, licitação, entidades sem fins lucrativos.

ABSTRACT

This research discusses the question of the use of public funds from the Federal budget, by nonprofits organizations (members of the third sector). Initially, discusses the context of these entities, the emergence and increasing participation in the implementation of public policies. Then it will treat the transfer of public resources for these entities by the accords. Finally, will be discussing aspects of the management of public resources by those entities, particularly the conduct of bidding procedures for procurement of goods and contracting of services needed to achieve the goals of the accords. Besides the study of the normatives and jurisprudences, was applied a questionnaire to those responsible for nonprofit entities and public servants of the tables in the Brazilian Court of Audit. The voluntary transfer, through accords or other similar instruments, is one way of pass the financial resources for nonprofits organizations. Over the past four years, the amount transferred exceeds the amount of R\$ 13 Bilhons. After the receipt of funds, the entity performs its management. At this point emerges from the debate regarding the requirement or not being complete the bidding process. The theme is developed based on questionnaire responses and the divergent and convergent of positions. Finally, was concluded, in order to contribute to the debate and point out a proposed solution, and view points that need further study.

Keywords: third sector, voluntary transfer, accord, bid, nonprofits organizations.

Lista de Siglas e Abreviaturas

CGU	Controladoria-Geral da União
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
DF	Distrito Federal
ESFL	Entidade Sem Fins Lucrativos
EMI	Exposição de Motivos
Fasfil	Fundações e Associações Privadas Sem Fins Lucrativos no Brasil
Gife	Grupo de Institutos, Fundações e Empresas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IN	Instrução Normativa
INCOR	Instituto do Coração
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MF	Ministério da Fazenda
MP	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
ONG	Organização Não-Governamental
OS	Organização Social
OSC	Organização da Sociedade Civil
Oscip	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PPA	Plano Plurianual
Secex	Secretaria de Controle Externo
SF	Senado Federal
Siafi	Sistema Integrado de Administração Financeira
Siconv	Sistema de Convênios
SOF	Secretaria de Orçamento Federal
STN	Secretaria do Tesouro Nacional
TCU	Tribunal de Contas da União

Lista de Tabelas

Tabela 1	Instrumentos de parcerias.....	17
Tabela 2	Termos de convênios.....	25
Tabela 3	Trechos das LDO de 2004 a 2010.....	29

Lista de Figuras

Figura 1	Crescimento das entidades sem fins lucrativos.....	21
Figura 2	Linha do tempo das normas relativas ao tema.....	31

1. Introdução.....	11
2. Terceiro setor - definição.....	12
3. Surgimento das entidades sem fins lucrativos no Brasil.....	14
4. Transferência voluntária da União.....	16
5. Formalização dos repasses de recursos públicos - Convênios.....	17
6. Metodologia empregada na pesquisa	19
7. Panorama das entidades sem fins lucrativos	19
8. O Dever de Licitar.....	21
9. A obrigatoriedade de licitar imposta aos entes federados não alcança as entidades privadas sem fins lucrativos	22
10. Pregão obrigatório nas transferências voluntárias	26
11. A simplificação trazida pelo Decreto 6.170/2007 (Cotação prévia de preços).....	31
12. Conclusão	35
13. Bibliografia	38
14. Legislação.....	39

1. Introdução

Nesta pesquisa problematiza-se a questão do uso de recursos públicos, oriundos do orçamento da União, pelas entidades privadas sem fins lucrativos (integrantes do terceiro setor). De início, aborda-se o contexto dessas entidades, o surgimento e o aumento da participação delas na execução de políticas públicas. Em seguida, tratar-se-á da transferência dos recursos públicos para essas entidades, mediante os convênios. Por último, discutir-se-ão os aspectos da gestão dos recursos públicos por essas entidades, sobretudo a realização de processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços necessários à consecução dos objetivos das avenças.

As entidades do terceiro setor vêm participando cada vez mais na execução de políticas públicas. Atualmente, elas já somam mais de 300 mil entidades, entre associações, fundações e ONGs (IBGE, 2005).

A transferência voluntária, mediante convênios ou outros instrumentos congêneres, é uma das formas de repassar os recursos financeiros para as entidades sem fins lucrativos. Nos últimos quatro anos, o valor transferido ultrapassou o montante de R\$ 13 bilhões, conforme pesquisa realizada no Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi). Após o recebimento dos recursos, a entidade realiza sua gestão. A Instrução Normativa 01/STN orienta a realização do procedimento licitatório. Recentemente, o Decreto 5.504/2005 instituiu obrigatoriamente o pregão para a entidade privada que receba recursos por intermédio de transferência voluntária da União. Contudo, o Decreto 6.170/2007, de forma totalmente diversa, simplificou o procedimento para a simples cotação de preços, em vez de se realizar pregão ou outra modalidade, conforme apregoam os normativos mencionados anteriormente.

Com intuito de debater o tema, debruçou-se sobre os principais normativos que regulam a matéria, consultou-se a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, dentre outras fontes. Aplicaram-se também questionários aos responsáveis pelas entidades sem fins lucrativos e aos servidores públicos pertencentes aos quadros do Tribunal de Contas da União.

O artigo divide-se em quatro partes. Na parte do referencial teórico, abordam-se os principais conceitos envolvidos com o tema: terceiro setor, transferência voluntária e licitação. Na sequência, apresentam-se a metodologia de pesquisa e a origem dos dados. Em seguida, o desenvolvimento do tema com as posições divergentes e convergentes, juntamente com o resultado das pesquisas. Por fim, a conclusão, no sentido de contribuir com o debate e apontar uma proposta de solução, além de visualizar pontos que carecem de estudos.

2. Terceiro Setor - definição

O termo Terceiro Setor tem origem na expressão inglesa *Third Sector*. Outras denominações são utilizadas como, por exemplo, *Non-Profit Sector*, *Public Charities* e *Voluntary*. Sob a perspectiva acadêmica, o conceito de terceiro setor tem gerado muita controvérsia, não existindo unanimidade entre os autores, inclusive no tocante a sua abrangência.

No Brasil, a denominação terceiro setor é utilizada para identificar as atividades da sociedade civil que não se enquadram na categoria das atividades estatais. Portanto, em linhas gerais, o terceiro setor é o espaço ocupado especialmente pelo conjunto de entidades privadas sem fins lucrativos que realizam atividades complementares às públicas, visando contribuir com a solução de problemas sociais e em prol do bem comum. Já o primeiro setor é representado por entes da Administração Pública e o segundo setor é composto pelas empresas com finalidade lucrativa (mercado).

A conceituação das organizações da sociedade civil sem fins lucrativos é variada e ainda não definida. Elas recebem as seguintes denominações: organizações não-governamentais (ONGs), organizações da sociedade civil (OSCs), organizações do terceiro setor, organizações sem fins lucrativos, entre outras.

Destacam-se, dentre os critérios para classificação, os estabelecidos pelo *Handbook on nonprofit institutions in the system of national accounts*, editado pela Organização das Nações Unidas, em conjunto com a Universidade John Hopkins. Conforme o manual, fazem parte do terceiro setor as entidades que detenham, de forma acumulada, as seguintes características:

1. natureza privada;
2. ausência de finalidade lucrativa;
3. institucionalizadas;
4. auto-administradas; e
5. voluntárias.

Nessa mesma linha, o professor José Eduardo Sabo Paes (2005, p.2) cita os pesquisadores Salomon & Anheier, que com base em estudos em vários países, ressaltam cinco características necessárias nas organizações do terceiro setor, são elas:

1. organizadas: ainda que não sejam legalmente formalizadas, precisam ter um sentido de permanência em suas atividades, possuir conselhos e realizar reuniões periódicas;
2. privadas;

3. não distribuírem lucros: ainda que as receitas sejam maiores que as despesas, todo o “lucro” deve ser revertido para a própria organização;
4. autogovernáveis: existência independente do Estado ou de empresas;
5. voluntárias: devem apresentar algum grau de voluntariado, tanto no trabalho quanto no financiamento (doações).

Em vez de tentar enumerar as entidades sociais pela natureza e nomenclatura que possuem, ou ainda pela prática ou não de atividades estatais para classificá-las como entidade de benefício público, como sugere Sílvia Sant’Ana, o critério para integrá-las à definição de terceiro setor estaria nos seus objetivos e ações: quando realizarem atividade de interesse público, entendidas estas como as que promovem cidadania, assistência social e cultura (NUNES, 2006, p. 29).

Com relação ao termo ONG, Fernandes cita a definição de Fagundes da seguinte forma:

(...) está mais associado a um tipo particular de organização, surgida aqui a partir da década de 1970, no âmbito do sistema internacional de cooperação para o desenvolvimento que resultou numa ênfase na dimensão política das ações, aproximando-se do discurso e da agenda das esquerdas (FERNANDES, 2005, p. 26).

Para Antonio Carlos Carneiro de Albuquerque (2006, p. 31) as ONGs:

são instituições privadas sem fins lucrativos que, ao obter algum resultado econômico de suas atividades, devem reinvesti-lo na atividade-alvo da organização. Apesar de não governamentais, os fins a que essas instituições se dedicam têm características de serviço público, ainda que em escala diferente do realizado pelo Estado.

Há ainda os Serviços Sociais Autônomos, que integram o terceiro setor e são definidos por Hely Lopes Meirelles (1998, p. 338) da seguinte maneira:

todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público; com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.

Para Gustavo Justino (2005, p. 86), o conceito de entidade do terceiro setor, e que, inclusive, foi usado neste trabalho, é o seguinte:

O Terceiro Setor pode ser concebido como o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas e sem ânimo de lucro (associações e 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).

3. Surgimento das entidades sem fins lucrativos no Brasil

No Brasil, o denominado terceiro setor vem angariando espaço e aumentando sua importância nos diversos setores do conhecimento.

Historicamente, Simone Coelho (2002, p. 45) afirma que “[...] desde o século XVI existem no Brasil instituições de assistência a pessoas carentes, orientadas por fins filantrópicos, influenciadas pelo modelo português das Casas de Misericórdia, baseadas em ações cristãs.”

Contudo, apesar da importância dos movimentos sociais, no Brasil, assim como no restante do mundo, o surgimento do terceiro setor tal como conhecemos hoje está intimamente relacionado à queda da participação estatal na área social.

A Constituição Federal de 1988 previu parcerias entre órgãos governamentais e organizações sem fins lucrativos na formulação de políticas de saúde, educação e assistência social, bem como na área ambiental. A Carta Magna, nesse aspecto, lançou as sementes da Reforma do Estado, que estabeleceu, entre outras, as parcerias estatais com novos tipos de organização não-governamental, as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, para a execução de atividades estatais não exclusivas (NUNES, 2006, p. 22).

De fato, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, percebe-se o alinhamento com a Constituição Federal, nos seguintes termos:

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal. (BRASIL, 1995, p. 60).

Cabe ressaltar que essas entidades já atuavam nesses setores, porém em menor número e com menos destaque.

Em maior ou menor grau, as associações voluntárias sempre estiveram presentes nas comunidades, e antecedem o surgimento do *welfare state*. Nos primórdios, elas eram, em sua maioria, ligadas às organizações religiosas e étnicas, conforme anteriormente mencionado.

O Estado brasileiro tem buscado, cada vez mais, transferir para as sociedades civis a realização de serviços não exclusivos, como forma de diminuir os custos e atuar com mais agilidade.

Assim, além de crescer em número, as entidades do terceiro setor também diversificaram suas áreas de atuação, Coelho (2002, p. 46) evidencia esse fato:

já mencionamos que associações ou organizações que praticam a caridade e a filantropia sempre existiram, de forma quase invisível, sem fazer muito alarde de

suas atividades. De fato, aumentaram o seu número e o seu escopo de ação ao longo de nossa história, sem que isso tenha atraído às atenções. Nas últimas décadas, esse setor sofreu um grande incremento em quantidade e uma substantiva diversificação.

Dessa forma, o surgimento do terceiro setor no Brasil se deu por intermédio de entidades vinculadas à religião, como as Casas de Misericórdia. Depois, as entidades se aperfeiçoaram, cresceram, ganhando destaque nos normativos.

Nesse sentido, passou-se a discutir a relação público-privada, Gustavo Justino destaca o surgimento de um ramo do direito voltado para esse setor.

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 autonomização de um Direito do Terceiro Setor. (OLIVEIRA, 2009, p. 167).

Nesta linha, em sede preliminar, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923-DF, indeferiu por maioria o pedido de cautelar, conforme Diário da Justiça 183, de 21/9/2007. A ação foi proposta contra artigos da Lei 9.637/98, que dispõe sobre as Organizações Sociais (OS), entidades integrantes do terceiro setor. A alegação de inconstitucionalidade de diversos artigos apóia-se no argumento de que o objetivo das regras ali contidas é de transferir atividades estatais (próprias de entes públicos) para o setor privado.

A matéria é de grande complexidade e não há unanimidade nas posições. Em alguns trechos dos votos dos Ministros, ficou patente a importância do tema.

O Relator, Ministro Ilmar Galvão, salienta que os segmentos de atividades elencados na lei (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde) de forma alguma ferem os dispositivos da Constituição de 1988, ou seja, a Carta Magna, conforme se menciona no início deste capítulo, incentivou a atuação colaborativa entre o Estado e a iniciativa privada, as parcerias.

O Ministro Gilmar Mendes traz à tona outros entes federativos que também implantaram o modelo de OS, a saber: Goiás, Minas Gerais, Santa Catarina, Bahia, Sergipe, Pernambuco, Distrito Federal, Espírito Santo e São Paulo. Com relação a este último, o Ministro apresentou melhorias na saúde, com aumento do número de internações, de atividade ambulatorial e de atendimentos de urgência/emergência. Em suas considerações finais, o Ministro ressalta que o Direito Administrativo tem passado por mudanças substanciais de paradigmas. Não há mais como compreender esse ramo do Direito a partir da perspectiva rígida da dicotomia entre o público e o privado. Logo, o Estado tem se apoiado cada vez mais em mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado.

O Ministro Marco Aurélio, ao concluir seu voto, apontou que a Constituição Federal homenageou a iniciativa privada, reconhecendo a utilidade na prestação de serviços por esta.

O Supremo optou, até pela complexidade da matéria, em indeferir a medida cautelar para discuti-la com maior profundidade no mérito.

O prof. Gustavo Justino, citando 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, mas oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo.

O autor continua:

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. (OLIVEIRA, 2009, p. 175).

É exatamente sobre esta última forma de fomento que o capítulo seguinte tratará.

4. Transferência Voluntária da União

Há grande dificuldade em traçar os contornos legais de cada tipo de repasse, haja vista a vasta e esparsa legislação, quais sejam: a) Constituição Federal de 1988; b) Lei 4.320, de 17 de março de 1964; c) Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 (LRF); d) Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986; e) Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional – STN 1, de 15 de janeiro de 1997; f) Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007; g) Portaria Interministerial 127 de 29 de maio de 2008; h) leis especiais do sistema orçamentário (PPA, LDO e LOA).

Da leitura do art. 12 da Lei 4.320/1964, extrai-se que a transferência de recursos públicos divide-se em três modalidades, quais sejam: subvenções, auxílios e contribuições (REGINATTO, 2009, p. 23).

As transferências voluntárias são aquelas não estabelecidas pela Constituição, nem por legislação infralegal, ou seja, não são obrigatórias.

Elas se inserem no campo de discricionariedade do administrador que as utilizam com vistas a alcançar certos objetivos.

Para os efeitos da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), 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”. O §2º do artigo aludido estabelece que “é vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada”.

Embora o art. 25 da LRF não contemple as entidades sem fins lucrativos como destinatárias diretas de repasses financeiros voluntários, é evidente que isso pode ocorrer. O Ministro Ubiratan Aguiar (2008, p. 27), citando Hely Lopes Meirelles, registra que “tal abertura se deu pela via interpretativa do texto constitucional (art. 23, parágrafo único) combinado com o Decreto-Lei 200/1967.” Despontam-se, como veremos, os convênios como instrumento sistemático das transferências voluntárias, inclusive para as entidades privadas.

5. Formalização dos repasses de recursos públicos - Convênios

Para materializar os acordos e, desta maneira, formalizar os repasses, o Poder Público utiliza-se praticamente das seguintes modalidades: convênios, mais utilizados; contratos de repasse; termos de parceria. A partir de consulta ao Siafi, constatou-se a existência de 14.036 parcerias firmadas entre órgãos públicos e entidades privadas, no período de 2006 a julho de 2010. O convênio é o tipo mais empregado, com 12.330 registros, ou seja, 88% das avenças.

Tabela 1 – Instrumentos de parcerias

	2006	2007	2008	2009	2010	Total
Convênio	4887	3885	2926	505	127	12330
Contrato de repasse	522	315	534	71	16	1458
Termo de parceria	35	57	108	14	34	248
Total	5444	4257	3568	590	177	14036

Fonte: Siafi

Os convênios surgem da necessidade da descentralização apregoada na reforma administrativa de 1967, cujos principais instrumentos foram a Constituição de 1967 e o Decreto-Lei 200/1967. Segundo Salinas (2009, p. 193): “a atenção do legislador estava exclusivamente voltada para as verbas a serem repassadas pela União aos Estados e Municípios, “esquecendo-se” o formulador dos atos normativos de mencionar as entidades privadas nas definições dos referidos ajustes.”

Vale destacar que o Decreto-Lei 200/1967, que estabeleceu a reforma administrativa federal, prevê, no art. 10, o convênio como forma de descentralização “da administração federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas”. Percebem-se a preocupação com a capacidade de execução daquele que receberá o recurso e a não citação das entidades privadas.

Recentemente, o Decreto 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, trouxe a seguinte definição, onde estão inseridas as entidades privadas sem fins lucrativos:

É o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação. (BRASIL, 2007).

O TCU, também em obra editada em 2009, conceituou os convênios da seguinte forma:

É o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros dos Orçamentos da União visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, e tenha como partícipes, de um lado, órgão da administração pública federal direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, de outro, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos. (BRASIL, 2009, p. 15).

Para Remilson Soares Candeia (2005, p. 22), “pode-se entender convênio como uma das formas de descentralização de recursos da Administração Pública para entes públicos ou privados para a consecução de objetivos de interesses recíprocos entre os partícipes.”

Conforme Salinas (2009, p. 232):

O convênio da administração pública com pessoas e entidades de direito privado sem fins lucrativos procura viabilizar atividades de ambos os partícipes que sejam de interesse público e social. Nestes casos, não há a descentralização de uma função pública, mas sim um fomento ou incentivo a uma função privada de interesse social.

No mesmo sentido, é a lição da prof. Maria Sylvia (2008, p. 232):

o convênio entre entidades públicas e entidades particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento. Caracteriza-se este por ser uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público.

Na amostra feita, contabiliza-se em 4 anos, somente em Brasília, 327 convênios firmados, num total de R\$ 1.852.998.204,51 (um bilhão, oitocentos e cinquenta e dois milhões, novecentos e noventa e oito mil, duzentos e quatro reais e cinquenta e um centavos).

O regramento para se conveniar não será discutido neste artigo. Vale mencionar que o rito passa por diversas etapas, tais como: requisitos para a celebração do convênio, formalização do termo, definição do objeto, obrigações e vedações.

6. Metodologia empregada na pesquisa

A metodologia baseou-se em dados resultantes de pesquisa empírica, mediante o uso de técnicas de coleta de dados: aplicação de questionários semi-estruturados em entidades sem fins lucrativos que receberam recursos públicos do governo federal, de 2006 até 2010. A relação de entidades foi retirada do Sistema Integrado de Administração Federal – Siafi, módulo Gerencial, por intermédio da consulta onde se definiram os parâmetros de ano, a partir de 2006, de esfera que recebia os recursos, no caso, esfera privada. Outro parâmetro utilizado foi a cidade para a qual os recursos foram transferidos.

Na presente pesquisa, em função do tempo e da possibilidade de contato telefônico, optou-se pela cidade de Brasília-DF. A consulta trouxe um total de 326 entidades, o questionário foi enviado para 50 entidades. Com objetivo de esclarecer os objetivos da pesquisa e aumentar as chances de participação das entidades, foi feito contato telefônico com 20 entidades da amostra. Ao final, 10 entidades responderam (a amostra é do tipo intencional).

O questionário aplicado é do tipo semi-estruturado, para que as pessoas responsáveis pelas entidades pudessem ter maior abertura e espontaneidade para discorrer sobre o assunto.

Além disso, ficou acordado que não haveria divulgação dos respondentes, também com objetivo de incentivá-los a contribuir com a pesquisa.

Outro questionário foi elaborado para aplicação a especialistas nas áreas de transferências voluntárias, convênios, licitações e contratos do Tribunal de Contas da União. O questionário foi enviado para 12 profissionais, dos quais 6 responderam. Dessa forma, reuniram-se as informações das entidades sem fins lucrativos e a visão de técnicos que atuam no controle externo.

Também se pesquisou em apanhado sobre o tema escolhido, envolvendo artigos, livros e teses.

7. Panorama das entidades privadas sem fins lucrativos

Observa-se uma atuação cada vez mais forte do terceiro setor na defesa dos direitos dos cidadãos, sobretudo de minorias. Soma-se ainda a atuação em políticas públicas, como saúde e educação.

O único levantamento nacional de entidades sem fins lucrativos, denominado “As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos no Brasil - 2002”, foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas - Gife e a

Associação Brasileira de ONGs – Abong. Na ocasião, foram identificadas 275.895 organizações, que empregavam 1.541.290 assalariados.

A definição do escopo da pesquisa demonstra a complexidade do tema em questão. O Cadastro Central de Empresas do IBGE (Cempre) possui mais de 600 mil organizações que se intitulam entidades privadas sem fins lucrativos. Nesse grupo, encontram-se cartórios, partidos políticos, condomínios, entre outros. Para se identificar um conjunto de organizações com identidade própria, adotaram-se cinco características, as quais foram citadas no capítulo 2.

Em 7 de agosto de 2008, foi lançado o suplemento sobre as Fundações e Associações Privadas Sem Fins Lucrativos no Brasil (Fasfil), pesquisa desenvolvida a partir da parceria entre os institutos mencionados acima.

Com base na pesquisa, existiam no Brasil, em 2005, 338 mil organizações sem fins lucrativos com as cinco características: 1. que são privadas, não integram o aparelho do Estado; 2. que não distribuem eventuais excedentes; 3. que são voluntárias; 4. que possuem capacidade de autogestão; 5. que são institucionalizadas.

Elas empregavam cerca de 1,7 milhão de pessoas assalariadas que ganhavam, em média, R\$ 1.094,44 por mês. A média de pessoas ocupadas assalariadas por entidade em 2005 era de 5,1. A quantidade de pessoas varia muito de entidade para entidade, não se sabe o número de voluntários. Em outra pesquisa relativa às entidades de assistência social privada sem fins lucrativos, aponta-se para mais de 50% de voluntários (BRASIL, 2006). Outro fator que reforça a tese do trabalho voluntário é que quase 80% das entidades não possui sequer um empregado formalizado.

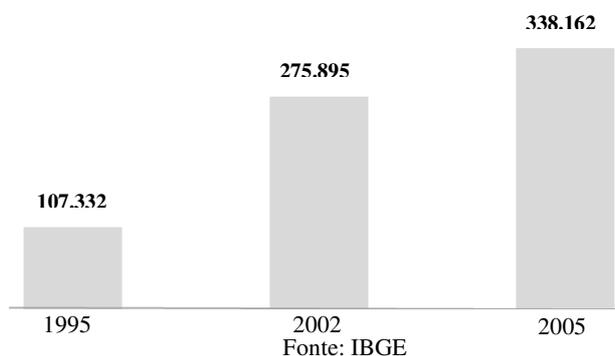
Com relação às atividades desenvolvidas por essas instituições, revela-se que sua vocação não é assumir funções típicas de Estado, mas defender direitos e interesses dos cidadãos e difundir preceitos religiosos. Mais de 35% dessas entidades são associações de moradores, centros de associações comunitárias, defesa de direitos e grupos de minorias, emprego e treinamento, entre outros.

Outro aspecto interessante da pesquisa é a distribuição das entidades que tende a acompanhar a distribuição da população. Na região Sudeste, concentra-se o maior número de entidades, ou seja, 42,4%. O Centro-Oeste conta com 6,4% das entidades, sendo que o Distrito Federal, onde foi feita a amostra, possui 4.552 entidades, o que representa 1,3% do total.

Quanto à idade, as entidades possuem cerca de 12 anos, sendo que a maior parte delas (41,5%) foi criada na década de 1990. Entre os diversos fatores que motivaram o crescimento acelerado, pode-se citar o fortalecimento da democracia e da participação da sociedade civil na vida nacional. Condições essas materializadas na Carta Maior de 1988, que proporcionou essas parcerias, conforme se mencionou no capítulo 2.

De 1996 a 2005, o número passou de cerca de 100 mil para mais de 300 mil. O crescimento ocorreu da seguinte forma:

Figura 1 – Crescimento das entidades sem fins lucrativos



A estimativa atual é de que elas ultrapassem 400 mil entidades.

Quanto ao número de entidades, outra fonte de dados é o Ministério da Justiça, responsável pela qualificação das entidades como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip). Em seu sítio na internet, há consulta às entidades qualificadas por estado, onde consta o total de 5.400 entidades qualificadas como Oscip em abril de 2010.

Em Brasília, há o registro de 389 entidades qualificadas com esse título.

Esses números refletem a importância que as organizações da sociedade civil adquiriram nos últimos anos no país.

8. O dever de licitar

Antes de adentrar o tema da gestão dos recursos públicos pelas entidades sem fins lucrativos, é preciso abordar o processo licitatório. A licitação é a principal forma de se realizarem despesas no âmbito da administração pública. Com ela, faz-se a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras.

No Brasil, são antigas as determinações legais que objetivam a lisura na execução dos gastos públicos e a busca da preservação dos interesses do erário. O Código de Contabilidade de 1922 dedicava diversos artigos ao princípio da concorrência (GIACOMONI, 2005, p. 267).

Mais tarde, a Lei 4320/1964 também mencionou o princípio da concorrência, em seu art. 70. Em seguida, o Decreto-Lei 200/1967 denominou o processo de licitação.

Atualmente, a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, traz o comando basilar e orientador para a realização das despesas públicas.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1993).

Com intuito de regulamentar o mencionado inciso, a Lei 8.666/1993 institui as normas gerais de licitação e contratos na Administração Pública. No seu art. 1º, define-se sua abrangência:

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

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 1993).

Assim, licitar é um processo administrativo, que antecede a contratação, o qual proporciona isonomia entre os participantes e seleciona a proposta mais vantajosa para a Administração. A ele se submetem os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Tem-se, pois, que a Lei 8.666/1993 é uma lei nacional, uma vez que vincula todos os entes da Federação.

Verificada a obrigatoriedade de a Administração Pública realizar licitação pública para obras, serviços, compras e alienações, emerge a ponderação acerca da obrigatoriedade de as entidades privadas sem fins lucrativos realizarem licitação quando da gestão de recursos públicos federais oriundos de transferências voluntárias. Posta essa ponderação, buscar-se-á a resposta, socorrendo-se de diversas fontes, inclusive ouvindo as entidades que responderam à pesquisa aplicada.

9. A obrigatoriedade de licitar imposta aos entes federados não alcança as entidades privadas sem fins lucrativos

Depois do repasse dos recursos financeiros, mediante, principalmente, os convênios, aquelas entidades conceituadas no início deste artigo farão a gestão desses valores. Neste

ponto, consiste a problemática a ser enfrentada. De posse de recursos orçamentários, como será feita a aquisição de bens? Como se procederá à contratação de serviços de terceiros?

Em resposta ao questionário aplicado, três entidades declararam que o mecanismo enrijece a gestão dos recursos e não a torna mais eficiente.

Com relação à utilização do pregão na forma eletrônica, exigido por força do Decreto 5.504/2005, apenas duas entidades confirmaram que aplicaram tal modalidade.

Quanto ao emprego do pregão, uma das entidades respondeu que persiste a dúvida se caso ela venha a contratar uma empresa para realizar o pregão, os gastos com esta contratação podem ser incluídos no plano de trabalho.

Com o advento do Decreto 6.170/2007, houve um grande consenso entre as entidades, que mencionam a sistemática do normativo como uma mudança positiva, em busca da simplificação do procedimento, considerando, pois, as características do terceiro setor. Porém, destacam-se as ressalvas feitas por duas entidades. A primeira informa que ainda há outros procedimentos atrelados ao processo de cotação que o torna “burocrático”, a saber: o valor de aquisição, natureza da despesa, controle sobre a adimplência dos fornecedores, obrigatoriedade de pagamento via depósito vinculado, impossibilidade de formalização via Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) ou pagamento de INSS patronal. A segunda menciona que deveria existir uma forma de conferência da veracidade das cotações, ou uma central de registro de preços, dispensando os processos licitatórios.

As entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos provenientes de transferências voluntárias foram submetidas aos ditames da Lei de Licitações e Contratos, Lei 8.666/1993, com o advento da IN/STN 3/2003, que modificou o art. 27 da IN/STN 1/1997. Com isso, a STN impunha a essas entidades a obrigatoriedade de realizar o processo licitatório, a fim de contratar bens e serviços necessários à execução do objeto do convênio. Até a publicação da IN/STN 3/2003, somente os estados e municípios estavam obrigados a licitar. E mais, o art. 27 da IN 1/1997 expressamente desobrigava as entidades privadas de adotarem a Lei 8.666/1993, devendo seguir processos análogos aos da lei.

A modificação se deu, em parte, em virtude da ação do Tribunal de Contas da União, que ao prolatar o Acórdão 1070/2003 – Plenário, assim se posicionou:

com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 45 a Lei nº 8.443/92, fixar prazo de 30 (trinta) dias para que o Secretário da Secretaria do Tesouro Nacional/STN dê exato cumprimento à Lei, adequando o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que exige lei específica na realização de licitação, no caso a Lei nº 8.666/93, quando da aplicação de recursos

públicos, ainda que geridos por particular, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 45 c/c o art. 58 inciso II, da mesma Lei. (BRASIL, 2003).

O Acórdão analisou possíveis irregularidades, por meio de auditoria nas obras de implantação da Unidade do Instituto do Coração – InCor, no DF. A Câmara dos Deputados transferiu recursos públicos para a Fundação Zambini, para que esta realizasse o trabalho. O Ministro-Relator apresentou seu voto, que, ao não vislumbrar irregularidades no caso em questão, fez considerações sobre a legislação vigente. Ele, assim, se pronunciou:

É notório que a iniciativa privada não se sujeita aos princípios que regem a licitação no setor público e muito menos está obrigada a aplicar, nas suas contratações, a Lei nº 8.666/93, mesmo porque naquela impera a autonomia da vontade e, por isso mesmo, só não pode fazer o que a lei expressamente proíbe, ao contrário do administrador público que só pode fazer o que a lei determina.

No entanto, o particular, ao firmar convênio com a administração pública, assume todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, estando, como este, sujeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e dos demais princípios informadores da gestão da coisa pública, dentre os quais destacamos o da licitação e o do dever de prestar contas, insculpidos no art. 37, inciso XXI, e art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, respectivamente. (BRASIL, 2003).

Em outro ponto do Voto, o Ministro destaca:

Não tenho dúvida, existem entidades privadas que, por alguma razão, podem se ver impossibilitada de aplicar, de forma plena, a Lei de Licitações. Entretanto, a regra é a utilização da Lei 8.666/93 e as exceções devem ser devidamente justificadas para cada caso concreto. (BRASIL, 2003).

A matéria contou com voto contrário do Ministro Benjamin Zymler, que divergiu da tese anterior da seguinte forma:

[...] considero incabível o exercício das prerrogativas da Lei 8.666/93 por entes privados, uma vez que, dada a natureza dos mesmos, somente entes públicos podem exercê-las. A Lei em questão prevê, por exemplo, a aplicação de multas, a rescisão unilateral de contratos e a declaração de inidoneidade de licitantes, prerrogativas que são expressões concretas do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Ademais, a observância de todos os dispositivos da Lei das Licitações por entes privados imporia a elevação dos custos operacionais daqueles, que passariam a necessitar de pessoal especificamente qualificado para a condução de licitações. (BRASIL, 2003).

No entanto, em decisão apertada, por 4 votos a 3, saiu-se vitoriosa a tese do Relator, a qual contribuiu para alteração da IN/STN 1/1997.

Contudo, a discussão não se encerrou por aí. O debate seria retomado por ocasião do julgamento do Acórdão 353/2005 – Plenário, proferido na sessão de 6/4/2005. O processo iniciou-se em virtude do pedido de reexame interposto pelo Procurador-Geral do MP/TCU com objetivo de tornar insubsistente o subitem 9.2 do Acórdão 1070/2003 – Plenário. O recurso foi interposto antes das alterações efetuadas pela STN no art. 27 da IN. No relatório do Ministro-Relator, há novamente opiniões divergentes no âmbito do processo. De um lado,

o auditor que instruiu o feito sugeriu que fosse recomendado à STN o retorno à redação original do art. 27. De outro, os dirigentes propõem a manutenção do Acórdão recorrido, ou seja, a permanência da nova redação do art. 27.

Ao final, o Acórdão deu provimento parcial ao recurso. Alterou a redação do item 9.2 que passou a ser a seguinte: “firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, *ex vi* do art. 116 da Lei 8.666/93.” Além disso, recomendou-se à Presidência da República, tendo em vista a competência prevista no art. 84, inciso IV, da CF/88, que proceda à regulamentação do art. 116 da Lei 8.666/93, estabelecendo, em especial, as disposições da Lei de Licitações que devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos.

Apesar da alteração do subitem 9.2 do Acórdão 1070/2003, a nova redação do art. 27 da IN permaneceu inalterada.

A partir de amostra de quatro convênios existentes na 5ª Secretaria de Controle Externo, extraíram-se as informações da tabela 2, onde se percebe que os acordos firmados sob a égide da IN passaram a exigir a realização do processo licitatório.

Tabela 2 – Termos de convênios

Convênio	Data	Termos
002/2000	01/3/2000	6. A execução da despesa: 6.2.2 Na execução das despesas com os recursos recebidos do MTE, A conveniente deverá adotar procedimentos análogos aos estabelecido pela Lei 8.666/93.
003/2001	21/5/2001	6. A execução da despesa: 6.2.2 Na execução das despesas com os recursos recebidos do MTE, A conveniente deverá adotar procedimentos análogos aos estabelecido pela Lei 8.666/93.
036/2003	27/11/2003	6. A execução da despesa: 6.3 O processo licitatório para a contratação das ações decorrentes deste Convênio deverá ocorrer conforme as normas estabelecidas na Lei 8.666/93 e suas alterações, e demais normas que disciplinam a matéria.
141/2006	28/11/2006	II – Compete ao Conveniente: m) realizar a contratação de entidades executoras com base nos procedimentos previstos na Lei nº 8.666, de 1993, utilizando obrigatoriamente, para aquisição de bens e serviços comuns, a modalidade pregão, preferencialmente, em sua forma eletrônica, salvo se comprovada a inviabilidade desta forma, nos termos do parágrafo 1º do art. 4º do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005 encaminhando ao concedente os documentos referentes ao processo de contratação contendo diagnóstico da capacidade técnico-pedagógica das entidades.

Fonte: Processos existentes na 5ª Secretaria de Controle Externo

Os dois primeiros convênios, 002/2000 e 003/2001, não traziam nenhuma referência ao art. 27 da IN, porque, como se viu, ela não exigia o uso da Lei 8.666/93. Contudo, o item 6.2 do convênio estabelecia que a entidade conveniente deveria usar procedimentos análogos aos da lei.

Quanto ao Convênio 036/2003, não obstante a IN/STN 3 haver sido publicada em 25 de setembro de 2003, o convênio não fez referência ao seu art. 27. Todavia, percebe-se nitidamente a adoção do novo posicionamento trazido pela IN. A expressão “procedimentos análogos” deu lugar à “conforme”, ou seja, as despesas decorrentes da avença ocorreriam nos termos da Lei Geral de Licitações e das demais normas aplicáveis à matéria, tal como a Lei 10.520/2002.

No Convênio 141/2006, o texto referente ao tema mudou de lugar, passou a constar no rol de competências do conveniente. Outra mudança é a imposição, de forma obrigatória, da modalidade pregão, preferencialmente, em sua forma eletrônica, salvo comprovada a inviabilidade.

Neste último convênio, é patente a extensão das regras do pregão às entidades privadas, motivada pelo normativo, que é o foco do próximo capítulo.

10. Pregão obrigatório nas transferências voluntárias

O Decreto 5.504/2005 estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, resultantes de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres.

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 pertinente.

Assim, no art.1º, §1º, o Decreto estabelece que, nas licitações realizadas com a utilização de recursos públicos, oriundos de transferência voluntária da União, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei 10.520/2002 e do regulamento previsto no Decreto 5.450/2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

Caso haja inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica, deverá ser devidamente justificada pela autoridade competente.

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.

Na continuação do normativo, são tratados os casos de dispensa e inexigibilidade, quando as entidades privadas sem fins lucrativos observarão o disposto no art. 26 da Lei 8.666/1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

Submetem-se a esses regramentos os entes públicos ou privados que recebam repasses voluntários, decorrentes de convênios ou ajustes semelhantes, inclusive as OS e Oscip.

Ao final, o Decreto anuncia que os Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda expedirão instrução complementar conjunta para sua execução.

Na exposição de motivos do presente Decreto, EMI 00110/2005/MP/MF anexada em Salinas (2008), demonstra-se a tentativa de estender a regra do Decreto 5.450/2005, que estabeleceu a obrigatoriedade da utilização da modalidade pregão eletrônico no âmbito da Administração Pública federal, para os casos em que estiverem envolvidos recursos públicos repassados voluntariamente.

Cita que a proposição está em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que considera obrigatória a utilização das modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/1993 ou na Lei 10.520/2002, inclusive por instituições privadas, na hipótese de utilização de recursos públicos.

Ao final, prevê a implementação de forma gradual, considerando a disparidade de estrutura existente nas administrações públicas estaduais e municipais.

A Portaria Interministerial 217, de 31 de julho de 2006, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Fazenda definiu os prazos para que os instrumentos de formalização dos convênios contenham cláusula que determine o uso obrigatório do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, na contratação de bens e serviços comuns. Dessa forma, a aplicação depende do valor total do instrumento, sendo que o prazo final seria 31 de março de 2007.

Todavia, a Portaria Interministerial 150, de 18 de maio de 2007, prorrogou o prazo para o dia 31 de março de 2008. Da mesma forma, a Portaria Interministerial 75, de 9 de abril

de 2008, estendeu o prazo para 30 de junho de 2008. A partir desta data, portanto, a exigência do uso do pregão deveria constar em todos os convênios firmados com a União.

O pregão previsto na Lei 10.520/2002 é utilizado para aquisição 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. Conforme demonstrado na tabela 2, os termos dos convênios acompanharam as mudanças trazidas por este Decreto.

Surgiram posicionamentos diversos a respeito do tema, como, por exemplo, as análises feitas pelos professores Gustavo Justino de Oliveira e Jair Santana. O primeiro ao responder uma consulta sobre a aplicabilidade do aludido Decreto para as Oscip, em sua conclusão, afirma que embora ilegal, a edição do Decreto 5.504/2005 revela uma tendência no campo da regulação estatal do terceiro setor no Brasil, no sentido de impor-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 (JUSTINO, 2009, p. 206).

Nota-se que o posicionamento acerca do Decreto é pela ilegalidade. Além disso, demonstra a preocupação em se estender às entidades privadas sem fins lucrativos o mesmo regime jurídico de direito público ao qual se submetem os órgãos e entidades inseridos no setor público estatal. Conforme mencionado na EMI do Decreto, é justamente a sua intenção, alicerçando-se em posicionamentos do Tribunal de Contas da União.

Para o Prof. Jair Santana (2007, p. 11), o propósito de tal regulação foi imputar aos recursos transferidos a mesma roupagem do Decreto 5.450/2005. Em termos práticos, a ideia parece ser: “onde houver recursos transferidos voluntariamente haverá regime de pregão eletrônico, obrigatoriamente”. O eminente professor afirma ainda que, a despeito de vezes em contrário, a mecânica imposta pela União para canalizar os recursos transferidos voluntariamente na trilha do pregão eletrônico é medida que encontra suporte tanto fático quanto normativo.

No tocante ao primeiro aspecto, certamente não haverá quem discorde da necessidade de um melhor controle sobre os recursos aqui falados. No que diz respeito à ordem jurídica, no entanto, é preciso dizer algo que parece ter sido excluído dos debates levados a efeito por diversos autores. Trata-se de uma circunstância (normativa) muito importante. O fenômeno das transferências voluntárias tem raiz constitucional, (...). Não bastasse isso, o tema é conexo à orçamentação pública. Conhecendo-se bem a Lei Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), dela vamos resgatar que toca à lei de diretrizes orçamentárias, estabelecer outras exigências para a realização de tais transferências (art. 25, § 1º). Ou seja, a Lei Fiscal que já estabelece diversas exigências para a realização de transferência voluntária determina que a LDO poderá outras tantas instituir. (SANTANA, 2007, p. 14).

Neste ponto, a argumentação traz à tona um importante normativo do sistema orçamentário brasileiro, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Quando se tratou das transferências voluntárias, ficou patente a diversidade de leis e normas que regem a matéria. Dentre elas, a LDO, criada pela Constituição Federal de 1988, compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. Além disso, a LRF também incumbiu a LDO de outras tarefas, dentre elas, destaca-se o tratamento para as transferências voluntárias. Assim, verificou-se nesse importante normativo, a partir de 2004, qual o tratamento dado à questão das transferências voluntárias, em especial a gestão dos recursos por parte das entidades privadas. A tabela 3 resume as LDO editadas desde 2004:

Tabela 3 – Trechos das LDO de 2004 a 2010

LDO	Termos
10.934/2004	-
11.178/2005	-
11.439/2006	Subseção III – Das Transferências Voluntárias Art. 45 §5º Sem prejuízo do disposto na Lei Complementar nº 101, de 2001, constitui exigência para o recebimento de transferências voluntárias a adoção, por parte do conveniente, dos procedimentos definidos pela União relativos à licitação, contratação, execução e controle, inclusive quanto à adoção da modalidade pregão eletrônico sempre que a legislação o permitir, salvo se justificadamente inviável a adoção dessa modalidade.
11.514/2007	Seção IV – Das Transferências Voluntárias Art. 43 §4º Sem prejuízo do disposto na Lei Complementar nº 101, de 2001, constitui exigência para o recebimento de transferências voluntárias a adoção, por parte do conveniente, dos procedimentos definidos pela União relativos à licitação, contratação, execução e controle, inclusive quanto à utilização da modalidade pregão eletrônico sempre que a legislação o permitir, salvo se justificadamente inviável.
11.768/2008	Seção IV – Das Transferências Voluntárias Art. 40 §4º Sem prejuízo do disposto na Lei Complementar nº 101, de 2000, constitui exigência para o recebimento de transferências voluntárias a adoção, por parte do conveniente, dos procedimentos definidos pela União relativos à aquisição de bens e à contratação de serviços, bem como à execução e ao controle do objeto do convênio ou similar.
12.017/2009	Seção IV – Das Transferências Voluntárias – Entes Federados Art. 39 §4º Sem prejuízo do disposto na Lei Complementar nº 101, de 2000, constitui exigência para o recebimento de transferências voluntárias a adoção, por parte do conveniente, dos procedimentos definidos pela União relativos à aquisição de bens e à contratação de serviços, bem como à execução e ao controle do objeto do convênio ou similar.
12.309/2010	Seção IV – Das Transferências Voluntárias Art. 39 §4º Sem prejuízo dos requisitos contidos na Lei Complementar nº 101, de 2000, constitui exigência para o recebimento das transferências voluntárias a observância das normas publicadas pela União relativas à aquisição de bens e à contratação de serviços e obras, inclusive na modalidade pregão , nos termos da Lei no 10.520, de 2002, sendo utilizada preferencialmente a sua forma eletrônica.

Fonte: LDO (www.planalto.gov.br)

As duas primeiras Leis (LDO/2004 e LDO/2005) que sucedem a alteração da IN/STN 1 pela IN/STN 3 não fizeram menção ao tema.

Por outro lado, as LDO de 2006 e 2007 registram literalmente a expressão “pregão eletrônico”, como sendo a modalidade a ser adotada, salvo se por algum motivo não for possível. Essas duas Leis traçavam diretrizes e regras para os anos de 2007 e 2008. Em 2007, o Decreto 6.170/2007 trazia outra regulamentação para a matéria.

Já as LDO de 2008 e 2009, talvez influenciadas por esse Decreto, que será apresentado a seguir, não trouxeram a expressão literalmente, mas ao tratar da transferência voluntária mantiveram o comando de que o conveniente seguiria os procedimentos definidos pela União relativos à aquisição de bens e contratação de serviços.

Na última LDO, promulgada em 9 de agosto de 2010, que estabelece as regras para o ano de 2011, a citação à modalidade ocorre novamente de forma expressa.

Outra importante observação é que, apesar da exigência do pregão na LDO/2010, entende-se que a seção que trata da transferência para o setor privado é a de número III, inclusive o título do capítulo IV da LDO/2009 faz referência aos entes federados, conforme a Tabela 3. Assim, a seção III, em que está expresso o comando da necessidade do uso do pregão, seria aplicável aos entes federados e não às entidades privadas.

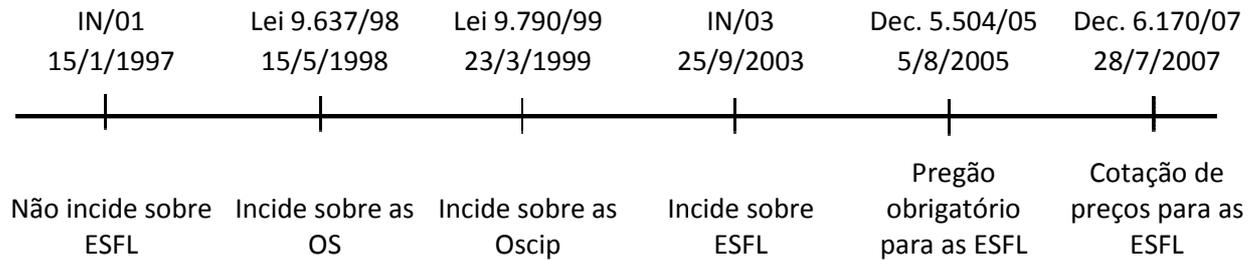
Dessa forma, como vimos, a polêmica transcende os normativos infraconstitucionais, passa até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, ao discutir o tema das OS, e chega também ao Legislativo, na Lei que rege a elaboração do Orçamento Anual.

No início do capítulo nove, registraram-se as respostas das entidades, agora, vale a pena trazer os comentários dos especialistas que trabalham com esse assunto.

Sobre a obrigatoriedade das entidades privadas sem fins lucrativos seguirem os regramentos da Lei 8.666/1993 ou 10.520/2002, os seis respondentes foram unânimes ao afirmar que tais entidades não devem se submeter, na íntegra, aos ditames de tais normas. A partir daí, trouxeram conceitos importantes ligados ao tema, a saber: os direitos potestativos presentes em tais normativos não se coadunam com as pessoas jurídicas de direito privado e o papel social dessas entidades não pode ser inviabilizado em virtude de exigências exageradas, contudo, dependendo do montante de recursos envolvidos, o procedimento poderia ser diferenciado.

Antes de discutir o próximo normativo, vale mencionar as diversas alterações que incidiram sobre a matéria, desde 1997 até o advento do Decreto 6.170/2007, ou seja, são dez anos que podem ser resumidos da seguinte forma:

Figura 2 – Linha do tempo das normas relativas ao tema



11. A simplificação trazida pelo Decreto 6.170/2007 (Cotação prévia de preços)

O Decreto 6.170/2007, dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Adiantando-se as consequências deste normativo, entende-se que com sua entrada em vigor as entidades privadas sem fins lucrativos não estão mais submetidas aos ditames da Lei 8.666/1993, nem da Lei 10.520/2002. Em outros termos, não estão mais obrigadas a realizar as modalidades previstas nesses normativos. O que foi imposto pela IN 3/2003, após quase uma década, está desfeito. Cita-se o art. 11 do Decreto, que nos leva a tal conclusão;

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, **sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.** (BRASIL, 2007). (Destacou-se)

Esse artigo ampara-se no art. 116 da Lei 8.666/1993 e dispensa as entidades privadas sem fins lucrativos da realização de processo licitatório nos moldes das leis mencionadas, quando da gestão das transferências voluntárias disciplinadas pelo Decreto 6.170/2007. Esse Decreto institui o procedimento simplificado, ou seja, a realização de cotação prévia de preços no mercado, além de mencionar o dever de seguir os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

O Decreto 6.170/2007 traz diversos dispositivos, além do citado acima, que tratam da matéria, a saber: conceitos, inclusive incluindo as entidades privadas sem fins lucrativos, que como visto no capítulo 5 não se fazia menção; normas de celebração, acompanhamento e prestação de contas; Siconv – Sistema de convênios e contratos de repasse.

Na Exposição de Motivos 00142/2007/MP do referido Decreto, acessada na tese defendida por Salinas, 2008, o objetivo básico é declarado, como sendo a alteração da sistemática de formalização, acompanhamento e prestação de contas dos recursos transferidos, tornando-a mais eficiente e transparente, em atendimento às determinações do Tribunal de Contas da União, Acórdão 788/2006 – Plenário. O TCU surge, mais uma vez, como indutor de mudanças na Administração Pública.

Sobre o Siconv, a exposição explícita que sua divulgação na rede de computadores, por meio do Portal dos Convênios, contribuirá significativamente para dar maior transparência ao processo de transferência de recursos, permitindo acesso do cidadão e maior controle social. Para operacionalizar os mandamentos do Decreto, o Ministério do Planejamento, em conjunto com a CGU e MF, editaram a Portaria 127, de 29 de maio de 2008, a qual possui 6 portarias de alteração. No capítulo III, seção I, a portaria detalha os procedimentos de contratação pelas entidades sem fins lucrativos.

No art. 45, repete-se o comando legal do art. 11 do Decreto. Acrescentando, no parágrafo único, que a entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no Siconv e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.

Essa cotação prévia de preços será realizada por intermédio do Siconv, seguindo os seguintes procedimentos:

I - o conveniente registrará a descrição completa e detalhada do objeto a ser contratado, que deverá estar em conformidade com o Plano de Trabalho, especificando as quantidades no caso da aquisição de bens;

II - a convocação para cotação prévia de preços permanecerá disponível no SICONV pelo prazo mínimo de cinco dias e determinará:

a) prazo para o recebimento de propostas, que respeitará os limites mínimos de cinco dias,

para a aquisição de bens, e quinze dias para a contratação de serviços;

b) critérios para a seleção da proposta que priorizem o menor preço, sendo admitida a definição de outros critérios relacionados a qualificações especialmente relevantes do objeto, tais como o valor técnico, o caráter estético e funcional, as características ambientais, o custo de utilização, a rentabilidade; e

c) prazo de validade das propostas, respeitado o limite máximo de sessenta dias.

III - o SICONV notificará automaticamente, quando do registro da convocação para cotação prévia de preços, as empresas cadastradas no SICAF que pertençam à linha de fornecimento do bem ou serviço a ser contratado;

IV - a entidade privada sem fins lucrativos, em decisão fundamentada, selecionará a proposta mais vantajosa, segundo os critérios definidos no chamamento para cotação prévia de preços; e

V - o resultado da seleção a que se refere o inciso anterior será registrado no SICONV.

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária:

I - quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra ou ainda para obras, serviços e compras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

II - quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.

§ 2º O registro, no SICONV, dos contratos celebrados pelo beneficiário na execução do objeto é condição indispensável para sua eficácia e para a liberação das parcelas subseqüentes do instrumento, conforme previsto no art. 3º.

§ 3º Nos casos em que o SICONV não permitir o acesso operacional para o procedimento de que trata o caput, deverá ser realizada cotação prévia de preços mediante a apresentação de no mínimo, três propostas (acrescido pela Portaria nº 342, de 05/11/2008). (BRASIL, 2008).

Sobre essa operacionalização, via Siconv, duas entidades registraram em suas respostas que essa funcionalidade ainda não está disponível no Sistema.

A Portaria também tratou de definir os elementos mínimos que deverão compor os processos de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades privadas sem fins lucrativos, a saber: os documentos relativos às cotações prévias ou as razões que comprovem sua desnecessidade; a justificativa da escolha do executor ou fornecedor, bem como dos preços praticados; o comprovante do recebimento do produto ou serviço; e, por último, os documentos contábeis, relativos aos pagamentos.

Por fim, abre-se a possibilidade de que as entidades privadas sem fins lucrativos utilizem sistema de registro de preços dos entes federados, outro ponto interessante que ensejará discussões em vários âmbitos. Contudo, não foi possível sua abordagem neste artigo.

Portanto, entende-se que ocorreu a revogação tácita do Decreto 5.504/2005, da mesma forma é o posicionamento do MPOG, exposto no sítio na internet (www.convenio.gov.br), cujos esclarecimentos às entidades privadas sem fins lucrativos a respeito do Decreto 6.170/2007 e da Portaria Interministerial MP/MF/CGU 127/2008, assim se apresentam:

Esclarecemos que, em razão do disposto no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 2007, entende-se existir uma revogação tácita do art. 1º, § 1º do Decreto nº 5.504, de 2005, ou seja, inexistência de necessidade das entidades privadas sem fins lucrativos realizarem pregão para selecionar os terceiros com quem irão contratar. (BRASIL, 2007).

Em 2010, a Comissão Gestora do Siconv passou a disponibilizar no Portal dos Convênios as diretrizes sobre temas polêmicos ou esclarecimentos necessários. A Diretriz 006/2010 – Contratação de Terceiros orienta ao uso da cotação prévia de preços.

A discussão alcança diversos setores da Administração. No Relatório sobre as Contas do Governo da República – Exercício de 2008, consta que em 2007 e 2008, foi repassado, respectivamente a instituições privadas sem fins lucrativos o total de R\$ 3.1 e 2.9 bilhões.

São diversas parcerias sendo colocadas em prática. Destaca-se novamente que, na pesquisa realizada, mais de 14 mil acordos foram firmados em 4 anos. Um dos setores do órgão público diretamente relacionado com o tema é a Consultoria Jurídica, que é uma

instância de controle. No caso, uma Secretaria do Ministério do Trabalho e Emprego se deparou com a seguinte situação.

Ela firmou convênio com entidade privada sem fins lucrativos em 2008, a entidade consultou a Secretaria em virtude da ambiguidade entre a cláusula do convênio que obrigava o atendimento à Lei 8.666/1993, no que diz respeito às compra de materiais e contratação de serviços, enquanto a Portaria 127/2008 estabelece a cotação prévia de preços de mercado.

Diante disso, a Consultoria exarou o Parecer 137/2009, que conclui da seguinte forma:

Face ao exposto, entendemos razoável a Secretaria adequar a cláusula do Convênio ao posicionamento da Comissão Gestora do Sistema de Convênio, para que haja uniformidade na execução dos gastos com os recursos oriundos dos convênios, conforme as orientações relativas às principais mudanças contidas no Portal de Convênios - SICONV:

a) Obrigatoriedade, para órgãos e entidades da administração pública, de uso da modalidade de pregão para aquisição de bens e serviços comuns. As atas e informações sobre os participantes e respectivas propostas deverão ser registradas no SICONV (art. 49 da Portaria Interministerial); e

b) Exigência para as entidades privadas sem fins lucrativos de realizarem e contratarem empresas, no mínimo, após cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios de impessoalidade, moralidade e economicidade. A referida cotação prévia será realizada por intermédio do SICONV, observado o art. 46 da Portaria Interministerial nº 127, de 2008. (BRASIL, 2009).

Portanto, o parecer supramencionado separa dois segmentos, o primeiro é composto por órgãos e entidades da Administração Pública, os quais deverão aplicar a modalidade pregão; o segundo é formado pelas entidades privadas sem fins lucrativos, que realizarão a cotação prévia de preços.

Na verdade, com base na figura 1, em 2008, o normativo vigente era o Decreto 6.170/2007, mas, as dúvidas são naturais tendo em vista as diversas mudanças.

Mais uma vez, realçam-se as informações dos servidores do TCU que participaram da pesquisa. Constata-se que as respostas deles quanto ao Decreto 6.170/2007, especificamente no tocante ao art. 11, estão em plena harmonia com as das entidades. Sem exceção, todos indicaram que a simplificação da regra parece ser o melhor caminho. Destacaram que o novo regramento evoluiu no sentido de entender melhor a natureza das entidades sem fins lucrativos, de forma que sua atuação não seja engessada a ponto de inviabilizar sua atuação nos convênios. Uma das repostas exemplificou o tratamento específico prestado a essas entidades, quando citou a Lei 12.188/2010 que operou recente mudança no rol de casos de licitação dispensável da Lei 8.666/1993. Outra resposta apresenta a maneira como o Tribunal tem enfrentado o problema e cita os casos das Oscip e OS.

Quanto às Oscip, o Acórdão 1.777/2005 – Plenário é no sentido de que elas se submetam ao regramento próprio de aquisição de matérias e contratação de serviços, sem se afastar os princípios da Administração Pública.

No tocante às OS, o Acórdão 601/2007 – 1ª Câmara impõe a essas entidades a adoção das normas gerais de licitação e o pregão.

12. Conclusão

As entidades sem fins lucrativos estão presentes há muito tempo na sociedade. No Brasil, tem-se verificado cada vez mais a atuação dessas entidades em áreas importantes como saúde, educação, trabalho e assistência social.

As entidades possuem papel fundamental na construção de um Estado Democrático mais humano, com mais oportunidades e no desenvolvimento do País. Em virtude da própria sistemática de atuação do Estado, que não consegue alcançar a todos, as entidades surgem como parceiras, não no sentido de substituir aquele, mas cooperar, atuando em um espaço, que ainda está em definição.

Um dos meios de fomentar essa atividade é o repasse de recurso público, tendo como principal instrumento o convênio. Após o recebimento dos recursos, as entidades realizam sua gestão.

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

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

Com o fito de investigar tal questão, realizou-se a pesquisa com entidades privadas sem fins lucrativos localizadas em Brasília, que receberam recursos públicos federais, no período de 2006 a 2010. Ademais, aplicou-se questionário a profissionais que lidam com a matéria no TCU. Em complemento, efetuou-se pesquisa bibliográfica, envolvendo artigos e jurisprudência do Tribunal. Foi possível verificar que as entidades são numerosas e lidam em diversas áreas. A título de exemplo, conforme a pesquisa do IBGE, mencionada no capítulo 7, no DF, as entidades privadas sem fins lucrativos são mais de 4 mil e atuam em várias áreas diferentes. O que demonstra a complexidade e as variadas formas de se organizarem.

Diante disso, o primeiro ponto que nos conduz nessa discussão é o âmbito de incidências das Leis 8666/1993 e 10.520/2002 que não trazem em seus comandos as entidades privadas sem fins lucrativos. A primeira menciona as empresas públicas e as sociedades de economia mista, para as quais inclusive são permitidas edições de regulamentos próprios, nos termos do art. 119 da Lei 8.666/1993.

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

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

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

No último trecho, a professora menciona a edição de regulamentos próprios pelas entidades do terceiro setor. Neste caso, pode-se mencionar as Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), as quais em consonância com as leis que as regulam (respectivamente, Lei 9.637/98 e Lei 9.790/99) editam regulamentos próprios. Abaixo se transcrevem os respectivos artigos das leis para melhor compreensão.

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

Art. 14. A organização 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.

Quanto à segunda constatação, é preciso retomar o voto do Ministro Relator que motivou a alteração da IN/STN 1. Também naquele momento, apesar da orientação pela obrigatoriedade da aplicação da Lei 8.666/1993, destacou-se a necessidade de analisar cada caso concreto, uma vez que nem todas as entidades teriam condições de atender a esse comando.

Desse modo, percebe-se a natural especificidade de cada parceria, ou seja, de cada entidade envolvida, o que nos leva a buscar a possibilidade de um regulamento específico editado pelo Poder Público, porém na forma de Lei em sentido *stricto*, a qual daria os

contornos gerais, sem trazer amarras exageradas. E ainda, deveria tratar do tema de forma ampla, com discussões envolvendo todos os setores, audiências públicas e fóruns.

As características específicas de cada entidade são definidas em parte pela sua capacidade operacional. No panorama das entidades (capítulo 7), evidenciou-se o quanto são heterogêneas. Enquanto há hospitais com cerca de 200 funcionários, existem entidades com menos de 10. Isso somado ao alto grau de trabalhos voluntários.

Na pesquisa aplicada, verificou-se que muitas entidades não dispõem de estrutura para realizar o certame nos moldes da lei. As pessoas que trabalham não possuem a capacitação para realizá-los. Além disso, as entidades privadas sem fins lucrativos não realizam licitações com frequência, portanto até que ponto seria necessária a manutenção de pessoas com esta capacitação. São poucas as entidades que possuem condições para isso. O pregão eletrônico, por exemplo, exige, além de pessoal qualificado, estrutura de tecnologia da informação para dar suporte à atividade. Dos sítios na internet visitados durante a pesquisa, apenas uma entidade registrou que promovia cursos para pregoeiro e equipe de apoio.

Assim, essa é a segunda constatação: a necessidade de se considerar a capacidade operacional dessas entidades é tão importante, a ponto de colocar a prova até mesmo a viabilidade de se firmarem parcerias com o Poder Público. Na medida em que as entidades não conseguem corresponder com as exigências, elas preferem não firmar a parceria.

Diante disso, é imprescindível a edição de uma lei definindo os limites em que seriam aceitos tão-somente a pesquisa de preços, semelhante à estabelecida pelo Decreto 6.170/2007, com auxílio do Sistema Siconv, e, em outros casos, considerando as características das entidades privadas sem fins lucrativos e o volume dos recursos, outro procedimento poderia ser previsto.

Quanto ao controle exercido sobre os recursos públicos gerenciados por essas entidades, há que se considerar que existem diversos tipos de controle, os quais não foram objetos de estudo do presente trabalho. Uma dessas classificações diz respeito ao foco do controle, se controle de legalidade ou de resultados. As entidades do Sistema S, integrantes do terceiro setor, com características peculiares, possuem regulamentos próprios de licitação. Elas recebem recursos parafiscais, mas também repasses financeiros, quando firmam parcerias. Em relação a elas, a abordagem do TCU é voltada para as questões finalísticas. Veja-se, a propósito, o Acórdão 1224/2003 - Segunda Câmara. Logo, uma proposta de continuação desse trabalho seria investigar as formas de atuação dos órgãos de controle sobre a gestão dos recursos públicos pelas entidades privadas sem fins lucrativos.

Conclui-se, portanto, que a gestão de recursos públicos por entidades privadas sem fins lucrativos, tem de ser vista dentro de um contexto, que envolve vários ramos do Direito, inclusive a disciplina orçamentária. Neste trabalho, o foco foi a gestão dos recursos públicos por essas entidades, que possuem características complexas, que carecem de regulamentação geral. A forma como vem sendo tratada a gestão dos recursos públicos, esparsa e com mudanças constantes, demonstra, juntamente com o que foi apresentado, a necessidade de uma norma geral, amplamente discutida, a qual considere as características das entidades, a capacidade operacional, o trabalho voluntariado e os benefícios advindos da atuação desses entes.

A sugestão é de que o assunto possa ser tratado no âmbito de uma Lei Geral do Terceiro Setor, a qual abordaria vários aspectos e remeteria, caso necessário, à necessidade de regulamento específico para as parcerias com o Poder Público. Esse regulamento deveria ser também uma lei e não normativos infralegais, que são alterados a todo o momento, causando grande confusão e falta de segurança jurídica. O debate entre os vários segmentos é primordial, para construção do caminho mais adequado.

13. Bibliografia

AGUIAR, Ubiratan et al. **Convênios e Tomadas de contas especiais**: manual prático, 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALBUQUERQUE, Antonio Carlos Carneiro de. **Terceiro Setor**: história e gestão de organizações. São Paulo: Summus, 2006.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **As Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos no Brasil 2005**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/fasfil.pdf>>. Acesso em: 3 ago 2010.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Entidades de Assistência Social Privadas sem Fins Lucrativos no Brasil 2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/peas/2006/assistencia_social_privada2006.pdf>. Acesso em: 9 ago 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. **Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república**. Exercício de 2008. Brasília: TCU, 2009. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_08/CG2008_A.htm>. Acesso em: XX de jul. 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Convênios e outros repasses**. Brasília: TCU, 2009.

_____. MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, Setembro 1995). Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 8 de set. 2010.

CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e suas Prestações de Contas**. São Paulo, NDJ, 2005.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2000.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parceria na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 6 ed., São Paulo, Atlas, 2008.

FALCONER, Andrés Pablo. **A promessa do terceiro setor: um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor ? In: IOSCHPE, Evelyn Berg. 3º Setor: desenvolvimento social sustentado. 3. Ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), 2005. p. 26.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. São Paulo, Atlas, 2005.

LANDIM, L.; BERES, N. **Ocupações, despesas e recursos: as organizações sem fins lucrativos no Brasil**. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

MACHADO JR., J. Teixeira; COSTA REIS Heraldo da. **A Lei 4.320 Comentada**. 30 ed. rev. atual. Rio de Janeiro, IBAM, 2000/2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

NUNES, Andrea. **Terceiro Setor: Controle e fiscalização**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada, in Eduardo Talamini et alii (Coord), Parceria Público-Privada: uma abordagem multidisciplinar, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Gestão Privada de Recursos Públicos para Fins Públicos: o modelo das OSCIPS. Boletim de Licitação e Contratos – BLC. São Paulo, ano XXII, n.5, p.433-455, maio/2009.

PAES, José Eduardo Sabo. **Terceiro Setor: Conceituação e Observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública**. Brasília. Ed. Fórum: 2005.

REGINATTO, Cristiane de Souza; SILVA, Teresinha de Jesus Basto da. Transferência de recursos para entidades privadas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, nº 96, p. 23-30, dez. 2009.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Posicionamento do TSE sobre convênios entre a Administração Pública Federal e entidades do terceiro setor: afastamento da responsabilidade subsidiária da administração por passivos trabalhistas de entidades do terceiro setor que celebram convênios com a administração pública. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS**, Belo Horizonte, ano 3, n. 6 p. 189-197, jul/dez. 2009

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação Legislativa no Brasil**. Um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/publico/Dissertacao_Natasha_VF_2.pdf>. Acesso em: 10 out 2010.

SANTANA, Jair Eduardo. Compulsoriedade relativa da utilização do pregão eletrônico em decorrência de transferências voluntárias realizadas pela União - Análise do Decreto 5.504/05. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/30726>> . Acesso em: 4 ago 2010.

14. Legislação

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 15 set 2010.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 10 ago 2010.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, Estados, Municípios e DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 15 set 2010.

_____. Lei nº 10.934, de 11 de agosto de 2004. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2005 e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L10.934.htm>. Acesso em: 16 set 2010.

_____. Lei nº 11.178, de 20 de setembro de 2005. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2006 e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11178.htm>. Acesso em: 16 set 2010.

_____. Lei nº 11.439, de 29 de dezembro de 2006. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2007 e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11439.htm>. Acesso em: 16 set 2010.

_____. Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2008 e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11514.htm>. Acesso em: 16 set 2010.

_____. Lei nº 11.768, de 14 de agosto de 2008. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2009 e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11768.htm>. Acesso em: 16 set 2010.

_____. Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2010 e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L12017.htm>. Acesso em: 16 set 2010.

_____. Lei nº 12.039, de 9 de agosto de 2010. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2011 e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112309.htm>. Acesso em: 17 set 2010.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da CF, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 set 2010.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9637.htm>. Acesso em: 17 set 2010.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm>. Acesso em: 17 set 2010.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. Instrução Normativa nº 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 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 jan. 1997. Seção I, p. 1887. Cf. também a Instrução Normativa nº 03/03, que deu nova reação ao art. 27 da IN nº 01/1997.

_____. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Portaria nº 127, de 29 de maio de 2008. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 mai. 2008. Seção I.

_____. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm>. Acesso em: 17 set 2010.

_____. Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.HTM>. Acesso em: 17 set 2010.

_____. Diário da Justiça 183 de 21/9/2007. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-DF Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 set 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1070/2003 – Plenário. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão: 6 ago 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 ago 2003. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 10 ago 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 353/2005 – Plenário. Ministro Relator: Walton Alencar. Sessão: 6 abr 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 abr 2005. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 10 ago 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1224/2003 – Segunda Câmara. Ministro Relator: Lincoln Magalhães. Sessão: 31 jul 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 ago 2003. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 10 ago 2010.

_____. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. DIRETRIZ Nº 006/2010 – Aos concedentes e convenentes – Contratação de Terceiros. Disponível em: <www.convenios.gov.br>. Acesso em: 14 set 2010.

_____. Advocacia Geral da União. Parecer da Consultoria Jurídica do MTE nº 137/2009. Processo nº 47975.000084/2009-74. Disponível em: <www.agu.gov.br>. Acesso em: 17 set 2010.

ANEXOS

ANEXO 1 – Relação dos servidores do TCU que responderam a pesquisa

Elmitho Ferreira Dos Santos Filho

Hugo Leonardo Menezes De Carvalho

Jose Arimathea Valente

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões

Neuton Costa Batista

Sandro Henrique Maciel Bernardes

ANEXO 2 – Respostas dos servidores do TCU

a) Elmitho Ferreira Dos Santos Filho

Pergunta 1 e 2: Na minha opinião essas entidades do terceiro setor não deve seguir estritamente os citados regramentos.

O Tribunal já se debruçou sobre o caso em diversas ocasiões, ficando assente algumas diferenças para aplicação das citadas leis para as Oscips e para as OS – Organizações Sociais. Apesar de serem dois tipos de entidades com fins específicos, o entendimento deve ser estendido a todas as entidades sem fins lucrativos que recebem recurso federais.

A razão da criação das Oscips e OS deveu-se à necessidade de desvinculação das "amarras" a que estão submetidas as organizações públicas, fundamento maior para a transferência de serviços a tais entidades, permitindo, com as regras próprias da iniciativa privada, a agilidade que a então Reforma do Estado entendia necessária.

Dessa forma, as OS e Oscips receberiam recursos públicos e os aplicariam de acordo com os seus próprios regulamentos, em que pese devam guardar conformidade com os princípios da licitação, são mais adequados àquelas entidades do que a aplicação estreita das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. A jurisprudência do TCU aponta em tal direção, conforme se verifica nos parágrafos seguintes.

No tocante às Oscips, o Acórdão 1.777/2005 – Plenário considerou que elas se submetem 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.

Especificamente, quanto às Organizações Sociais, o Acórdão 601/2007 – 1ª Câmara, sessão de 20/03/2007, submete essas entidades às normas gerais de licitação e as obriga a utilizar o pregão. No entanto, esse julgado é o sentimento só da 1ª Câmara e não do Plenário, nessa matéria pertinente a licitações.

Após 4 meses da prolação do Acórdão 601/2007-1ªC, em 25/07/2007, entrou em vigor o Decreto 6.170/2007, dispondo em seu art. 11 apenas a exigência dos princípios gerais e uma cotação prévia de preços para as entidades privadas sem fins lucrativos. Entendo que, se na época da prolação do Acórdão 601/2007, esse decreto existisse a decisão seria outra ou, ao menos, teria que ser analisada a questão sob o prisma do citado art. 11.

Nesse sentido, destaco o excerto do voto condutor do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 114/2010 - Plenário:

“ Nesse Decreto, o art. 11, para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666/1993, estabelece que as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos da União mediante convênio deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Entendo, portanto, que essa deve ser a extensão da aplicação do Estatuto das Licitações pelas entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos mediante transferências voluntárias da União.”

Por esse motivo, entendo que as entidades do terceiro setor não devam seguir estritamente as leis 8.666/93 e 10520/02.

b) Hugo Leonardo Menezes De Carvalho

Pergunta 1: A execução de determinado objeto por meio de convênios ou instrumentos congêneres aperfeiçoa-se como uma execução indireta para atingir determinado objetivo coletivo, onde o executor deverá seguir as mesmas regras que a execução direta se sujeitaria, como o caso dos certames licitatórios, mas entendo que, para as entidades sem fins lucrativos, essa regra é mitigada.

Todavia, quando temos uma entidade sem fins lucrativos como conveniente estamos diante de uma entidade, muita das vezes, sem capacidade operacional e administrativa para instaurar e conduzir uma licitação nos moldes da Lei 8.666/93 ou Lei 10.520/2002.

Com isso, entendendo que as entidades sem fins lucrativos não deverem seguir a Lei 8.666/93 ou Lei 10.520/2002, vez que as dificuldades operacionais desses processos poderiam inviabilizar a execução do objeto e assim a finalidade estatal não ser atingida. Ademais, a participação dessas entidades é essencial, como, por exemplo, na assistência indígena, caso em que o Estado estaria ausente se prescindisse desse ajuste. Outrossim, a existência de mecanismo que garanta a economicidade e a impessoalidade das aquisições devem ser preservados, conforme a Portaria Interministerial 127/2008 dispõe em seu art. 45.

Pergunta 2: Sim, apenas cotação, conforme já exposto na resposta à pergunta 1. O novo regramento evoluiu no sentido de entender melhor a natureza das entidades sem fins lucrativos, de forma que sua atuação não seja engessada ao ponto de inviabilizar sua atuação nos convênios. Vale ressaltar que a IN 01/97 prevê expressamente a realização de licitação, contudo, a prática mostrou que era preciso uma mudança necessária, sem, no entanto, existir mecanismo de controle.

c) Jose Arimathea Valente

Concordo que essas entidades não devam se submeter aos mesmos regramentos dos entes públicos. A cotação prévia de preços é uma boa saída, sim. Contudo, penso que, a depender do valor do convênio, seria interessante estabelecer maiores exigências. Se uma entidade é capaz de realizar objetos de grande vulto, também é capaz de realizar procedimentos semelhantes aos licitatórios.

d) Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões

A título de subsídio, segue anexo artigo de minha autoria, publicado na Revista FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA, nº 54, junho de 2006, p. 7293.

Tema: ENTIDADES PRIVADAS NÃO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDIÇÃO DE CONVENIENTES E USO OBRIGATÓRIO DO PREGÃO

A propósito, sou a favor do novo regramento (Decreto nº 6.170/2007), apenas lembrando que, além da cotação prévia de preços, deve a entidade privada conveniente observar, nas suas contratações com recursos públicos federais, os princípios básicos da Administração Pública.

Por fim, recomendo a leitura da Portaria Interministerial nº 127/2008, editada no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170/2007 –, e que reforça a minha posição.

e) Neuton Costa Batista

Pergunta 1: Já existem dispositivos legais que dispensam a licitação para algumas entidades sem fins lucrativos, vide o que prescreve o art. 24, incisos XXIV e XXX, da lei

8.666/93. O primeiro inciso trata da dispensa para Organizações Sociais (OS), relativamente às atividades contempladas no contrato de gestão. O segundo inciso é mais específico e se aplica no âmbito do programa lá citado.

Acredito que não é possível a aplicação integral dos ditames citados às aquisições ou contratações feitas pelas entidades sem fins lucrativos. Contudo, pelo menos alguns princípios aplicáveis à administração devem ser observados também por tais entidades, tais como: isonomia, publicidade, razoabilidade, moralidade e eficiência.

Art. 24 XXIV - 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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010)

Pergunta 2: Acho coerente. No mais, atende ao que citei na resposta anterior em relação à observação dos princípios também aplicáveis à Ad. Pub.

f) Sandro Henrique Maciel Bernardes

Pergunta 1: Em parte. Tais entidades não devem seguir, na íntegra, as normas em referência, pois as mesmas implicam, muitas vezes, direitos potestativos, o que não vem ao caso para particulares.

Pergunta 2: Interessante. Creio que este é o espírito, pois tal procedimento garante, dentre outros, observância à impessoalidade. Todavia, o Decreto não é muito claro quanto à formalização de tal procedimento. Não me recordo se a portaria 127 é mais contundente, mas deve haver preocupação quanto aos registros de tal cotação.

ANEXO 3 – Respostas das entidades sem fins lucrativos

Entidade A

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos DF (pesquisa de pós-graduação)

- i. A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
SIM
- ii. Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?
 - a. Convênio X
 - b. Termo de Parceria
 - c. Contrato de Repasse
- iii. Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?
SIM.
- iv. Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
Os valores de baixo montante, realizamos convite.
- v. Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens? Aumenta o custo operacional?
Há grande dificuldade no manejo das normas e a realização do processo de compras, inclusive acreditamos que enrijece o procedimento.
- vi. Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?
Com relação a esse ponto, a norma simplificou a atividade.

Entidade B

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos DF (pesquisa de pós-graduação)

- 1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
SIM
- 2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?
 - a. Convênio X
 - b. Termo de Parceria
 - c. Contrato de Repasse
- 3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?
SIM.
- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
Realizou-se o pregão, que inclusive nos causou problemas em virtude da empresa contrata não ter cumprido com o contrato. Atrasos nas entregas e muitos problemas.
- 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens? Aumenta o custo operacional?
Muito rigor e como dissemos acima, o resultado não é obtido a contento.
- 6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?
Parece que veio para simplificar, juntamente com o SICONV.

Entidade C

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos DF (pesquisa de pós-graduação)

- 1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
SIM
- 2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?

- a. Convênio X
 - b. Termo de Parceria
 - c. Contrato de Repasse
- 3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?
SIM.
- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
Carta-Convite
- 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens? Aumenta o custo operacional?
Como se trata de recursos públicos, as entidades tem de seguir as lei, mesmo que não seja a melhor opção.
- 6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?
Foi uma mudança positiva do governo, reconhecendo que o contexto das entidades é diferente.

Entidade D

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos DF (pesquisa de pós-graduação)

- 1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
Sim. Desde o ano de 2006, a instituição tem recorrido a recursos públicos brasileiros como forma de viabilizar os projetos de atendimento às demandas das comunidades tradicionais do bioma Cerrado.
- 2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?
a. Convênio
b. Termo de Parceria
c. Contrato de Repasse
A maior parte das parcerias tem sido estabelecidas via Convênios, como no caso de projetos apresentados e aprovados pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário e Ministério da Cultura. Contudo, mais recentemente, foram firmados um Contrato de Repasse e um Termo de Parceria, com o Ministério do Desenvolvimento Agrário.
- 3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?
Foram realizadas diversas licitações ao longo da execução das atividades dos projetos.
- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
Foram realizadas licitações por meio do uso de cartas convite, já que a maioria das contratações possuía valor inferior a R\$80.000,00.
- 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens?
O uso de licitações, em obediência à Lei 8.666/93, geralmente vincula as contratações ao menor preço oferecido por um dos fornecedores concorrentes. Ainda que se diga que é possível analisar a qualificação técnica dos profissionais e não somente o valor proposto, sabe-se que, na prática, isso é mais difícil e a opção pelo menor preço acaba imperando. Há que se considerar, dessa forma, que há grande risco de serem contratados profissionais desqualificados ou que não estejam aptos para o desempenho das atividades propostas pelo projeto.
Em tese, a Lei 8.666/93 foi criada para direcionar, normatizar e estabelecer critérios para os procedimentos de compra e contratação de serviços dos Governos Federal, Estadual e Municipal. Na ausência de legislação que regimentasse as parcerias estabelecidas entre o Estado e as organizações da sociedade civil, optou-se pelo uso,

indevido, de uma legislação deveras rigorosa para instituições com perfis tão distintos das organizações públicas.

A IN 01/97, que trata das Celebrações de Convênios entre o Governo Federal e os estados, municípios e instituições privadas sem fins lucrativos instituiu procedimentos específicos para os Convênios, mas nada alterou em termos de contratações.

Em 2008, com o surgimento do Portal de Convênios, alicerçado pela Portaria Interministerial de 29 de maio de 2008, o Governo Federal teve a intenção de “moldar” a legislação que afeta as instituições do Terceiro Setor, além de propiciar melhorias nos processos internos de análise de projetos, execução, prestação de contas e controle, permitindo maior unicidade e acesso mais rápido e claro sobre o uso dos recursos públicos a todos os cidadãos brasileiros. Discussões a parte, o que se pode observar, cotidianamente - e a duras penas, é que o uso do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse do Governo Federal ainda apresenta falhas, não propicia a transparência esperada, gera re-trabalho (considerando que tudo o que está no sistema tem que ser re-produzido de acordo com os formulários específicos de cada Ministério e Secretarias) e não é capaz de controlar o uso do dinheiro do contribuinte.

Era de se esperar que com o Plano da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, criado pelo Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso: 1995-1998, o país fosse, de fato, conduzido a uma governança progressista e tivesse como modelo norteador o gerencialismo e não mais a burocracia. Ledo engano! A cada dia, a prioridade sob a execução dos Convênios tem sido a produção de papelório dispensável e cumprimento das normas em detrimento do alcance de resultados propostos pelos projetos com vistas à melhoria da qualidade de vida da população brasileira.

Uma saída vislumbrada, em 1999, foi a celebração dos Termos de Parceria. Contudo, mais de uma década depois de sancionada a Lei das OSCIPS, o Governo Federal ainda está despreparado para tais acordos e acaba por evitá-los por não os conhecer e temer cometer grandes erros.

O controle do Estado é, assim, falho e mascarado por um marco legislativo que impõe regras severas, mas é pouco efetivo quanto à obtenção de resultados satisfatórios.

6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?

Conforme o Art. 11, para a aquisição de produtos e a contratação de serviços, a entidade privada sem fins lucrativos deverá realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato. Isso não quer dizer que ela poderá, a qualquer tempo, colher três orçamentos simples no mercado e pronto. “No mínimo” está relacionado a variáveis como valor da aquisição, natureza da despesa, controle sob a adimplência dos fornecedores junto aos Governos Federal, Estadual e Municipal, obrigatoriedade de pagamento via depósito vinculado, impossibilidade de formalização via CTPS, bem como o pagamento de INSS patronal, o que inviabiliza a contratação de Pessoa Física, entre outros.

Pode-se considerar o Decreto um avanço, mas há muito a ser feito.

Entidade E

Questionário para Entidades Sem Fins Lucrativos do DF (pesquisa de pós-graduação)

1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?

Sim.

2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?

a. Convênio

3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?

- Sim.
- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
convite
 - 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens? Aumenta o custo operacional?
O impedimento de uso de recursos para cobertura de despesas do conveniente, advinda da lei 8666/93, claramente escrita para que o governo local e regional execute recursos do governo federal, não poderia se aplicar às organizações do Terceiro Setor, cujos colaboradores não contam com recursos públicos para o pagamento de seus salários nem orçamento externo para cobertura de gastos com aluguel, luz, telefone, material de escritório etc. O custo de se encontrar alguém que tenha especialização na realização de licitações é alto e não pode ser coberto com recursos de quem exige isso. Sem fins lucrativos não significa que as organizações convenientes devam ter prejuízos como fins.
 - 6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?
Toda e qualquer forma de assegurar lisura nos processos aquisitivos deve ser estudada com muita cautela e jamais deve se repetir o erro de adotar uma legislação criada para um fim para regulamentar outros, como foi o caso da 8.666. Exigir que as organizações especializadas em direitos humanos, meio ambiente, medicina etc. sigam regras e burocracia que não garantem nem lisura nem eficiência aos processos é como ir de encontro aos objetivos constitucionais de participação social e frequentemente ferem princípios administrativos da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

Entidade F

Questionário para Entidades Sem Fins Lucrativos do DF (pesquisa de pós-graduação)

- 1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
Já realizamos.
- 2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?
 - a. Convênio
- 3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?
Sim.
- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
Convite
- 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens? Aumenta o custo operacional?
Realizamos os procedimentos em virtude das exigências previstas nos normativos e leis, os quais regem a Administração Pública. Acreditamos que aumenta o custo, pois não podemos incluir certos pagamentos, como pessoal entre outros. Além disso, os gastos com o pregão poderiam ser incluídos no convênio?
- 6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?
O Decreto parecer ser um possível caminho, contudo aos poucos vamos percebendo que ele é apenas mais um imprevisto. No nosso entendimento, o setor precisa de uma regulação própria e avançada, considerando inclusive os “aventureiros” que prejudicam a imagem da maioria das entidades que são corretas e direitas.

Entidade G

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos DF (pesquisa de pós-graduação)

- 1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
Sim.
- 2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?

- a. Convênio X
 - b. Termo de Parceria
 - c. Contrato de Repasse
- 3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?

Sim.

- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
Pregão presencial e pregão eletrônico.
- 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens?
Aumenta o custo operacional?
A licitação deixa o processo de contratação transparente, contudo, é um procedimento burocrático que causa demora na realização do serviço. Não tem muita influencia no preço final do produto se comparado a cotação previa de preços.
- 6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?
Torna menos burocrático, mais ágil e apresenta as mesmas vantagens que um processo de licitação.

Entidade H

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos DF (pesquisa de pós-graduação)

- 1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
Em 2008.
- 2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?
a. Convênio X
b. Termo de Parceria
c. Contrato de Repasse
- 3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?
Sim.
- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
Usamos a modalidade convite, pois os valores eram de baixa monta.
- 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens?
Aumenta o custo operacional?
O objetivo da licitação é tornar o processo o mais impessoal possível, porém nós recebemos vários recursos advindos de outras fontes privadas e não realizamos a licitação nos moldes da lei, mas sim um procedimento definido em nossa entidade, que também proporciona impessoalidade e transparência, sem muitos entraves.
- 6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?
O decreto é o início de uma mudança, temos que aperfeiçoá-lo.

Entidade I

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos DF (pesquisa de pós-graduação)

- 1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
Sim.
- 2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?
a. Convênio (X)
b. Termo de Parceria
c. Contrato de Repasse

- 3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?

Sim

- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
Já utilizamos pregão eletrônico, carta convite e tomada de preço.
- 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens?
Aumenta o custo operacional?
A imposição do uso de licitação para instituições filantrópicas implica na contratação de mão de obra cara e a maior parte dos convênios não paga funcionários e encargos trabalhistas. Para a manutenção de sua mão de obra, cada instituição deve “sobreviver” de pedidos de doações, pois também não podem realizar cobranças pelos atendimentos prestados já que são de utilidade pública e sem fins lucrativos.
As publicações de editais, homologações e extratos no Diário Oficial da União (DOU) são de altíssimo custo e ficam por conta das instituições (o mesmo não ocorre no DODF que, se solicitado, concede a publicação gratuita).
As vantagens beneficiam diretamente o governo, ou seja, se ocorrer alguma economia, o dinheiro precisa ser devolvido aos cofres públicos.
Uma grande desvantagem que vale registrar ocorre no processo de compra através de pregão eletrônico, quando empresas de outros estados ganham o processo licitatório e a instituição não consegue auferir a qualidade do produto. Muitas vezes, reféns dos curtos prazos ou dos altos gastos de publicações no Diário Oficial da União (DOU), as instituições terminam por receber produtos de péssima qualidade e, posteriormente, necessitam acionar juridicamente as empresas licitantes vencedoras de seus processos.
- 6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?
Concordo. Na verdade deveria existir uma forma de conferência de veracidade das cotações, ou uma central de registo de preços (isso já foi previsto para acontecer no SICONV – www.convenios.gov.br – mas parece ainda não estar ativo) para que os processos licitatórios não fossem mais necessários, trazendo assim maior agilidade, economia e praticidade.

Entidade J

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos DF (pesquisa de pós-graduação)

- 1) A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
Sim. Já realizamos com o governo. Há três anos atrás tínhamos mais projetos.
- 2) Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?
a. Convênio X
b. Termo de Parceria
c. Contrato de Repasse
- 3) Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?
Sim.
- 4) Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
A modalidade foi convite ou tomada de preço.
- 5) Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens?
Aumenta o custo operacional?

O trabalho para se executar tal procedimento é muito grande, em certos momentos, a equipe relata que não vale a pena mesmo, com atrasos, problemas, etc

6) Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?

Com base no decreto, realizamos apenas uma pequena compra, ou seja, ainda é cedo para tirar conclusões.

APÊNDICE A – Questionário enviado para as entidades sem fins lucrativos

Questionário Entidades Sem Fins Lucrativos do DF (pesquisa de pós-graduação)

1. A entidade já realizou algum projeto com o governo federal?
2. Qual foi o tipo de formalização dessa parceria?
 - a. Convênio
 - b. Termo de Parceria
 - c. Contrato de Repasse
3. Realizou licitação para comprar bens ou contratar serviços comuns necessários para cumprir a parceria?
4. Caso tenha realizado licitação, qual foi a modalidade adotada?
5. Qual a opinião sobre a imposição do uso de licitação? Vantagens e desvantagens? Aumenta o custo operacional?
6. Qual sua opinião sobre o uso de cotação de preços (Decreto 6.170/2007)?

**Muito Obrigado pela sua colaboração.
O nome das entidades sem fins lucrativos não será divulgado.**

APÊNDICE B – Questionário enviado para os servidores do Tribunal de Contas da União

Questionário servidores do Tribunal de Contas da União (pesquisa de pós-graduação)

Questões:

- 1) As entidades privadas sem fins lucrativos recebem recursos federais, mediante convênios ou outros instrumentos congêneres. Após esse procedimento, elas precisam, em alguns casos, fazer aquisição de bens ou contratação de serviços para cumprir a avença, na sua opinião, elas deveriam seguir os regramentos da Lei 8.666/1993? da Lei 10.520/2002?

- 2) De acordo com o Decreto 6.170/2007, essas entidades devem realizar apenas cotação prévia de preços. Qual sua opinião sobre esse novo regramento?

Muito grato pela sua contribuição.