

PARTICIPAÇÃO DE OS E OSCIP EM CERTAME LICITATÓRIO*

*Juraci Mourão Lopes Filho***

1 Relatório. 2 As OS e OSCIP na administração gerencial. 3 O equilíbrio isonômico e a competitividade nos certames licitatórios em que participem OS e OSCIP. 3.1 Participação da OS e OSCIP imunes. 3.2 Participação de OS ou OSCIP que desfrutam dos benefícios das Leis n. 9.637/98 e 9.790/99. 4 Conclusões.

RESUMO

Administrativo. Licitação municipal. Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Impossibilidade de vedação geral e absoluta de participação. Necessidade de medidas impeditivas de desvio de finalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações Sociais. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Licitação.

1 RELATÓRIO

A Comissão Permanente de Licitações do Município de Fortaleza, Estado do Ceará, por meio da peça de fls., formula consulta a esta Procuradoria Geral do Município de Fortaleza a respeito da participação de Organizações Sociais (OS) e de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) em processos licitatórios levados a efeito pelo Município, porquanto tais entidades, por desfrutarem de alguns benefícios, possuem condições de ofertar preços mais baixos, o que vem acarretando freqüentes vitórias nas mais diversas licitações.

A Presidente signatária da consulta evidencia seu receio de que tal situação se assemelhe à participação de cooperativas, as quais, por alegarem não possuir vínculo trabalhista com seus funcionários, ofertavam preços mais baratos, vencedores de licitações, porém, posteriormente, os ônus trabalhistas eram reconhecidos e suportados pelo Município, em absoluto prejuízo ao Erário.

* Parecer n° 01/2007. Processo n. 4406/2006 – PGM. Interessado: Comissão Permanente de Licitações. Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza-CE.

** Mestre em Direito (UFC). Professor de Direito Administrativo do Curso de Direito da Faculdade Christus.

Diante disso, cogita acerca da possibilidade de vedar a participação dessas entidades por instrumento normativo competente.

É o relatório.

2 AS OS E OSCIP NA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

A análise da presente consulta demanda uma prévia contextualização do papel das OS e OSCIP no atual quadro administrativo brasileiro. São figuras novas, frutos da reforma ocorrida nos anos 90, imbuídas de uma nova maneira de compreender a atividade estatal e seus meios de atuação na sociedade.

Com efeito, a partir de experiência verificada na Inglaterra e nos Estados Unidos no início dos anos 80, foram desenvolvidos novos institutos e princípios jurídicos inspirados, sobretudo, nos conhecimentos da Ciência da Administração para contornar os graves entraves de gestão que o Estado Social intervencionista impunha aos diversos governos ocidentais, dado o incremento da máquina estatal e dos gastos públicos necessários para garantir e efetivar as mais diversas políticas sociais.

Essa nova forma de administração gerencial prima pela eficiência da atuação do Estado e um redimensionamento das quatro atividades administrativas (serviço público, poder de polícia, intervenção e fomento), objetivando, em especial, uma desburocratização das práticas públicas.

Nesse contexto, merece destaque a mudança de enfoque que se deu às noções de serviço público e de fomento. A mutação quanto ao primeiro foi tão radical que hodiernamente se menciona dentre os mais diversos juristas a crise do conceito de serviço público. Na tentativa de enxugamento da máquina, estabelecer aquilo que seria propriamente encargo do Estado passou a ser tarefa tormentosa, pois a idéia gerencial pressupõe devidas à iniciativa privada as atividades econômicas, mesmo que eventualmente possuam algum interesse coletivo sobre elas, autorizando se falar em um setor público não estatal. Ao Poder Público restaria uma pequena parcela essencial à manutenção da convivência em sociedade, além daquilo que lhes fosse expressamente atribuído pelas Constituições. Daí advieram também os novos paradigmas da atividade de fomento, pois passou a ser comum a utilização de uma série de incentivos para estimular os particulares a exercerem atividades de interesse público que atendam a demandas coletivas e que seriam de alguma forma desinteressantes para uma exploração econômica. Com isso, o Estado faz com que a iniciativa privada exerça aquilo que, *a priori*, seria atribuição sua, livrando-se da série de encargos burocráticos decorrente de uma execução direta, ensejando, com já mencionado, um setor público não estatal.

No Brasil, nos meados de 1990, foi estabelecido o Plano Diretor da Reforma do Estado, concebido pelo então Ministro Bresser Pereira, com o fim de implementar em nossa Administração Pública essas novas concepções.

No que interessa para a questão em exame, foram identificadas no aludido plano quatro setores do Estado:

a) *núcleo estratégico*: corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

b) *atividades exclusivas*: é o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

c) *serviços não exclusivos*: corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

d) *produção de bens e serviços para o mercado*: corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida.

O núcleo estratégico, por razões óbvias, não poderia ser reformado senão por uma nova Constituição, o que implicaria em verdadeira revolução incabível em nosso país recém egresso de um regime de exceção. A reforma se debruçou, pois, sobre os outros três setores.

As atividades exclusivas indelegáveis permaneceram sob o manto estatal (embora a própria noção de indelegabilidade tenha sido restringida), sendo as demais objeto de concessões e permissões aos particulares, ou seja, o Poder Público transferiu à iniciativa privada a execução das tarefas, mantendo sobre elas o controle e a regulação, criando-se, para tanto, as agências reguladoras.

Quanto à produção de bens e serviços para o mercado que estivesse sob encargo do Estado, foram elas simplesmente privatizadas, salvo as de monopólio.

Por fim, na área de atuação não exclusiva, ou seja, em que tanto o Poder Público quanto a iniciativa privada podem atuar em prol da coletividade (persistindo apenas o poder de polícia estatal), foi criada uma série de mecanismos para fomentar os particulares a exercerem tais atividades, deixando o Estado de atuá-las diretamente. Eis as razões da criação das OS e OSCIP, reguladas pelas Leis Federais n. 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente, as quais compõem o setor público não estatal.

Ambas são pessoas jurídicas de direito privado compostas por sócios particulares e criadas sob as regras do direito civil, mas que por terem como objetivos institucionais atividades de interesse da coletividade e não possuírem fins lucrativos podem pleitear essas qualificações perante a União, para, então, fruírem de uma série de incentivos ofertados por ela.

As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público estão nesse quadro mais amplo em que está o Direito Administrativo brasileiro e que é muito bem definido por Gustavo Binenbojm:

A emergência do gerencialismo procura aplicar técnicas da organização e gestão empresariais privadas à Administração Pública. A idéia de consensualidade tem cada vez mais permeado as relações entre administrados e Administração. A intervenção direta do Estado na economia tem sido substituída por parcerias com a iniciativa privada, pelas quais empresas não-estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas ao monopólio estatal. O Estado prestador é agora sucedido por um Estado eminentemente regulador.

Assiste-se, assim, à emergência de filhotes híbridos da vetusta dicotomia entre a gestão pública e a privada: a atividade de gestão pública privatizada (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada publicizada ou administrativizada (regime privado altamente regulado). Essa hibridez de regimes jurídicos, caracterizada pela interpenetração entre as esferas pública e privada, representa um dos elementos da crise de identidade do direito administrativo.¹

Para as Organizações Sociais podemos traçar as seguintes características definidoras:²

a) São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme art. 1º da citada lei.

b) Devem atender aos requisitos do art. 2º, da mesma lei, que são seguintes:

I-comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

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

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

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

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

c) A qualificação como OS se dá por ato discricionário do supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, conforme previsto pelo art.2º, II;

d) Recebida essa qualificação, *permanecem sendo pessoas jurídicas reguladas pelo direito comum*, devendo, entretanto, inserir em seu conselho administrativo

alguns membros para que tenha a seguinte composição: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto; c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

e) Será celebrado um contrato de gestão (entendido este como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1^o” da lei em questão), no qual serão observados

os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

f) A partir de então “as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais” (art. 11) e a elas “poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão”. *Isso ocorre porque a OS passa a exercer a atividade que cabia a um órgão público que será, conseqüentemente, extinto, pelo que podemos destacar ser dado característico dessa entidade ser ela voltada à substituição de um ente da administração direta.*

Por sua vez, pelos termos da Lei n. 9.790/99, podemos apresentar as seguintes características para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Social:

a) também são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujos objetivos sejam (art. 3^o):

- a) promoção da assistência social;
- b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

- c) promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- d) promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- e) promoção da segurança alimentar e nutricional;
- f) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- g) promoção do voluntariado;
- h) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- i) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- j) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- k) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo

b) Além disso, é exigido para a qualificação como OSCIP que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre (art. 4º):

- I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;
- II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;
- III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;
- IV - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;
- V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patri-

monial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

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

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

c) A qualificação como OSCIP depende de ato vinculado do Ministro da Justiça, conforme imposto pelo art. 1º, § 2º combinado com o art. 6º, da aludida lei, ou seja, preenchidos os requisitos legais, passa a ter o direito à qualificação;

d) Com a qualificação, pode a pessoa jurídica celebrar termo de parceria com o Poder Público, o qual possui as seguintes cláusulas especiais (art. 10, § 2º):

I - a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações.

nerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

e) Atendidas todas essas exigências, poderá a pessoa jurídica particular desfrutar de certos incentivos tais como receber verbas públicas, serem disponibilizados bens e servidores públicos.

Diante desse quadro, podemos destacar que a qualificação de uma pessoa jurídica privada como OS ou OSCIP se deve a uma atuação da Administração Pública federal, mediante sua atividade de fomento, tanto que a primeira espécie tem por precípua desiderato a extinção de um órgão federal. *Os demais entes federativos não estão obrigados a comungar do mesmo interesse de fomentar, por sua atividade própria, a atividade desses particulares pelo simples fato de elas receberem incentivos ou tratamento diferenciado em nível federal.*

Com essa afirmação queremos destacar que tais pessoas jurídicas, no âmbito estadual e municipal, não merecerão tratamentos privilegiados por serem OS ou OSCIP. Poderão eventualmente receber algum tratamento dotado de prerrogativas, mas não pelo fato de serem OS ou OSCIP, mas porque seu objeto ou forma de atuação se encaixa em uma hipótese de fomento próprio daquele específico estado ou município.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que matéria de Direito Administrativo é de competência comum dos quatro entes federativos, o que impossibilita qualquer sorte de obediência necessária pelos estados-membros, municípios e Distrito Federal às disposições federais, ressalvados os casos expressamente estatuídos no texto magno, como acontece, *v.g.*, com o disciplinamento das licitações, cujas normas gerais o constituinte outorgou à União, que legislará por lei nacional e não federal.

Com efeito, os estados e municípios sequer podem qualificar, sem prévia normatização própria estadual ou municipal, uma pessoa jurídica como OS ou OSCIP, conforme muito bem expõe Diógenes Gasparini:

Estados, Municípios e Distrito Federal podem, certamente, qualificar pessoas jurídicas, criadas nos moldes do Direito Privado, como organizações da sociedade civil de interesse público, *desde que previamente sejam dotados das respectivas leis disciplinadoras da instituição desses entes. A legislação federal pertinente só se aplica à Administração Pública federal, não servindo, portanto, de suporte legal para qualificar pessoas jurídicas de Direito Privado como organizações da sociedade civil de interesse público no âmbito estadual, distrital ou municipal.*³

Na mesma linha de idéias expõe o mesmo autor ao mencionar as OS: “essa espécie de parceria pode ser utilizada pelos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, *bastando que editem suas respectivas normas legais. Alguns Estado já editaram suas leis, como é o caso do Estado de São Paulo*”.⁴

Entretanto, da mesma forma que estados e municípios não devem dar tratamento privilegiado a OS e OSCIP, também não podem tratá-las com restrições especiais ou discriminação em relação às demais empresas ou sociedades, pois, repita-se, são pessoas jurídicas de direito privado, reguladas, em regra, pelo direito comum. É inegável, contudo, que os incentivos recebidos em nível federal podem colocá-las em situação de vantagem em relação aos demais nas licitações municipais criando como que uma constrição ao Poder Municipal em contratá-las, forçando-o a comungar, inexoravelmente, do fomento realizado no plano federal, o que demanda uma atenção especial, porquanto pode representar uma quebra da autonomia municipal, sem falar de um inegável prejuízo para a competitividade do certame licitatório.

Certamente há a necessidade de cautela em certos pontos, sobretudo em razão do caráter híbrido dessas entidades que, de um lado, têm uma atividade pública na qual se demanda uma estrita observância dos princípios administrativos, e, do outro, podem exercer seu objetivo institucional independentemente de sua qualificação como OS e OSCIP, e sim como empresa privada sem fins lucrativos. Tal regime híbrido não deixa essas duas facetas incólumes, porquanto tanto na execução do contrato de gestão ou termo de parceria haverá uma influência das práticas privadas (sendo lícito afirmar ser essa a razão precípua), como no exercício de uma atividade privada adicional não poderá ser, de forma inflexível, regida apenas pelo direito privado, dado o risco de desvio de finalidade da atividade pública objeto da avença administrativa mantida com a União.

Sem dúvida, uma licitação é campo propício para ocorrer uma indevida interpenetração das atividades de uma sociedade qualificada como OS ou OSCIP, conforme passamos a expor detidamente.

3 O EQUILÍBRIO ISONÔMICO E A COMPETITIVIDADE NOS CERTAMES LICITATÓRIOS EM QUE PARTICIPEM OS E OSCIP

É norma basilar do regime jurídico das licitações a igualdade de tratamento dos licitantes, o que impede que a Administração Pública ofereça vantagens a um em prejuízo dos demais, frustrando a competitividade que é um princípio correlato. Com efeito, se o desiderato maior de uma licitação é selecionar a melhor proposta para o Poder Público, é necessário que seja garantido aos licitantes um espaço livre de distorções ou benefícios injustificados, permitindo, assim, que compitam livremente.

Não que haja um impedimento absoluto de diferenciação, porquanto o fim último da licitação é mesmo diferenciar dos demais aquele que está mais apto a atender o interesse público com a melhor proposta, o que não pode haver é tratamento distinto sem justificativa ou razão suficiente. Ademais, quando da criação das normas editalícias, deve o Administrador observar as distinções reais e intrínsecas de cada possível licitante, pois, na maior parte dos casos, simplesmente estabelecer uma isonomia formal, rígida e absoluta é a maneira mais clamorosa de se romper com a igualdade material, frustrando a competitividade de um certame.

Assim, deve o administrador municipal, quando da elaboração de seus editais, observar se suas normas podem ensejar uma situação de frustração da competitividade caso atendam à convocação OS ou OSCIP, com seus respectivos benefícios.

É preciso, portanto, definir quais são esses benefícios e as possíveis distorções indevidas que eles podem ocasionar nas licitações para, então, dimensionar as medidas adequadas.

Em face da leitura da legislação própria atinente à OS e à OSCIP, perceberemos que a previsão de benefícios que nelas há consiste no repasse de verbas federais, disponibilização de servidores e bens públicos, sem falar de outros meios eminentemente administrativos para incrementar o fomento. Ademais, existe legislação tributária que concede a possibilidade de empresas abaterem de seu imposto de renda importâncias que eventualmente venham a doar para uma OSCIP (Medida Provisória n. 2.113-32 de 2001, arts. 59 e 60).⁵

Conquanto a ilustre Presidente da Comissão de Licitação do Município faça alusão a benefícios fiscais que fruam em razão da qualificação como OS ou OSCIP, na legislação específica não há tal sorte de previsão, seja ela de isenção, crédito presumido ou maneira diversa de tratamento fiscal privilegiado. Assim, acreditamos que o benefício tributário que possam elas obter decorre de sua finalidade desprovida de intuito lucrativo aliada ao objeto específico de assistência social ou educacional, o que implica na incidência da norma imunizante contida no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal de 1988, cujo teor é o seguinte:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”.

Diante disso, podemos definir as seguintes formas de incentivos que podem desfrutar as OS e as OSCIP: a) imunidade dos impostos por, eventualmente, serem instituições de educação ou de assistência social sem fins lucrativos e que atendam as exigências do art.14 do Código Tributário Nacional; b) receberem recursos, servidores ou bens federais e, ainda, contarem com uma legislação tributária que estimula outras empresas a lhes fazerem doações.

Destaque-se que somente as vantagens descritas no item “b” decorrem do fato de ser a empresa qualificada como OS ou como OSCIP e desde que celebrem o contrato de gestão ou o termo de parceria.

O rompimento da isonomia e da competitividade que essas duas formas de incentivo podem ocasionar no certame licitatório deve ser combatido, mas não acreditamos que o meio juridicamente mais adequado seja simplesmente vedar, de maneira geral e absoluta, a participação das empresas qualificadas como OS ou OSCIP, pois, repita-se à exaustão, são pessoas jurídicas de direito comum que recebem pontuadamente no âmbito federal incentivos, *o que não as desqualifica necessariamente para outras atividades que seus atos constitutivos venham a permitir, inclusive mediante contratação com o Poder Público.*

Com efeito, não comungamos da idéia de alguns administradores no sentido de que essas sociedades somente poderiam celebrar termo de parceria ou contrato de gestão com Poder Público, pois a simples menção na legislação própria de que serão celebradas essas duas espécies de avença não tem o condão de proibir a celebração de contrato administrativo, máxime com ente federativo diverso que sequer é responsável pela atividade de fomento que ocasiona a qualificação especial e os incentivos, como é o caso do município.

Destaque-se, ainda, que a participação de Organizações Sociais em licitações será somente com relação a situações alheias ao contrato de gestão que mantenha com o Poder Público, pois o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93, enumera tal situação como hipótese de dispensa de licitação. Mas como é uma sociedade civil regida pelo direito comum nada impede que exerça atividades além daquelas objeto do contrato de gestão, podendo, para tanto, contratar com o Poder Público mediante prévia licitação.

Com isso em mente, passemos a discorrer sobre os meios de controle de uma possível quebra da igualdade entre os licitantes e conseqüente frustração da competitividade.

3.1 Participação de OS ou OSCIP imunes

Caso participe da licitação empresa imune dos impostos por força da incidência da norma contida no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, obviamente poderá ela oferecer preços mais vantajosos do que as demais que estarão oneradas pela respectiva carga tributária.

Contudo, não entendemos que tal situação importe alguma invalidade a ser combatida dentro do processo licitatório, pois essa situação mais vantajosa decorre da vontade do constituinte originário que, inegavelmente, intenciona que entidades de educação ou de assistência social desprovidas de fins lucrativos possuam condições mais favoráveis no mercado e tenham maior competitividade em relação às demais. Já reconhecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal o intuito protetivo e incentivador dessa norma constitucional, consoante se lê no seguinte julgado: “Imunidade tributária. Art. 150, VI, c, da Constituição Federal. Entidades beneficentes. *Preservação, proteção e estímulo às instituições beneficiadas*”.⁶

Assim, o fato de poderem elas ofertar preços mais baixos em licitação nada mais é do que uma inarredável consequência da intenção do constituinte, razão pela qual deve ser inexoravelmente respeitada pelo Legislador ordinário e pelo Administrador Público. Estabelecer qualquer sorte de equalização – na intenção de anular os efeitos da imunidade – seria, em verdade, anular e frustrar a plena eficácia da norma constitucional e impedir a realização do querer do constituinte originário, o que de forma alguma pode se validar em nossa ordem jurídica.

Segundo a nova dogmática do direito constitucional, o intérprete e aplicador do direito deve laborar no sentido de conferir a máxima efetividade possível às normas constitucionais, sendo tal dever erigido à categoria de postulado hermenêutico-constitucional. Qualquer postura diferente dessa não pode se convalidar, máxime quando importa alguma espécie de barreira para a plena realização das prescrições maiores.

Repita-se: a possibilidade de ofertar preços mais baixos em uma licitação é decorrência direta da prescrição constitucional que justamente busca proteger, preservar e estimular as entidades beneficiadas, nada podendo fazer os poderes constituídos para impedir ou mitigar esse desiderato constitucional.

A despeito disso, entendemos que o Administrador Público – nas licitações que tenham seu objeto relacionado com educação ou assistência social – deve ficar atento para, sempre que possível, instituir o critério de melhor preço e técnica ou mesmo melhor técnica, a fim de evitar que o preço mais baixo ocasionado pela imunidade acoberte uma oferta menos vantajosa para a Administração Pública sob o ponto de vista da técnica.

Dessa forma, entendemos que – quando possível, ou seja, nos casos contemplados no art. 46 da Lei n. 8.666/93 – deve o Administrador optar pelo tipo de licitação melhor preço e técnica ou melhor técnica. Não sendo possível – e, portanto, se processando segundo o melhor preço -, a condição mais favorável desfrutada pelas sociedades imunes nada mais é do que uma consequência da prescrição constitucional, nada devendo fazer a Administração Pública para impedir isso.

3.2 Participação de OS ou OSCIP que desfrutam dos benefícios das Leis n. 9.637/98 e 9.790/99

Como aludido anteriormente, OS e OSCIP desfrutam de benefícios previstos nas Leis n. 9.637/98 e 9.790/99. Porém, eles, a rigor, não importam (*rectius*, não devem importar) nenhuma espécie de vantagem à sociedade civil no âmbito de licitações levadas a efeito por outro ente federativo, porquanto tais incentivos devem ser vinculados estritamente ao objeto específico do contrato de gestão ou termo de parceria firmado com a União. Em face disso, se eles estiverem acarretando alguma sorte de situação privilegiada em certames municipais, muito provavelmente estar-se-á diante de uma ilicitude decorrente do desvio de finalidade da atividade de fomento da União.

De fato, se as empresas qualificadas como OS ou OSCIP estão participando de uma licitação do Poder Municipal, é porque o fazem não na condição especial decorrente do termo de parceria ou contrato de gestão mantido com a União e sim na qualidade de empresa privada ordinária. Não podem em hipótese alguma tredestinar os incentivos recebidos, qualquer que sejam eles, para sua atividade privada comum, daí porque nessa situação deve haver uma série de cautelas decorrente do regime híbrido já mencionado, qual seja, maior controle, regulação e fiscalização sobre a conduta das sociedades que recebam valores, bens ou servidores do Poder Público federal.

Embora haja a permissão para essas entidades agirem sem as vestes da qualificação especial angariada perante a União, praticando atos típicos de qualquer sociedade civil sem fins lucrativos, devem elas receber uma atenção especial, pois, afinal, fazem parte do setor público – ainda que não estatal – que está sendo fomentado pela União. A indisponibilidade do interesse público (único e indivisível) demanda que os agentes estatais (mesmo de esfera federativa distinta) sejam diligentes em apurar e combater práticas atentatórias à moralidade e desviadas do bem comum. No caso, devem os agentes municipais ficar atentos a distorções na destinação dos incentivos, não só para evitar malferimento aos interesses federais, mas também – e precipuamente – para impedir prejuízo ao Município, que poderá ter sua licitação distorcida.

Em razão disso, são recomendáveis as seguintes medidas: a) estabelecer como critério de habilitação jurídica a adequação do objetivo da sociedade (da forma estabelecida em seu ato constitutivo) ao objeto da licitação realizada, o que impedirá que OS ou OSCIP sirvam de fachada para empresas comerciais, combatendo, por exemplo, que elas prestem serviços de terceirização de mão-de-obra, atividade de natureza empresarial em nada compatível com o campo público não estatal a que devem se dedicar; b) nas licitações que tenham por objeto atividades próprias de OS ou OSCIP (quais sejam aquelas contidas no art. 3º da Lei n. 9.790/99 e no art. 1º da Lei n. 9.637/98), na normatização editalícia concernente à formulação e ao julgamento das propostas, deve haver a obrigação de o licitante esquadriñar a composição dos preços, isso para que sejam desclassificadas aquelas compostas pelos incentivos federais.

Com relação ao constructo inserido no item “a”, temos que, como muito bem leciona Marçal Justen Filho, entende-se por habilitação o “conjunto de atos orientados a apurar a *idoneidade* e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração”.⁷ Ora, se na fase de habilitação se deve verificar a idoneidade dos licitantes, então, é nela o espaço propício para se excluir do certame empresas qualificadas como OS ou OSCIP que pretendam atuar fora de seu âmbito originário e para o qual recebeu incentivos federais, dado o desvio de finalidade que isso consiste.

Embora em nossa ordem jurídica não vigore o princípio da especialidade (que prescreve ter uma pessoa jurídica personalidade jurídica apenas e tão-só para as atividades de seus objetivos institucionais) há situações em que a atuação fora dos lindes institucionais acarreta sérias repercussões jurídicas, como é exemplo uma empresa civil atuar na área comercial (dada a disparidade de regime jurídico existente). O mesmo raciocínio pode ser aplicado para as empresas sem fins lucrativos e que atuam no setor público não estatal (com características tais que são fomentadas pela União) que queiram exercer atividade tipicamente empresarial voltadas para o lucro. Isso é um desborde indevido que macula sua possibilidade de habilitação em um certame licitatório.

Situação típica de desvio de finalidade das OS e OSCIP consiste na participação – e muitas vezes vitória – em licitações de terceirização de mão-de-obra para serviços meramente de apoio, porquanto não vislumbramos como adequá-las às hipóteses contidas no art. 3º da Lei n. 9.790/99 e no art. 1º da Lei n. 9.637/98. Nada justifica uma sociedade apresentar-se na esfera federal como uma entidade do terceiro setor (atuante no âmbito público não estatal), e por isso receber fomento público, e no âmbito municipal exercer atividade empresarial, em condições especiais precisamente em razão dos incentivos federais. Em tal sorte de certame, não poderia a OS e a OSCIP ultrapassar a fase de habilitação, por não ter idoneidade para tanto.

Por tais razões, acreditamos que, embora não seja lícito vedar de maneira geral e absoluta a participação de OS e OSCIP em licitações municipais, elas somente estão aptas a se habilitarem naquelas que tenham objeto compatível com seu objetivo institucional ou outro tratado no art. 3º da Lei n. 9.790/99 e no art. 1º da Lei n. 9.637/98, devendo o Administrador Municipal eleger critério de habilitação que tenha isso em mente, sem prejuízo de outros que se vislumbrem adequados a impedir o mesmo tipo de desvio.

Por sua vez, com relação ao constructo contido no item “b” acima, ele se justifica porque os incentivos recebidos da União são vinculados à execução do termo de parceria ou contrato de gestão, não sendo lícito serem utilizados para permitir o oferecimento de preço mais baixo em licitação em que a sociedade participe despida de sua qualificação com OS ou OSCIP. O desvio de finalidade em tal hipótese é tão clamoroso que dispensa maiores lucubrações para justificar a medida sugerida.

Deve, pois, o Administrador Municipal, na normatização editalícia referente às propostas, exigir a explicitação de como o licitante compôs a proposta apresentada e prescrever a desclassificação daquela que for formada pelos incentivos federais.

Tomadas as medidas aqui sugeridas, sem prejuízo de outras não vislumbradas, cremos que a participação de OS ou OSCIP em certame licitatórios levados a efeito pelo Município de Fortaleza será plenamente regular.

Por fim, a ilustre Presidente da Comissão Permanente de Licitações evidencia em sua consulta a preocupação de a participação da OS ou OSCIP em licitações municipais se equipararem àquela experimentada com relação às cooperativas que, por entenderem inexistir vínculo trabalhista com seus funcionários, ofertavam preços mais baixos vencedores de licitações, sendo tal vínculo posteriormente reconhecido e suportado subsidiariamente pelo Poder Público.

Entretanto, em nada a situação das OS e OSCIP se equipara com as cooperativas nesse tocante. A única semelhança que pode haver é com relação ao tratamento tributário diferenciado prescrito pela Constituição Federal.

Ademais, seja como for, mesmo em se tratando de cooperativas, o meio adequado para combater distorções não é a simples vedação de sua participação, como já assentado pelo Tribunal de Contas da União em entendimento esposado por esta Procuradoria mediante o parecer n. 048/2006-PGA.

4 CONCLUSÕES

Em face de todo o exposto, entendemos não ser juridicamente viável a vedação geral e absoluta de participação de OS e OSCIP nos certames municipais, devendo, entretanto, ser tomadas medidas acautelatórias impeditivas de desvios, como as seguintes:

a) nas licitações que tenham o objeto relacionado com educação ou assistência social, deve o administrador público, sempre que possível, optar pelo tipo de licitação melhor preço e técnica ou melhor técnica;

b) estabelecer como critério de habilitação jurídica a adequação do objetivo da sociedade (da forma estabelecida em seu ato constitutivo) ao objeto da licitação realizada, o que impedirá que OS ou OSCIP sejam desviadas para empresas comerciais;

c) nas licitações que tenham por objeto atividades próprias de OS ou OSCIP (quais sejam aqueles contidas no art. 3º da Lei n. 9.790/99 e no art. 1º Lei n. da 9.637/98, respectivamente), na normatização editalícia concernente à formulação e ao julgamento das propostas, deve haver a obrigação de o licitante esquadriñar a composição dos preços, isso para que sejam desclassificadas aquelas que sejam compostas pelos incentivos federais.

É o parecer.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20.

² O Plano Diretor já trazia um bom delineamento acerca das Organizações Sociais: “A estratégia de transição para uma administração pública gerencial prevê, ainda na dimensão institucional-legal, a elaboração, que já está adiantada, de projeto de lei que permita a ‘publicização’ dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal, onde assumirão a forma de ‘organizações sociais’. 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. Entende-se por ‘organizações sociais’ as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária”.

³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 466.

⁴ *Ibid.*, p. 463.

⁵ “Art. 59. Poderão, também, ser beneficiárias de doações, nos termos e condições estabelecidos pelo inciso III do § 2º do art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se em relação às doações efetuadas a partir do ano-calendário de 2001.

§ 2º Às entidades referidas neste artigo não se aplica a exigência estabelecida na Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, § 2º, inciso III, alínea “c”.

Art. 60. A dedutibilidade das doações a que se referem o inciso III do § 2º do art. 13 da Lei nº 9.249, de 1995, e o art. 59 fica condicionada a que a entidade beneficiária tenha sua condição de utilidade pública ou de OSCIP renovada anualmente pelo órgão competente da União, mediante ato formal.

§ 1º A renovação de que trata o caput:

I - somente será concedida a entidade que comprove, perante o órgão competente da União, haver cumprido, no ano-calendário anterior ao pedido, todas as exigências e condições estabelecidas;

II - produzirá efeitos para o ano-calendário subsequente ao de sua formalização.

§ 2º Os atos de reconhecimento emitidos até 31 de dezembro de 2000 produzirão efeitos em relação às doações recebidas até 31 de dezembro de 2001.

§ 3º Os órgãos competentes da União expedirão, no âmbito de suas respectivas competências, os atos necessários à renovação referida neste artigo”.

⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 210.251-ED. 1ª. Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 28 nov.2003. No mesmo sentido: RE 186.175EDv-ED, DJ 17 nov.2006.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p.294. A realistic theory of interpretation

PARTICIPATION OF SOCIAL ORGANIZATIONS (OS) AND CIVIL SOCIETY PUBLIC INTEREST ORGANIZATIONS (OSCIP) IN PROCUREMENT PROCESSES

ABSTRACT

Administrative Law. Procurement at municipal level. Social Organizations (OS) and Civil Society Public Interest Organizations (OSCIP). General and unlimited prohibition of participating not possible. Need of measures aimed at avoiding deviation of public ends.

KEYWORDS: Social Organizations. Civil Society Public Interest Organizations. Procurement.

LA PARTICIPATION DES OS ET DES OSCIP AUX APPELS D'OFFRES

RÉSUMÉ

La loi administrative. Les appels d'offres municipaux. Les Organisations Sociales (OS) et les Organisations de la Société Civile d'Intérêt Public (OSCIP). L'impossibilité de la prohibition totale et absolue de participation. La necessite de mesures d'empêchements de déviation de finalité.

MOTS-CLÉS: Organisations Sociales. Organisations de la Société Civile d'Intérêt Public. Appels d'Offres.