

TENDÊNCIAS PARA AS LICITAÇÕES NO TERCEIRO SETOR: A gestão das licitações por meio da formalização do concurso de projetos e regulamento próprio

TRENDS FOR BIDS IN THE THIRD SECTOR: The management of bids by the formalization of the project's competition and particular regulation

Luísa Monteiro de Castro¹

Resumo: Este artigo tem como escopo elucidar alguns pontos que ainda não foram regulamentados pelo Direito Brasileiro acerca da aplicação do regime jurídico das licitações às entidades do Terceiro Setor. O problema a ser discutido gira em torno da possibilidade concreta de se estabelecerem em legislação própria, caso aprovado o Projeto de Lei do Senado nº 694/2011, as questões afetas ao concurso de projetos a ser procedido pela Administração Pública quando da escolha da entidade de Terceiro Setor a firmar com ela parceria, bem como a elaboração de regulamento próprio pelas entidades do Terceiro Setor que receberem recursos públicos para a aquisição de bens e serviços. O estudo do tema justifica-se pela inexistência no Brasil de um marco regulatório unívoco para as relações entre o Estado e a sociedade civil que executa serviços públicos, por meio de entidades privadas sem fins lucrativos – as entidades de Terceiro Setor. Utilizando-se preponderantemente a pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e legislações, e também consultas jurisprudenciais; pretende-se apresentar as atualidades e evoluções do tema e a tendência que se destaca. Nesse sentido, independentemente da aprovação do PLS nº 649/2011, identifica-se uma inclinação dessas entidades a realizarem contratações de bens e serviços públicos por meio de regulamento próprio por elas elaborado, bem como a propensão de a Administração Pública contratá-las através da abertura de concurso de projetos.

Palavras-chave: Terceiro Setor; Licitação; Projeto de Lei do Senado nº 649/2011; Concurso de projetos; Regulamento próprio.

Abstract: This work aims to answer some points that have not been regulated by Brazilian law, about the legal regime of bids applied to Third Sector entities. Thereby, the problem discussed in the article is about the concrete possibility of establishing in legislation, if the Federal Senate approves de Project No. 694/2011, about the projects's competition to be undertaken by the Public Administration to choose the entity of the Third Sector to be it's

¹ Mestranda em Direito Público na FUMEC e Advogada

partner, as well as the development of a particular regulation by Third Sector entities that receive public funds to acquire goods and contract services. The methodology used will be mainly the doctrinal sources, laws, and jurisprudence queries. The research on this topic is justified by the absence in Brazil of an specific law for relations between the State and civil society who performs public services through private nonprofit entities - entities Third Sector. During the study, we intend to demonstrate the updates and developments of the theme to conclude that regardless of the approval of the PLS 649/2011, the trend would carry these entities contracting public goods and services through its particular regulations elaborate by them, so as the Public Administration hire them through the opening of a project's competition.

Keywords: Third Sector; Bids; Federal Senate Project No. 694/2011; Project's competition; Particular regulations.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO. 2 PROCEDIMENTO PARA A ESCOLHA DA ENTIDADE A CELEBRAR AJUSTES COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3 GESTÃO PRIVADA DE RECURSOS PÚBLICOS PELAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR – DEVER DE LICITAR? 4 PROPOSTA DE MARCOS LEGAIS E REGULATÓRIOS DO TERCEIRO SETOR DESENVOLVIDA PELO INSTITUTO PRO BONO. 5 TENDÊNCIAS PARA O TERCEIRO SETOR EM FACE DO PROJETO DE LEI DO SENADO PLS Nº 649/2011. 5.1 A necessidade de prévio concurso de projetos ou processo público objetivo. 5.2 A aquisição de bens e serviços pelas entidades gestoras de recursos públicos: a questão do regulamento próprio. 5.2.1 Cotação prévia. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO

A licitação é um dos temas centrais e elementares do Direito Público, haja vista sua abordagem em relação aos princípios (art. 37, *caput* da CR) e aos deveres da Administração Pública (art. 37, XXI, da CR), tais como a busca pela melhor proposta, a garantia de isonomia entre os licitantes e o resguardo dos direitos dos cidadãos-administrados. Tudo isso no intuito de garantir a correta e proba aplicação dos recursos públicos (SANTOS, 2007).

Ao estabelecer relações jurídicas em que a Administração Pública figura como parte, o regime jurídico adotado, obrigatoriamente, nas hipóteses de compras, alienações, aquisição

de serviços é o administrativo, e tem como princípios norteadores a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pelo administrador.

Ocorre que, em virtude da mudança paradigmática da ascensão do Estado Democrático de Direito, a supremacia do interesse público sobre o particular sofreu mitigações e modificações no que tange a sua concepção (OLIVEIRA, 2010). A forma contemporânea de atuação do Estado difere da atuação procedida no Estado Liberal e no Social, vez que o interesse público não é mais considerado, necessariamente, o interesse estatal, além do que as esferas pública e privada atuam de forma complementar e não por meio da dicotomia abordada pela doutrina tradicional do Direito Administrativo. Tais alterações ocasionaram a introdução de direitos que possibilitam papel ativo da sociedade civil nos debates políticos e no exercício das funções estatais, proporcionando às relações jurídicas entre o público e o privado a cooperação, a informação, a solidariedade e a confiança.

Assim é que o novo paradigma da ação estatal reflete a relevância do Terceiro Setor para a Administração Pública, que desenvolve suas atividades por meio de entidades privadas sem fins lucrativos, numa seara de interesse público em que não há a atuação do Estado nem do mercado.

Não obstante as entidades do Terceiro Setor estarem autorizadas, por lei, a prestar serviços públicos, o grande problema que se apresenta é a existência de inúmeras divergências doutrinárias no que diz respeito à submissão desse setor ao regime jurídico publicístico quando da atuação conjunta com o Estado por meio de convênios, termos de parceria ou contratos de gestão.

São duas as principais justificativas apresentadas pelos doutrinadores que defendem a aplicação do regime jurídico administrativo às mencionadas entidades: a) considera-se que a utilização de recursos financeiros do Estado para o incentivo da entidade, por si só, avocaria o regime jurídico público; b) a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) prevê em seu primeiro dispositivo que qualquer entidade controlada pelo Estado estaria sujeita à sua aplicação.

É o que se extrai do voto proferido pelo Ministro Relator Ubiratan Aguiar, no acórdão TCU nº 1.070/2003:

[...] não tenho dúvida, existem entidades privadas que, por alguma razão, podem-se ver impossibilitadas de aplicar, de forma plena, a lei de licitações. Entretanto, a regra é a utilização da Lei nº 8666/93 e as exceções devem ser devidamente justificadas para cada caso concreto. (BRASIL, 2003)

Lado outro há autores, como Marçal Justen Filho, que defendem a inaplicabilidade da Lei Geral de Licitações às entidades do Terceiro Setor por se tratar de pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes do aparato da Administração Pública, além do que a imposição por parte da Administração para que essas entidades apliquem a Lei nº 8.666/1993 representaria verdadeira ingerência da Administração Pública em seu *modus operandi*.

Nesse sentido, o voto do revisor, Benjamim Zymler, no acórdão supracitado:

[...] considero incabível o exercício das prerrogativas da Lei nº 8.666/93 por entes privados, uma vez que, dada a natureza dos mesmos, somente entes públicos podem exercê-las. [...] O art. 37 da Constituição Federal, no seu *caput*, delimita sua aplicação à administração pública direta e indireta dos poderes públicos dos três níveis da federação, não se incluindo ali os agentes privados. Assim, o escopo de aplicação da lei que regulamenta o seu inciso XXI – atualmente a Lei nº 8.666/1993 – não pode exercer aos limites delineados pelo poder constituinte no *caput* do dispositivo retrotranscrito. (BRASIL, 2003)

O que se pode apreender de toda essa discussão é que não basta uma entidade estabelecer relações jurídicas com o Estado para que automaticamente passe a utilizar o regime jurídico administrativo, estando somente sujeita à aplicação desse regime quando as circunstâncias assim determinarem, ou seja, ao realizar atividades que sejam de cunho estatal e ao gerir recursos públicos percebidos do Estado.

É certo que, no momento em que firmam parcerias com a Administração Pública, as entidades devem pautar suas ações observando os princípios constitucionais e infraconstitucionais, mormente os da impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade e também o princípio licitatório.

Vale dizer que o princípio licitatório visa buscar a proposta mais vantajosa e o desenvolvimento sustentável, inclusive sobre o aspecto econômico, por meio de procedimento competitivo, com o intuito de bem atender o interesse público.

Adequando o exposto alhures à presente questão – a necessidade ou não das entidades do Terceiro Setor submeterem-se à licitação, sugere-se a análise de duas vertentes de grande importância:

- como deverá ser procedida a escolha da entidade, por parte da Administração Pública, com a qual firmará parceria; e
- a aquisição de bens e serviços pelas entidades utilizando recursos públicos.

Desta feita, através de vasta pesquisa bibliográfica em doutrinas, legislações e jurisprudências, investiga-se como, atualmente, estão sendo procedidas essas relações da Administração Pública com as entidades do Terceiro Setor, assim como, se formalizadas por meio de lei, qual será a opção do legislador para essas contratações.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que, embora não haja no Brasil um marco regulatório para as licitações relativas ao Terceiro Setor, a doutrina e as legislações específicas, mesmo que aos poucos, foram compondo tendências que acabarem sendo incorporadas na elaboração do Projeto nº 649/2011, proposto pelo Senado Federal – a abertura de concurso de projeto pela Administração Pública quando da contratação de entidades de Terceiro Setor e a elaboração de regulamento próprio por essas entidades na ocasião de aquisição de bens e serviços públicos a serem adquiridos com recursos públicos.

O presente tema demonstra-se de grande relevância, visto que busca esclarecer e contribuir para possíveis estudos de formalização do marco regulatório para o Terceiro Setor, levando em consideração a crescente e intensa relação entre o Estado e sociedade civil,

2 PROCEDIMENTO PARA A ESCOLHA DA ENTIDADE A CELEBRAR AJUSTES COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Considerando o art. 37, XXI, da Constituição da República, o que se observa é o acolhimento da presunção de que a licitação prévia produz a melhor contratação, já que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, mantendo ainda a observância do princípio da isonomia.

A licitação é a principal forma de se realizar despesas no âmbito da administração pública. Com ela, faz-se a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras. Como determina a Constituição da República de 1988:

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, 1988 in MEDAUAR, 2010).

Com intuito de regulamentar o supramencionado inciso, a Lei nº 8.666/1993 instituiu as normas gerais de licitação e contratos na Administração Pública. No seu art. 1º foi definida 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 in MEDAUAR, 2010).

Assim, licitação é um processo administrativo que antecede a contratação, proporcionando isonomia entre os participantes e selecionando 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 nº 8.666/1993 é norma geral de licitações e contratos administrativos, vez que aplica-se a todos os entes da Federação.

O princípio licitatório vincula a ação da Administração Pública, que deve instaurar o procedimento de licitação para a escolha do ente privado com quem firmará ajustes ou estabelecerá termos de parceria ou contratos de gestão.

Portanto, considerando o princípio licitatório, bem como a existência de várias entidades que possam estabelecer ajustes com a Administração Pública, torna-se necessária a instauração de processo seletivo para a escolha da melhor proposta para a Administração.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera que:

[...] se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de um procedimento seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios constitucionais da objetividade, moralidade e economicidade. (JUSTEN FILHO, 2012).

Com o objetivo de solucionar a questão da escolha a ser realizada pela Administração Pública em relação às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), o Decreto nº 3.100/1999, que regulamenta a Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999, foi, em 2011, alterado pelo Decreto nº 7.568, de forma que o seu art. 23 - que anteriormente apresentava a seleção facultativa da entidade a celebrar o termo de parceria com a Administração Pública, através do concurso de projetos – teve sua redação modificada, passando a determinar a realização obrigatória do concurso de projetos, que conduziu ao fim da discricionariedade administrativa, ao menos na seara federal.

Portanto, o processo seletivo objetivo para a contratação de entidades privadas, sem fins lucrativos, a prestarem serviços públicos tornou-se imposição legal.

Cabe ressaltar que somente não será realizado o concurso de projetos para a escolha da OSCIP a formar parceria com a Administração Pública quando se tratar de casos emergenciais ou calamidade pública, por até 180 dias, ficando vedada qualquer prorrogação, e nos casos em que o objeto da parceria já seja realizado adequadamente com a mesma entidade

há pelo menos 5 anos com contas aprovadas. Ou, ainda, se estiverem presentes algumas das causas de dispensa ou inexigibilidade contempladas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993.

A modificação trazida pelo Decreto nº 7.568/2011 favorece a aplicação dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e a motivação dos atos administrativos, não se admitindo a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia.

No entanto, sabe-se que ainda é complexa a realização do concurso de projetos, já que a Administração ainda não regulamentou a forma como a seleção deve ocorrer, tampouco os critérios objetivos para sua escolha. Marcela Roza Leonardo Zen (2007) cita quatro normas a serem apresentadas pelas entidades no procedimento licitatório:

a) contexto com a descrição do ambiente no qual o trabalho será executado, o quadro geral da situação existente, o local onde será realizado, a quem se destinam os trabalhos e outras informações que podem afetar as condições de trabalho;

b) justificativa constando a razão pela qual será contratado o serviço a ser obtido;

c) objeto a ser obtido com a execução do serviço ou projeto a ser contratado, o efeito esperado do trabalho e a forma genérica de como se processará o trabalho;

d) abrangência do projeto.

Se o termo de referência da contratação contiver todos os itens acima descritos, tem-se a melhor forma de avaliar se as entidades estão ou não aptas para desempenhar as atividades propostas pela Administração, já que os critérios de seleção são bastante objetivos. Sem dúvidas, tudo isso proporciona maior isonomia na escolha da entidade.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que, respeitando o princípio licitatório, o melhor é a realização do concurso de projetos com critérios claros e objetivos para escolha isonômica da entidade que o executará em parceria com a Administração Pública.

Verificada a obrigatoriedade de a Administração Pública realizar licitação pública para obras, serviços, compras e alienações, como também para firmar ajustes com entidades do Terceiro Setor, surge o questionamento acerca da obrigatoriedade das entidades privadas sem fins lucrativos de realizarem licitação quando da gestão de recursos públicos federais.

3 GESTÃO PRIVADA DE RECURSOS PÚBLICOS PELAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR – DEVER DE LICITAR?

Nota-se que o art. 1º da Lei nº 8.666/1993 supra citado, conquanto expresse em seu parágrafo único que todas as entidades controladas direta ou indiretamente pela União,

Estados, Distrito Federal e Municípios estão submetidas ao regime nela previsto, não exprime em seus termos, especificamente, as entidades privadas sem fins lucrativos prestadoras de serviço público integrantes do Terceiro Setor.

Considerando a premissa de que existe regulamentação própria, no que diz respeito ao procedimento licitatório a ser seguido quando do recebimento de recursos públicos, surge o seguinte questionamento: as entidades privadas sem fins lucrativos, embora não estejam citadas no rol do parágrafo único, do referido artigo, teriam a obrigatoriedade de realizar licitação, nos moldes da Lei nº 8.666/1993, quando da utilização de recursos financeiros da Administração Pública?

Antes de passar à análise desse questionamento, a título de contextualização, é interessante elucidar quais são os tipos de repasses financeiros transferidos pela Administração Pública às entidade do Terceiro Setor.

Fala-se em “contribuição” quando ocorre a transferência corrente ou de capital concedida em virtude de lei, destinada a pessoas de direito público ou privado sem finalidade lucrativa e sem exigência de contraprestação direta em bens e serviços. Por sua vez, o “auxílio” é a transferência de capital derivada da lei orçamentária que se destina a atender a ônus ou encargo assumido pela União e, por fim, a “subvenção social” acontece por meio da transferência, que independe de lei específica, a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa e com o objetivo de cobrir despesas de custeio.²

Inicialmente, a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional, IN/STN nº 01/1997, em seu art. 27, eximia as entidades privadas sem fins lucrativos de se submeterem ao procedimento licitatório previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. Contudo, em decorrência de recomendação do Tribunal de Contas da União, após o Acórdão nº 1.070/2003, a IN/STN nº 01/1997 foi alterada pela IN/STN nº 03/2003, que obrigatoriamente incluiu as entidades de Terceiro Setor no rol daquelas submetidas às regras da Lei nº 8.666/1993 quando do recebimento de recursos da Administração Pública.

Atualmente, os entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais são no sentido de que as entidades do Terceiro Setor não se encontram submetidas às regras da Lei nº 8.666/1993, mas sim a regulamentos próprios a serem por elas elaborados, necessariamente em harmonia com os princípios da Administração Pública e os parâmetros definidos pela Lei Geral de Licitações (DIAS, 2008), corroborando o que já havia sido previsto pela Lei nº

² Sobre o tema, veja-se a obra “Manual de obtenção de Recursos Federais para Municípios” (SIMON, 2005).

9.637/1998, que regulamenta as Organizações Sociais (OSs). Para as OSs, o art. 17 desta lei estabelece que:

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. (BRASIL, 1998 in MEDAUAR, 2010).

Na Lei nº 9.790/1999, que dispõe sobre as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, as OSCIPs, seu art. 14, prevê que:

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. (BRASIL, 1999 in MEDAUAR, 2010).

A competência para a edição do regulamento próprio, no caso das OSs, é do Conselho de Administração, nos termos do art. 4º, inc. VIII, da Lei nº 9.637/1998. No que tange às OSCIPs, como a Lei nº 9.790/1999 não determinou o responsável pela elaboração do regulamento próprio, esta fica a cargo da pessoa ou do colegiado a quem os estatutos sociais atribuem poder decisório (SANTOS, 2007).

A intenção do regulamento próprio é levar, parcialmente, o mecanismo de compras da Administração Pública ao âmbito da Administração Privada, por meio de instrumento claro e breve que esteja em conformidade com os princípios que regem as relações de entidade privadas gestoras de recursos públicos.

O regulamento próprio deverá conter, basicamente:

- a) normas que apresentem a cautela do tratamento que a entidade irá dispensar ao recurso público, embasando-se nos princípios condutores da Administração Pública;
- b) a possibilidade de registro de todas as decisões proferidas pela entidade com o intento de assegurar sua publicidade e motivação;
- c) disposição objetiva acerca da fase interna do processo de seleção, seus procedimentos e requisitos;
- d) a exata definição e descrição do objeto da contratação, sem deixar de fornecer aos participantes elementos indispensáveis à formulação da proposta, bem como proporcionar à entidade contratante elementos para proceder à seleção objetiva e ao posterior controle da execução do contrato;

e) instrumento convocatório elaborado e completo, de molde a demonstrar todas as normas específicas do processo de licitação, indicando, ainda, os requisitos a serem preenchidos pelos interessados no contrato administrativo. Esse documento formal poderá ser baseado nos dispositivos que dizem a respeito ao edital presentes na Lei nº 8.666/93.

Constata-se, assim, a necessidade de padronização dos regulamentos próprios das entidades do Terceiro Setor visando a um tratamento isonômico na aplicação e controle da gestão privada dos recursos públicos e transparência.

4 PROPOSTA DE MARCOS LEGAIS E REGULATÓRIOS DO TERCEIRO SETOR DESENVOLVIDA PELO INSTITUTO PRO BONO

O Instituto Pro Bono, por meio do *Projeto Pensando o Direito*, desenvolveu, sob a coordenação geral do Dr. Gustavo Justino de Oliveira, a pesquisa *Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor*, tomando como referência não somente o estudo da legislação em si, mas sua comparação com as de outros países, visando, por meio de um *aggiornamento* dos diferentes modo de empreender análises científicas do tema, propor um aperfeiçoamento no marco legal nacional do Terceiro Setor.

A pesquisa realizada teve como escopo propor uma minuta de anteprojeto de lei à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, apresentando conteúdo que, na conclusão do trabalho, poderia vir a ser reconhecido como a Lei Geral ou Estatuto Jurídico do Terceiro Setor.

A duas grandes dimensões do Anteprojeto de Lei – Estatuto Jurídico do Terceiro Setor são: a) uma dimensão de regras disciplinadoras dos direitos, deveres e obrigações das entidades do Terceiro Setor, em relação ao Estado, à população e à própria sociedade civil; e b) uma dimensão de necessária promoção de políticas públicas para o desenvolvimento do Terceiro Setor, tema contemporâneo e que está em discussão em todo o mundo.

Assim é que, em razão das inúmeras informações e do amplo leque de pesquisas realizadas pelo Instituto, faz-se necessária uma breve análise da abordagem da proposta, para, posteriormente, examinar a sugestão desta sobre a maneira a ser conduzido o processo licitatório no Terceiro Setor.

Percebe-se que os pesquisadores buscaram ordenar e sistematizar princípios e regras jurídicas essenciais para regulamentar as atividades no Terceiro Setor, por meio de conceituação, diretrizes, governança, relações trabalhistas, tributação e controles interno e externo.

No que tange à contratação de entidades integrantes do Terceiro Setor, a Administração Pública, segundo a Seção II (Da Prestação de Serviços das Entidades do Terceiro Setor para o Poder Público), nos termos do art. 28 do Anteprojeto; deve instruir prévio processo licitatório nos termos da Lei nº 8.666/1993, ressaltando-se que o Poder Executivo poderá encaminhar projeto de lei ao Congresso Nacional prevendo regras específicas para a participação das entidades do Terceiro Setor nos processos de licitação:

Art. 28. Salvo exceções previstas em lei, para contratar entidades do Terceiro Setor para prestar serviços ou fornecer bens, o Poder Público deverá instaurar prévio processo de licitação, nos termos da Lei federal n. 8.666/93.

§ 1º Somente poderão participar de processo de licitação as entidades do Terceiro Setor cujos fins institucionais sejam compatíveis com o objeto da licitação.

§ 2º O Poder Executivo poderá encaminhar projeto de lei ao Congresso Nacional, prevendo regras específicas para a participação das entidades do Terceiro Setor nos processos de licitação. (OLIVEIRA, 2009, p. 91).

Ocorre que o Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, proposto pelo Pro Bono, é omissivo quanto à maneira como deve ser realizada a aquisição de bens e serviços por parte das entidades componentes do Terceiro Setor quando recebem recursos públicos, não fazendo, nessa questão, qualquer referência à Lei nº 9.637/1998, que regulariza as Organizações Sociais, ou à Lei nº 9.790/1999, que regulamenta as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Diante de tal omissão e considerando a orientação pela aplicação da Lei nº 8.666/1993 quando a Administração firmar contrato com alguma entidade privada sem fins lucrativos, pode-se, por meio da analogia, entender que a obtenção de bens e serviços por parte dessas entidades deverá ser procedida sob a égide da Lei nº 8.666/1993.

5 TENDÊNCIAS PARA O TERCEIRO SETOR EM FACE DO PROJETO DE LEI DO SENADO PLS Nº 649/2011

Um dos principais impasses que decorrem dessa temática de gestão privada de recursos públicos para fins de interesse público pelas entidades do Terceiro Setor diz respeito ao regime jurídico a que tais entidades devem se submeter. Por serem privadas, em princípio o regime jurídico adotado deveria ser o privado. Todavia, a partir do momento em que estabelecem parcerias com a Administração Pública, essas entidades, ainda que minimamente, devem atentar para os princípios que regem a administração pública.

Hoje, as entidades do Terceiro Setor respeitam esses princípios administrativos especialmente porque as atividades que desempenham são de interesse público, como saúde, educação e assistência social. Trata-se de regramento especial, ora público, ora privado.

Com o intuito de regulamentar as entidades de Terceiro Setor, a Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado aprovou, em 31/05/2012, o Projeto de Lei nº 649/2011, (BRASIL, 2011), que pode vir a ser o novo marco regulatório das parcerias entre a Administração Pública e essas entidades. O projeto tem como principal objetivo estabelecer o regime jurídico entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público.

O Projeto, de autoria do senador Aloysio Nunes Pereira, representante do PSDB de São Paulo, foi aprovado em 28/08/2012 pela Comissão do Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) (PEREIRA, 2012) e deverá seguir para a Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

A iniciativa do projeto em questão pode ser vista como uma forma de preencher lacunas existentes nos mecanismos de escolha, pela Administração Pública, das entidades a celebrarem ajustes administrativos, bem como da maneira de aquisição de bens e serviços por parte das entidades componentes do Terceiro Setor quando recebem recursos públicos.

Além do mais, a nova proposta do Senado impõe a responsabilização pessoal dos dirigentes que atuarem com má-fé, define as atribuições dos gestores das entidades, entre outros quesitos carentes de regulamentação.

Insta salientar que o objetivo do proponente, ao apresentar o projeto em tela, foi demonstrado desde o começo, pautando-se na simplificação dos procedimentos a serem adotados nos casos de contratações que envolvam as entidades privadas sem fins lucrativos, observando-se sempre os já citados princípios da Administração Pública.

Tendo em vista que o Projeto de Lei nº 649/2011 contou com a colaboração de especialistas do Terceiro Setor, dirigentes da Associação Brasileira de ONGs, técnicos do Tribunal de Contas da União (TCU), do Ministério Público Federal (MPF) e da Controladoria Geral da União (CGU); foram levadas em consideração as experiências advindas das investigações promovidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI das ONGs) para sua elaboração (PEREIRA, 2012). Assim, o referido projeto promete firmar e, ao menos, iniciar nova forma padrão para os procedimentos em que a Administração Pública realiza em conjunto com o Terceiro Setor.

5.1 A necessidade de prévio concurso de projetos ou processo público objetivo

O item 2 deste artigo abordou a inovação procedida pelo Decreto nº 7.568/2011, que determinou a realização obrigatória de concurso de projetos para a escolha da entidade a celebrar termo de parceria com a Administração Pública.

Consoante o art. 23 do Projeto de Lei do Senado nº 649/2011,³ a escolha da entidade a contratar com a Administração Pública tende a permanecer sob a égide do princípio licitatório, todavia não há obrigatoriedade da adoção do concurso de projetos, podendo o Administrador eleger outro processo público e objetivo de habilitação e priorização (BRASIL, 2011).

Vale ressaltar que a opção dos proponentes do Projeto do Senado mostrou-se diversa daquela apresentada pelo Anteprojeto do Instituto Pro Bono, que prevê a contratação da entidade pelos moldes da Lei nº 8.666/1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O art. 24 do Projeto também elenca as regras que devem ser obedecidas na elaboração do edital do concurso de projetos ou no processo público escolhido, como a escoreta especificação dos critérios objetivos de classificação das propostas e a metodologia a ser utilizada para a avaliação (BRASIL, 2011).⁴

Ademais, segundo o art. 25, o edital deve ser publicado com antecedência e amplamente divulgado, inclusive no Diário Oficial da União (DOU), Diário Oficial do Estado (DOE) e em algum jornal de grande circulação.⁵

Está sendo proposto o prazo de 45 dias para o recebimento das propostas a serem apresentadas pelas entidades, contados da data da última publicação do aviso de ocorrência de concurso de projetos ou processo público,⁶ Além disso, são considerados critérios para o julgamento das propostas, dentre outros: o grau de adequação dos projetos aos objetivos específicos do programa, a capacidade técnica e operacional da entidade para a realização das

³ “Art. 23. A celebração de qualquer modalidade de parceria será precedida de concurso de projetos ou de processo público e objetivo de habilitação e priorização, exceto nas hipóteses previstas nesta Lei.” (BRASIL, 2011).

⁴ “Art. 24. O edital do concurso de projetos, ou do processo público e objetivo de habilitação e priorização, deverá especificar os critérios objetivos de classificação das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um deles.” (BRASIL, 2011).

⁵ “Art. 25. O edital deverá ser amplamente divulgado, especialmente mediante publicação em página do sítio oficial do órgão da entidade concedente especificamente destinada a veicular informações sobre suas parcerias, sendo facultada a criação de portal na Internet, que reúna as informações sobre parcerias de todos os órgãos de uma mesma entidade concedente.”

⁶ “Art. 25, § 3º O prazo mínimo para o recebimento das propostas será de 45 dias contados a partir da data da última publicação do aviso.”

atividades e o cumprimento das metas estabelecidas, bem como o balanço patrimonial dos dois últimos exercícios.⁷

Ao que parece, a Administração Pública, inicialmente por meio da Lei nº 9.790/1999, busca, a cada inovação no ordenamento jurídico, garantir a celebração de contratos com as entidades privadas sem fins lucrativos, por meio de instrumento justo e garantidor de isonomia e imparcialidade na escolha da parceira. Ainda, percebeu-se que as normas estabelecidas pelo PLS nº 649/2011 estão alicerçadas nas normas previstas na Lei nº 8.666/1993, contudo demonstram grande simplificação em sua aplicação, evidenciando o interesse do legislador em evitar a forma burocrática de seleção.

5.2 A aquisição de bens e serviços pelas entidades gestoras de recursos públicos: a questão do regulamento próprio

A análise realizada no item 3 do presente trabalho, acerca da maneira como se dariam as aquisições de bens e serviços pelas entidades utilizadoras de recursos públicos, versou sobre a previsão de regulamento próprio elaborado pela entidade privada sem fins lucrativos prevista nas Leis nº 9.790/1999 e nº 9.637/1998, que regulam as OSCIPs e OSs, respectivamente.

O Projeto de Lei nº 649/2011, na Seção III, que discorre sobre as regras a serem cumpridas no tratamento dos Termos de Parceria, também previu, em seu art. 48, a elaboração do regulamento próprio somente no que diz respeito às OSCIPs, praticamente nos mesmos termos utilizados pelo art. 14 da Lei nº 9.790/1999.

Conquanto o Projeto tenha como escopo a regularização das relações entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos, não cuidou de abranger as demais entidades, como, por exemplo, as Organizações Sociais, para quem a própria legislação também previu a elaboração do regulamento próprio.

Ainda que o Projeto não tenha especificado expressamente a extensão do regulamento próprio às demais entidades, tal fato apresenta-se como tendência quanto ao

⁷ “Art. 26. São critérios de julgamento obrigatórios: I – o grau de adequação do projeto aos objetivos específicos do programa ou ação em que se insere a parceria; II – o grau de adequação do projeto ao valor de referência constante do edital; III – a capacidade técnica e operacional da entidade para a realização das atividades e cumprimento das metas estabelecidas; IV – a experiência prévia da entidade na realização, com efetividade, do objeto do projeto, ou na realização de atividades de natureza semelhante, especialmente quando desenvolvidas no âmbito de parcerias anteriores; V – a situação das instalações e as condições materiais da entidade, quando essas instalações e condições forem necessárias para a realização da parceria; VI – o valor da contrapartida financeira da entidade parceira, caso exigida, o qual será aferido de acordo com balanço patrimonial e demonstração de resultados dos dois últimos exercícios.”

procedimento de aquisição de bens e serviços pelas entidades utilizadoras de recursos públicos, visto que, conforme demonstrado no item 3, a elaboração do regulamento próprio é modo isonômico e simplificado de reger essas relações.

Com a finalidade de atender minimamente às recomendações do Tribunal de Contas e à Lei Geral de Licitações, algumas entidades realizam cotações prévias, conforme se passa a analisar em seguida.

5.2.1 Cotação prévia

Tendo em vista que as entidades de Terceiro Setor devem apresentar prestação de contas anual e não havendo ainda uniformidade em relação à gestão de recursos públicos, a solução utilizada tem sido justificar seus gastos através de pesquisa de preços realizada junto ao mercado, apresentando no mínimo três cotações para balizar as aquisições realizadas.

Quando se analisa o P LS nº 649/2011 e a legislação vigente, pode-se perceber que a tendência legislativa para o Terceiro Setor é manter e aperfeiçoar as regras já existentes. Por outro lado, verifica-se, sob a ótica do paradigma do Estado Democrático de Direito, que as relações devem ser estabelecidas levando em consideração não só os princípios da administração pública mas também a solidariedade e a confiança entre os parceiros.

Neste contexto, observando que a Administração Pública, para definir a entidade com quem firmará parceria, obedece a critérios públicos para a seleção mediante o concurso de projetos, garantindo a isonomia entre as entidades e buscando a melhor proposta para si, e que, noutro momento, quando da prestação de contas e da avaliação dos resultados, a entidade parceira da administração será submetida a controles interno, externo, social, dentre outros; não há por que exigir que essa entidade, no âmbito de sua atuação - que é de natureza privada - realize procedimentos licitatórios para aquisição de bens e serviços necessários à execução das atividades em parceria com a Administração. Esta hipótese poderia ser vista como controle apriorístico, porém exagerado, e que interfere na natureza jurídica da própria entidade.

Há que se ressaltar que as entidades do Terceiro Setor, ao criarem capital social, tornam-se decisivas para o progresso econômico, além de buscarem superar a capacidade de mobilização social que lhes é característica, pelo profissionalismo.

Outro ponto relevante, segundo argumentação de Lester Salamon, diz respeito ao financiamento do Terceiro Setor, que não deve ser exclusivamente oriundo de doações

privadas; deve também gerar recursos e contar com o apoio do Estado, desde que tal contribuição não ameace a independência dessas atividades (SALAMON *apud* DIAS, 2008).

Como as entidades do Terceiro Setor são privadas, mas não visam ao lucro, e, embora não sendo públicas, exercem atividades de interesse público; há certa confusão quanto à aplicação do regime jurídico a ser adotado, conforme já mencionado anteriormente. Em especial, quando essas entidades firmam parcerias com a Administração Pública.

Hipótese aventada para que a Administração Pública instigue as entidades do Terceiro Setor a realizarem procedimentos licitatórios para aquisição de bens e serviços quando estes são adquiridos com recursos públicos, seria em razão de se cometer a fuga negativa para o direito privado, deixando assim de obedecer ao comando constitucional do dever de licitar.

Com o ressurgimento do Terceiro Setor mais forte, mais preparado, mais profissional, não cabe mais a percepção de que estas entidades funcionariam como forma de o Estado burlar o regime jurídico administrativo, tendo em vista suas características burocráticas e limitantes.

É fato que a Administração Pública, na realização de suas atividades, deve se utilizar da Lei Geral de Licitações em atenção aos princípios administrativos e constitucionais. Por outro lado, não é a melhor escolha optar pelo apego à forma, para que as entidades parceiras também apliquem a Lei Geral de Licitações ou ainda regulamento próprio baseado na referida lei.

Tal postura da Administração funcionaria como controle apriorístico mais apegado à forma que ao resultado propriamente dito, perdendo com isso efetividade. Além disso, a escolha da entidade parceira foi avaliada pela Administração Pública por meio de seleção pública, restando comprovada a capacidade técnica da entidade para execução das atividades a que se propôs em parceria com o Estado.

Outro ponto a ser observado diz respeito ao tipo de controle a ser realizado, se de legalidade ou de resultado. Considerando a natureza da parceria, o fato de a entidade ter sido escolhida dentre várias em razão do seu projeto indica a adoção do controle por resultados. Não cabem, portanto, ingerências da Administração Pública na gestão dos recursos repassados à entidade. Além disso, o ordenamento jurídico instituiu outros procedimentos e obrigações a serem cumpridos pelas entidades do Terceiro Setor quando estas estiverem na posição de gestoras de recursos públicos, dentre elas a prestação de contas.

A Constituição da República estipula a regra no parágrafo único do art. 70 dispondo: “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade,

garde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Abstrai-se da disposição constitucional que o controle da Administração Pública, quando se tratar de repasse de recursos públicos, se dará *a posteriori*. Já no art. 74, inciso II, dispõe que o controle interno dos três poderes da União tem por finalidade “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas vários movimentos proporcionaram transformações no Estado contemporâneo visando à reavaliação dos fins do Estado e ao reexame das funções do modelo estatal providencialista, bem como a forma de desempenho destas funções.

É fato que tais fenômenos fizeram emergir uma nova forma de administrar, tendo como bases o diálogo, a negociação, o acordo, a descentralização, a cooperação e a colaboração.

Em decorrência destas políticas reformistas dos Estado, houve uma intensificação das relações entre a Administração Pública e as entidades do Terceiro Setor, mesmo sem contar com um marco jurídico satisfatório para dirimir celeumas existentes.

Um dos principais tópicos que decorrem dessa temática é a que regime jurídico estariam subordinadas as entidades do Terceiro Setor, especialmente no que diz respeito à determinação dos princípios, das regras e dos procedimentos a que devem se sujeitar, tendo em vista que suas atividades são de interesse público.

À primeira vista, a regra geral a ser adotada seria a submissão ao regime de direito privado, já que as entidades são privadas. Todavia, a partir do momento em que estabelecem parcerias com a Administração Pública, essas entidades, ainda que minimamente, devem atentar para os princípios que regem a administração pública.

No que tange à questão do princípio licitatório, este vincula a Administração Pública à escolha da entidade com quem firmará parcerias, o que se dará por meio de concurso de projetos.

O que se percebe é a interferência da Administração Pública no campo da regulação do Terceiro Setor, no intuito de impor às entidades privadas sem fins lucrativos um regime jurídico próprio de órgãos e entidades que integram a Administração Pública.

Assim é que, conclui-se que a tendência para as licitações realizadas pelo terceiro setor é no sentido de simplificação dos procedimentos, pois que aqueles impostos pela Lei nº 8.666/1993 demonstram-se extremamente extensos e meticulosos para serem aplicados a entidades privadas sem fins lucrativos que têm por objetivo a prestação do serviço público, logo um apoio à Administração Pública.

Ainda, percebe-se que, ao afastar a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos da seara do Terceiro Setor, a Administração Pública, conseqüentemente, reduz sua ingerência e controle, visto que o concurso de projetos e o regulamento próprio elaborado pela entidade são procedimentos notadamente mais céleres e simplificados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República (1988). In: MEDAUAR, Odete (org.) *Coletânea de Legislação Administrativa*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. *Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999*. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que 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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3100.htm>. Acesso: 03 ago. 2012.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: MEDAUAR, Odete (Org.) *Coletânea de Legislação Administrativa*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 609-652.

BRASIL. Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação das entidades como Organizações Sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização dos Órgãos e Entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. In: MEDAUAR, Odete (org.) *Coletânea de Legislação Administrativa*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 821-826.

BRASIL. Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999, que 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. In: MEDAUAR, Odete (Org.) *Coletânea de Legislação Administrativa*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 827-831.

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/IN1_97>. Acesso em: 03 ago. 2012.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei nº 649/2011*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/98372.pdf>>. Acesso em: jun. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.1070/2003 – plenário*. Ministro relator Ubiratan Aguiar. Data do julgamento: 13/08/2003. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

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

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Modernização administrativa e parcerias com o Terceiro Setor: estudo do dever de licitar das entidades privadas sem fins lucrativos*. (No prelo)

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 4. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDAUAR, Odete (org.) *Coletânea de Legislação Administrativa*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legalidade - finalidade - eficiência - resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 13-36.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Estatuto jurídico do terceiro setor: pertinência, conteúdo e possibilidades de configuração normativa*. São Paulo: Instituto Pro Bono, 2009. (Série Pensando o Direito, 16).

PEREIRA, Aloysio Nunes. *Regulação para ONGs*. Disponível em: <<http://www.aloysionunes.com/imprensa/regulacao-para-ongs/>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 281-308.

SIMON, Pedro. *Manual de obtenção de recursos federais para municípios*. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/senadores/Senador/psimon/livros/livro030.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

ZEN, Marcela Roza Leonardo. Licitação e Terceiro Setor: reflexões sobre o concurso de projetos da Lei das OSCIPs. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 75-98.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.