



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO PLANTONISTA
WILBER CARLOS DOS SANTOS COIMBRA
Secretaria de Estado da Educação - SEDUC

Ref: REPRESENTAÇÃO com pedido de tutela antecipatória

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA - MPC/RO, órgão de estatura constitucional, previsto no artigo 130 da Constituição da República, com sede na Av. Presidente Dutra, 4229, Bairro Pedrinhas, nesta Capital, no exercício de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático, a guarda e a fiscalização do cumprimento da lei no âmbito do Estado de Rondônia e seus municípios, assim como fundado nas disposições contidas nos artigos 80, I, e 81 da Lei Complementar nº 154/96, bem como no artigo 230, I, do Regimento Interno da Corte de Contas, e na Resolução nº 76/TCE-RO/2011, interpor **REPRESENTAÇÃO**, com pedido de tutela antecipatória, pelas razões abaixo delineadas.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Para apuração de irregularidade no Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC, datado de 12 de dezembro de 2012, destinado à seleção de projetos entre Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, para a celebração de termo de parceria visando à "elaboração e execução do Projeto de Apoio à Educação Profissional e Integral aos Estudantes da Rede Pública Estadual de Ensino e constituição de seu corpo docente".

1 - Da situação das OSCIP no Ordenamento Jurídico Pátrio

1.1 - Da Reforma Administrativa

No final da década de 90 (noventa) do século passado foram introduzidas, no ordenamento jurídico do país, diversas figuras jurídicas, as quais, por serem destinadas a atuarem ao lado do Estado exercendo atividades de interesse social e coletivo, passaram a receber incentivos dos entes estatais.

Segundo preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello¹, além das autarquias sob regime especial, das agências reguladoras e das agências executivas, apareceram ainda, no cenário jurídico, o "contrato de gestão", as "Organizações Sociais" - OS, reguladas pela Lei 9.637/98 e as "**Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**" - OSCIP, instituídas pela Lei 9.790/99.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pag. 222.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

As OS e as OSCIP, ao lado dos serviços sociais autônomos e das entidades de apoio, receberam diversas nomenclaturas referentes à sua situação perante o Poder Público, dentre as quais se destacam: entes paraestatais², organizações colaboradoras (ou parceiras)³, organizações não governamentais⁴ e entes de cooperação ou instituições de benemerência⁵.

De todo modo, os autores são uníssonos ao enquadrá-las no chamado **terceiro setor**, que é marcado pela presença de entidades de cunho privado, destituídas de fins lucrativos, que exercem atividades de interesse público e que, por auxiliarem, dessa forma, o Estado, recebem incentivos do Poder Público. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o **terceiro setor** é composto de "entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos", coexistindo com "o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado"⁶.

1.2 - Da Lei nº 9.790/99 e do Decreto nº 3.100/99

As OSCIP, portanto, são entidades paralelas à Administração Pública, tendo sido inseridas no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 9.790/1999, que "dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Direito Administrativo, 21^a Ed. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 466.

³ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 23^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, pag. 587.

⁴ FILHO, Marçal Justem. Curso de Direito Administrativo, 6^a Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pag. 293.

⁵ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo, 4^a Ed. revista, ampliada, reformada e atualizada até 01/01/2010. Niterói: Impetus, 2010, pag. 167.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Direito Administrativo, 21^a Ed. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 465.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

direito privado, sem fins lucrativos, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público”.

Segundo consta do art. 3º da citada lei, podem ser qualificadas como OSCIP, pelo Ministério da Justiça, as pessoas jurídicas de direito privado que atendam a pelo menos uma das seguintes finalidades⁷:

- I - promoção da assistência social;
 - II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
 - III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;**
 - IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
 - V - promoção da segurança alimentar e nutricional;
 - VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
 - VII - promoção do voluntariado;
 - VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
 - IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
 - X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
 - XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
 - XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.
- Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos

⁷ Desde que não se tratem das entidades expressamente nominadas no art. 2º da Lei nº 9.790/99.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins." (grifou-se)

Cumpre ressaltar que a qualificação concedida pelo Ministério da Justiça deve operar sobre uma instituição privada já existente, não sendo possível a criação de uma nova entidade somente para atender ao fim pretendido.

Consta ainda da lei instituidora das OSCIP, em seu art. 4º, a necessidade de que as pessoas qualificadas disponham, em seus estatutos, sobre:

"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 patrimonial 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



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

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.

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título. (Incluído pela Lei nº 10.539, de 2002)''

Recebendo a qualificação de OSCIP, as pessoas jurídicas de direito privado tornam-se aptas a celebrar termo de parceria, que, segundo estabelecido no art. 9º do normativo, constitui:

''instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes,



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.”

Saliente-se que os termos de parceria possuem, em nosso entendimento, como se verá amiúde adiante, a natureza de verdadeiros contratos, devendo, por isso, seguir as mesmas disposições relativas à citada espécie de avença, especialmente no que diz respeito à necessidade de licitação.

Por outro giro, impende salientar que a Lei nº 9.790/99 foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.100/99, que trouxe, com a nova redação dada pelo Decreto Federal nº 7.568/2011, disposições relevantes para a contratação de OSCIP, dentre as quais se destaca a necessidade de realização de **edital de concursos de projetos** para a escolha da entidade, nos seguintes termos:

“Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

§ 1º Deverá ser dada publicidade ao concurso de projetos, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão estatal responsável pelo Termo de Parceria, bem como no Portal dos Convênios a que se refere o art. 13 do Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007.

§ 2º O titular do órgão estatal responsável pelo Termo de Parceria poderá, mediante decisão fundamentada, excepcionar a exigência prevista no **caput** nas seguintes situações:

I - nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de Termo de Parceria pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento;



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

II - para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou

III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do Termo de Parceria já seja realizado adequadamente com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.

§ 3º Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

Art. 24. Para a realização de concurso, o órgão estatal parceiro deverá preparar, com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação técnica do bem, do projeto, da obra ou do serviço a ser obtido ou realizado por meio do Termo de Parceria.

Art. 25. Do edital do concurso deverá constar, no mínimo, informações sobre:

I - prazos, condições e forma de apresentação das propostas;

II - especificações técnicas do objeto do Termo de Parceria;

III - critérios de seleção e julgamento das propostas;

IV - datas para apresentação de propostas;

V - local de apresentação de propostas;

VI - datas do julgamento e data provável de celebração do Termo de Parceria; e

VII - valor máximo a ser desembolsado.

Art. 26. A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público deverá apresentar seu projeto técnico e o detalhamento dos custos a serem realizados na sua implementação ao órgão estatal parceiro.

Art. 27. Na seleção e no julgamento dos projetos, levar-se-ão em conta:

I - o mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado;

II - a capacidade técnica e operacional da candidata;

III - a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados;

IV - o ajustamento da proposta às especificações técnicas;

V - a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; e

VI - a análise dos documentos referidos no art. 11, § 2º, deste Decreto.

Art. 28. Obedecidos aos princípios da administração pública, são inaceitáveis como critério de seleção, de desqualificação ou pontuação:



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

I - o local do domicílio da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ou a exigência de experiência de trabalho da organização no local de domicílio do órgão parceiro estatal;

II - a obrigatoriedade de consórcio ou associação com entidades sediadas na localidade onde deverá ser celebrado o Termo de Parceria;

III - o volume de contrapartida ou qualquer outro benefício oferecido pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Art. 29. O julgamento será realizado sobre o conjunto das propostas das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, não sendo aceitos como critérios de julgamento os aspectos jurídicos, administrativos, técnicos ou operacionais não estipulados no edital do concurso.

Vê-se que, no caso, a toda vista, o Decreto nº 3.100/99 possui abrangência federal, servindo tão somente para regulamentar, nessa esfera, a aplicação da Lei nº 9.790/99, que, entende-se, incide também somente no âmbito federal.

Não é possível, desse modo, que Estados e Municípios utilizem o regramento para celebrarem termo de parceria em seus territórios, haja vista a ausência de supedâneo legal.

A qualificação de OSCIP's nas esferas estaduais e municipais carece, por conseguinte, de regulamentação específica, que fixe os requisitos e procedimentos julgados necessários ao atendimento das necessidades regionais e locais⁸, sem o que não será

⁸ Nesse sentido, Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, versando acerca da necessidade de regulamentação própria da matéria no âmbito do Estado: "A respeito do tema, de se observar que o Estado de Minas Gerais disciplinou a matéria em voga por meio da Lei Estadual n. 14.870/2003 - que, muito recentemente, foi regulamentada pelo Decreto n.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

possível a celebração do termo de parceria, por, repise-se, absoluta falta de previsão legal⁹.

É esse o entendimento defendido por Paola Nery Ferrari e Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

“Considerando a Federação brasileira, Estados, Municípios e Distrito Federal, também podem criar tanto organizações sociais como organizações da sociedade civil de interesse público, desde que, em seu âmbito de atuação, exista prévia previsão legal. Isto porque a legislação federal, as Leis n. 9.637/98 e n. 9.790/99, só se aplica à administração pública federal e não serve de suporte para qualificar, como tais, pessoas

44.914/2008, publicado em 03 de outubro de 2008. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia também seguiu o entendimento de que os entes federativos têm competência para regulamentar a matéria em comento: *O Estado brasileiro caracteriza-se essencialmente pela repartição de competências entre a União, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios, sendo todos dotados de autonomia política, administrativa e financeira, nos termos da Constituição da República. Essas pessoas jurídicas públicas de capacidade política desfrutam competência legislativa própria, ou seja, editam normas jurídicas gerais e abstratas para disciplinar a vida social e para efetivar a organização e a estruturação dos órgãos e das entidades da administração pública, entre outras atribuições, respeitados os limites materiais constantes no ordenamento constitucional. A regra básica para a delimitação da competência do Estado federado está consagrada no § 1º do art. 25 da referida Carta, que reserva aos Estados as atribuições que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal. É a chamada competência residual, que faculta ao Estado tratar das matérias que não se enquadram no campo privativo da União ou do Município. A matéria atinente à OSCIP não constitui assunto de competência privativa da União nem do Município e pode ser objeto de disciplina jurídica por parte de qualquer das entidades componentes do sistema federativo brasileiro. **A instituição de normas relativas à qualificação de entidade particular como OSCIP deve ser disciplinada em cada nível de governo, uma vez que o assunto envolve aspectos de discricionariedade política dos legisladores federal, estadual e municipal.** Dessa forma, não há como negar a autonomia constitucional do Estado federado para a edição de normas sobre essa matéria.” (Parecer para o 1º turno para o Projeto de Lei n. 8/2003. Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <www.almg.gov.br> . Acesso em: 11 de setembro de 2008.)*

⁹ Ressalte-se que a Lei nº 9.790/99, por constituir norma geral, não pode ser inovada pelos Estados e Municípios, que devem limitar-se a fixar critérios que possibilitem uma aplicação do normativo adequada a seus respectivas âmbitos de competência.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

jurídicas de direito privado, na esfera estadual, municipal e distrital¹⁰." (grifou-se)

No mesmo diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera:

"Com relação aos Estados e Municípios, não tem aplicação obrigatória a Lei nº 9.790. Da mesma forma que os títulos de utilidade pública e organização social, para serem outorgados, dependem de lei de cada ente da federação, também a qualificação de Oscip está sujeita a mesma exigência. União, Estados e Municípios exercem o fomento em suas respectivas áreas de atuação. **Cada qual tem competência própria para estabelecer os requisitos para essa finalidade, que não têm que ser iguais aos da lei federal [...]** não tendo lei sobre a matéria, podem continuar a celebrar convênios com entidades do terceiro setor, com fundamento no artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21-6-93¹¹."

Não é demasiado destacar que as relações jurídicas travadas sob a égide do Direito Administrativo devem observar o princípio da legalidade, o qual, nessa esfera, somente admite que o administrador faça aquilo que esteja expressamente previsto ou autorizado em lei.

Assim, somente lei estadual (**não existente atualmente**) poderá viabilizar que o Estado de Rondônia firme termo de parcerias com entidades qualificadas, nos termos legais, como OSCIP.

Vale destacar, como assevera Di Pietro, que nada impede "*Estados e Municípios de firmarem ajustes com*

¹⁰ FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 85.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 477.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

as Oscips qualificadas pela União"¹², o que deve ser interpretado, dentro do contexto da lição da ilustre doutrinadora, como uma possibilidade condicionada à previsão em legislação estadual.

Ressalte-se que a necessidade de lei estadual ou municipal estabelecendo os requisitos para a qualificação de instituições privadas como OSCIP's é defendida, v.g., pelos Tribunais de Contas do Distrito Federal¹³, Minas Gerais¹⁴, Bahia¹⁵, São Paulo¹⁶, Paraíba¹⁷ e pelo Ministério Público Federal em Alagoas¹⁸.

¹²

¹³ Processo nº 400.000.745/2008 e Decisão nº 6.542/2005.

¹⁴ CONSULTA N. 716.238 de 27.11.2008: EMENTA: Município – Organização da sociedade civil de interesse público – Assessoria jurídica à população carente – Exigência de lei municipal para qualificação da OSCIP – Necessidade de licitação para celebração do termo de parceria – Limitações ao exercício da advocacia – Apreciação do estatuto social pela OAB – Fiscalização e controle pelo Tribunal de Contas – Empregados celetistas – Impossibilidade de lançamento em Despesa de Pessoal.

¹⁵ A questão foi regulamentada pelo Tribunal de Contas da Bahia por meio da Resolução n. 1.258/07, in verbis:

"a) a Lei Federal n. 9.790, de 23 de março de 1999, prevê a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, habilitando-as, mediante a celebração de termo de parceria, a colaborar com o Poder Público no atendimento de interesses públicos, desde que em seus objetivos sociais constem, pelo menos, uma das finalidades catalogadas no seu art. 3º;

b) a lei mencionada no item anterior restringe-se, por suas disposições, aos serviços públicos federais, sendo imprópria sua utilização direta pelos Municípios para fundamentar a celebração de termos de parceria com OSCIPs;

c) compete aos Municípios editar leis que disponham sobre as entidades que sejam passíveis de qualificação como OSCIPs, sobre as exigências para essa qualificação, inclusive no que tange às disposições estatutárias da pretendente, sobre a instituição e o conteúdo dos termos de parceria e demais requisitos necessários, observando-se, subsidiariamente, as regras estabelecidas pelos arts. 2º, 3º e 4º da Lei n. 9.790/99, além dos procedimentos insculpidos em seu art. 5º, no que couber;

d) alguns Municípios, não obstante o entendimento dominante, vêm celebrando termo de parceria com OSCIPs, inclusive com trespasse de serviços inteiros, sem respaldo legal, devido à inexistência de lei municipal autorizativa;



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Destaque-se ainda que o próprio Estado de Rondônia reconheceu a necessidade de normativo local, destinado a regulamentar a instituição de Organizações Sociais da Saúde¹⁹, nada obstante a existência da Lei Federal nº Lei 9.637/98, que regulamenta a matéria.

De mais a mais, sem embargos de a lei nº 9.790/1999 e do Decreto nº 3.100/99 insculpirem diversos elementos destinados à qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como OSCIP (em âmbito federal), bem como relativos à celebração de termos de parceria pelo Poder Público com ditas instituições, subsistem diversas lacunas em relação à maneira como deve ser efetivada a respectiva cooperação, o fomento e a execução de atividades de interesse público.

A incompletude da lei tem gerado uma série de divergências no âmbito doutrinário e jurisprudencial,

e) é vedada a utilização de OSCIPs para contratação de pessoal para o serviço público, o que caracteriza burla ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público para ingresso no referido serviço;

f) ao Tribunal de Contas dos Municípios incumbe, no exercício de sua competência constitucional de auxílio ao controle externo a cargo das câmeras municipais, fiscalizar a aplicação de recursos públicos, inclusive expedindo orientações que se façam necessárias."

¹⁶ Consulta TC-002149/006/02 de 5.5.2004, *ipsis litteris*: "Deste modo, como já fizeram a União (Lei Federal n. 9.637/98 e Lei Federal n. 9.790) e o Estado (Lei Complementar n. 846/98), a prefeitura poderá celebrar acordo com as mencionadas organizações, desde que haja legislação municipal que disciplina a matéria e sejam observados os procedimentos de seleção das entidades interessadas em desenvolver as atividades inerentes aos mencionados programas." (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Parecer 002149/006/02. Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.)

¹⁷ Acórdão AC1 TC 1407/09, de 02/07/2009

¹⁸ <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/patrimonio-publico-e-socia-11m-pf-recomenda-q-ue-prefeitu-rade-maceio-suspenda-contrato-com-a-oscip-pontual>>. Acesso em: 2 maio 2012.

¹⁹ Lei Estadual nº 2.675/2011, bem como o Decreto nº 16.545/2012.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

as quais são de exame obrigatório para fins de aferição da situação em apreço.

1.3 - Dos serviços que podem ser prestados pelas OSCIP

Tratando das figuras jurídicas introduzidas pela Reforma Administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera:

“As ‘organizações sociais’ e as ‘organizações da sociedade civil de interesse público’, ressalte-se, não são pessoas da Administração indireta, pois, como além se esclarece, são organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter ‘parcerias’ - para usar uma expressão em voga - com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são **livres à atuação da iniciativa privada**, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos²⁰.” (grifou-se)

Percebe-se da lição do renomado autor que as parcerias somente podem ser firmadas com instituições não-públicas para o desenvolvimento de atividades livres à atuação da iniciativa privada, ou seja, caracterizadas por serem serviços sociais **não exclusivos do Estado**.

Reforça o entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que a OSCIP:

“trata-se de uma qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder, mediante

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 27^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pag. 223.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria²¹.”

No mesmo diapasão é o ensinamento de Fernanda Marinela, senão vejamos:

“A Organização da sociedade civil de interesse público, também denominada OSCIP, foi instituída pela Lei n° 9.790, de 23 de março de 1999, regulamentada pelo Decreto Federal n° 3.100/99 e Portaria n° 361/99 do Ministério da Justiça. É conceituada como pessoa jurídica de direito privado, instituída por particular, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços sociais não exclusivos do Estado (serviços socialmente úteis), sob incentivo e fiscalização desse Estado e que consagre, em seus estatutos, uma série de normas sobre estrutura, funcionamento e prestação de contas (art. 4°)²².”

Saliente-se que serviços públicos não exclusivos do Estado são aqueles que podem ser compartilhados entre o Poder Público e o setor privado, haja vista que a Lei Maior não atribuiu exclusividade de prestação por parte do Estado. É o caso, por exemplo, dos serviços sociais de saúde, educação e assistência social.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zenalla Di Pietro assevera:

“Um último critério de classificação considera a exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço; esse critério permite falar em serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado. Na Constituição, encontram-se exemplos de serviços públicos exclusivos, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), os serviços de telecomunicação (art. 21, XI), os de radiofusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenalla. Direito Administrativo, 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 469.

²² MARINELA. Fernanda. Direito Administrativo. 4ª Ed. Revistas, ampliada, reformada e atualizada até 01/01/2010. Niterói: Impetus, 2010, pag. 167/168.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

demais indicados no artigo 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 25, § 2º).

Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante autorização do Poder Público. Tal é o caso dos serviços previstos no título VIII da Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 a 199), previdência social (art. 202), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 a 209)²³.”

Infere-se, desse modo, que a Educação é considerada um **serviço público não exclusivo do Estado**, podendo, portanto, ser executado tanto pelo Estado quanto por particulares.

Nada obstante, entendo que o permissivo deve ser tratado com parcimônia. Com efeito, poderão ser executados pelas OSCIP serviços na área de educação, desde que a sistemática não materialize infringência a outros dispositivos constantes do regime jurídico-administrativo pátrio.

Nessa esteira, v.g., não é juridicamente aceitável, como se verá amiúde adiante, que ente estatal terceirize a prestação de serviços de educação em áreas que ordinariamente integram a grade curricular do ensino médio, como matemática, português, física, química, biológica, etc.

De outra banda, parece não haver empecilho para a prestação de cursos profissionalizantes em áreas como gestão e negócios, produção industrial, turismo e recursos naturais, entre outras.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. *Direito Administrativo*, 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 124.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

1.4 - Da possibilidade de terceirização de mão-de-obra

A terceirização, segundo Sérgio Pinto Martins, significa a existência de "um estranho na relação jurídica entre duas pessoas"²⁴.

No âmbito privado, especificamente no que se refere às relações de emprego, a terceirização materializa-se de forma tripartite, contando com a presença de uma empresa tomadora dos serviços (locadora), da prestadora de serviços, também denominada de terceiro (locatário) e pelo seu empregado, que executa as tarefas, dispondo da sua energia de trabalho.

Pode-se afirmar, desse modo, que a terceirização possibilita que o tomador de serviço contrate terceiro para realizar atividades que não correspondam à finalidade de uma empresa (atividade-fim), mas somente para a realização de atividades suplementares (atividade-meio).

Nesse sentido, a atividade-fim corresponde ao objeto fundamental de uma entidade, para o qual ela é concebida, ao passo em que a atividade-meio é acessória, não essencial, servindo de suporte à principal.

Na esfera pública também se tem admitido a terceirização, desde que, nos moldes privados, a contratação de serviços esteja ligada a atividade-meio do

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005, pag. 206.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

tomador de serviços (entidade pública), sendo ilícita a simples locação de mão-de-obra, principalmente com a existência de subordinação direta e pessoalidade.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, "o que a Administração Pública não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, com burla à exigência de concurso público".²⁵

Em relação às OSCIP, Gustavo Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica ressaltam ainda que esta "deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP (...) impedindo-se, assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público".²⁶

Há que se concluir, diante do exposto, que é dado ao Poder Público transferir, ao terceiro setor (que inclui as OSCIP), atividades-meio do Estado. O que é

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, pag. 233.

²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. In: *Fórum administrativo - Direito Público*, ano 5, n° 49. Belo Horizonte: Fórum, mar/2005, p. 5209-5351.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

vedado, a toda vista, é que o Estado firme um termo de parceria para repassar atividades-fim ou mesmo arregimentar mão-de-obra, sob pena de caracterização de burla ao princípio constitucional do concurso público.

1.5 - Da Necessidade de Licitação

A questão atinente à observância à lei nº 8.666/93 para a seleção de OSCIP's interessadas em celebrar, com o Poder Público, termos de parceria, não encontra consenso na doutrina e na jurisprudência.

A Lei nº 9.790/99 em momento algum faz menção à necessidade de instalação de procedimento licitatório, nos termos previstos no art. 37, XXI, da CF/88 e na Lei nº 8.666/93.

Com base nesse argumento, o Tribunal de Contas da União decidiu, por meio do Acórdão nº 1.777/2005 - Plenário, não haver no ordenamento jurídico a obrigatoriedade de licitação para a escolha de OSCIP, devendo o gestor optar, para tal fim, pela realização de concurso de projetos²⁷.

Mais do que isso, a Egrégia Corte de Contas da União considerou que o Decreto nº 5.504/2005, que determina a obrigatoriedade de licitação para as contratações efetivadas pelas OSCIP com verbas públicas federais, era inconstitucional, devendo as instituições,

²⁷ Reiterando o entendimento, ACÓRDÃO Nº 1006/2011 - TCU - Plenário.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

por conseguinte, observar tão somente regulamento próprio, que atenda aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência (art. 14, c/c o art. 4º, inciso I, todos da Lei 9.790/99).

Vê-se, pois, que o TCU considera não ser necessária licitação quer para selecionar OSCIP, quer para as contratações realizadas pela própria instituição em decorrência da celebração de termo de parceria.

É bem verdade que no ano de 2011 o Decreto nº 3.100/99, que regulamenta a Lei nº 9.790/99, teve a redação alterada pelo Decreto nº 7.568/2011, passando a exigir tão somente a realização de **concursos de projetos** para a seleção de OSCIP.

A nova regra, nada obstante vá ao encontro do posicionamento do TCU, é absolutamente ilegal, já que, por meio de decreto, institui nova modalidade de licitação, em afronta patente ao disposto no § 8º do art. 22 da Lei nº 8.666/93²⁸, transbordando, ainda, os limites da lei que pretende regulamentar.

Além disso, o modo de seleção das OSCIP indicado pelo Tribunal de Contas da União e pretensamente sedimentado pelo Decreto nº 3.100/99 não é consentâneo com o ordenamento jurídico pátrio. Deveras, diversos são os fatores e as interpretações que levam a essa conclusão.

²⁸ Art. 22. [...] 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

De imediato, há que se diferenciar, para além do *nomen iuris* empregado, as figuras do convênio e do termo de parceria. Nesse ponto, em que pese o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho²⁹, no sentido de que o termo de parceria, por sua natureza, "*qualifica-se como verdadeiro convênio administrativo*"³⁰, não é esse o posicionamento que prevalece na doutrina, a qual o aproxima, como reconhece o próprio autor, ao contrato de gestão³¹, ou o concebe como instituto contratual autônomo³².

De fato, o convênio, que prescinde inequivocamente de licitação, é instrumento permeado pela existência de interesses comuns entre conveniente e conveniado, relativos, especificamente, ao objeto da avença, que é definido no tempo, como sucede, por exemplo, na construção de uma escola. Trata-se, portanto, de uma convergência de interesses substanciais, os quais, exatamente por esse motivo, possibilitam a ausência de licitação.

Demais disso, um dos requisitos para a celebração do convênio é a necessidade de contrapartida por parte da entidade beneficiada com o recebimento de verbas públicas.

²⁹ Encampado por Lucas Rocha Furtado.

³⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 23^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, pag. 390.

³¹ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho.

³² É o que se subentende, v.g., do silêncio de Maria Sylvia Zanella di Pietro sobre a comparação com os referidos institutos.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

No caso do termo de parceria, que é convencionado por tempo indeterminado, o que parece ser exigível é a existência de interesses comuns de modo formal, ou seja, previamente demonstrados, para fins de qualificação da pessoa jurídica de direito privado como OSCIP, não subsistindo sequer a necessidade de contrapartida por parte desta.

Outrossim, acaso o legislador houvesse por bem determinar que a celebração de avença com as OSCIP se desse por meio de convênio, decerto o teria feito de forma expressa, não se dando ao trabalho de criar uma nova figura, com denominação própria.

Partindo-se dessas premissas e tendo em mente que o Poder Público se vale obrigatoriamente da licitação quando presta serviços públicos, por meio da **contração** de particulares, em regime de concessão ou permissão, bem como que a **contratação** de Parcerias Público-Privadas demanda, igualmente, procedimento licitatório, o mesmo deve se dar com o termo de parceria, que, como dito alhures, guarda natureza contratual.

Robustece a tese o fato de a Lei nº 8.666/93, em seu art. 24, XXIV³³, ter expressamente mencionado que as Organizações Sociais celebram, com o Estado, **contratos**, derivados de dispensa de licitação.

³³ Art. 24. É dispensável a licitação: [...]XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Tal assertiva, em face da correlação estreita dessas instituições com as OSCIP's, deve ser estendida a esta.

Saliente-se, ainda, que a menção expressa à dispensa, para a contratação de OS's, deve ser entendida, a *contrario sensu*, como necessidade de licitação para a escolha de OSCIP, já que o legislador em momento algum excepcionou a situação dessa última³⁴.

Ressalte-se, por outro giro, que mesmo no caso das OS existem manifestações incisivas clamando pela inconstitucionalidade da contratação direta. Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Melo aduz:

“Não se imagine que pelo fato de o art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto mesmo é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.93) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação³⁵.”

³⁴ Nesse ponto, é relevante pontuar que, com base nesses argumentos, o Corpo Técnico e o Ministério Público de Contas que oficia junto ao Tribunal de Contas da União defenderam com afinco a posição de que seria necessária a realização de licitação para a seleção de OSCIP.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 27^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pag. 240/241.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Marçal Justen Filho utiliza interpretação semelhante para defender de forma incisiva a necessidade de realização de procedimento licitatório para contratação das instituições em apreço:

"Outra é a questão da seleção das organizações sociais para firmar contratos de gestão. Parece ter existido a intenção de não submeter à prévia licitação os contratos de gestão. A questão tornou-se mais problemática com a solução trazida pela Lei nº 9.648, ao introduzir dispositivo específico acerca da organização social no elenco do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (inc. XXIV). Essas regras têm de ser interpretadas com cautela, para evitar inconstitucionalidade. Ou seja, é necessário distinguir o contrato de gestão e os contratos instrumentais a ele relacionados. O dito contrato de gestão é uma espécie de contrato normativo, prévio e geral (contrato-mãe), que estabelece as regras gerais de relacionamento entre as partes. Mas haverá outros contratos, instrumentais e derivados, através dos quais serão estabelecidas condições específicas para execução de tarefas atribuídas à organização social. É imprescindível adotar processo objetivo de seleção dos interessados relativamente ao contrato de gestão. Suponha-se, por exemplo, que a Administração intencione outorgar aos particulares a gestão de um educandário. Não é possível que seja escolhida arbitrariamente uma certa organização social - mantida, por exemplo, pelo chefe político local. Logo, deverá facultar-se a possibilidade de disputa pelo contrato de gestão, selecionando-se a melhor proposta segundo critérios objetivos preestabelecidos.

Uma vez firmado o contrato de gestão, as futuras contratações de prestação de serviço - já previamente identificadas - serão pactuadas sem a necessidade de nova licitação. O requisito da objetividade da atuação administrativa estará satisfeito através da disputa para obtenção do contrato de gestão. As regras constitucionais acerca da atividade administrativa disciplinam a conduta dos agentes públicos quando selecionam organização social para contrato de gestão.

Há necessidade de prévia licitação para configurar o contrato de gestão e escolher a entidade privada que será contratada. O edital deverá conter todos os requisitos pertinentes, as metas a serem atingidas e um critério objetivo de seleção. Deverá conter descrição genérica dos contratos que serão firmados futuramente com a organização social. Não é possível, por exemplo, anunciar que a organização



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

social será contratada para prestação de serviços médicos de pequena monta e de valor irrisório e, após selecionada uma determinada entidade, firma contratos vultosíssimos, com grande amplitude³⁶³⁷."

Os argumentos colacionados dizem respeito às Organizações Sociais, instituições deveras semelhantes às OSCIP's`. Bem por isso, Marçal Justen Filho, logo em seguida, sedimenta:

"Estendem-se, aqui, os comentários realizados a propósito de tema similar às **organizações sociais**. É obrigatória a adoção de procedimento licitatório para a realização tanto de contrato de gestão como de termo de parceria. Não é facultado à Administração escolher, sem prévio procedimento licitatório, uma determinada organização da sociedade civil para realizar um 'termo de parceria' e, a partir daí, atribuir-lhe recursos para contratações as mais diversas não subordinadas a licitação. Isso seria a porta aberta para a fraude e a destruição da regra constitucional da obrigatoriedade de licitação. Bastaria a própria Administração produzir o nascimento de uma 'organização', submetida a seu estrito controle, e dela se valer para realizar todo o tipo de contratação sem prévia licitação³⁸." (grifou-se)

Impende acrescentar aos argumentos do renomado autor que não se pode conceber, mormente diante do princípio da indisponibilidade do interesse público, que seja livre à Administração Pública escolher, ao seu puro arbítrio, uma ou outra instituição, independentemente da existência (ou mesmo da possibilidade de existência) de propostas mais vantajosas ao ente público.

³⁶ FILHO, Marçal Justen. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14^a Ed. São Paulo: Dialética, 2010, pag. 39/41.

³⁷ Saliente-se que a constitucionalidade do modelo legal adotado em relação às Organizações Sociais encontra-se em exame no Supremo Tribunal Federal, em julgamento ainda pendente de decisão (ADIN n° 1923/DF).

³⁸ FILHO, Marçal Justen. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14^a Ed. São Paulo: Dialética, 2010, pag. 39/41.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

O Tribunal de Contas de Minas Gerais defende prontamente a obrigatoriedade de licitação, conforme se pode aferir da Ementa da Consulta n° 716.238, de 27.11.2008, senão vejamos:

EMENTA: Município – Organização da sociedade civil de interesse público – Assessoria jurídica à população carente – Exigência de lei municipal para qualificação da OSCIP – Necessidade de licitação para celebração do termo de parceria – Limitações ao exercício da advocacia – Apreciação do estatuto social pela OAB – Fiscalização e controle pelo Tribunal de Contas – Empregados celetistas – Impossibilidade de lançamento em Despesa de Pessoal.

No mesmo diapasão manifestou-se o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul³⁹:

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP. Termo de parceria. Execução de serviços de saúde. Programa Saúde da Família. Consulta. Município de São Borja. Licitação prévia. Termo de parceria. Contratações realizadas pelas OSCIPs com dinheiros públicos.

(...)

Relativamente à necessidade de prévia licitação para a celebração dos termos de parceria entre as OSCIPs e a administração pública, entendo que aquelas contratações que envolvem transferência de recursos públicos indispensavelmente estão condicionadas a certos controles públicos sem os quais não se legitimam. Como refere Egon Bockmann Moreira, "as OSCIPs, assim como as organizações sociais, são 'submetidas espontaneamente ao influxo (ao menos parcial) de regras do Direito Público'". (1)

De forma que é bom deixar bem claro que o Poder Público municipal deverá licitar para o atendimento dos serviços que necessita entregar à comunidade e para a escolha da entidade celebrante do termo de parceria, com isto atendendo aos princípios constitucionais da igualdade, moralidade, economicidade, publicidade, dentre outros. Importa registrar, embora não tenha sido

³⁹ Parecer n. 20/2007.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

objeto de questionamento, que a OSCIP interessada em firmar termo de parceria com o Poder Público deverá apresentar sua proposta da forma mais detalhada possível, especificando as vias de implementação do objeto, o prazo, os custos, pois com base nestes dados é que os resultados poderão vir a ser controlados e cobrados. (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Parecer n. 20/2007. Relatora: Auditora substituta de conselheiro Heloísa Tripoli Goulart Piccinini)

O próprio Tribunal de Contas do Estado de Rondônia já se manifestou nesse sentido:

“PARECER PRÉVIO Nº 07/2009 - PLENO

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, reunido em Sessão Ordinária realizada no dia 16 de abril de 2009, na forma do artigo 1º, inciso XVI, § 2º da Lei Complementar nº. 154/96, combinado com os artigos 84, §§ 1º e 2º, e 85 da Resolução Administrativa nº. 005/96 (Regimento Interno do Tribunal de Contas), conhecendo da Consulta formulada pelo Prefeito do Município de Ouro Preto do Oeste, Senhor **Braz Resende** e pela Senhora **Adenise Regina Barcelos**, Secretária Municipal de Planejamento e Fazenda, por unanimidade de votos, em consonância com o voto do Relator, Conselheiro ROCHILMER MELLO DA ROCHA.

É DE PARECER que se responda a Consulta nos seguintes termos:

I - Não é possível, à luz do que dispõe o artigo 30, inciso III, e os artigos 131 e 132, todos da Constituição Federal, a celebração de Termo de Parceria entre a Administração Pública e uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) com a finalidade de que esta última realize a execução de créditos inscritos na dívida ativa do ente federativo, em razão da impossibilidade de transferência a terceiros dessa atribuição, que é atividade precípua das carreiras da Advocacia Pública, bem como devido à incapacidade postulatória para essas entidades representarem os interesses da fazenda pública em juízo.

II - Levando em conta as disposições do artigo 3º da Lei Federal nº. 9.790/99, não se afigura possível que entidades sem fins lucrativos recebam a qualificação de “OSCIP” na hipótese, em tese, de apresentarem como objetivos sociais as atividades



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

correlatas à execução judicial ou extrajudicial de créditos, oriundos de qualquer natureza (tributários ou não-tributários), inscritos na dívida ativa municipal. Essa atividade não se coaduna com a atuação dessas entidades, as quais devem atuar de modo complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Poder Público, por meio da realização de projetos, programas e planos de ações, das doações de recursos físicos, humanos e financeiros por meio da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a Órgão do setor público que atuem em áreas afins.

III - A regra geral referente à obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório, prevista no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, deve ser observada na eleição de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) pela Administração Pública para executar tarefas correlatas às suas atividades estatutárias. Por certo que as hipóteses de contratação direta de OSCIP por dispensa ou inexigibilidade de licitação deverão atender aos requisitos previstos na Lei Federal nº 8.666/93." (grifou-se)

Por todo o exposto, entendo que a única forma de não se macular as disposições constitucionais que tratam das contratações de instituições para a prestação de serviços públicos, é a adoção de procedimento licitatório para a seleção de OSCIP, mister se fazendo a defesa aos princípios da isonomia e da seleção da melhor proposta para o Estado.

2 - Do Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC

Em 20 de novembro do corrente ano foi publicado no Diário Oficial do Estado de Rondônia (DOE nº 2101) edital destinado à **seleção de projetos** entre Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, para a celebração de termo de parceria visando à "elaboração e execução do Projeto de Apoio à Educação



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Profissional e Integral aos Estudantes da Rede Pública Estadual de Ensino e constituição de seu corpo docente”.

Segundo consta do item 1.2 do referido documento, a celebração da avença oferece:

“Formação Profissional nos eixos tecnológicos de gestão e negócios, produção industrial, recursos naturais, infraestrutura, turismo, hospitalidade e lazer, informação e comunicação, controle e processos industriais e produção alimentícia em Macrocampos e Arco Ocupacional nos municípios de Ariquemes, Cacoal, Guajará-Mirim, Porto Velho, Vilhena, Jaru, Ji-Paraná, Pimenta Bueno, Rolim de Moura e São Francisco do Guaporé, conforme tabela de cursos do anexo IV. O Projeto de Apoio à Educação Integral aos Estudantes da Rede Pública Estadual de Ensino também contempla cursos nas áreas pedagógicas de Língua Portuguesa, Biologia, Matemática, Educação Física, Música e Arte, nos municípios de Ariquemes, Buritis, Cacoal, Espigão d’Oeste, Guajará Mirim, Nova Mamoré, Ouro Preto d’Oeste, Porto Velho, Vilhena, Jaru, Ji-Paraná, Pimenta Bueno e Rolim de Moura atendendo cerca de 13 mil alunos”. (grifou-se)

Dentre as obrigações da OSCIP, cumpre destacar a necessidade de fornecimento de “material didático e pedagógico aos docentes e discentes dos Cursos de Educação Profissional Técnica de Nível Médio Integrada ao Ensino Médio e aos docentes e discentes da Educação Integral” (item 1.3.4), bem como a “contratação do corpo docente do Projeto pela OSCIP”, que deverá ser regida “segundo as normas da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, assumindo inteira responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias dessas relações de emprego” (item 3.3).

Insta salientar ainda que a OSCIP selecionada receberá do Poder Público, para a consecução do projeto, o montante mensal (item 8.1) de R\$



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais), valor que, ao final do período de 36 (trinta e seis) meses previstos para a execução do contrato (Cláusula Sétima da Minuta do Termo de Parceria), atingirá a cifra de R\$ 61.200.000,00 (sessenta e um milhões e duzentos mil reais).

2.1 - Das irregularidades aferidas no Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC

2.1.1 - Da ausência de Lei Estadual regulamentando a qualificação de instituições privadas como OSCIP

Nos termos externados no tópico 1.2, a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, nas demais esferas estatais alheias à União, necessita de lei formal do ente federativo.

Isso porque, não é demasiado repisar, a Lei nº 9.790/99 é norma federal, em face do que os Estados e Municípios precisam, para o atendimento de suas necessidades, de normativos próprios regulamentando a matéria.

Assim, diante da ausência de normativo estadual tratando do tema, há que se reconhecer a ilegalidade da abertura de edital para a celebração de termo de parceria com OSCIP, qualificada dessa forma conforme previsto na legislação federal.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

2.1.2 - Da ausência de procedimento licitatório

Entende o Ministério Público de Contas, como já suficientemente abordado, que a seleção de OSCIP interessadas em firmar termo de parceria com o Estado demanda a realização de procedimento licitatório, nos moldes insculpidos na Lei nº 8.666/93.

A par disso, ainda que se admitisse a realização de concurso de projetos, prevista no Decreto Federal nº 3.100/99, tem-se que a abrangência deste se limita à União, de modo que inexistente, para a esfera estadual, qualquer regulamentação que possibilite uma seleção isonômica e que atenda a regras comezinhas do regime jurídico administrativo.

Também por isso o Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC já deveria ser considerado ilegal.

2.1.3 - Da inobservância às disposições previstas no Decreto 3.100/99 para a seleção de OSCIP - Publicidade

Ainda que o Decreto nº 3.100/99 pudesse ser utilizado para regular a celebração de termo de parceria entre o Poder Público Estadual e OSCIP interessada na avença, requisitos constantes do normativo foram sumariamente descumpridos.

Primeiro, infere-se da documentação encaminhada a este Parquet pela SEDUC que a publicação do



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Edital n° 008/2012-GAB/SEDUC ocorreu tão somente no Diário Oficial do Estado de Rondônia, medida que, a toda prova, **não atende ao princípio constitucional da publicidade**, de observância obrigatória para a regularidade de uma seleção que se presume isonômica e eficiente.

A irregularidade ganha contornos ainda mais acentuados na espécie, em que é de conhecimento público não existirem no Estado diversas OSCIP da área em que se pretende firmar termo de parceria.

A sistemática infringe o § 1° do Art. 23 do Decreto n° 3.100/99, que estabelece a necessidade de se dar "*publicidade ao concurso de projetos, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão estatal responsável pelo Termo de Parceria, bem como no Portal dos Convênios a que se refere o art. 13 do Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007. (Incluído pelo Decreto n° 7.568, de 2011)*"⁴⁰.

2.1.4 - Da concessão de subvenção social - ausência de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual

⁴⁰ É de se salientar que mesmo o disposto no Decreto parece não atender à abrangência requerida pelo princípio constitucional da publicidade, não sendo desarrazoado suscitar a inconstitucionalidade do preceptivo, caso a publicação houvesse se dado somente nos termos nele previstos.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Segundo preleciona Sérgio Jund⁴¹, "subvenções são transferências correntes de recursos destinados a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas e visam à suplementação dos recursos de origem privada destinados à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica, educacional, sociais e, ainda, para cobrir o déficit de empresas públicas, ou seja, pertencentes à Administração Indireta".

Subsistem no ordenamento jurídico pátrio duas espécies de subvenções, quais sejam: (i) subvenções sociais e (ii) subvenções econômicas. *In casu*, interessa tão somente abordar a primeira, haja vista ser o método que o Estado pretende utilizar para o repasse de valores à OSCIP⁴².

As subvenções sociais estão previstas no art. 16 da Lei nº 4.320/64, *in verbis*:

"Art. 16. Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica.

Parágrafo único. O valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à

⁴¹ JUND, Sérgio. Administração, Orçamento e Contabilidade Pública. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pag. 290.

⁴² Atente-se que as subvenções, como o próprio nome indica, dizem respeito ao repasse de valores para que entidades privadas prestem serviços sociais, não exclusivos do Estado. Como se externará adiante, os serviços envolvidos no pretense termo de parceria não poderiam ser submetidos a particulares, haja vista serem de prestação exclusiva pelo Poder Público. De todo modo, admitindo-se, ainda que em tese, a celebração do termo de parceria, as normas relativas à concessão de subvenções sociais deveriam ser observadas.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados.

Art. 17. Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções.

De acordo com os preceptivos legais acima transcritos, tem-se que subvenções sociais são aquelas que destinam a entidades públicas ou privadas, sem finalidade lucrativa, recursos financeiros com vistas à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional.

Ressalte-se que a concessão de subvenções deve ser excepcional, tendo vez sempre que tais serviços não puderem ser prestados diretamente pelo ente público e que, atendidas as demais prescrições, a atuação de entidades privadas se revele mais **econômica e eficiente**.

Nesses termos é a lição lapidar de Sérgio Jund, senão vejamos:

"[...] a subvenção deve ser a exceção, pois a regra seria o ente governamental, caso possua condições e tenha interesse, fazê-lo diretamente, reservando as subvenções para suplementar a iniciativa dos particulares que atuarem nesse mister, após a devida aprovação pelos órgãos oficiais quanto aos critérios da legalidade e legitimidade na aplicação dos recursos por parte da entidade que o receberá⁴³".

Pois bem, não há, no caso em apreço, qualquer estudo, ou mesmo indicativo, de que o ente

⁴³ JUND, Sérgio. Administração, Orçamento e Contabilidade Pública. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pag. 290.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

governamental não possua condições de prestar os serviços diretamente ou, ainda, **de que a celebração de termo de parceria seja mais econômica para o Poder Público.**

Além disso, com a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, o repasse de recursos para entidades privadas passou a ser realizado de forma mais dificultosa.

Conforme prelecionam Carlos Maurício Figueiredo e Marcos Nóbrega:

"Antes, exigia-se, apenas, previsão na Lei Orçamentária Anual, a partir da LRF, conforme artigo 26, passa-se a exigir o cumprimento de 3 requisitos para a realização destas despesas:

- 1. estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais;**
- 2. atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias; e**
- 3. ser autorizada por lei específica.**

Trata-se de regra moralizadora. Não são poucos os casos em que a discricionariedade conferida ao gestor resultou na realização de gastos pautada pelo assistencialismo e ferindo o princípio constitucional da impessoalidade.

Vislumbramos diversas despesas alcançadas pelo dispositivo em comento, a exemplo dos fundos de aval, da aquisição de bens para distribuição e auxílio financeiro e pessoas carentes e da concessão de **subvenções sociais**⁴⁴." (grifou-se)

Não é possível localizar, na documentação encaminhada a este Parquet, quaisquer dos documentos exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Com efeito, não há notícia de previsão do repasse de valores à OSCIP na Lei de Diretrizes

⁴⁴ FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. Responsabilidade Fiscal - Aspectos Polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pag. 41.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Orçamentárias. Outrossim, a celebração do termo de parceria deveria ser antecedida de **lei específica**, ou seja, de caráter monotemático, promulgada somente para esse fim específico, procedimento que decerto não ocorreu, tendo em conta que nem mesmo lei estadual regularizando a OSCIP em território estadual foi elaborada.

Dessa feita, por não haver comprovação de que a prestação dos serviços pela iniciativa privada é mais econômica, e ainda, diante da ausência de instrução do processo administrativo com autorização contida na Lei de Diretrizes Orçamentárias e em lei específica, bem como de previsão orçamentária para a contratação, o edital deve, também por esses motivos, ser taxado de ilegal.

2.1.5 - Da Burla ao Concurso Público e à obrigação de licitar

Depreende-se que por meio da OSCIP serão realizadas inúmeras aquisições de materiais sem a necessária realização de licitação, materializando-se infringência ao disposto no art. 37, XXI, da Lei Fundamental⁴⁵.

⁴⁵ Art. 37 [...] 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.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem aborda a utilização deturpada de OSCIP:

Na prática vem ocorrendo desvirtuamento das Oscips, tendo em vista que os termos de parceria com elas firmados nem sempre observam os seus fins institucionais, que são **atividades privadas de interesse público**, dentre as previstas no art. 3º da Lei n. 9.790 ou na respectiva legislação estadual e municipal. A participação do Poder Público deve se enquadrar na atividade de **fomento: o objetivo é o de incentivar tais entidades pelo fato de prestarem atividade privada de interesse público**. Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão-de-obra, porque isto contraria os objetivos institucionais da entidade⁴⁶. (grifou-se)

Nesse mesmo sentido manifestou-se a Corte de Contas do Amazonas⁴⁷, que com base em parecer do Ministério Público de Contas, de lavra do Procurador Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, aduziu que **a celebração de termo de parceria com OSCIP não pode servir de subterfúgio para o "desprezo aos princípios e regras do regime jurídico administrativo"**. No caso, OSCIP foi utilizada como mera intermediária para a realização de compras, tomada de serviços e mão de obra, sob regime distinto do aplicável à Administração Pública.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias da Administração Pública. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 280/281.

⁴⁷ Acórdão nº 419/2011 - TCE - PLENO, que julgou irregular as contas do exercício de 2008 da Secretaria de Estado de Segurança Pública do Estado do Amazonas.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Conforme mencionado alulhes, caberá à OSCIP a contratação do corpo docente responsável pela implementação do Projeto, que deverá ser regido pela CLT, sendo que a entidade Parceira deverá assumir inteira responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias dessas relações de emprego (item 3.3).

Outrossim, caberá à OSCIP o fornecimento de *"material didático e pedagógico aos docentes e discentes dos Cursos de Educação Profissional Técnica de Nível Médio Integrada ao Ensino Médio e aos docentes e discentes da Educação Integral"* (item 1.3.4).

Vê-se, desse modo, que a entidade irá contratar professores para a prestação de serviços educacionais, procedimento que, em meu entendimento, constitui burla ao ingresso no serviço público por meio de concurso, nos moldes previstos no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988⁴⁸.

Vale destacar que a própria lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB (Lei nº 9.394/1996) determina como medida de valorização dos profissionais da educação o ingresso exclusivamente por concurso público, nos seguintes termos:

"Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos

⁴⁸ Art 37 [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

estatutos e dos planos de carreira do magistério público;

I - ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;"

Não é admissível, nesses termos, que a OSCIP seja utilizada como meio de contratação de mão-de-obra, como forma de evitar a realização de concurso público.

2.1.6 - Da Terceirização da atividade-fim do Estado

Nesse ponto, cumpre rememorar a lição de Gustavo Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica, ao aduzirem que a OSCIP:

"deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP (...) impedindo-se, assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público".⁴⁹

Outrossim, vislumbra-se, conforme exposto no tópico anterior, que a contratação de pessoal diretamente pela entidade, para a prestação de atividade finalística do Estado, constitui burla à exigência constitucional de concurso público para a seleção de pessoal para órgão estatal e ao cálculo, nos termos constitucionais, dos

⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. In: Fórum administrativo - Direito Público, ano 5, n° 49. Belo Horizonte: Fórum, mar/2005, p. 5209-5351.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

limites de gasto com pessoal e de aplicação, *in casu*, na educação, notadamente, diante da dificuldade da fiscalização pelos órgãos de controle interno e externo.

No caso concreto não é possível distinguir qual a real pretensão da Administração, pois no item 3 do Edital prevê como conteúdo mínimo do projeto o seguinte:

"a) Programa de trabalho proposto com base na Lei Federal 9.790/1.999, Decreto Federal 3.100/1999, e no Anexo I - Termo de Referência do presente Edital;

b) Planos de Ensino anuais e de aulas semanais por escola e município:

- **Aulas de Educação Profissional** - projeção de oferta de 08 (oito) cursos, em 04 (quatro) municípios, distribuídos em 06 (seis) escolas.
- **Aulas de Formação Inicial e Continuada** - projeção de oferta de 18 cursos, em 04 (quatro) municípios, distribuídos em 04 (quatro) escolas.
- **Aulas de Educação Integral** - projeção de oferta de cursos nas áreas de ciências, língua portuguesa, biologia, matemática, educação física, música e arte em 13 (treze) municípios.
- **Integração dos docentes** ao planejamento e reuniões pedagógicas inerentes ao calendário escolar vigente da Unidade Escolar onde estão sendo ofertados os cursos.
- **Aulas de recuperação** em períodos propostos no calendário escolar, participação em Conselhos de Classe e reuniões bimestrais de pais e/ou responsáveis."

O teor dessa divisão de atividades e os quadros de cursos dispostos no anexo IV do Edital não



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

permitted to conclude in which dates, locations and/or quantities the services will be performed by the OSCIP and which will be provided directly by the State (professors hired) in order to fulfill the constitutional obligation of offering basic compulsory and free education.

It is worth highlighting, also, that the scope and non-compliance with the description of the object intended to authorize affirming that the "courses" attend or not to the minimum and compulsory disciplines for the conclusion of secondary education.

The fact is that there is a great distinction between **professional technical education of medium level** and **integral education of medium level**, not being adequate to develop similar treatment, since in each situation there are peculiarities distinct.

According to art. 36-A, sole paragraph, of Law n° 9.394/96 (Included by Law n° 11.741, of 2008), the preparation for work and, facultatively, the professional habilitation (Education Professional Technical of Medium Level) will be developed in the own establishments of secondary education or in cooperation with specialized institutions in professional education.

It is about the offer of various types of professionalizing courses, which have as objective the inclusion of students in the labor market, being developed in an integrated or concomitant manner (same institution of



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

ensino ou instituições de ensino distintas), nos termos do art. 36-C da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Segundo o art. 36-D, os diplomas de cursos de educação profissional técnica de nível médio, quando registrados, terão validade nacional e habilitarão ao prosseguimento de estudos na educação superior. E, nas formas articulada concomitante e subsequente, quando estruturados e organizados em etapas com terminalidade, possibilitarão a obtenção de certificados de qualificação para o trabalho após a conclusão, com aproveitamento de cada etapa que caracterize uma qualificação para o trabalho.

Por outro lado, a Educação Integral, conforme a Lei Estadual nº 2.416/2011, concretiza-se com a implantação das Escolas de Educação Integral de forma progressiva, observada a disponibilidade orçamentária e financeira para a ampliação da jornada escolar, que não, necessariamente, irá ofertar habilitação profissional.

Em caráter geral, referem-se às disciplinas que ordinariamente já compõem a grade curricular da educação estadual, tais como: matemática, história, língua portuguesa e educação física.

Veja, portanto, que a amplitude do objeto disposto no Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC (**Aulas de Educação Profissional; Aulas de Formação Inicial e Continuada; Aulas de Educação Integral; Integração dos**



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

docentes; Aulas de recuperação), demonstram uma miscigenação das atividades, sem distinguir qual a efetiva participação da OSCIP, deixando grande margem para uma atuação desmedida.

A terceirização de atividade-fim do Estado, mediante a atuação de OSCIP em áreas de conhecimentos que integram a educação básica (plano pedagógico obrigatório - regular ou integral), é altamente questionável, para não dizer impossível, em razão das disposições dos artigos 208, 211, § 3º, 213, 214 da Constituição Federal; art. 60 do ADCT e da Lei Federal nº 9.394/96.

Por outro norte, não haveria óbice, desde que atendidos os requisitos constitucionais e legais, e que os serviços não estejam previstos nas obrigações regulamentadas pela Lei Federal nº 9.394/96 (quer dizer, não componham a grade curricular do ensino público obrigatório), que o Estado repasse à OSCIP a prestação de serviços, por exemplo, de **educação profissionalizante**.

Portanto, o modelo aglutinado de modalidades educacionais proposto pela administração não coaduna com a legislação vigente.

Ademais, desde o exercício de 2010, tramitam na Corte diversos editais de contratação temporária de professores para atender a rede estadual de ensino, alguns inclusive com contemplação de multa em razão de não se ter realizado o devido concurso público, o que demonstra que a



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

contratação de OSCIP pode ter por fundo, também, a terceirização da atividade-fim.

2.2 - DEMAIS IRREGULARIDADES NO EDITAL N° 008/2012/SEDUC

Compulsando os documentos encaminhados via Ofício n° 3735/2012-GAB/SEDUC, é fácil perceber que existem várias falhas no Edital que inviabilizam por completo a continuidade do procedimento, a saber:

2.2.1 - O Termo de Referência é incompleto, pois, em apenas 04 (quatro) páginas, a Administração propõe um modelo de seleção de projetos para celebração de parceria com OSCIP pelo período de **36 (trinta e seis) meses**, num valor aproximado de **R\$ 61.200.000,00 (sessenta e um milhões e duzentos mil reais)**, sem descrever diversos elementos substanciais que deveriam regular/detalhar o objeto pretendido, os critérios objetivos de escolha da instituição, a maneira de execução, etc. (Anexo I);

2.2.2 - não existem justificativas relacionadas à necessidade, à viabilidade, à economicidade e à vantajosidade da cooperação pretendida, nem mesmo estudo técnico para avaliar sua eficiência;

2.2.3 - não consta qualquer menção objetiva em relação ao local que serão ministrados os cursos, inclusive no tocante à responsabilidade pelos custos



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

indiretos (Ex: energia, climatização, reparos, água, etc.);

2.2.4 - não há compatibilidade entre o termo de referência e o Edital em vários itens, principalmente em relação à descrição das cidades e a respectiva modalidade de curso a ser ministrado;

2.2.5 - Inexiste descrição clara do conteúdo programático das disciplinas pertinentes ao "programa de educação integral da rede estadual" (fls. 91/173), considerando que as expressões utilizadas para definir o conteúdo são genéricas, não possibilitando aferir quais os temas e os assuntos que deverão ser ministrados;

2.2.6 - inexiste descrição dos equipamentos mínimos, datas, períodos, horários, número de salas de aula, entre outros;

2.2.7 - a alínea "h" do item I da Cláusula Terceira da Minuta do Termo de Parceria (fl. 7) impõe à OSCIP a responsabilidade pelos materiais a serem utilizados nas aulas, sem apresentar qualquer definição para o termo "materiais" (Como que a Administração irá controlar/fiscalizar a utilização ou não de "materiais"?);

2.2.8 - não há exigência de qualificação mínima para o exercício da atividade de docente, vez que, de acordo com os quadros de cursos do Anexo IV do Edital, em diversas disciplinas e cursos o pré-requisito de escolaridade limita-se em exigir "acadêmico 5º período" ou



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

"conhecimento e habilidades na área", em total dissonância com as determinações legais para exercício da atividade profissional;

2.2.9 - não há demonstração da forma de compatibilização do curso regular de nível médio e as demais modalidades de ensino profissional (conteúdo teórico mínimo; horário; turno; dias letivos ou não; etc.);

2.2.10 - não existe qualquer abordagem a respeito da responsabilidade pelo **transporte escolar** e **alimentação dos alunos** (estudo integral);

2.2.11 - inexistente qualquer referência sobre as aulas de recuperação (quando? como? Para quem?)

2.2.12 - ausência de critério objetivo para julgamento das propostas, pois os itens 06 e 07 do Edital apenas atribuem a uma comissão de (três) membros a responsabilidade para promover a avaliação da *Proposta de Gestão*, considerando: "A - análise geral do projeto, 1 a 5 pontos (...)⁵⁰; B - tempo de experiência em gestão de projetos pedagógicos: 1 a 5 pontos (...); C - tempo de experiência em gestão de projetos de cunho profissionalizante em escolas - 2 a 5 pontos; D - qualidade e economicidade da proposta (...), não havendo

⁵⁰ I - qualidade da Proposta de Gestão (...); II - coerência e consistência do projeto apresentado, analisando-se se as atividades e a metodologia apresentadas são suficientes para se atingir os resultados propostos; III - existência de projeto de capacitação do corpo docente;



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

qualquer método de parametrização com requisitos objetivos.

3 - Da concessão de medida cautelar

O Supremo Tribunal Federal reconhece, com amparo na Teoria dos Poderes Implícitos, que os Tribunais de Contas possuem Poder Geral de Cautela, ou seja, podem expedir medidas cautelares para dotar de efetividade suas decisões finais⁵¹.

Nesse sentido, o art. 108-A do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia dispõe acerca da concessão de Tutela Antecipatória, sempre que houver fundado receio de consumação, reiteração ou continuação de dano ao erário, ipsis litteris:

“Art. 108-A. A Tutela Antecipatória é a decisão proferida de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público de Contas, da Unidade Técnica, de qualquer cidadão, pessoa jurídica interessada, partido político, associação ou sindicato, por juízo singular ou colegiado, com ou sem a prévia oitiva do requerido, normalmente de caráter inibitório, que antecipa, total ou parcialmente, os efeitos do provável provimento final, nos casos de fundado receio de consumação, reiteração ou de continuação de lesão ao erário ou de grave irregularidade, desde que presente justificado receio de ineficácia da decisão final.”

Constata-se do dispositivo legal que os requisitos para a concessão de Tutela Antecipatória são:
(i) fundado receio de consumação, reiteração ou

⁵¹ Decisão tomada no MS nº 26.547.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

continuação da lesão ao erário ou grave irregularidade (*fumus boni juris*) e (ii) receio de ineficácia da decisão final (*periculum in mora*).

Na situação em apreço, conforme se pode aferir da documentação que consta da representação, existe fundado receio da consumação de grave irregularidade, consubstanciada na implementação do termo de parceria (transferência e início da aplicação de recursos públicos) sem que haja sequer supedâneo legal para a qualificação de OSCIP no âmbito do Estado de Rondônia.

Ademais, diversas outras irregularidades de demasiada gravidade permearam os atos que antecederam à celebração da avença, tais como: (i) transferência à instituição privada de atividade-fim do Estado; (ii) ausência de procedimento licitatório e de comprovação de que o termo de parceria é mais econômico para o erário e eficiente para a população; (iii) não comprovação de que haja autorização na LDO, lei específica e orçamento para cobrir os encargos monetários decorrentes da celebração do termo de parceria; (iv) infringência ao princípio da publicidade, notadamente diante da publicação do edital somente no Diário Oficial do Estado; (v) ausência de lei estadual criando/regulamentando as OSCIP's; (vi) graves defeitos no edital e no termo de referência, dentre outros.

Presente, portanto, o fundado receio de consumação de grave irregularidade.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Outrossim, a instalação da entidade com quem deverá ser celebrado o Termo de Parceria, no Estado de Rondônia, bem como o início da utilização de recursos públicos, pode materializar relações jurídicas irreversíveis, sendo crível, inclusive, pressupor a viabilidade de indenização à instituição por valores eventualmente desembolsados, notadamente pela contratação de pessoal para a prestação dos serviços e mobilização de estrutura física (aquisição de sede, equipamentos, etc.).

Verossímil vislumbrar, portanto, fundado receio de ineficácia da decisão final da Corte de Contas (*periculum in mora*), já que não sendo concedido o provimento cautelar nesse momento, inevitavelmente o Estado irá experimentar graves prejuízos.

Por todo o exposto, presentes os requisitos para a concessão de Tutela Antecipatória, mister se faz que seja prolatada decisão monocrática, inaudita altera parte, de lavra do Eminentíssimo Conselheiro Relator responsável pelas contas da SEDUC, suspendendo, até decisão final de mérito, o Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC, ou, caso já tenha sido realizada a escolha da OSCIP, quaisquer medidas tendentes a implementar o termo de parceria, mormente no que diz respeito à assinatura da avença e ao repasse de recursos financeiros.

4 - Conclusão

Diante do exposto, considerando-se a possibilidade de consumação de grave irregularidade



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

relativa à seleção de OSCIP nos moldes previstos no Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC, o Ministério Público requer seja:

I - Concedida Tutela Antecipatória, *inaudita altera parte*, determinando ao Excelentíssimo Governador do Estado de Rondônia - Senhor Confúcio Aires Moura e à Secretária de Estado da Educação, Senhora Isabel Luz, a suspensão do Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC, ou caso tenha sido selecionada OSCIP, de quaisquer medidas tendentes a implementar o termo de parceria;

II - autuada a presente representação para apuração das irregularidades expendidas;

III - Admoestar os gestores envolvidos acerca da possibilidade de aplicação de diversas sanções pelo descumprimento a determinações do Tribunal de Contas, tais como multas, afastamento temporário do responsável do cargo ocupado e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito das Administrações Públicas estadual e municipais;

IV - fixado o prazo de 3 (três) dias para que o Governo do Estado e a Secretária da SEDUC comprovem a suspensão requerida no item I, sob pena de aplicação das penalidades previstas nos arts. 54 e 55, IV, da Lei Complementar nº 154/96;

V - Chame-se aos autos, para o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o Estado de Rondônia, na pessoa do Excelentíssimo



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Governador, Senhor Confúcio Aires Moura e a Secretária da SEDUC, Senhora Isabel Luz, para que apresentem justificativas relativas às seguintes irregularidades:

a) ausência de previsão legal, no âmbito do Estado de Rondônia, para a qualificação, como OSCIP, de instituições privadas, sem fins lucrativos, em afronta ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988;

b) ausência de procedimento licitatório para a seleção da OSCIP, com vistas à celebração de termo de parceria, em desrespeito ao art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988;

c) publicação do Edital nº 008/2012 somente no Diário Oficial do Estado, infringindo o princípio da publicidade, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988;

d) pretensão de concessão de subvenção social sem a comprovação de que a prestação da atividade por instituição particular seja mais econômica e eficiente para o Estado, na forma exigida no caput do art. 16 da Lei nº 4.320/64;

e) pretensão de repasse de recursos para entidade privada sem a comprovação da existência de autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias, em lei específica e de previsão na lei orçamentária do ente



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

político, nos moldes insculpidos no art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

f) injustificada terceirização da atividade-fim do Estado, em possível afronta ao princípio do concurso público para a contratação de servidores (art. 37º, II, da Constituição Federal de 1988) e a obrigatoriedade de licitação para a aquisição de bens e a contratação de obras e/ou serviços (art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988);

g) amplitude do objeto disposto no Edital nº 008/2012-GAB/SEDUC (**Aulas de Educação Profissional; Aulas de Formação Inicial e Continuada; Aulas de Educação Integral; Integração dos docentes; Aulas de recuperação**), demonstrando uma miscigenação das atividades, sem distinguir qual a efetiva participação da OSCIP, deixando grande margem para uma atuação desmedida;

h) Termo de Referência incompleto, pois não houve a descrição de diversos elementos substanciais que deveriam regular/detalhar o objeto pretendido, os critérios objetivos de escolha da instituição, a maneira de execução, etc. (Anexo I);

i) ausência de justificativas relacionadas à necessidade, à viabilidade, à economicidade e à vantajosidade da cooperação pretendida, nem mesmo estudo técnico para avaliar sua eficiência;



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

j) ausência de menção objetiva em relação ao local que serão ministrados os cursos, inclusive no tocante à responsabilidade pelos custos indiretos (Ex: energia, climatização, reparos, água, etc.);

l) incompatibilidade entre o termo de referência e o Edital em vários itens, principalmente em relação à descrição das cidades e a respectiva modalidade de curso a ser ministrado;

m) descrição incompleta do conteúdo programático das disciplinas pertinentes ao "programa de educação integral da rede estadual" (fls. 91/173), considerando que as expressões utilizadas para definir o conteúdo são genéricas, não possibilitando aferir quais os temas e os assuntos que deverão ser ministrados;

n) inexistência de descrição dos equipamentos mínimos, datas, períodos, horários, número de salas de aula, entre outros;

o) inexistência de definição para o termo "materiais" previsto na alínea "h" do item I da Cláusula Terceiro da Minuta do Termo de Parceria, que impõe à OSCIP a responsabilidade pelos materiais a serem utilizados nas aulas (fl. 7);

p) não exigência de qualificação mínima para o exercício da atividade de docente, vez que, de acordo com os quadros de cursos do Anexo IV do Edital, em diversas disciplinas e cursos o pré-requisito de



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

escolaridade limita-se em exigir "acadêmico 5º período" ou "conhecimento e habilidades na área", em total dissonância com as determinações legais para exercício da atividade profissional;

q) sem demonstração da forma de compatibilização do curso regular de nível médio e as demais modalidades de ensino profissional (conteúdo teórico mínimo; horário; turno; dias letivos ou não; etc.);

r) sem qualquer abordagem a respeito da responsabilidade pelo transporte escolar e alimentação dos alunos (estudo integral);

s) nenhuma referência detalhada sobre as "aulas de recuperação", conforme item 03 do Edital (quando? como? Para quem?);

t) ausência de critério objetivo para o julgamento das propostas, pois os itens 06 e 07 do Edital apenas atribuem a uma comissão de (três) membros a responsabilidade para promover a avaliação da *Proposta de Gestão*, considerando: "A - análise geral do projeto, 1 a 5 pontos (...); B - tempo de experiência em gestão de projetos pedagógicos: 1 a 5 pontos (...); C - tempo de experiência em gestão de projetos de cunho profissionalizante em escolas - 2 a 5 pontos; D - qualidade e economicidade da proposta (...), não havendo qualquer método de parametrização com requisitos objetivos de julgamento.

Porto Velho, 21 de dezembro de 2012.



Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia
Procuradoria-Geral de Contas

Érika Patrícia Saldanha de Oliveira

Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas