



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

Senhor Conselheiro Francisco Carvalho da Silva
Relator das Contas da Secretaria de Estado da Segurança
Pública - SESDEC

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 **FORMULA**

REPRESENTAÇÃO, com pedido de decisão monocrática

Para apuração de irregularidade na abertura de Chamamento Público e na celebração de termo de parceria entre o Estado de Rondônia, com interveniência da Secretaria de Estado da Segurança Pública - SESDEC, e instituição privada qualificada, pelo Ministério da Justiça, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, tendo por objeto a execução de Projeto de Melhoria da Plataforma de Atendimento 190 - Emergência, captura de imagens e monitoramento das câmeras de vigilância.



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

1 - Considerações iniciais

Em 28 de março de 2012, o Ministério Público de Contas - MPC oficiou ao Excelentíssimo Secretário de Estado da Segurança, Defesa e Cidadania - SESDEC, Senhor Marcelo Nascimento Bessa, solicitando cópia integral do procedimento que versa sobre a seleção pública de OSCIP para celebração de termo de parceria com o Poder Público Estadual¹, bem como da justificativa de sua abertura e do termo de referência que o instrui.

Em resposta, foi remetido a este Parquet, por meio do Ofício nº 616/12-GAB/SESDEC², "Aviso de Chamamento Público nº 001/2012, cuja introdução contempla a justificativa da medida, bem como em seu anexo o Termo de Referência".

Em 10 de abril de 2012, o MPC reiterou o pedido anterior, aduzindo que o conteúdo da resposta "não foi satisfatório, tendo em vista que foi encaminhada somente a cópia do Aviso de Chamamento Público nº 001/12, dissociada dos demais documentos que, por certo, integram o processo administrativo".

A documentação requerida foi então encaminhada a este órgão ministerial em anexo ao Ofício nº

¹ Ofício nº 130/PGMPC/2012 (Doc. Anexo 1.)

² Doc anexo 2.



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

636/12-GAB/SESDEC, que trouxe cópia do processo administrativo nº 01.1501.00099-00/2012³.

Em 19 de abril de 2012, o MPC enviou novo ofício dirigido ao Secretário da SESDEC, dessa feita, solicitando cópia dos projetos recebidos, bem como o resultado da análise do julgamento dos projetos selecionados, "conforme cronograma disposto no Aviso de Chamamento Público nº 001/2012-GAB/SESDEC⁴, documentação recebida, em sua maior parte⁵, em 24 de abril de 2012, por intermédio do Ofício nº 755/12-GAB/SESDEC⁶.

Por fim, cumpre aduzir que em 26 de abril último o Secretário Adjunto da SESDEC, Senhor Antônio Carlos dos Reis, remeteu ao MPC cópia do termo de parceria firmado com a OSCIP Programas Sociais da Amazônia - PROSAM, na data de 25 de abril de 2012.

Impende destacar que o Aviso de Chamamento Público em exame e o termo de parceria celebrado caracterizam o início de uma série de medidas de transferência (ao terceiro setor) da execução de serviços inicialmente prestados pelo Estado, que devem ser adotadas durante a gestão do Excelentíssimo Governador do Estado de Rondônia, Senhor Confúcio Aires Moura, conforme publicamente divulgado pela autoridade em seu blog pessoal⁷.

³ Doc. Anexo 3.

⁴ Doc. Anexo 4.

⁵ Não foi encaminhado o resultado da análise do projeto selecionado.

⁶ Doc. Anexo 5.

⁷ <http://confuciomoura.com.br/blog/index.php/terceiro-setor/>



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

Bem por isso, referida intenção deve ser examinada de forma pormenorizada, notadamente no que diz respeito à necessidade de atendimento, pela sistemática, aos termos insculpidos na Constituição Federal de 1988, aos princípios que compõe o Regime Jurídico Administrativo do país e ao que dispõe a lei nº 8.666/93.

2 - Da situação das OSCIP'S no Ordenamento Jurídico Pátrio

2.1 - 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 Mello⁸, 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.

As OS e as OSCIP's, 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

⁸ 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

paraestatais⁹, organizações colaboradoras (ou parceiras)¹⁰, organizações não governamentais¹¹ e entes de cooperação ou instituições de benemerência¹².

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. Segunda 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"¹³.

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

As OSCIP's, portanto, são entidades paralelas à Administração Pública, tendo sido inseridas no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 9.790/1999 (**norma geral**), que "dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público".

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Direito Administrativo, 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 466.

¹⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 23ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, pag. 587.

¹¹ FILHO, Marçal Justem. Curso de Direito Administrativo, 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pag. 293.

¹² MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo, 4ª Ed. revista, ampliada, reformada e atualizada até 01/01/2010. Niterói: Impetus, 2010, pag. 167.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. Direito Administrativo, 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 465.



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

Segundo consta do art. 3º da citada lei, podem ser qualificadas como OSCIP's, pelo Ministério da Justiça, as pessoas jurídicas de direito privado que atendam a pelo menos uma das seguintes finalidades¹⁴:

"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.

¹⁴ 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

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

Cumpra ressaltar que a qualificação concedida pelo Ministério da Justiça deve operar sobre uma instituição privada já existente, não sendo imputável ao ente político a criação de uma nova entidade.

Consta ainda da lei instituidora das OSCIP's, 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



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

transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

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

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

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

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

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

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

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



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

"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, 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



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

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;

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



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

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;



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

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:

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.



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

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 como dito alhures, constitui norma geral.

Não é possível, desse modo, que Estados e Municípios utilizem a qualificação de uma instituição como OSCIP, feita pelo Ministério da Justiça, ou seja, **um órgão federal**, para celebrarem termo de parceria em seu âmbito de atuação.

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 locais¹⁵, sem o que não será

¹⁵ 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. 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*



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

possível a celebração do termo de parceria, por absoluta falta de previsão legal¹⁶.

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 jurídicas de direito privado, na esfera estadual, municipal e distrital¹⁷.” (grifou-se)

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.

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.)

¹⁶ 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.

¹⁷ FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 85.



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

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 Federal¹⁸, Minas Gerais¹⁹, Bahia²⁰, São Paulo²¹, Paraíba²² e pelo Ministério Público Federal em Alagoas²³.

¹⁸ Processo nº 400.000.745/2008 e Decisão nº 6.542/2005.

¹⁹ 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.

²⁰ 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;

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 câmaras municipais, fiscalizar a aplicação de recursos públicos, inclusive expedindo orientações que se façam necessárias."

²¹ 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.



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 Saúde²⁴, nada obstante a existência da Lei Federal nº Lei 9.637/98, que estabelece normas gerais sobre 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's (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, as quais são de exame obrigatório para fins de aferição da situação em apreço.

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.)

²² Acórdão AC1 TC 1407/09, de 02/07/2009

²³ <<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.

²⁴ 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

2.3 - Dos serviços que podem ser prestados pelas OSCIP's

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 públicos²⁵." (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

²⁵ 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

com incentivo e fiscalização pelo Poder, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria²⁶.”

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°) ²⁷.”

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:

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zenalla. Direito Administrativo, 21ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, pag. 469.

²⁷ 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

“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 radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e 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)²⁸.”

Impende ainda destacar que a segurança pública, sob enfoque do Direito Administrativo, materializa-se com **serviço público exclusivo do Estado**, considerando ser ele essencial à convivência do ser humano em sociedade.

Nesse diapasão, José dos Santos Carvalho Filho, valendo-se da nomenclatura serviços indelegáveis, defende que os serviços de defesa nacional, **segurança interna**, fiscalização de atividades e os serviços assistenciais, “só podem ser prestados pelo Estado

²⁸ 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

diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes"²⁹.

Na mesma esteira, Marçal Justen Filho sintetiza que:

"será vedado ao ente integrante da Administração Pública promover a contratação de uma empresa privada para a prestação de serviços sempre que a atividade envolvida abranger a necessária e inafastável atuação de uma pessoa física vinculada diretamente ao Estado - seja por relação de direito público, seja por relação de direito privado. **Esse entendimento se fundamenta no monopólio pelo Estado de certas atividades, as quais não podem ser delegadas a um particular que não integre de modo permanente a estrutura estatal"³⁰.**

Tem-se por cristalino, portanto, que não são todas as espécies de serviços públicos que podem ser fomentadas pelo Poder Público junto às OSCIP's, por meio de termos de parceria, estando a discricionariedade administrativa, na espécie, limitada pela própria natureza do encargo que deverá ser, dentro dos limites constitucionais, aberto à iniciativa privada, **caracterizando serviço público não exclusivo do Estado.**

²⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 23^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, pag. 352.

³⁰ FILHO, Marçal Justem. Curso de Direito Administrativo, 6^a Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pag. 795.



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

2.4 - 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 pessoas³¹."

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 tomador de serviços (entidade pública), sendo ilícita a

³¹ 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

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".³²

Em relação às OSCIP's, 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".³³

Há que se concluir, diante do exposto, que é dado ao Poder Público transferir, ao terceiro setor (que inclui as OSCIP's), atividades-meio do Estado. O que é vedado, a toda vista, é que o Estado firme um termo de

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, pag. 233.

³³ 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

parceria para repassar atividades-fim ou mesmo arregimentar mão-de-obra, sob pena de caracterização de burla ao princípio constitucional do concurso público.

2.5 - 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 projetos³⁴.

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's com verbas públicas federais, era inconstitucional, devendo as instituições, por conseguinte, observar tão somente regulamento próprio, que atenda aos princípios da legalidade, impessoalidade,

³⁴ Reiterando o entendimento, ACÓRDÃO Nº 1006/2011 - TCU - Plenário.



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

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 8.666/93³⁵, transbordando, ainda, os limites da lei que pretende regulamentar.

Além disso, o modo de seleção das OSCIP's 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.

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

³⁵ 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

entendimento de José dos Santos Carvalho Filho³⁶, no sentido de que o termo de parceria, por sua natureza, "qualifica-se como verdadeiro convênio administrativo"³⁷, não é esse o posicionamento que prevalece na doutrina, a qual o aproxima, como reconhece o próprio autor, ao contrato de gestão³⁸, ou o concebe como instituto contratual autônomo³⁹.

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.

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

³⁶ Encampado por Lucas Rocha Furtado.

³⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 23^a Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, pag. 390.

³⁸ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho.

³⁹ É o que se subentende, v.g., do silêncio de Maria Sylvania Zanella di Pietro sobre a comparação com os referidos institutos.



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

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, XXIV⁴⁰, ter expressamente mencionado que as Organizações Sociais celebram, com o Estado, **contratos**, derivados de dispensa de licitação. Tal assertiva, em face da correlação estreita dessas instituições com as OSCIP's, deve ser estendida a esta.

⁴⁰ 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

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 última⁴¹.

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 arrear 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;

⁴¹ 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.



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

inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação⁴².”

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

⁴² 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

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 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 amplitude⁴³⁴⁴."

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

⁴³ FILHO, Marçal Justen. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010, pag. 39/41.

⁴⁴ 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 nº 1923/DF).



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

“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 licitação⁴⁵.”
(grifou-se)

Impende acrescer 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.

O Tribunal de Contas de Minas Gerais defende prontamente a obrigatoriedade de licitação, conforme se pode aferir da Ementa da Consulta nº 716.238, de 27.11.2008, senão vejamos:

⁴⁵ FILHO, Marçal Justen. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010, pag. 39/41.



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

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 Sul⁴⁶:

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 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)

⁴⁶ Parecer n. 20/2007.



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

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.

3 - Do Aviso de Chamamento Público N° 001/2012-GAB/SESDEC

Em 26 de março do corrente ano foi publicado, no Diário Oficial do Estado n° 1943, Aviso de Chamamento Público, tendo por escopo a seleção de OSCIP para a celebração de Termo de Parceria com o Estado de Rondônia, destinado ao apoio à execução do Projeto de Melhoria do Atendimento da Plataforma 190 - Emergência, captura de imagens e monitoramento das câmeras de vigilância.

Segundo consta do item 1 do referido aviso, a celebração da avença envolve a "ampliação no número de PA's (posições de atendimento), seleção e capacitação de pessoal, melhora no ambiente de trabalho, ampliação do sistema de monitoramento de câmeras, adequação do prédio, aquisição de sistemas adequados".

A seleção restringiu a participação às OSCIP's que tivessem objeto social pertinente e compatível com o objeto do edital, e que atendessem todas as suas exigências, inclusive quanto à documentação constante do instrumento e seus anexos.



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

Dentre os documentos exigidos, sobreleva destacar a necessidade de Carta de Apresentação (item 5.7.2), destinada ao comitê gestor do projeto, Projeto Técnico (item 5.7.3), contendo Roteiro de Elaboração, memória de cálculo, currículo da entidade proponente, declarações de adimplência e funcionamento regular da entidade.

Ademais, foram exigidos diversos documentos com o desiderato de comprovar a habilitação da OSCIP para a prestação dos serviços em parceria com o ente estatal, relativos, em suma, à habilitação jurídica, à qualificação técnica e à regularidade fiscal e trabalhista (item 6).

No que diz respeito ao julgamento, consignou-se que as propostas seriam avaliadas e julgadas por uma comissão composta pelos Gerentes de Administração e Finanças; de Planejamento e de Tecnologia (item 7), com base em critério de pontuação estabelecido no instrumento de convocação (item 10).

Por fim, cumpre aduzir que a contratação da proposta aprovada ficará condicionada ao atendimento de uma série de exigências, tais como a "realização de ajustes do projeto técnico, plano de trabalho e memória de cálculo, solicitados pela equipe técnica do órgão responsável pela contratação" (item 12).



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

3.1 - Das irregularidades aferidas no Aviso de Chamamento Público

3.1.1 - Da ausência de Lei Estadual regulamentando a qualificação de instituições privadas como OSCIP'S

Nos termos externados no tópico 2.2, 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 geral, em face do que os Estados e Municípios precisam, para o atendimento de suas necessidades, de normativos próprios regulamentando a matéria, máxime diante da autonomia dessas entidades políticas para dispor acerca de assuntos cuja competência não seja privativa da União.

Assim, diante da ausência de normativo estadual tratando do tema, há que se reconhecer a ilegalidade da abertura de seleção pública para a celebração de termo de parceria com OSCIP, qualificada dessa forma nos termos da legislação federal.

3.1.2 - Da ausência de procedimento licitatório

Entende o Ministério Público de Contas, como já suficientemente abordado, que a seleção de OSCIP's interessadas em firmar termo de parceria com o Estado



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

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 Aviso de Chamamento Público nº 001/2012 - GAB/SESDEC deve ser considerado ilegal.

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

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, diversos requisitos constantes do normativo foram sumariamente descumpridos.

Com efeito, infere-se da documentação encaminhada a este Parquet pela SESDEC que a publicação do Aviso de Chamamento Público nº 001/2012-GAB/SESDEC ocorreu, a tempo⁴⁷, tão somente no Diário Oficial do

⁴⁷ No dia 25.4.2012 a mesma publicação foi realizada no Jornal Alto Madeira, de circulação reduzida. Não bastasse isso, além da tímida abrangência do noticiário, no mesmo dia da publicação o termo de parceria foi assinado, não havendo como reconhecer higidez no procedimento levado a cabo.



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

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 existir na esfera estadual nenhuma OSCIP, notadamente da área em que se pretende firmar termo de parceria. **Bem por isso somente uma instituição compareceu e apresentou proposta de parceria referente ao Chamamento Público.**

A sistemática infringe o § 1º do Art. 23 do Decreto nº 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 nº 7.568, de 2011)*"⁴⁸.

O "edital" também não atende ao disposto no art. 24 do Decreto em comento, que exige que o órgão estatal parceiro prepare, "*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*".

⁴⁸ 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

O compulsar da documentação evidencia a ausência de dados concretos que permitissem às instituições interessadas aferir exatamente quais atividades o Poder Público Estadual pretende fomentar, já que não existem quaisquer informações relativas aos quantitativos de servidores que serão necessários e nem em qual área atuarão.

Outrossim, não há qualquer referência ao valor que se pretende disponibilizar à OSCIP, de modo que é impossível, com os elementos apresentados, que a entidade saiba se poderá ou não atender à demanda almejada pelo Estado.

Nesse ponto, o Aviso de Chamamento Público afronta a previsão contida no inciso VII do art. 25, que estipula a menção ao valor máximo a ser desembolsado pelo ente político⁴⁹.

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

Segundo preleciona Sérgio Jund⁵⁰, "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,

⁴⁹ Art. 25. Do edital do concurso deverá constar, no mínimo, informações sobre: [...] VII - valor máximo a ser desembolsado.

⁵⁰ 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

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 OSCIP⁵¹.

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

Art. 17. Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos

⁵¹ 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

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 receberá⁵²".

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

⁵² 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**⁵³." (grifou-se)

⁵³ 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

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 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.

Por fim, a inexistência de previsão orçamentária pode ser aferida na Ata da Primeira Reunião da Comissão de Análise, Julgamento e Fiscalização de Termo de Parceria, em que o Senhor André Roberto Lima de Sousa, Gerente de Planejamento, deixa assente a necessidade de readequação orçamentária, ao afirmar que, *"em razão do descontingenciamento de parte do orçamento, realizado pela Secretaria de Estado de Planejamento, seria necessário que esta SESDEC tomasse uma das seguintes medidas: conseguir o descontingenciamento; remanejar recursos de seu orçamento atual ou readequar os valores do atual projeto"*.

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 Aviso de



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

Chamamento Público deve, também por esses motivos, ser taxado de ilegal.

3.1.5 Da natureza das atividades prestadas

Conforme devidamente expendido no item 2 da vertente representação, não são todas as formas de serviços públicos que podem ser repassadas às OSCIP's, estando o campo de atuação dessas instituições limitados aos **serviços não-exclusivos do Estado**.

Aferiu-se, ainda, que os serviços de segurança pública estão inseridos, inequivocamente, dentre aqueles de **prestação exclusiva ou privativa pelo Poder Público**.

Nessa esteira, entendo que o atendimento às chamadas de emergência - 190, a captura de imagens e o monitoramento de câmeras de vigilância são serviços que fazem parte das atribuições ínsitas à segurança pública do Estado.

Em relação às chamadas de emergência, ganham notoriedade diante da mídia casos em que policiais ou bombeiros contribuem, utilizando técnicas inerentes a sua formação como militares, para o salvamento de vidas ou a prevenção de crimes.

É o caso do bombeiro ou do policial que auxilia uma pessoa a realizar os primeiros socorros em uma



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

vítima de afogamento⁵⁴ ou que tenha sofrido parada respiratória por ter engasgado⁵⁵.

De igual modo, o policial, valendo-se de sua formação e experiência, pode inibir práticas criminosas por valiosas instruções transmitidas por meio de chamadas de emergência⁵⁶.

Em todas essas situações uma instrução técnica que, na maioria das vezes, **deve ser repassada em frações de segundo**⁵⁷, pode ser substancial para a manutenção ou não de uma vida.

Banda outra, no que atine aos serviços de captura de imagem e monitoramento eletrônico por meio de câmeras de vigilância, a função privativa do Estado materializa-se também de forma incisiva, haja vista que o método constitui maneira de inibir práticas delituosas e de contribuir diretamente para a atuação da Polícia Civil na investigação de condutas vedadas pela legislação penal. Caracteriza, dessa forma, uma atividade repressiva do Estado, limitando direitos fundamentais em prol de um bem maior, qual seja, a busca da paz social.

Outrossim, há que se ter em mente que a captura indiscriminada de imagens de locais públicos,

⁵⁴<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL973524-5598,00-POR+TELEFONE+BOMBEIRO+SALVA+CRIANCA+DE+AFOGAMENTO+EM+GOIAS.html>

⁵⁵<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL880920-5598,00-BOMBEIROS+SALVAM+VIDA+DE+BEBE+PELO+TELEFONE+EM+MG.html>

⁵⁶<http://mais.uol.com.br/view/99at89ajv6h1/ligacao-para-o-190-da-policia-salva-vitima-de-assalto-em-sp-04024E1C3168CCA12326?types=A>

⁵⁷ O que pode ser frustrado pela necessidade de redirecionamento de uma chamada.



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

diante do direito constitucional à privacidade, somente se justifica diante da obrigatoriedade de promoção da segurança pública por parte do Estado.

De qualquer modo, é certo que ditos serviços não se confundem com a função social ou não exclusiva do Estado, que tem como vertentes, v.g., a educação e a saúde, que são serviços abertos à iniciativa privada.

Dessa feita, por exclusão, só podem ser caracterizados como espécie de **serviços exclusivos do Estado**, não sendo possível, portanto, o repasse das atividades a entidades privadas por meio de termo de parceria.

3.1.6 - Da OSCIP que respondeu à Chamada Pública

Compulsando-se a documentação encaminhada a este órgão ministerial por meio do Ofício nº 755/12-GAB/SESDEC, verifica-se que a única entidade que apresentou proposta de termo de parceria ao Estado de Rondônia foi a OSCIP Programas Sociais da Amazônia - PROSAM, instituição com sede em Manaus - Amazonas.

Segundo consta do Programa de Trabalho apresentado pela OSCIP, o objetivo geral do projeto é *"ampliar, estrutur e modernizar os sistemas existentes na Plataforma - 190 - Emergência de uso do cidadão usuário, bem como potencializar a operacionalidade das câmeras de vigilância que se localizam no Centro Integrado de*



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

Operações Policiais, tanto no aspecto físico e de equipamentos como no operacional” (item 02.2.1).

Para tanto, a instituição se compromete, dentre outras “metas”, a “contratar 165 pessoas com vistas a atividade de atendimento da Plataforma 190 - Emergência e monitoramento de câmeras”, promover a “complementação de equipamentos e hardware e software para as áreas de atendimento”, efetivar a “construção e/ou ampliação de todas as unidades físicas do sistema de Segurança Pública” e à “aquisição de um sistema de gerenciamento de informações para a criação de uma plataforma de dados” (item da proposta referente ao “público alvo”).

Os recursos a serem repassados pelo Estado, segundo o termo de parceria firmado, totalizam a cifra de R\$ 9.886.821,19 (nove milhões oitocentos e oitenta e seis mil oitocentos e vinte e um reais e dezenove centavos), para prestação de serviços pelo período de 1 ano.

Pois bem, pesquisando-se as atividades que já foram desenvolvidas pela OSCIP em sua cidade sede (Manaus/AM), verifica-se que a entidade prestou, entre os exercícios de 2007 e outubro de 2010, serviços com objeto, senão idêntico, deveras semelhante ao que se pretende contratar no Estado de Rondônia.

O termo de parceria não foi renovado pelo Estado Manauara em decorrência da interferência da Procuradoria-Geral do Estado, do Ministério Público Estadual, do Tribunal Regional do Trabalho (TRT/AM) e do



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

Tribunal de Contas do Estado, os quais constataram que a sistemática contrariava as disposições constantes do ordenamento jurídico pátrio⁵⁸.

Isso porque, conforme decidido pela Corte de Contas do Amazonas⁵⁹, com base em parecer do Ministério Público de Contas, de lavra do Procurador Ruy Marcelo Alencar de Mendonça, 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, a 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.

São exatamente essas mesmas atividades, consideradas irregulares pelo TCE/AM, que a entidade pretende prestar ao Estado de Rondônia, como fica claro no detalhamento dos custos apresentados pela instituição, os quais incluem a contratação de serviços de pessoas físicas (R\$ 3.870.046,34), serviços de terceiros (R\$ 3.416.839,26), materiais de consumo (1.325.034,00), materiais permanentes (R\$ 481.733,00), reserva de contingência (272.809,58) e despesas administrativas (520.359,01).

A celebração do termo de parceria, portanto, não passa da utilização de um "braço executivo" que

⁵⁸ Conforme diversas matérias de mídias eletrônicas em apenso a esta representação.

⁵⁹ 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

possibilite a contratação direta de pessoal, bens e serviços, relegando ao nada as disposições constitucionais que determinam a necessidade de realização de concurso público e de procedimento licitatório, notadamente em atenção aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem aborda a utilização deturpada de OSCIP's que ora se experimenta:

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 entidade (que têm que se enquadrar em um dos previstos no art. 3º da lei). Elas devem atuar paralelamente ao Estado em seu próprio âmbito de atividades com a ajuda do Estado, e não substituir-se à Administração Pública. Na hipótese de admitir-se como válida a celebração de contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de mão-de-obra com Oscip, essa contratação está sujeita às normas de licitação,



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

não podendo fazer-se por meio de termo de parceria⁶⁰.
(grifou-se)

Supõe dos ensinamentos da festejada autora, bem como de uma interpretação finalística da Lei nº 7.970/99, que a qualificação de uma instituição como OSCIP deve constituir apenas um incentivo, uma forma de fomento, para que entidades de relevante interesse social, **já existentes**, ampliem seu campo de atuação por meio de recursos públicos que lhes sejam transferidos.

É de se observar que, na vertente situação, a instituição denominada PROSAM sequer possuía sede no Estado de Rondônia, pretendendo se estabelecer na região tão somente para celebração do termo de parceria em comento, fato que, por si só, não constituiria impedimento para a celebração do termo de parceria, não fossem as diversas irregularidades que permeiam o procedimento em exame, notadamente no que diz respeito à natureza dos serviços que se pretende prestar e à forma de sua implementação⁶¹.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias da Administração Pública*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 280/281.

⁶¹ Em relação à temática, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in *Parcerias na Administração Pública*, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, pags. 296) questiona: “qual a razão pela qual a Constituição estabeleceu normas sobre licitação, concurso público, controle, contabilidade pública, orçamento e as impôs para todas as entidades da Administração Pública? Será que as impôs porque se entendeu que elas são essenciais para proteger a coisa pública ou foi apenas por amor ao formalismo? E se elas são essenciais, como se pode conceber que, para escapar às mesmas, se criem institutos paralelos que vão administrar a mesma coisa pública por normas de direito privado, inteiramente à margem das normas constitucionais?”



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

3.1.7 - Da Terceirização ilícita de atividade-fim do Estado

Demonstrou-se, linhas atrás, a natureza de serviço público exclusivo do Estado, inserido dentro da segurança pública, do atendimento às chamadas de emergência, da captura de imagens e do monitoramento por meio de câmeras de segurança.

Demais disso, evidenciou-se, de forma cristalina, a intenção do Estado de Rondônia de utilização da instituição PROSAM, como "braço executivo", para a realização de diversas aquisições de bens e serviços, bem como para a contratação de mão-de-obra, em burla às regras constitucionais relativas à licitação e ao concurso público.

Presentes, dessarte, as duas situações que são veemente vedadas quando se faz menção à terceirização por parte do Estado. Deveras, os serviços que seriam prestados pela PROSAM são exclusivos do Estado, materializando-se incontestavelmente como parte de sua atividade-fim, qual seja, o resguardo à segurança pública.

Outrossim, vê-se que a contratação de pessoal diretamente pela empresa, para a prestação de atividade finalística do Estado, constitui burla à exigência constitucional de concurso público para a



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

contratação de pessoal para órgão estatal, senão às próprias regras de limitação de despesa com pessoal⁶².

Com base nessas considerações, tem-se que o Aviso de Chamamento Público e o consequente termo de parceria firmado padecem, por mais esses motivos, de insanável irregularidade.

4 - Do termo de parceria celebrado

Em 25.4.2012 foi celebrado entre o Estado de Rondônia, por intermédio da SESDEC, e a instituição Programas Sociais da Amazônia - PROSAM, o termo de parceria nº 001/2012-SESDEC, tendo por objeto "*ampliar, estruturar e modernizar os sistemas existentes na Plataforma 190 - Emergência de uso do cidadão, bem como potencializar a operacionalidade das câmeras de vigilância que se localizam no Centro Integrado de Operações Policiais*".

Impende destacar que não se pode localizar no processo administrativo que resultou na assinatura do termo de parceria ou nos documentos encaminhados ao MPC pela SESDEC o atendimento aos requisitos constantes do Aviso de Chamamento Público, mormente os relativos aos documentos de apresentação obrigatória (item 6.3.1), concernentes, em resumo, à habilitação jurídica, à

⁶² Vale lembrar que as terceirizações, em regra, não são computadas para fins de cálculo de despesa com pessoal, não incidindo sobre os limites legais, salvo no caso de terceirizações ilícitas, em que, por força do expresso no § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, os valores com as contratações devem ser computados como "outras despesas de pessoal".



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

qualificação técnica e à regularidade fiscal e trabalhista⁶³.

Ademais, não há comprovação de que a entidade contratada (PROSAM) tenha atingido a pontuação mínima de 50% (cinquenta por cento), relativa ao projeto apresentado, exigida na forma do item 10.7 do Aviso de Chamamento Público.

Além disso, é certo que a publicação do extrato do termo de parceria na imprensa oficial é condição para o início da produção de seus efeitos, não havendo, na espécie, a comprovação do atendimento ao princípio da publicidade, instituído, nesses termos, pelo parágrafo único do art. 61 c/c art. 116, ambos da Lei 8.666/93⁶⁴.

Tem-se, desse modo, que se não fossem suficientes todas as irregularidades narradas ao longo

⁶³ No que atine a esta última, o fim do termo de parceria firmado entre o Estado do Amazonas e a OSCIP PROSAM resultou em uma séria de ações trabalhistas impetradas pelos servidores que, pelo que se pode pressupor de diversas matérias divulgadas por meio de jornais eletrônicos, não receberam os valores devidos por conta da rescisão dos contratos de emprego. Diante da não apresentação de certidão de regularidade trabalhista, portanto, pode-se presumir a existência de débitos nessa seara.

⁶⁴ Art. 61. [...] Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei; Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.



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

desta representação, a ausência da citada documentação e de publicação do extrato do termo de parceria na imprensa oficial são causa suficientes para a suspensão imediata de qualquer medida tendente à implementação do termo de parceria em comento.

5 - 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 finais⁶⁵.

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:

⁶⁵ Decisão tomada no MS nº 26.547.



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

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

In casu, 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 exclusiva do Estado, que, ademais, não se insere dentre as atividades-meios, passíveis de terceirização; (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 Aviso de Chamamento Público somente no Diário Oficial do Estado, da inexistência de qualquer menção, no referido edital, do quantitativo de servidores necessários à prestação do serviço e do valor a ser desembolsado pelo Poder Público Estadual, o que, no



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

mínimo, inviabiliza a apresentação de propostas sérias e fidedignas.

A par de todas essas irregularidades, merece destaque o fato de que a instituição selecionada pelo Estado de Rondônia (PROSAM) prestou os mesmos serviços para o Estado do Amazonas até o final de 2010, quando, em face da atuação incisiva de diversos órgãos de controle, que denunciavam a ilegalidade do procedimento, o termo de parceria não foi renovado.

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

Outrossim, a instalação da entidade com quem foi celebrado o Termo de Parceria (PROSAM), 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 da instituição (PROSAM) 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.



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

Por outro lado, há que se ter em mente que a concessão de medida cautelar não possui o condão de causar lesão aos beneficiários dos serviços de segurança pública (atendimento a chamadas de emergência - 190, captura de imagens e monitoramento por meio de câmeras eletrônicas) no Estado de Rondônia, na medida em que o serviço vem sendo prestado pelo próprio ente estatal.

O caso, portanto, difere daquelas situações em que é preciso sopesar os benefícios e prejuízos advindos da suspensão, por exemplo, de uma licitação ou de um contrato administrativo já em vigor, cuja prestação de serviços poderá ser interrompida com risco ao interesse público (o que sói ocorrer em áreas sensíveis, como a saúde pública).

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 SESDEC, suspendendo, até decisão final de mérito proferida pelo Tribunal de Contas, quaisquer medidas tendentes a implementar o termo de parceria nº 001/2012, mormente no que diz respeito ao repasse de recursos financeiros à PROSAM (Cláusula Terceira, II - Do PARCEIRO PÚBLICO), **que, ao que tudo indica, não foram ainda efetivados.**



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

5 - Conclusão

Diante do exposto, considerando-se a possibilidade de consumação de grave irregularidade relativa ao início da execução do termo de parceria nº 001/2012, bem como a viabilidade de lesão ao erário em decorrência de eventuais prejuízos suportados pela parceria privada por eventual declaração de nulidade do Aviso de Chamamento Público nº 001/2012 e do subsequente termo de parceria, 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 ao Secretário da Segurança e Defesa da Cidadania - SESDEC, Senhor Marcelo Nascimento Bessa, a suspensão de quaisquer medidas tendentes a implementar o termo de parceria nº 001/2012, notadamente no que diz respeito à transferência de recursos públicos à instituição denominada PROSAM;

II - autuada a presente representação para apuração das irregularidades expendidas e restituição de eventuais danos causados ao erário estadual;

III - informada ao Governador do Estado e ao Secretário da SESDEC a remessa da vertente representação ao Ministério Público do Estado de Rondônia, para conhecimento;



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

VI - Fixada multa cominatória⁶⁶, no percentual de 1% (um por cento) do valor total do termo de parceria (R\$ 9.886.821,19), incidente sobre qualquer medida tendente a efetivar o termo de parceria nº 001/2012;

V - 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;

VI - fixado o prazo de 3 (três) dias para que o Governo do Estado e o Secretário da SESDEC 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;

VII - Chame-se aos autos, para o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o Estado de Rondônia, na pessoa do Excelentíssimo Governador, Senhor Confúcio Aires Moura, o Secretário da SESDEC, Senhor Marcelo Nascimento Bessa, e a Instituição Programas Sociais da Amazônia - PROSAM, por meio do seu representante, Senhor Paulo Cesar Fontes, para que

⁶⁶ Nos termos previstos nos artigos 287 e 461, § 4º do Código de Processo Civil, c/c o art. 108-A, § 2º e art. 286-A, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, alterado pela Resolução nº 76/2011.



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

apresentem justificativas relativas às seguintes irregularidades:

a) Ausência de previsão legal, no âmbito do Estado de Rondônia, para a qualificação, como OSCIP's, 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 Aviso de Chamamento Público nº 001/2012 somente no Diário Oficial do Estado, infringindo o princípio da publicidade, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 e o § 1º do art. 23 do Decreto nº 3.100/99;

d) Inexistência de dados concretos que permitissem às instituições interessadas em firmar termo de parceria com o Estado a apresentação de projetos, tais como número de servidores necessários à prestação dos serviços e valor máximo a ser desembolsado pelo ente estatal, afrontando o disposto nos arts. 24 e 25, II, do Decreto nº 3.100/99;

e) Pretensão de concessão de subvenção social sem a comprovação de que a prestação da atividade por instituição particular seja mais econômica e eficiente



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

para o Estado, na forma exigida no caput do art. 16 da Lei nº 4.320/64;

f) 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 político, nos moldes insculpido no art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

g) transferência, à iniciativa privada, de serviços públicos exclusivos do Estado, em afronta ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988;

h) terceirização ilícita de atividade-fim do Estado, desrespeitando a necessidade de 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);

i) celebração de termo de parceria sem a apresentação dos documentos exigidos de forma obrigatória, relativos à habilitação jurídica, à qualificação técnica e à regularidade fiscal e trabalhista, na forma prevista no item 6.3.1 do Aviso de Chamamento Público nº 001/2012;

j) Inexistência de comprovação de que a entidade contratada (PROSAM) tenha atingido a pontuação



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

mínima de 50% (cinquenta por cento), relativa ao projeto apresentado, exigida na forma do item 10.7 do Aviso de Chamamento Público nº 001/2012;

k) Ausência de comprovação de publicação do extrato do termo de parceria firmado na imprensa oficial, como condição de eficácia para o início da produção de seus efeitos, nos termos do parágrafo único do art. 61 c/c art. 116, ambos da Lei 8.666/93.

Porto Velho, 3 de maio de 2012.

Érika Patrícia Saldanha de Oliveira

Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas

Yvonete Fontinelle de Melo

Procuradora de Contas

Adilson Moreira de Medeiros

Procurador de Contas

Sérgio Ubiratã Marchiori de Moura

Procurador de Contas